





**AKTUELNA PITANJA  
GRAĐANSKE KODIFIKACIJE**

ZBORNIK RADOVA

**CURRENT ISSUES  
OF CIVIL CODIFICATION**

COLLECTION OF PAPERS

CENTAR ZA PUBLIKACIJE (SAMO LOGO)  
Niš, 2008

"AKTUELNA PITANJA GRAĐANSKE KODIFIKACIJE"

Pravni fakultet u Nišu, 20. maj 2008.

TEMATSKI ZBORNIK RADOVA

Izdavač:

*Pravni fakultet u Nišu*

Za izdavača:

*prof. dr Nevena Petrušić, dekan*

Redakcioni odbor:

*prof. dr Radmila Kovačević Kuštrimović*

*prof. dr Miroslav Lazić*

*prof. dr Radenka Cvetić*

*prof. dr Zlatko Stefanović*

*mr Miloš Živković*

Urednici:

*prof. dr Radmila Kovačević Kuštrimović*

*prof. dr Miroslav Lazić*

Prevod rezimea:

*Gordana Ignjatović*

Korice:

*Branko Stevanović*

Štampa:

*Punta - Niš*

Tiraž

*150*

*Centar za publikacije*

18000 Niš, Trg kralja Aleksandra 11

tel. 018 500 201, 500 221

[www.prafak.ni.ac.yu](http://www.prafak.ni.ac.yu)

e-mail: [pravni@ni.ac.yu](mailto:pravni@ni.ac.yu)

ISBN 978-86-7148-086-4

SVAKE GODINE PRAVNI FAKULTET U NIŠU ORGANIZUJE NAUČNI SKUP POVODOM GODIŠNJICE OSNIVANJA. OVE GODINE OPREDELILI SMO DA TEMA SKUPA BUDE: "AKTUELNA PITANJA GRAĐANSKE KODIFIKACIJE" U SRBIJI, KOJU SMATRAMO VEOMA VAŽNOM S OBZIROM NA POTREBU USAGLAŠAVANJA NAŠEG ZAKONODAVSTVA SA PRAVOM EVROPSKE UNIJE. NAUČNI SKUP JE ODRŽAN 20. MAJA 2008. GOD

KNJIGA KOJA JE PRED VAMA PREDSTAVLJA ZBORNIK RADOVA SAOPŠTENIH TOM PRILIKOM, KAO I PRILOŽENIH KASNIJE, A U TESNOJ VEZI SA NAVEDENOM TEMOM.



## SADRŽAJ

Uvodno izlaganje: Kodifikacija građanskog prava u Srbiji .....	13
<i>Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić</i>	
GRAĐANSKI ZAKONIK SRBIJE I PRAVO EVROPSKE UNIJE .....	17
Uvod .....	17
I. Stanje građanskog zakonodavstva u Srbiji .....	18
II. Građanski zakonik Srbije .....	21
A. Jedinstven građanski zakonik ili parcijalno regulisanje .....	21
B. Opšti deo građanskog zakonika .....	26
III. Perspektive građanske kodifikacije u pravu EU .....	29
Zaključna razmatranja .....	32
THE SERBIAN CIVIL CODE AND THE EUROPEAN UNION LAW .....	34
<i>Nevena Petrušić</i>	
GRANICE POSLOVNE SPOSOBNOSTI DETETA .....	35
1. Detinjstvo i status deteta .....	35
2. Koncept „prava deteta“ i razvojne sposobnosti deteta .....	38
3. Poslovna sposobnost deteta .....	40
3.1. Osvrt na rešenja u uporednom pravu .....	41
3.2. Poslovna sposobnost deteta u domaćem pravu .....	46
3.3. Kritička analiza zakonskih rešenja u domaćem pravu .....	49
4. Umesto zaključka .....	54
THE BOUNDARIES OF THE CIVIL CAPACITY OF THE CHILD .....	55
<i>Snežana Miladinović</i>	
ZAKLJUČENJE, INTERPRETACIJA I ISPUNJENJE OBLIGACIONIH UGOVORA .....	57
Zaključenje ugovora .....	57
Interpretacija (tumačenje) ugovora .....	67
Ispunjenje ugovora .....	77
CONTRACTING, INTERPRETING AND PERFORMING CONTRACTUAL AGREEMENTS .....	85
<i>Ivana Simonović</i>	
PRAVO NA RASKID UGOVORA ZBOG NEISPUNJENJA OBAVEZA PO ZAKONU O OBLIGACIONIM ODNOSIMA I SAVREMENE TENDENCIJE U EVROPSKOM UGOVORNOM PRAVU .....	87
Uvod .....	87
Raskid ugovora zbog neispunjenja obaveza prema Zakonu o obligacionim odnosima .....	89

Pojam i uslovi raskida ugovora zbog neispunjenja .....	89
Postupak raskida ugovora zbog neispunjenja .....	93
Uslovi i postupak raskida ugovora zbog neispunjenja prema pravilima Principa evropskog ugovornog prava i Nacrta zajedničkog pojmovnog okvira .....	95
Zaključak .....	100
THE RIGHT TO TERMINATE A CONTRACT: Compliance of the Serbian Contractual Relations Act with the Contemporary Tendencies in the European Contract Law .....	101
<i>Aleksandra Vučić-Milovanović</i>	
DIE NEUERUNGEN DES SCHMERZENSGELDINSTITUTS IM ÖSTERREICHISCHEN RECHT .....	103
I. Einführung .....	103
II. Schmerzensgeld im österreichischen ABGB .....	103
a) Regelungsgegenstand des § 1325 ABGB .....	103
b) Körperverletzung und daraus resultierende körperliche und seelische Schmerzen .....	104
III. Schmerzensgeld auch ohne Schmerzen? .....	108
IV. Der Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts in Hinblick auf das Schmerzensgeld .....	111
V. Zusammenfassung .....	113
NOVINE KOD INSTITUTA NAKNADE BOLNINE U AUSTRIJSKOM PRAVU .....	116
NOVELTIES IN THE INSTITUTE OF NON-PECUNIARY DAMAGES IN THE AUSTRIAN LAW .....	118
<i>Stanka Stjepanović</i>	
STICANJE OD NEVLASNIKA .....	121
Uvod .....	121
I. Sticanje od nevlasnika po propisima koji su važili na teritoriji Kraljevine Jugoslavije .....	122
a) Austrijski građanski zakonik i Građanski zakonik Kraljevine Srbije .....	122
b) Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru .....	125
II. Uslovi za sticanje svojine od nevlasnika u pravu Republike Srpske ...	127
a) Sticanje od nevlasnika po Švajcarskom građanskom zakoniku .	128
b) Sticanje od nevlasnika po Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske .....	129
c) Sticanje od nevlasnika prema Nacrtu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Srpske .....	130



d) Sticanje od nevlasnika prema Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije .....	131
Zaključak .....	132
ACQUISITION OF PROPERTY FROM A NON-OWNER .....	133

*Zlatko Stefanović*

ETAŽNA SVOJINA KAO DEO KODIFIKACIJE GRAĐANSKOG PRAVA	135
Uvod .....	135
I. Otvorena pitanja etažne svojine .....	136
1. Zgrada .....	136
2. Posebni delovi zgrade .....	137
3. Zajednički delovi zgrade .....	138
4. Delovi koji pripadaju trećim licima .....	140
5. Zajednica etažnih vlasnika .....	140
II. Rešenja otvorenih pitanja etažne svojine prema Zakoniku o svojini i drugim stvarnim pravima .....	141
1. Zgrada .....	141
2. Posebni delovi zgrade .....	142
3. Zajednički delovi zgrade .....	143
4. Delovi koji pripadaju trećim licima – samostalni delovi zgrade .....	145
5. Zajednica etažnih vlasnika (etažna zajednica) .....	146
III. Zaključna razmatranja .....	147
CONDOMINIUM OWNERSHIP IN THE CIVIL LAW CODIFICATION .....	148

*Radmila Kovačević Kuštrimović*

NOVINE U SADRŽINI PRAVA STVARNE SLUŽBENOSTI U NACRTU ZAKONIKA O PRAVU SVOJINE I DRUGIM STVARNIM PRAVIMA .....	149
Uvod .....	150
Pojam prava stvarne službenosti u Nacrtu Zakonika o pravu svojine i drugim stvarnim pravima .....	151
Sadržina prava stvarne službenosti .....	154
NEW DEVELOPMENTS IN THE SUBSTANTIVE CONTENTS OF THE RIGHT OF REAL SERVITUDE IN THE DRAFT CODE ON PROPERTY AND OTHER REAL RIGHTS .....	163

*Miroslav Lazić*

MODERAN PRISTUP PRAVU LIČNIH SLUŽBENOSTI U PRAVU SRBIJE	165
I. Stanje građanskog zakonodavstva u Republici Srbiji .....	165
II. Pojam i vrste ličnih službenosti .....	167
III. Sadržina plodouživanja .....	171
A. Ovlašćenja plodouživaoca .....	171
B. Obaveze plodouživaoca .....	174

IV. Predmet ličnih službenosti (plodouživanja) .....	177
V. Funkcije i značaj ličnih službenosti .....	179
THE REFORM OF PERSONAL SERVITUDES IN THE SERBIAN LEGISLATION .....	183
<i>Radenka Cvetić</i>	
MESTO PRAVA PREČE KUPOVINE U GRAĐANSKOM ZAKONIKU .....	185
Umesto uvoda .....	185
Pravna priroda i mesto prava preče kupovine u Građanskom zakoniku ...	187
Suvlasnici kao titulari prava preče kupovine i njihov red prvenstva .....	191
THE RIGHT OF PRIOR PURCHASE (PRE-EMPTION) IN THE CIVIL CODE .....	194
<i>Miloš Živković</i>	
O UVOĐENJU TZV. NEAKCESORNIH ZALOŽNIH PRAVA NA NEPOKRETNOSTIMA U PRAVO SRBIJE .....	195
I. Uvod .....	195
II. Bitna obeležja zemljišnog duga .....	196
III. Treba li Srbiji zemljišni dug? .....	204
IV. Kako regulisati zemljišni dug u Srbiji? .....	208
V. Zaključak .....	211
ON INTRODUCING THE NON-ACCESSORY LIEN RIGHTS ON REALTY INTO THE SERBIAN LEGISLATION .....	213
<i>Nataša Stojanović, Novak Krstić</i>	
NEKA ZAPAŽANJA O ZAKONSKOM I NUŽNOM NASLEĐIVANJU U REPUBLICI SRBIJI DE LEGE LATA I DE LEGE FERENDA .....	215
Uvodne napomene .....	215
1. Ukratko o osnovnim načelima na kojima je izgrađeno zakonsko i nužno nasleđivanje u Republici Srbiji .....	216
2. Zakonsko nasleđivanje .....	217
a) Krug potencijalnih univerzalnih i singularnih sukcesora mortis causa u sferi zakonskog nasleđivanja .....	217
b) Promene u veličini naslednih delova naslednika prvog zakonskog naslednog reda .....	220
v) Promene u veličini naslednih delova naslednika drugog zakonskog naslednog reda .....	221
3. Nužno nasleđivanje .....	224
a) Krug nužnih naslednika .....	224
b) Veličina nužnog dela .....	225
v) Pravna priroda prava na nužni deo .....	225
g) Određivanje obračunske vrednosti zaostavštine .....	226

d) O nasledivosti prava na nužni deo .....	227
đ) Odnos raspolaganja u dozvoljene svrhe i nužnog dela .....	228
e) Isključenje iz nasleđa .....	228
Zaključna razmatranja .....	229
SOME NOTICES ABOUT LEGAL SUCCESSION AND SUCCESSION OF EXIGENT SHARE IN REPUBLIC OF SERBIA DE LEGE LATA AND DE LEGE FERENDA .....	231

*Aleksandar Ćirić, Predrag Cvetković*

BITNA POVREDA UGOVORA U OPŠTIM IZVORIMA MEĐUNARODNOG PRIVREDNOG UGOVORNOG PRAVA .....	233
1. Uvodne napomene .....	233
1. 1. Opšti izvori međunarodnog privrednog ugovornog prava .....	234
2. Pojam bitne povrede ugovora: ciljevi i karakteristike .....	239
2. 1. Uslovi postojanja bitne povrede ugovora: suštinsko lišavanje i ugovorno očekivanje .....	242
2. 2. Uslovi postojanja bitne povrede ugovora: predvidljivost suštinskog lišavanja .....	244
3. Zaključna razmatranja .....	249
BITNA POVREDA UGOVORA U OPŠTIM IZVORIMA MEĐUNARODNOG PRIVREDNOG UGOVORNOG PRAVA .....	251
FUNDAMENTAL BREACH OF CONTRACT IN GENERAL SOURCES OF INTERNATIONAL CONTRACT LAW .....	253

*Michael Wietzorek*

PRIVATAUTONOMIE UND ALLGEMEINE BEDINGUNGEN IN VERTRÄGEN ZWISCHEN UNTERNEHMEN .....	255
I. Einleitung .....	255
II. Die Entwicklung des Rechts der AGB in Deutschland .....	257
III. Die Rechtsprechung des BGH .....	260
IV. Rechtsvergleichende Betrachtungen .....	265
V. Notwendigkeit einer Neuregelung im serbischen Recht? .....	270
PRIVATE AUTONOMY AND GENERAL CONDITIONS IN CONTRACTS BETWEEN BUSINESS ENTITIES .....	273

## S A O P Š T E N J A

*Анатолий Гусев*

К ВОПРОСУ О РОЛИ КОНСТИТУЦИОННЫХ (УСТАВНЫХ) СУДОВ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ В ЗАЩИТЕ ПРАВ ГРАЖДАН, ОБЕСПЕЧИВАЕМЫХ НОРМАТИВНЫМИ АКТАМИ СОЦИАЛЬНО- ЭКОНОМИЧЕСКОЙ НАПРАВЛЕННОСТИ .....	277
---	-----

*Марина Трофимова*

О НЕОБХОДИМОСТИ УНИФИКАЦИИ ГРАЖДАНСКОГО  
ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, РЕГУЛИРУЮЩЕГО  
ПЕРЕСМОТР НЕ ВСТУПИВШИХ В ЗАКОННУЮ СИЛУ СУДЕБНЫХ  
ПОСТАНОВЛЕНИЙ ..... 279

## **Uvodno izlaganje:**

### **Kodifikacija građanskog prava u Srbiji**

Donošenje građanskih zakonika dugo je predstavljalo krupno nacionalno pitanje i nije bilo vladara koga nije obuhvatao uzvišeni nacionalni osećaj kada su takvi zakonici proglašavani. Bilo je to zlatno doba građanskih kodifikacija, kada su doneti Francuski, Austrijski, Nemački, Švajcarski, Italijanski i drugi građanski zakonici. Mitu građanske kodifikacije doprinosili su veoma krupni razlozi, od potrebe da se učvrsti ujedinjenje različitih naroda u zemlji, do potrebe za ekonomskim i kulturnim prosperitetom. Taj kodifikatorski zanos je, iz ovih ili onih razloga dodirnuo i Srbiju i Crnu Goru, tako da je u toj epohi donet i Srpski građanski zakonik i Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru. I ma šta mislili o njima, o razlozima za njihovo donošenje, bilo bi možda dobro da su oni ostali da važe, jer bi u međuvremeni bili, kao i ostali toga doba, menjani, dograđivani ili predstavljali osnovu za novu građansku kodifikaciju. Naravno, ovi zakonici su abrogirani, a o donošenju novih se razmišlja više od pola veka. Tako se u Srbiji uči građansko pravo bez građanskog zakonika, ili na osnovama predratnog prava ili nekoliko zakonika različitog kodifikatorskog kapaciteta, ali uvek sa epitetima nedovoljnog, neuskaldenog ili čak i potpuno neregulisanog.

Na sreću, danas smo pred nezaobilaznim izazovom, da pripremimo i donesemo građanski zakonik. U tome izazovu ili među potrebama, najvažnija je opredeljenost Republike Srbije da pristupi evropskim integracijama, postane članica Evropske Unije. Iako smo tek na polukoraku u tom procesu, svest o potrebi usaglašavanja ili harmonizacije našeg, sa pravom Evropske Unije je sasvim jasna. U tom poslu, Srbija se ponovo našla na istom poslu kako sa zemljama bivšeg tzv. istočnog bloka, tako i sa zemljama koje su građanske zakonike donele pre, početkom i tokom 19. veka, odnosno 20. veka. U sektoru bivšeg istočnog bloka proces građanske kodifikacije se odvijao velikom brzinom, jer su zemlje iz tog bloka već postale članice Evropske Unije. Druge, iako nemaju taj status donele su, takođe, građanske zakonike, iako takve zakonike u modernom smislu reči nikada nisu ni imale, npr. Ruska federacija. Živa kodifikatorska aktivnost odvija se i u zemljama koje su osnovale Evropsku Uniju, jer pored procesa harmonizacije potrebno je ustanoviti i nove osnove nacionalnih prava, srediti svoje nacionalno pravno dvorište.

Naime, ništa više nije kao u vreme donošenja prvih evropskih građanskih zakonika. Dva osnovna stuba građanske kodifikacije su se promenila: **pravo svojine i porodica**, ne zna se koji više, što je razumljivo pošto su jedan sa drugim tesno povezani.

**Na drugoj strani, vreme je zbrisalo auru nacionalne posvećenosti građanskim zakonicima, tako da se pripreme za usaglašavanje i unifikaciju**

**prava na prostoru Evropske unije, bez malo čarki oko podesnosti da francusko, nemačko ili anglo-američko pravo bude osnova budućeg zakonika, obavlja tiho, rutinski. Tome doprinosi i nadmoć sudske prakse Evropskog suda u Strazburu nad nacionalnim zakonodavcima, koja osnovne impulse za promene šalje primenjujući Evropsku Konvenciju. Dominira filozofija ljudskih prava, nova dogma koja se uspostavlja u građanskom pravu. Pokazalo se da jedino ona može biti kohezioni element, koji će kao amalgam vezivati nacionalna prava, stvarajući tako zajedničko pravo. U ovom procesu, zakoni su podređeni sudijama.**

U svim ovim pravničkim kretanjima našla se i naša potreba za donošenjem građanskog zakonika. Ako bi da malo relaksiramo ovo izlaganje, možemo reći da smo, na ovom planu, u sred evropskog trenda. Ali, ako bi da stvar sagledamo sasvim ozbiljno, nas čekaju veoma ozbiljni zadaci. Naime, sadašnje stanje uredenosti građanskopravne materije je, uopšte uzev, nezadovoljavajuće. Ako se izuzme Zakon o obligacionim odnosima, Zakon o nasleđivanju, kao i Zakon o porodici, ostali delovi su ili nedovoljno uređeni ili sasvim neuređeni. Najneuređenija oblast građanskog prava je, svakako oblast Stvarnog prava. Uprkos Zakonu o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, koji je donet na saveznom nivou 1980. godine uz nadu da će republike doneti potpune zakone, kao i brojnih propisa iz ove materije, pa čak i predratnih pravnih pravila, ova materija se ne može smatrati potpuno neuređenom. Razloga za to ima mnogo, a osnovni je onaj koji se tiče osnovnog pravnog instituta prava svojine. Nerešena socijalna funkcija prava svojine, njena dezintegracija na više oblika svojine, posle drugog svetskog rata, onemogućila je donošenje građanskog zakonika koji bi predstavljao osnovu za celu zgradu građanskog prava načinjenu od pravila koja grade sistem, koji omogućava pravnim subjektima da planiraju svoja ponašanja i da predviđaju ostvarivanje svojih ciljeva, bez mogućnosti da ih u tome spreče stalne promene propisa po nahodjenju jedne ili druge vlasti. Brojne komisije osnivane sa ciljem donošenja građanskog zakonika nisu u tome uspele, jer je pitanje svojine zapadalo kao kost u grlu političkim nalogodavcima. Pluralizam oblika svojine i ravnopravna zaštita svih oblika svojine, koji su se zadržali do skora, uprkos stalnom ponavljanju ideje o privatizaciji, nisu omogućavali donošenje građanskog zakonika kao potpunog, logičkog sistema građanskih pravila u sferi privatnog prava. Poslednjim Ustavom otklonjena je i ta prepreka, tako da se sada može pristupiti donošenju građanskog zakonika. U tom smislu oformljena je i Komisija za izradu građanskog zakonika i ona je izvršila popis pitanja koja zahtevaju posebnu pažnju pravničke javnosti. Naš današnji skup je samo deo te brige naših kodifikatora i ja se nadam da ćemo i nadalje pomagati taj napor svojim stručnim predlozima.

Što se tiče stvaranja tzv. prava Evropske Unije ili kako se to popularno kaže jedinstvenog pravnog prostora, mislim da ono ne stoji na putu kodifikovanja građanskog prava u našoj zemlji. Zanimarimo li razloge političke prirode, jasno je da proces unifikacije ili usaglašavanja prava između članica Evropske Unije našim

pripremnim radnjama na kodifikaciji ne odmaže. Pre se može reći da može biti od pomoći u prihvatanju rešenja koja su već prihvaćena kao zajednička i naišla na punu potvrdu, nego suprotno. Uostalom, ideja Monteskejeove metafore o tome da je za jednu zemlju najbolje ako njeni građani slede njene zakone, a ne tuđe, odavno je narušena. Problem može nastati ako prevladaju ideje po kojima treba sačekati da se oformi evropsko zajedničko pravo koje, u tom slučaju, treba uglavnom prihvatiti, umesto se iscrpljivati na donošenju nacionalnih zakona, a onda vršiti njihovo usaglašavanje sa pravom Evropske Unije. Vama je poznato da na prostoru Evropske Unije još uvek ne postoji sistem zajedničkih pravila za celokupnu materiju građanskog prava. U nekim oblastima ih ima, pa ni tu u formi pravila već preporuka, direktiva ili čak instrukcija, a u drugima su nacionalna pravila i dalje dominantna. To je slučaj sa stvarnopravnom oblašću, što deluje pomalo paradoksalno, jer se bez pitanja prava svojine ne može vršiti ujednačavanje propisa o svojini kao osnovnom pravno-ekonomskom odnosu. Međutim, zemlje članice Evropske Unije tu regulativu kao da, do daljeg, čuvaju kao poslednji bastion svoje zakonodavne suverenosti. Prema tome ni te dileme nema, Srbija mora imati građanski zakonik, kao skup pravila koja će poslužiti za usaglašavanje. Bolje je, sigurno imati nešto u rukama, sa čim se počinje proces usaglašavanja, nego se pojaviti praznih ruku, nespremno. Ovo sa čim sada raspolaže, sigurno je ne kvalifikuje za ravnopravnog ili bar podesnog saradnika u harmonizaciji prava sa pravom Evropske Unije.

Ono što može biti od koristi prikikom ustanovljavanja građanskih pravila, jeste sistematika budućeg građanskog zakonika, kao i karakter pravnih normi. Iako je Srbija imala građanski zakonik još 1844. godine, za našu zakonodavnu aktivnost se ne može reći da ima neku tradiciju. Pri tome treba imati u vidu da on nije bio autohtoni zakonik, poput drugih u to vreme, a da je kasnije kodifikovanje pojedinih delova građanske materije, osim izuzetno, kao što je slučaj sa Zakonom o obligacionim odnosima, bilo često bez plana, cilja i u različito vreme, bez ideje o stvaranju nekakvog sistema. U tom smislu skrećem pažnju na **Opšti deo građanskog prava**, koji, osim u jednom pokušaju, nikada nije bio predmet ozbiljnije pažnje pravničke-stručne javnosti. Danas je to pitanje od posebne važnosti, jer može imati veliki značaj prilikom „evropeizacije“ našeg građanskog prava. Lakše je usaglašavati osnovne i opšte pojmove, nego pojedinačna pravila. Zato dopuštam sebi pravo da danas delegiram pitanje značaja i sadržine Opšteg dela, kao posebne sveske Građanskog zakonika. Srpski građanski zakonik, kao ni njegov izvornik Austrijski građanski zakonik, (uostalom kao ni francuski ni Švajcarski zakonik) nije sadržao Opšti deo. Zato su razmatranja o ovom problemu od posebnog interesa za naš dalji zakonodavni rad na donošenju građanskog zakonika.

Najzad, za građansku kodifikaciju je od značaja i pitanje vrste i karaktera pravnih normi kojima se uređuju privatni odnosi. Ako zakonodavac danas ima na umu usaglašavanje našeg prava sa pravom Evropske Unije, onda će karakter

pravnih normi biti njegov dodatni izazov. Pravne norme, načela i sve ostalo iz arsenala zakonodavne tehnike mora biti tako napravljeno da omogući pravnu sigurnost kao jedan od vrhovnih principa u pravu, ali i da budu spremne za „razmekšavanje“, za potrebe evropskog zajedničkog prava. Do granica pravne sigurnosti, pravne norme moraju biti „rastresite“ i spremne za prodor pojedinih pravila iz zajedničkog evropskog prava. A dotle, mudar zakonodavac mora računati na sudiju koji će umeti da pravnu normu rastavi u hiljade opcija, kada to nalažu okolnosti slučaja, ne negirajući je pritom, ne uništavajući je, već držati se nje i ostati u njenim granicama. Istovremeno, zakonodavac će pripremiti teren za pravično suđenje, kao osnovnim ljudskim pravom.

Bila je ovo prijatna obaveza da otvorim brojna pitanja iz teme koja je pred nama, ali i nada da ćete na brojna od njih vi dati ili nastojati da date najbolja

*Radmila Kovačević Kuštrimović*, redovni profesor  
Pravni fakultet u Nišu



**UDK: 347 (497.11:4-672EU)**

*Radmila Kovačević Kuštrimović*, redovni profesor

*Miroslav Lazić*, vanredni profesor

Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

## **GRAĐANSKI ZAKONIK SRBIJE I PRAVO EVROPSKE UNIJE<sup>1</sup>**

### **Uvod**

Stare i neprestano primamljive ideje o širokom ujedinjavanju privrednog i svakog drugog evropskog prostora, danas se, mirnodopski, ostvaruju u vidu zajednice evropskih zemalja - Evropske Unije (EU). Evropska Unija je regionalna organizacija evropskih država u kojoj članice ostvaruju zajedničke ciljeve, kao što su ujednačen državni i društveni razvoj, slobodan protok ljudi, roba, usluga i kapitala, visok nivo zaposlenosti, zaštita prava građana i dr. Ciljevi formiranja EU usloveli su neophodnost harmonizacije privatnog i građanskog prava nacionalnih država i stvaranja zajedničkog, komunitarnog prava, u procesu harmonizacije koji se odvija permanentno kako u okviru EU, tako i u državama koje teže učlanjivanju i približavanju ovoj zajednici. Harmonizacija, odnosno usklađivanje prava, ne znači identičnost, već predstavlja postupak približavanja konvergentnih nacionalnih pravnih sistema postavljanjem zajedničkih principa i pravila.

Opređenost Republike Srbije i drugih država da pristupe evropskim integracijama, aktualizovala je problem nacionalnih prava na planu građanskih kodifikacija i njihove harmonizacije sa pravom EU. Pitanje građanske kodifikacije je ponovo postalo interesantno, kako u zemljama u kojima su one ostvarene pre jednog ili dva veka, tako i u zemljama koje nemaju jedinstvene građanske zakonike, niti je materija građanskopravnih odnosa u celini regulisana posebnim zakonima.<sup>2</sup> Ipak, građanska kodifikacija je najaktuelnija u zemljama koje su pod uticajem socijalističkih revolucija raskinule sa klasičnim građanskim pravom, izgubivši vezu sa evropskim pravom. Otuda se u njima užurbano, već u zavisnosti od osnovne strategije zemlje, vrše pripreme ili za donošenje novih građanskih zakona ili za modernizaciju starih. Potreba za sređivanjem nacionalnih propisa u oblasti građanskog prava uslovljena je i širenjem regulative komunitarnog prava na "sektor" građanskog prava. To ukazuje na dominaciju imovinskih pitanja u

---

<sup>1</sup> Reprint rada objavljenog na Kopaoničkoj školi prirodnog prava, *Pravni život*, Beograd, 11/2007, str. 409 – 428. Rad je ponovo objavljen zato što je u skladu sa temom koja je predmet ovog skupa.

<sup>2</sup> Pitanje regulisanja građanskog prava zakonima ili jedinstvenim zakonikom aktualizira se i u anglosaksonskom pravu i to iz istih razloga iz kojih se pitanje donošenja zakona na ovom području uvek postavljalo, a to je ujednačavanje pravnog režima radi lakšeg odvijanja prometa robe i usluga, zastupanja, nasleđivanja i sl. (zbog sve većeg kretanja i delanja ljudi na teritoriji različitih zemalja).

jedinstvenom evropskom pravu, odnosno građanskog prava (posle donošenja Rimske deklaracije, 2003).

Na drugoj strani, pojedina pitanja oko kodifikacije građanske materije nikada nisu gubila svoj „sjaj“, i ma koliko se smatrala rešenim, razvoj društvenih odnosa i pravne nauke su ih ponovo otvarali. Poznato je, koliko je argumenata „potegnuto“ za i protiv donošenja građanskih zakonika, za jednu ili drugu vrstu sistematike građanske materije itd. Neka od pitanja građanske kodifikacije su već bila na “dnevnom redu” prilikom donošenja Francuskog građanskog zakonika, Austrijskog, Nemačkog, Švajcarskog, Grčkog, Italijanskog..., ali i onih koji su doneti poslednjih godina u zemljama koje ih do sada nisu imale, poput Holandije, Rusije i dr. I u našoj zemlji su se, istina sporadično, raspravljala neka od njih.<sup>3</sup> Međutim, u našem pravu još uvek nije izvršena potpuna kodifikacija građanske materije, tako da smo odlučili, još jednom, da ukažemo na važnost donošenja građanskog zakonika, kao i da oživimo pitanje sistematike građanskog zakonika, naročito postojanje opšteg dela. Sistematika će, inače, biti veoma interesantna i u eventualnoj jedinstvenoj građanskoj kodifikaciji EU, s obzirom na različita načelna rešenja (institucionij i pandektnij sistem) u postojećim građanskim kodifikacijama.

## I. Stanje građanskog zakonodavstva u Srbiji

Potreba naše pravne nauke i prakse da se vraćaju na problem kodifikacije svakako je sadržana u činjenici da već šest decenija na našem pravnom području nema jedinstvenog građanskog zakonika, iako je još 1844.g. donet Srpski građanski zakonik (kao recipirani Austrijski građanski zakonik). Ovaj zakonik važio je jedan vek i, pored ostalog, omogućio da Srbija, kao i ostali delovi bivše Kraljevine SHS koji su ga primenjivali, budu tretirani kao deo evropskog, kontinentalnog pravnog miljea, u kome važi pisano pravo. Srpski građanski zakonik je abrogiran Zakonom o nevažnosti (1946),<sup>4</sup> a pravna pravila sadržana u njemu primenjivana su, pod uslovima iz ovog zakona, još nekoliko decenija, do donošenja novih zakona. Ako se izuzmu Osnovni zakon o braku (1946), kao i Zakon o nasleđivanju (1955), zakoni kojima se regulišu imovinski odnosi doneti su tek osamdesetih godina i to: Zakon o obligacionim odnosima<sup>5</sup> i Zakon o osnovnim (sada osnovama) svojinsko-pravnim odnosima<sup>6</sup>. Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa je donet kao savezni zakon, budući da je amandmanom na Ustav SFRJ iz 1963. godine, izglasanim 1971. regulisanje ove materije na potpun način

---

<sup>3</sup> Vidi: Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika (1844-1994), SANU, knj.LXXXI. Odeljenje društvenih nauka, knj.18. Beograd, 1996; Radove objavljene u okviru Projekta: "Građanska kodifikacija" zbornik sa međunarodnog naučnog skupa održanom na Pravnom fakultetu u Nišu, maja 2003.

<sup>4</sup> Sl. list FNRJ br. 86/1946.

<sup>5</sup> Sl. list SFRJ, br. 29/78, br. 39/85, br. 57/89 i Sl. list SRJ, br. 31/93.

<sup>6</sup> Sl. list SFRJ br. 6/80, br. 36/90, Sl. List SRJ, Sl. list br. 29/ 96.

pripalo u nadležnost republika. Posle raspada savezne države pripremljeno je nekoliko Nacrta zakona o pravima na stvari i drugim stvarnim pravima, ali nijedan od njih nije postao zakon. Interesantno je da su druge republike članice bivše SFRJ (osim Crne Gore), već donele odgovarajuće zakone pod istim nazivom.

Međutim, ako se za neke delove građanskog prava i može reći da su regulisani, Opšti deo građanskog prava ostao je potpuno po strani, tako da se rešenja za izvesna pitanja od zajedničkog značaja za sve delove građanskog prava nalaze u različitim zakonima, najčešće u Zakonu o obligacionim odnosima (npr. ručna zaloga je regulisana ovim zakonom), u Zakonu o nasleđivanju, u Porodičnom zakonu, ili čak u procesnim zakonima. Neki instituti Opšteg dela ostali su, uprkos svemu, potpuno neuređeni ili nedovoljno uređeni. To je npr. slučaj sa izjavom volje i pravnim poslom, kao i poslovnom sposobnošću, pravnim licem, stvarima, uslovom i rokom, opštim pojmom zastupništva, zastarelošću, zloupotrebom prava itd.

Svi dosadašnji pokušaji donošenja jedinstvenog građanskog zakonika bili su praćeni prigovorom da su postojeći društveni odnosi nestabilni, i kao takvi nedovoljna garancija za dobru građansku kodifikaciju. Isticano je, da su svojinski odnosi u stalnom previranju i da ne predstavljaju potrebnu osnovu za regulisanje građanske materije koja, u najvećoj meri, leži na „filozofiji“ prava svojine, na njenom pojmu, garancijama, zaštiti. Zbog toga je dugo posle Drugog svetskog rata, donošenje građanskog zakonika odlagano. U zamenu za građanski zakonik - regulisanje prava svojine i drugih stvarnih prava, kao osnovnih društvenih odnosa, došlo je do regulisanja obligacionih odnosa. Donet je ZOO koji je, imajući u vidu, pre svega, odnose između subjekata socijalističke-kolektivne svojine, povratno (pravnim načelima i konkretnim rešenjima) oblikovao pravne subjekte po ugledu na subjekte u režimu tržišne privrede. On je „ciljao“ na odnose koji nastaju na osnovama individualnog prava svojine, i, sa svoje strane, vršio veliki uticaj na povratak privatne svojine.

Prema tome, neki delovi građanske materije uređeni su posebnim zakonom na moderan način, kao što je slučaj sa Zakonom o obligacionom odnosima,<sup>7</sup> a to se može reći i za Porodični zakon,<sup>8</sup> kao i za Zakon o nasleđivanju. Ipak, iako su doneti zakoni o registarskoj zalozi i hipoteci,<sup>9</sup> stvarnopravna materija (pravo svojine, susedsko pravo, lične službenosti i dr.) ostala je najneuređenija. Uprkos brojnim izmenama koje su pretrpeli svi zakoni kojima se reguliše građanska

---

<sup>7</sup> ZOO se u državama nastalim iz bivše SRJ, primenjuje, sa izvesnim izmenama, kao republički zakon. Međutim, i ZOO sadrži izvesne praznine, jer se posle njegovog donošenja (1978) očekivalo donošenje republičkog, potpunog, zakona. Tako su neki ugovori ostali neregulisani (ugovor o poklonu, posluži, doživotnom izdržavanju), kao i neka pitanja na planu odgovornosti (odgovornost za štetu koju je izazvala životinja) ili su sumarno regulisani (odgovornost za štete od stvari sa nedostatkom).

<sup>8</sup> Porodični zakon donet je 2005. godine, Sl. Glasnika RS, br. 18/2005.

<sup>9</sup> Hipoteka je posebno i na potpun način uređena Zakonom o hipoteci (2005), a zalaganje pokretnih stvari upisom u registar, Zakonom o založnom pravu na pokretnim stvarima (2004).

materija, naročito porodičnopravni odnosi, ne može se reći da zadovoljavaju kriterijume kodifikacije. Građansko pravo u Republici Srbiji nije uređeno tako da predstavlja celovitu i usklađenu regulativu ove materije.

Država koja želi da postane član EU, kao što je Republika Srbija, obavezna je da prilagodi svoj pravni sistem komunitarnom (*acquis communautaire*). Ovo se, prema iskustvu pridruženih članica, pokazalo kao vrlo složen zadatak, jer je reč o pravu koje pokazuje, donekle, karakteristike precedentnog prava i stvara se donošenjem uredbi i direktiva, ali i praksom Evropskog suda.<sup>10</sup>

Danas, kada je neizbežno redefinisavanje građanskog prava radi usaglašavanja sa pravom EU, u našem pravu vlada haos, a sistematski rad na regulisanju ove važne pravne oblasti nije prioritet nijedne političke opcije. Istina, odlukom Vlade Republike Srbije,<sup>11</sup> obrazovana je 2005. g. Komisija za izradu građanskog zakonika, koja u roku od godinu dana treba da sačini predlog kodifikacije. Nadamo se da javna rasprava o nacrtu zakonika, ovog puta, neće izostati, jer se kvalitet zakona može poboljšati samo na osnovu stručne kritike sa stanovišta: celine prava, sudske prakse, pravne nauke i uporednog prava i sa stanovišta pravičnosti.<sup>12</sup> Posebno je važno u tranzicionim društvima prevazići društvene barijere prelaska sa administrativnog privrednog sistema na sistem tržišne privrede, što zahteva kako oblikovanje novog pravnog sistema usaglašenog sa pravnim modelima demokratskih država, uključujući i pravo EU, tako i promenu društvene svesti.

Iz ovog sumarnog pregleda stanja građanskog zakonodavstva u Srbiji, može se zaključiti da su brojne oblasti građanskog prava regulisane, ali je, s obzirom na vreme donošenja pojedinih zakona, na neujednačenost u obimu uređenosti, na regulisanje nekih odnosa u više zakona, na veliki broj neuređenih odnosa, potreba donošenja jedinstvenog građanskog zakona veoma aktuelna. Istina, moguć je i drugi put u pravnom uređenju građanske materije, kao što je noveliranje postojećih građanskih zakona, odnosno donošenje potpunih zakona za delove građanskog prava koji su najneuređeniji (kao što je slučaj sa stvarnim pravom) i tako postići efekat građanske kodifikacije.

---

<sup>10</sup> Veliku ulogu u harmonizaciji nacionalnih prava ima Evropski sud za ljudska prava u Strazburu i Sud pravde Evropskih zajednica u Luksemburgu, čije odluke vode prožimanju kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sistema.

<sup>11</sup> Vlada Republike Srbije, na osnovu člana 33. st. 2. i 3. i člana 43. stav 1. Zakona o Vladi, donela je Odluku o obrazovanju Komisije za izradu Građanskog zakonika ("Sl. glasnik RS", br. 104/2006).

<sup>12</sup> Vidi: M. Orlić, O kritici zakonskih nacrti, *Pravni život*, 7-8/1995, str. 1513: „Osnov na kome počiva legitimitet pravničkog angažovanja u kritici nacrti zakonskih tekstova je odgovornost za pravni sistem koji imaju u narodu čiji su deo“.

## **II. Građanski zakonik Srbije**

### **A. Jedinstveni građanski zakonik ili parcijalno regulisanje**

Dakle, jedinstveni građanski zakonik ili parcijalno regulisanje građanske materije? Naš, rezolutan i jasan odgovor, jeste jedinstveni građanski zakonik.

Srbija je, sredinom 19. veka, zajedno sa Francuskom i Austrijom, već imala jedinstven građanski zakonik i odustajanje od takvog pravničkog poduhvata, danas, ne može se ničim pravdati. Zato je donošenje Srpskog građanskog zakonika postalo pitanje nacionalne časti i zahtev pravničke kulture srpskog naroda. Danas, kada je Srbija ustrojila samostalnu državu, prava je prilika da to „potvrdi“ i donošenjem građanskog zakonika.

Naše pravo pripada evropskom kontinentalnom pravnom sistemu koji, između ostalog, karakteriše i tradicija uređenja građanske materije jedinstvenim zakonikom. Ona počinje sa Corpus iuris civilis-om rimskog prava, oživljavajući kroz donošenje brojnih građanskih zakonika u vreme feudalizma (od većih zakonika poznat je Pruski Landrecht iz 1794), da bi sa epohom buržoaskih društvenih uređenja otpočeo proces modernih kodifikacija građanskog prava na čelu sa Francuskim građanskim zakonom iz 1804., pa preko Austrijskog, Nemačkog, Švajcarskog,<sup>13</sup> do današnjih kodifikacija u Holandiji i zemljama bivšeg socijalističkog bloka (Građanski kodeks Ruske Federacije<sup>14</sup>). Ostajanje uz proces regulisanja građanskopravne materije jedinstvenim zakonikom, očigledno pruža prednosti, zbog kojih se evropska, a to je tendencija i anglosaksonskog prava, zakonodavna vlast nije lišila ove tehnike regulisanja građanske materije.

Jedinstvenim građanskim zakonikom postiže se „najpotpunije moguće zakonodavno izlaganje principa“ i njihova usklađenost. Odnos između jedinstvenog građanskog zakonika i parcijalne kodifikacije građanskog prava svodi se na odnos opšteg i posebnog, koji se međusobno ne isključuju, već dopunjuju. Uzgred, njime se već bavio veliki broj teoretičara, a on zaokupljuje pažnju i savremenih teoretičara, a otvara se i danas i to prilikom analize regulative pojedinih instituta.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Donošenje jedinstvenih građanskih zakonika početkom i tokom 19. veka smatrano je toliko značajnim delom ljudskog intelekta da je opšti pojam kodifikacije izjednačen sa pojmom građanske kodifikacije, iako je ona vršena i u krivičnoj i drugoj materiji.

<sup>14</sup> Najpre je 1994. godine donet Opšti deo, pa 1996. Obligaciono i Stvarno pravo, a 2001. godine Nasledno pravo. Isti procesi odvijaju se i u drugim zemljama tzv. istočnog bloka, kao što su Mađarska i Rumunija, sada članicama EU.

<sup>15</sup> Tako G. Viney, *Pour ou contre un principe général de responsabilité civil pour faute?* Osaka University, Law review, 49/2002. Autor tvrdi da princip odgovornosti za krivicu prihvaćen čl. 1382. u C.C. nije bio važeći u francuskom običajnom pravu i da danas sudska praksa jedva izlazi na kraj sa njegovom primenom kao univerzalnim principom. Međutim, njegova primena je dovoljna da osigura minimalnu zaštitu oštećenim licima, kada nisu u situaciji da se koriste drugim sredstvima. Na drugoj strani, ističe autor, on je glavna prepreka u sistemu harmonizacije sistema odgovornosti u okviru EU, jer druge zemlje, kao Engleska, poznaju kazuistički sistem odgovornosti, sistem „torts“, ali i

Najveći nedostaci parcijalne kodifikacije proizlaze iz činjenice da se pojedinačni građanski zakoni donose u različito vreme, od strane različitih autora, sa različitim stilovima i uticajima, ne sledeći konsekventno osnovne ideje, često sadrže i protivrečna rešenja za iste odnose i sl.

Moderna pravna nauka ukazuje na još jednu veoma izraženu tendenciju sadašnjeg vremena - donošenje velikog broja zakona, koji "ubijaju" značaj i smisao zakona kao osnovnog regulatora društvenih odnosa, pa se govori o pravnoj prezasićenosti zakonima.<sup>16</sup> Imperativ je modernog doba da se svi odnosi u društvu uređuju zakonima. Što više zakona, to manje prava; umesto većih stega, zbog mnogobrojnih zakona, sve više „slobodnog prostora“, jer zakon gubi autoritet regulacionog faktora. Na tu opasnost ukazivao je još Portalis (jedan od redaktora Code civil-a) u svom ekspezu. Zato je donošenje jedinstvenog građanskog zakonika, kao kodifikacija tzv. konstantnog prava, prepreka inflatornom zlu na polju zakonodavstva.

Ideje o velikim kodifikacijama datiraju još iz najranijih dana ljudske istorije, jer su je diktirali nezaobilazni razlozi. Donošenje celovitih zakona omogućavalo je stabilno uređenje društvenih odnosa, u odnosu na dotadašnje uređenje verskim, odnosno običajnim pravilima. Ideja kodifikacije začeta je još u vreme starih Grka i njihovih nastojanja da organizaciju i kontrolu nad društvenim odnosima ostvare, ne pomoću tradicije, navike i poslušnosti, već pomoću sistema pravnih normi, kojima država garantuje primenu.<sup>17</sup> Objavljivanjem zakona, ma koliko oni bili pisani običaji koji su već važili na određenoj teritoriji ili za određene društvene grupe, ostvarivan je "prvi nivo" kodifikacije, koji se morao preći, ka zakoniku kao dejstvujućem faktoru u organizaciji i daljem razvoju društvenih zajednica.

Rimske ideje o značajnoj ulozi zakona ostvarene su pod uticajem škole prirodnog prava i to upravo na kritici rimskog Corpus iuris civilis-a. Ideju jedinstvenog regulisanja društvenih odnosa po unapred određenom metodu i rasporedu materije, razbili su komentatori, pretvarajući ga u obilje detalja pri čemu mnogi kao da nisu bili ni u kakvoj vezi, oduzimajući mu izgled celine. Snaga i autoritet Corpus iuris civilis-a, kao velikog i važnog, celovitog korpusa prava, opstajali su samo dok je važila zabrana njegovog komentarisanja. Metod

---

Nemačke, koja je bila bliža ustanovljavanju ograničenih lista zaštićenih interesa pravom odgovornosti.

<sup>16</sup> Iako se činilo da je proces kodifikacije, kako građanske tako i drugih grana prava bio karakterističan za 19. vek, on u međuvremenu nije slabio, već se „zahuktavao“. Pri tome, ne mislimo samo na zemlje u kojima su radikalne promene u društvenim sistemima (zemlje bivšeg socijalističkog bloka) nametnule potrebu za donošenjem brojnih zakona, već i na zemlje evropskog kontinentalnog prava. U ovim poslednjim, ovaj proces je pospešen i potrebom za usklađivanjem nacionalnih prava i stvaranjem jednog „nacionalnog“ prava, evropskog prava. Naravno, jedan od razloga zakonodavne „zakrčenosti“ i „prezasićenosti“ leži i u velikoj složenosti društvenih odnosa, do koje dolazi zbog sve većeg razvoja tehnike u svim vidovima.

<sup>17</sup> Vidi: R. Paund, Jurisprudencija, knj. I, prevod Đ. Krstića, 2000.

komentatora *Corpusa*, međutim, nije bio u duhu vremena koje je težilo objedinjavanju ekonomskog poretka, ali ni pravne nauke, koja je nastojala da nastavu građanskog prava ostvari u okviru "racionalnih granica celovitosti". Rečju, već su bili izraženi zahtevi za stvaranjem sistema prava shvaćenog kao potpune celine, i oni predstavljaju osnove savremene kodifikacije i klasifikacije ili sistematike građanskog prava.<sup>18</sup>

Za dalji proces kodifikacije koji će postati redovan način uređenja pravne materije početkom i tokom 19. kao i 20. veka, bitna su nastojanja razvijene škole prirodnog prava. Po pristalicama ovog učenja, pravičan pravni sistem mora biti izgrađen na principima i pravilima koji se mogu otkriti razumom, koji su svojstveni ljudskoj prirodi i otuda jednaki za sve građane. Pravne norme su izraz odnosa među ljudima koji su, na polju pripadanja i razmene stvari, nasleđivanja i porodičnih veza svojstveni svim ljudima, i one moraju biti skupljene u jedan zakon, kako bi ih oni znali i po njima se upravljali. Bio je to i racionalni osnov kodifikovanja građanskog prava u velike „savršene“ zakone, uređene kao zatvorene celine u kojima se nalaze rešenja za sve pravne probleme.

Na drugoj strani, u zakonima mora da postoji određeni poredak određenih pojedinačnih prava,<sup>19</sup> što je razlog određene klasifikacije ili sistematike zakonika. Metodom indukcije i dedukcije, korišćene prilikom kodifikacije, omogućeno je razvrstavanje pravnih normi od pojedinačnih ka sve većim celinama, kao što su brak, porodica, staleške organizacije, država itd. Iako je i među pristalicama ove škole bilo neslaganja oko pojedinih pitanja, nezaobilazno je da je pod njenim uticajem došlo do donošenja prvih modernih građanskih zakonika. Kodifikacija, kao posebna zakonodavna tehnika, postaje osnovni model zakonskog uređenja građanskog (kao i drugih pravnih oblasti, krivičnog, upravnog itd.) kontinentalnog prava. Štaviše, njenom uticaju nije odolelo ni anglo-američko pravo, u kome za problem kodifikacije postoji, naročito danas, "živi" interes.<sup>20</sup>

Sa donošenjem Francuskog građanskog zakonika (1804), kao prvog modernog zakonika, proces kodifikacije postaje nesporan. On je postao uzor mnogim građanskim zakonima donetim neposredno posle njega, mada su na domašaj njegovog uticaja od značaja bile i brojne druge okolnosti koje leže van zakonika, među kojima je svakako najznačajniji vojni uspon Napoleona Bona-

<sup>18</sup> Temelje klasifikacije ili sistematike prava udarili su humanisti. Više R. Paund, op. cit., str. 22.

<sup>19</sup> U tom smislu i delo velikog francuskog pravnog teoretičara Doma, pod nazivom „Građanska prava u svom prirodnom redosledu“ (1689-1697).

<sup>20</sup> Pod uticajem pomenute knjige Doma, u 18. veku je Wood objavio knjigu: "Osnov zakona Engleske" (Institute of Laws of England (1720)); Na potrebu kodifikacije angloameričkog prava nisu od uticaja samo zahtevi harmonizacije prava EU, već i dalji razvoj engleskog i američkog unutrašnjeg prava. Poznati zahtev iz Magna karte, o jednoj meri za žito i pivo za čitavu Englesku, mora dovesti do zakonskog regulisanja pojedinih oblasti, naročito tzv. klasičnog prava. Razlozi su nesigurnost privatnih prava, njihova razjedinjenost u raznim propisima, standardima, precedentima, preopširnost. Više, R. Pound, op. cit. str. 30.

parte.<sup>21</sup> Na primeru Code civil-a mogu se uočiti sve praktične vrednosti donošenja jedinstvenog građanskog zakonika. Naime, njime je regulisana celokupna materija građanskog prava, tako da je adresatima zakonika - laicima i pravnim praktičarima, sudijama i advokatima (notarima), omogućeno lako snalaženje u poretku po kome moraju da se ponašaju u svakodnevnom životu, od rođenja do smrti.<sup>22</sup>

Istim putem pošle su Francuska, Austrija, Nemačka, Švajcarska, Italija, Grčka itd. Građanske kodifikacije 19. veka pokazale su da se određeni ciljevi radi opstanka i daljeg razvoj društva mogu ostvariti donošenjem jedinstvenog građanskog zakonika, i da su partikularne kodifikacije nepodesne da ostvare takve ciljeve. Vrednosti jedinstvene kodifikacije građanskog prava potiču iz „prirode“ društva koje se zasniva na potrebi jedinstvenog tržišta, jedinstvene teritorije i, otuda, i jedinstvenog pravnog režima za osnovne odnose u njemu. Pogodnostima jedinstvenih građanskih zakonika koristile su se i zemlje tzv. socijalističkog bloka, donoseći, uprkos socijalističkoj-kolektivnoj svojini, građanske zakonike, kao što su Mađarska, Poljska, Čehoslovačka.

Ova razmatranja imala su za cilj da ukažu na tradiciju jedinstvenih građanskih zakonika, koja po sebi postaje argument iz koga pravo vuče opsenu trajnosti, stabilnosti, univerzalnosti, etičnosti, pravičnosti, izvesnosti, umerenosti i svežine. Od ovog argumenta polaze i nastojanja pobornika zemalja članica EU za donošenje evropskog građanskog zakonika, što je, po svemu sudeći, neizbežan proces. To znači da ideja građanske kodifikacije nije izgubila na svome značaju.

Svežina ideje građanske kodifikacije potiče iz prirode odnosa koji se zakonom regulišu. Građanskopravni odnosi su, uprkos međusobnoj različitosti, homogeni, jer se mogu, u krajnjem, svesti na zajednički imenitelj zahvaljujući objektima povodom kojih nastaju i radi kojih ljudi stupaju u te odnose. U suštini, građanski odnosi su oni koje ostvaruju pojedinci u svom privatnom životu radi svog ostanka (posedovanje stvari za stanovanje, oblačenje, ishranu, putovanja, kulturu), održavanje porodice (zajednička imovina, ovlašćenja i obaveze među supružnicima i prema deci), uvećanja imovine radi svog ličnog razvoja i razvoja potomstva itd. Povodom tih odnosa nastaju određena subjektivna prava, stvarna, obligaciona, porodična i nasledna. Zato je najprirodnije i razumno da se oni nađu u jednom zakoniku.

---

<sup>21</sup> Francuski građanski zakonik je, zaista, pravničko čudo. Donet pod ratobornim Napoleonom, samo 15 godina po završetku najradikalnijeg zaokreta u Evropi, izgrađen od postojećih rešenja što u običajnom, što u rimskom pravu, a ipak zakonik koji je Francuskoj, pored ostalih dejstava, omogućio izuzetan privredni razvoj svojim duhom modernizma (jer je u sebi sadržao i mogućnost stalnog prilagođavanja novim okolnostima), i preživio sve mene francuske republike. Predstavlja skup normi određenih da osiguraju odnose u porodici, zaštite interese svih ljudi koji pripadaju jednom društvu, i očuvaju društvenu stabilnost.

<sup>22</sup> Više, R. Kovačević Kuštrimović, Bicentenaire du Code civil Français, Zbornik radova, "Dvestotine godina od donošenja Francuskog građanskog zakonika (Uticaj Francuskog GZ na naše pravo)", Niš, 2006.



Jedinstveni građanski zakonik ne isključuje mogućnost da pojedini delovi ili instituti budu regulisani posebnim zakonima, ali im je i tada građanski zakonik *lex generalis*, i ne mogu biti u suprotnosti s njim. To je posve različita situacija od one kada se pojedini delovi ili instituti uređuju posebnim zakonima, pri čemu pojedina rešenja za iste ili slične odnose mogu biti protivrečna, a neka se ponavljati. Pored glomaznosti prava, veliki broj zakona otežava saznavanje prava od strane onih kojima su pravne regule namenjene, a često i onih koji ih primenjuju. Adresati prava se teško snalaze u šumi propisa, kojima se reguliše njihov svakodnevni život. Oni ne mogu lako saznati po kojim pravilima da se ponašaju, a koja ponašanja nisu u skladu sa zakonom. To onemogućava efikasnu zaštitu njihovih prava, što ima za posledicu gubljenje poverenja u ceo pravni sistem i pravičnost kao najviši cilj prava. Poznato je da efikasna pravna zaštita manjka čak i u zemljama sa tradicionalno dobrim zakonodavstvom, naročito na planu privatnog prava, u kome uvek postoje otvorena pitanja ili praznine koje se ne mogu izbeći ni najboljim zakonima, ni najboljim sudstvom, jer životni odnosi stvaraju uvek nove „kombinacije“ koje je teško rešiti na osnovu postojećih pravnih propisa.

U našoj zemlji, u kojoj je inače poljuljano poverenje u pravo, mlada pravna tradicija, a pravna kultura na niskom stupnju, veliki broj zakona u istoj oblasti, može, sasvim sigurno, imati ozbiljne negativne posledice u daljem razvoju prava i njegovoj harmonizaciji sa pravom EU.<sup>23</sup> Poznato je, da potrebu za donošenjem sveobuhvatnih zakona sve više ističu i pravni autori onih zemalja, koji su smatrali da se princip pravičnosti najbolje može ostavriti putem sudijskog ukidanja i menjanja vodećih precedenata.

Istina, danas se čuju i ozbiljni prigovori donošenju jedinstvenog građanskog zakonika. Neki potiču još iz vremena tzv. Savinjijske škole,<sup>24</sup> koja je generalno bila protiv ideje kodifikacije. Po Savinjijsku, kodifikacija prava sprečava razvoj prava ili ga upućuje na razvoj u susrotnom pravcu.<sup>25</sup> Iako se u svim ovim prigovorima mogu naći izvesne istine, pravna stvarnost govori suprotno. Donošenje jedinstvenih građanskih zakonika u vreme *belle époque* građanskih kodifikacija, kao i njihovo trajanje, najbolji su dokaz o njihovom značaju. Francuski građanski zakonik je živi primer značaja građanskog zakonika. Njegova svetlost još uvek nije zgasla, iako trpi izmene u svim delovima, ali njegova

<sup>23</sup> Više, D. Nikolić, *Harmonizacija i unifikacija građanskog prava (elementi za strategiju razvoja pravne regulative)*, Novi Sad, 2004.

<sup>24</sup> Svi prigovori protiv kodifikacije koji su dolazili od autora sa područja anglosaksonskog prava, u osnovi se oslanjaju na Savinjijsko shvatanje o kodifikaciji i jurisprudenciji, kao i Tribona, koji je, istina, imao različite razloge protiv kodifikacije od Savinjijske (inače, i jedan i drugi bili su poreklom Francuzi, čije su porodice emigrirale iz Francuske u Nemačku).

<sup>25</sup> Isto tako, isticao je Savinji, zakonik je delo jedne generacije koja stvara intelektualne i moralne pojmove koji mogu biti anahroni generaciji koja se služi zakonikom. Najzad, Savinji je smatrao da kodifikacija, budući da teži regulisanosti cele jedne oblasti prava, pogoduje površnosti, jer se ne može očekivati od zakonopisaca da dobro poznaju celu oblast prava. Više, R. Paun, *Jurisprudencija*, knj. II, str. 389.

kohezijska moć i dalje traje.<sup>26</sup> Code civil, uprkos izmenama u svim delovima, i dalje drži uverenje o moći prava u svojim rukama. Ništa manje dobar nije ni primer Nemačkog građanskog zakonika. Pored toga, zemlje koje su donele građanske zakonike početkom i tokom 19. veka, kao i u 20. veku, nisu ih se odrekle, već su samo vršile njihovo noveliranje, ili su ih dopunjavale, a neke evropske zemlje su skoro donele nove građanske zakonike (primer Holandije, 1992). Očigledno je, da je proces nacionalne kodifikacije građanskog prava, kao i drugih oblasti, i dalje veoma aktuelan. On se odvija uprkos suprotnoj tendenciji EU koja teži stvaranju nadnacionalnog prava, pa, prema tome, i deregulaciji nacionalnih prava.

### **B. Opšti deo građanskog zakonika**

Drugo pitanje, koje je aktuelno samo u zemljama kojima predstoji donošenje građanskog zakonika, jeste njegova sistematika. U evropskim zakonodavstvima dominantna su dva oblika sistematike građanskih zakonika. Institucionalna sistematika je dobila naziv po Gajevom udžbeniku Institucije, i po njoj je celokupna materija raspoređena u tri dela: lica (personae), stvari (res) i tužbe (actiones). Primenjena je u Francuskom, Austrijskom, i zakonicima donetim pod uticajem ovih zakona, kao npr. u Srpskom građanskom zakoniku. Pandektna sistematika je petočlana podela materije, koja podrazumeva postojanje opšteg dela i posebnih delova (stvarno, obligaciono, nasledno i porodično pravo). Primenjena je u Nemačkom građanskom zakoniku (BGB) i zakonicima donetim pod njegovim uticajem. Ova sistematika je danas prevladala, zahvaljujući Savinjiju, Vindšajdu i shvatanjima moderne pravne nauke.

Naša razmatranja ograničavamo samo na pitanje postojanja Opšteg dela građanskog zakonika. Poznato je da su rasprave o ovom pitanju bile aktuelne u vreme donošenja samih građanskih zakonika, ali i nezavisno od toga. Rasprave su uslovljavali različiti razlozi, od teorijskih, do tradicionalnih, istih onih koji su se pleli i oko donošenja samog zakonika. Otuda neki od evropskih građanskih zakonika imaju Opšti deo, a neki imaju samo uvodne odredbe. Tako npr. Nemački građanski zakonik je poznat po Opštem delu, dok Francuski, Austrijski i Švajcarski sadrže samo uvodni deo. U Opšti deo spadaju pravne norme koje regulišu statusno pravo, zastarelost, pravne poslove, vršenje i zaštita prava, zabranu zloupotrebe prava, zastupništvo i dr., koji su zajednički svim delovima građanskog prava.

Najviše diskusija oko smisla, značaja i sadržine Opšteg dela, kao posebne „knjige“ građanskog zakonika, bilo je prilikom donošenja Nemačkog građanskog zakonika. Uvođenje Opšteg dela u BGB (§§ 1-240), pravdano je potrebom da, pre regulative pojedinih pravnih instituta stvarnog, obligacionog, naslednog i pro-

---

<sup>26</sup> Na tu njegovu osobinu ukazao je J. Karbonije, ističući da je Code civil pravi ustav Francuske. Istina, građanski zakonici ne mogu više ostvarivati ovu ulogu, jer je ona, nepovratno, pripala ustavima država. Na drugoj strani, ne treba izgubiti iz vida, da su ostali zakoni doneti u Napoleonovo vreme (krivični - materijalni i procesni, građanska procedura itd.) sasvim promenjeni u XX veku.

dičnog prava, „kao ispred zgrade“, budu uređeni opšti pravni pojmovi, instituti i načela zajednička svim granama iz „familije“ građanskog prava. Smatrano je da se time izbegava nepotrebno ponavljanje, koje bi dovelo do nepotrebnog opterećenja same regulative zakonika, i omogućava logička zatvorenost i unutrašnja koherentnost zakona.<sup>27</sup> Takav raspored građanske materije bio je uobičajen u udžbenicima građanskog prava, što je bilo u skladu sa pandektnim sistemom proučavanja građanskog prava.<sup>28</sup> Njega je samo trebalo preneti u sistem kodifikacije i postići efekat savršeno logičkog sistema. Može se reći da je na sistematiku Nemačkog građanskog zakonika od presudne važnosti bila pravna nauka.<sup>29</sup> Na drugoj strani, Nemački građanski zakonik sadrži, suprotno idejama iz Opšteg dela, veoma rasprostranjen kazuistički metod regulisanja pojedinih instituta, što opravdava postojanje zajedničkih pojmova i instituta, iako je na prvi pogled takav odnos kontradiktoran. Međutim, i metod apstraktnih odredaba, kao i metod kazuistike, imaju isti cilj, potpuno regulisanje svih odnosa u građanskopravnoj oblasti i pomoć sudiji u njihovom rešavanju.

Između ovih dveju koncepcija, institucione bez, i pandektne sa Opštim delom u klasifikaciji građanske materije, našao se i Švajcarski građanski zakonik, koji ne sadrži Opšti deo, ali je materiju građanskog prava podelio u četiri dela. Uvodni deo je nešto izmenjen, jer sadrži osnovne principe građanskog prava, kao i odredbe o odnosu između federalnog i kantonalnog zakonodavstva. Ova sistematika je posledica uređenja Švajcarske kao konfederacije (što bi upućivalo na potrebu opšteg dela u građanskom zakoniku), ali i tradicije pojedinih kantonalnih kodifikacija, koje nisu poznavale Opšti deo. Pored toga, pre donošenja građanskog zakonika (1912), trideset godina ranije bio je donet Zakonik o obligacijama (1881), za koji se i danas veruje da predstavlja poseban, i od građanskog zakonika, nezavisan zakon. Međutim, nepostojanje Opšteg dela ovom zakoniku se ne može smatrati nedostatkom; naprotiv, on se smatra odličnim zakonikom. Mnoga rešenja našeg Zakona o obligacionim odnosima ista su ili slična rešenjima iz Švajcarskog građanskog zakonika, odnosno Zakona o obligacijama.

Različita rešenja u pogledu postojanja opšteg dela u modernim građanskim zakonicima, otvaraju pitanje sistematike našeg budućeg građanskog zakonika? Istina, neki delovi građanske materije su već kodifikovani. To je slučaj sa

---

<sup>27</sup> Opšti deo, kao posebni deo građanskog zakonika, posledica je učenja škole pojmovne jurisprudencije, po kome je pravni sistem logički zatvoren sistem hijerarhijski uređenih pojmova, izvedenih jedan iz drugog, po sistemu subordinacije. U takvom sistemu nema pravnih praznina, jer su sva rešenja sadržana u zakonu.

<sup>28</sup> Šire posmatrano, može se tvrditi da je podela građanske materije na opšti i posebni deo u Nemačkom građanskom zakoniku rezultat i istorijske pravne škole koja je „razbila“ sistem prava organizovan na osnovu konkretnih ovlašćenja i obaveza - subjektivnih prava, i uzela za osnovu određene koncepcije do kojih se dolazi analogijom, ukрупnjavanjem pojmova itd.

<sup>29</sup> Iako su od 11 članova prve komisije za kodifikaciju samo dvojica bili profesori prava (Vindšajd i Rot), a šestorica sudije (impregniranost savremenim pravnim učenjima bila je veoma prisutna kod svih kodifikatora).

naslednim i obligacionim odnosima čiju regulativu treba, u daljem radu na građanskom zakoniku, samo uskladiti i drukčije sistematizovati. Što se tiče prava svojine i prava izvedenih iz svojine, oni su uređeni saveznim, nepotpunim zakonom i rad na uređenju ovih odnosa mora poći od samog početka.<sup>30</sup>

Što se tiče opšteg dela, smatramo da je za naš građanski zakonik on neizbežan. Iako SGZ, po ugledu na svoj izvornik AGZ, nije imao opšti deo,<sup>31</sup> za novu kodifikaciju to ne može biti od uticaja. To stanovište naše pravne teorije i prakse, ispoljeno je u posleratnim pokušajima građanske kodifikacije (krajem šezdesetih godina prošlog veka). Komisija formirana za izradu Civilnog kodeksa, tih godina, bila je završila rad i na Opštem delu. Naša pravna nauka se očigledno opredelila za sistematiku koja je bila najraširenija u modernim građanskim kodifikacijama. Za buduću kodifikaciju, postojanje Opšteg dela ne treba uopšte dovoditi u pitanje. Brojni su razlozi koji nas opredeljuju za ovo rešenje.

Opšti deo građanskog zakonika omogućio bi stvaranje sistema građanskog materijalnog prava na temeljima određenih koncepcija, koje bi bile izraz mesta i uloge privatnog prava u sistemu prava, uopšte.<sup>32</sup> One bi bile i odraz određene filozofije prava, kao dela opšteg gledanja na društvo i položaj pojedinca u društvu. Bez nje, pravni sistem se doima kao sistem pravnih normi koje potiču i završavaju u zakonu i tumače se jedino iz zakona, što je drugi izraz za „filozofiju“ pravnog pozitivizma. U tom slučaju, zakoni su samo puka sredstva za ostvarivanje ciljeva koje je zakonodavac zamislio, bez veze sa društvenom stvarnošću na kojoj zakon počiva i vrednostima koje zakon nastoji da ostvari. Koncepcija privatnog građanskog prava ostvaruje se osnovnim principima, kao i zajedničkim uređenjem pravnih subjekata, objekata povodom kojih nastaju ti odnosi i njihovoj sadržini. Ništa manje važna nisu ni zajednička pravila o ostvarivanju i zaštiti građanskih subjektivnih prava, kojima je, takođe, par excellence, mesto u opštem delu građanskog zakonika. Određivanjem Opštih elemenata pravnih subjekata, stvari, pravnih poslova, vršenja i zaštite (ostvarivanja) prava, omogućilo bi njihovo „ujedinjavanje“ u određeni sistem, koji sada ne postoji, jer su brojni od ovih pojmova regulisani u različito vreme, na različiti način i u različitim zakonima. To je slučaj npr. sa pojmom pravnog subjekta, fizička lica kao pravni subjekti regulisani su u Porodičnom zakonu, a pravna lica u različitim zakonima, pa se stiče utisak da nije reč o jednom jedinstvenom pojmu, već o sasvim različitim. To se

---

<sup>30</sup> Na sreću, regulisanje stvarnopravnih odnosa je olakšano nekim projektima nacrti zakona, među kojima su neki sasvim novijeg datuma i veoma moderni. Neki od njih su na visini savremenih zakonika.

<sup>31</sup> Štaviše, jedan od ozbiljnijih pokušaja donošenja građanskog zakonika pre Drugog svetskog rata, poznat kao Predosnove građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju (1934), nije imao Opšti deo već samo uvodne odredbe (1-14 §).

<sup>32</sup> Među razlozima koji su onemogućili jedinstveno ili potpuno regulisanje građanske materije, sigurno spada i nedovoljna razvijenost opštih, za pravo pomoćnih disciplina, kao što su sociologija ili filozofija, koje bi pravu davale filozofsko-etičku i političku osnovu.

odražava i na različita shvatanja o pravnoj i poslovnoj sposobnosti pravnih lica,<sup>33</sup> tačnije na konkretno uređenje pojedinih pravnih instituta. Isti je slučaj i sa opštim principima vršenja i zaštite prava.

Utvrđivanje opštih elemenata prava koja se odnose na subjekte i objekte prava, pravne akte (pravne poslove i druge pravne radnje), vršenje i ostvarivanje prava, u našem pravu ima dalekosežniji značaj, nego što je to bio slučaj sa ostalim kodifikacijama koje sadrže opšti deo. Naša pravna nauka nije uspjela, zbog diskontinuiteta sa predratnim pravom, da definiše i utemelji mnoge pravne institute i pojmove, među kojima se nalaze neki od osnovnih. To je slučaj sa pravom privatne svojine, kao i sa pravnim licima kao pravnim subjektima, što je imalo za posledicu i neujednačena, a često i nejasna rešenja. Sistem kolektivne - društvene svojine nužno je doveo do uspostavljanja nekih pravnih odnosa koji se nisu mogli objasniti već poznatim pravnim pojmovima i institutima. Zato se prilikom donošenja jedinstvenog građanskog zakonika mora vrlo brzo savladati „lekcija“ utvrđivanja opštih pojmova i zajedničkih elemenata za pojedine pravne institute, koji će biti konkretno regulisani, i u čijem uređenju opšti i zajednički pojmovi neće biti nikakva smetnja. U tome nam i dalje, kao dobar primer, mogu poslužiti rešenja iz uporednog zakonodavstva.

Najzad, Opšti deo u našem budućem građanskom zakoniku bio bi od najveće koristi u procesu harmonizacije privatnog prava koji se odvija u okviru EU. Osnovni principi, kao i zajednička pravila za pojedine pravne institute mogu poslužiti kao osnova usaglašavanja našeg prava sa komunitarnim pravom kao zajedničkim „pravom“ EU. Opšti deo građanskog zakonika može odigrati važnu ulogu ako se u donošenju Evropskog građanskog zakonika pođe od utvrđivanja opštih principa, kao što je učinjeno Landovim načelima.

I u budućem Evropskom građanskom zakoniku sporno je pitanje postojanja Opšteg dela kodifikacije. Prilikom donošenja Evropskog građanskog zakonika, od najveće koristi može biti upoređivanje i usaglašavanje opštih elemenata prava radi dolaženja do zajedničkih rešenja o pojedinim pitanjima iz građanske materije. Smatramo da Opšti deo treba da nađe svoje mesto u budućoj kodifikaciji i Srbije i EU, jer je veoma koristan, a i početna usaglašavanja prava država EU treba najpre postići upravo na ovim zajedničkim i osnovnim elementima kodifikacije.

### **III. Perspektive građanske kodifikacije u pravu EU**

Ciljevi stvaranja EU nisu ostvarivi u uslovima disharmonije njenog privatnog i građanskog prava. U okviru EU postoje tri tipa pravnih sistema – angloamerički tip u Engleskoj, evropskokontinentalni tip u zemljama kontinentalne Evrope i mešoviti tip u Škotskoj. Ni evropskokontinentalni tip nije jedinstven, već obuhvata tri pravna kruga (porodice): romanski (Francuska, Španija, Portugalija,

---

<sup>33</sup> Više, R. Kovačević Kuštrimović, *Gradansko pravo, opšti deo*, Niš, 1996.

Luksemburg, Italija, Belgija, Holandija), germanski (Nemačka, Austrija, Švajcarska, Grčka) i skandinavski – nordijski pravni krug. Pored toga, EU su pristupile i države bivšeg socijalističkog bloka u kojima je, u velikoj meri, raskinuta pravna tradicija sa zapadnim pravnim sistemima, pa se postavlja pitanje kome pravnom tipu i krugu da se prilagode tzv. zemlje u tranziciji (Slovenija, Češka, Slovačka, Poljska, Bugarska, Rumunija) kao i države koje teže učlanjenju (Hrvatska, Srbija, BJR Makedonija, BiH, Crna Gora, Albanija). Sve je to, od samog nastanka pa do danas, uslovalo potrebu harmonizacije nacionalnih prava, ali i stvaranje jednog usaglašenog nadnacionalnog pravnog sistema, tzv. komunitarnog pravnog sistema.<sup>34</sup> Istovremeno, postavlja se i pitanje potrebe unifikacije evropskog prava, tj. stvaranja jednoobraznih propisa, odnosno donošenje Evropskog građanskog zakonika ili kodifikovanje celokupnog privatnog prava (Evropski zakonik o privatnom pravu). Osnov usaglašavanja propisa nalazi se u ugovoru o pristupanju EU, kojim države članice preuzimaju opštu obavezu da usklade svoja zakonodavstva u meri potrebnoj za ostvarivanje ciljeva integracije.

Evropsko privatno pravo je nadnacionalno pravo koje nastaje usklađivanjem i prožimanjem nacionalnih prava država članica EU, a koje obezbeđuje fizičkim i pravnim licima slobodu delovanja, autonomiju u odnosu na kolektivite kojima pripadaju i na javnu vlast. To su sve norme koje su obavezne za države članice, a odnose se na njihove građane (norme trgovinskog evropskog prava usmerene na stvaranje jedinstvenog evropskog tržišta, evropsko građansko pravo, pravo intelektualne svojine, ali, u širem smislu, i norme radnog prava, i norme kojima se štite lična prava). Evropsko građansko pravo obuhvata zaštitu imovine, usklađivanje normi obligacionog prava (ugovorno i vanugovorno), prava intelektualnog stvaralaštva, zaštitu kulturnog blaga iznetih sa teritorije jedne države i dr.

Protivnici jedinstvene kodifikacije se pozivaju na prvenstveno ekonomske ciljeve EU koji ne zahtevaju usklađivanje propisa iz svih oblasti privatnog prava. Očuvanje pravnog nasleđa u oblasti građanskog prava smatraju bitnim za očuvanje kulturnog i nacionalnog identiteta svakog evropskog naroda.<sup>35</sup> Države članice su svesne da je promena pravnih pravila, pre svega građanskog prava, ujedno promena načina života nekoliko stotina miliona ljudi i njihove društvene svesti i

---

<sup>34</sup> Pravo koje se stvara u okvirima Evropskih zajednica je dugo vremena nazivano “pravo Evropskih zajednica”. Od stupanja na snagu Ugovora iz Maastrichta 1992. naziva se “pravo Evropske unije” tj. “pravne tekovine EU” (fr. *acquis communautaire*). Komunitarno pravo jeste skup pravnih normi kojima se regulišu međusobni odnosi u koje stupaju državljani i pravna lica koja imaju sedište u nekoj od država članica, same članice i institucije evropskih zajednica.

<sup>35</sup> Interesantno je da se ideji donošenja evropskog građanskog zakonika danas opiru i francuski teoretičari (koji su glorifikovali ideju kodifikacije), ali iz razloga koji ne leže u suštini samih zakonika, već spolja. Oni ističu da je svaki nacionalni pravni sistem „plod“ autonomnog razvoja svakog naroda, koji podrazumeva sve sociološke, istorijske, kulturne i druge karakteristike tog naroda. Donošenjem jednog takvog zakonika bio bi povređen identitet naroda, čije je očuvanje, inače, zagarantovano članicama EU.

„igraju na kartu“ prirodnog protivljenja čoveka promenama ustaljenih navika. Pri tome, privatno pravo predstavlja „zaštitni bedem“ od globalizacije. Kao argument se koristi i činjenica da je EU glomazna zajednica, da to ima svoju cenu, što je i dovelo do pada standarda u mnogim državama – članicama i izazvalo nezadovoljstvo. Smatra se da bi unifikovano pravo obesmisliło početno geslo „ujedinjeni u razlikama“ (*United in diversity*). Posebno se ističu kao „nepremostive“ razlike između britanskog i kontinentalnog prava.

Pobornici jedinstvenog Evropskog građanskog zakonika polaze od toga da je unifikacija prava pretpostavka većeg približavanja i zajedničkog života njenih građana, u interesu opstanka ove zajednice i pravne sigurnosti njenih građana. Prva usaglašavanja su izvršena u oblasti obligacionog prava - Uputstvom EEZ o odgovornosti za štetu od proizvoda sa nedostatkom i o nepravničnim ugovornim klauzululama, kao i Načelima evropskog ugovornog prava (Ole Lando načela) kojima se postavljaju temelji buduće građanske kodifikacije. Norme evropskog privatnog i građanskog prava ne čine homogenu celinu, što je posledica činjenice da su usvajane radi rešavanja određenih problema, a ne sistematski. Ovaj problem bi se prevazišao jedinstvenom kodifikacijom.

Interesantno je razmatranje da je razlike moguće prevazići pozivanjem na rimsko *ius commune* kao kolevku privatnog prava, koje je izvršilo uticaj i na evropsko kontinentalno pravo i na englesko, posebno ugovorno, pravo. To je stvorilo zajedničko evropsko pravno nasleđe koje počiva na srodnim principima i kompatibilnim institutima (garantovanje privatne svojine, sloboda ugovaranja, odgovornost za štetu itd.), pa se govori o mogućnosti „reevropizacije pravne nauke“<sup>36</sup>. To zajedničko pravno jezgro je i omogućilo harmonizaciju, na nivou osnovnih idejnih vrednosti – pravnih načela.

Rad na harmonizaciji i unifikaciji građanskog i privatnog prava odvija se putem: Načela evropskog ugovornog prava (Ole Landova načela); Evropskog zakonika o ugovorima (Gandolfijev projekt); rada na Evropskom građanskom zakoniku; Načelima evropskog porodičnog prava (2001)<sup>37</sup> i nizom drugih aktivnosti.

U dosadašnjem radu su najznačajnija „Načela evropskog ugovornog prava“ poznatija kao „Ole Landova načela“, koja mnogi pravници smatraju uvodom u evropski građanski zakonik.<sup>38</sup> Landova komisija je pošla od činjenice da je radi

<sup>36</sup> Zimmermann, *Roman Law and the European Legal Unity*, p. 75, cit. prema R. Vukadinović, *Perspektive Evropskog građanskog zakonika*, *Pravni život*, 12/1996, str. 894.

<sup>37</sup> U EU je formirana i Komisija za porodično i nasledno pravo, koja su se, zbog uticaja pravne tradicije, do sada, smatrali rezervisanim isključivo za nacionalna prava. Smatra se da i ove oblasti treba harmonizovati, jer ujednačavanje privrednih odnosa utiče i na približavanje određenih "ličnih" odnosa, ukorenjenih u nacionalnoj kulturi i načinu života.

<sup>38</sup> Načela evropskog ugovornog prava (*Principles of European Contract Law – PECL*) izradila je komisija formirana 1970. od strane Komisije za evropsko ugovorno pravo (CECL) na čijem čelu je bio danski prof. Ole Lando. Ova komisija je 1995, 1998. i 2002. objavila tri dela Načela. Treba ih posmatrati zajedno sa Načelima međunarodnih trgovinskih ugovora (UNIDROIT) iz 1994. Pokušaj

stvaranja jedinstvenog evropskog tržišta i omogućavanja uspešnog međunarodnog poslovanja, neophodno usaglasiti privatno pravo članica EU. Iako Landova načela nisu obavezna, ona imaju veliki autoritet u svim evropskim državama, jer su uspela da otklone brojne razlike koje, u materiji ugovornog prava, postoje između država članica i ponude rešenja prihvatljiva za poslovne ljude država EU.

Smatramo da je put ka jedinstvenoj kodifikaciji trasiran i pored vremenske neizvesnosti okončanja ovog posla (u Švajcarskoj je sličan proces trajao skoro 2 veka). Jedinstvena Evropa može počivati samo na jedinstvenom pravu i toga su svesni njeni akteri. U realizaciji te ideje primenjuje se Moneove doktrina "sektor po sektor". Evropski Parlament je 1989.g. doneo rezoluciju kojom je pozvao na izradu Evropskog građanskog zakonika. S obzirom na tadašnju savetodavnu ulogu Parlamenta, ta odluka nije bila obavezna i Evropska Komisija nije na nju reagovala sve do 1997. godine, kada je u Haagu/Sheveningenu organizovan simpozijum „Prema Evropskom građanskom zakoniku“.

Na osnovu dve rezolucije Evropskog parlamenta (Rezolucija o radu na ujednačavanju privatnog prava iz 1989. i Rezolucija o harmonizaciji određenih sektora privatnog prava država članica iz 1994.), započet je rad na usaglašavanju propisa. Studijska grupa za Evropski građanski zakonik (koordinator *Christian von Bar*) je formirana i osnovani su pojedini istraživački timovi koji rade u pojedinim gradovima na usaglašavanju pojedinih delova budućeg Evropskog građanskog zakonika.<sup>39</sup>

### **Zaključna razmatranja**

Harmonizacija prava država članica i država kandidata za članstvo u EU, neophodan je uslov za prijem u članstvo. U poslednjih 20-tak godina doneto je više od 80 akata Evropske zajednice koji se primarno odnose na područje privatnog prava, kao i mnogobrojne odredbe u nacionalnim zakonodavstvima u cilju harmonizacije ovih normi. Ovi podaci ukazuju na potrebu stvaranja novog evropskog *ius commune* kao jedinstvenog normativnog prostora, *ex nunc*. Iako su kod evropskih pravnika prisutne kritike pojedinih rešenja iz propisa EU i protivljenje unifikaciji evropskog pravnog prostora, smatramo da je donošenje Evropskog građanskog zakonika realnost XXI veka. Započeti proces harmonizacije evropskog građanskog prava, sigurno će, u bližoj ili daljoj budućnosti, dovesti do stvaranja uslova za regulisanje ove materije jedinstvenim evropskim građanskim zakonikom, jer će se na taj način pospešiti privredne aktivnosti i jačati moć država članica trajnim prožimanjem interesa njihovih građana.

---

ujednačavanja i harmonizacije ugovornog prava ostvaruje se i na području elektronske trgovine, Smernicom o elektronskom potpisu (1999).

<sup>39</sup> Amsterdam: dugoročni ugovori; Tilburg: usluge; Utrecht: prodaja robe; Hamburg: sredstva ličnog obezbeđenja; Osnabruk: odštetno pravo, nezvano vršenje tuđih poslova, sticanje bez osnova; Salzburg: prenos prava svojine na pokretnim stvarima.



U Srbiji je potrebno doneti jedinstveni Građanski zakonik Srbije koji bi regulisao materiju opšteg dela, stvarnog, obligacionog, naslednog i porodičnog prava. Zakonik bi trebalo prilagoditi savremenim rešenjima evropskog građanskog prava – komunitarnog prava i rešenjima razvijenih pravnih sistema. Da bi se ovi ciljevi ostvarili, potrebna je politička volja čiji nosioci mogu biti samo ljudi i pravnici sa novim idejama, verom u potrebu za promenom i energijom za njenim sprovođenjem.

Smatramo, da nije dobro dočekati proces harmonizacije evropskog prava, bez nacionalne kodifikacije, jer bi u tom slučaju došlo do prihvatanja direktne primene pravnih regula EU na odnose u našem pravu. To može imati za posledicu „nametanje“ rešenja koja bi bila nepogodna za razvoj našeg društva. Na sreću, i proces stvaranja prava Evropske Unije, naročito u materiji građanskog prava, ne ide tako brzo, tako da se nadamo da će za to vreme biti, uprkos svemu, Građanskog zakonika Republike Srbije. Sastavni, kohezioni deo tog zakonika, treba da bude Opšti deo koji bi sadržavao opšte pojmove i zajedničke elemente za pojedine pravne institute, i omogućio stvaranje sistema građanskog materijalnog prava i jačanje mesta i uloge privatnog prava u sistemu prava.

Danas su se, u dobroj meri, ostvarili uslovi za donošenje jedinstvenog građanskog zakonika. Teško je očekivati da društveni odnosi postignu potpunu stabilnost po meri kodifikacije, jer je ovaj period razvoja našeg društva i dalje tranzicioni ili prelazni (od starog na novi društveni poredak). Naime, zakonicima se, inače, ne uređuju samo postojeći odnosi, već se regulišu i odnosi čije se nastajanje i razvoj očekuje, dakle projektuju željeni odnosi. Tačnije, veliki zakonic i imaju značajnu ulogu u oblikovanju novih odnosa. Ako se setimo velikih kodifikacija, čak i najstarijih, kao što je npr. Hamurabijev zakonik, primetićemo da su njima vršene velike društvene reforme i ostvarivali ciljevi koji nadmašuju puko ozakonjenje postojećih društvenih odnosa. Na drugoj strani, i modernim kodifikacijama nije nedostajao taj cilj. Zar Francuski građanski zakonik nije donet u vohoru jedne od velikih revolucionarnih preokreta, sa namerom da ozakoni njegove tekovine?<sup>40</sup> Zar se njime nije hteo raskid sa kolektivnom feudalnom svojinom i uvođenje novog oblika svojine - privatne svojine? To su, uostalom, stanja slična našem, jer se kolektivna - društvena svojina pretvara u privatnu i uopšte, vrši preokret ka novom društvenom poretku zasnovanom na tom svojinskom obliku i odnosima na njenim osnovama.

---

<sup>40</sup> Interesantno je napomenuti koliko je Napoleon imao osećaj značaja jedinstvenog građanskog zakonika, kada je, pored čuvene misli o nadmoćnosti njegovog zakonika nad svim njegovim vojničkim poredama koje će zaseniti poraz kod Vaterloa, rekao i to da je svojim Code civil-om širokogrudno posejao seme slobode svuda gde je ovaj zakonik implantiran. Zašto, pitao se on, Code Napoleon ne bi mogao da posluži kao osnova Evropskog građanskog zakonika. Vidi, 200 ans de Code civil, Jacques Bouineau et Jérôme Roux, ADPF ministère des Affaires étrangères.

Radmila Kovačević–Kuštrimović, LL.D., Full Professor  
Miroslav Lazić, LL.D., Associate Professor  
Faculty of Law, University of Niš

## **THE SERBIAN CIVIL CODE AND THE EUROPEAN UNION LAW**

### *Summary*

Even though the first Serbian Civil Code was adopted as early as 1844 as a reception of the Austrian Civil Code, the contemporary Serbian legislation has been without a unified civil code for over six decades now. In our law, the question of adopting a unified civil code has become a current issue again due to the present necessity to harmonize our law with the European Union law.

After the regional community of EU states was created, the question of harmonizing the national legislations and a unified civil codification has become a hot issue again, both in the states which adopted their civil codes more than one or two centuries ago and in the states which have never had their civil codes. The EU objectives are unlikely to be accomplished in the circumstances of disharmony in the field of private and civil law. For the proponents of the unified European Civil Code, the unification of laws is the presumption of a higher degree of association, common life, subsistence and legal security of all EU citizens.

We believe that we should not face the forthcoming process of EU law unification without previously enacting our national civil codification. The unified Serbian Civil Code would provide for the internal harmonization of the statutory civil provisions which are, at present, either incomplete, too numerous and frequently contradictory, or still non-existent in some areas of civil law.

The issue which could be subject to further debate is the structural systematization of the civil code, particularly regarding its general part. The analysis of the existing civil codes and the opinions of the legal science points to the necessity of having a general part. In spite of the tendencies to enact separate legislation which would regulate a large number of social relations, the general part would provide for their “unification” in a universal system which would create the spirit of unison in civil relations.

*Translated by:*  
*Gordana Ignjatović, BA*

UDK: 341.231.14-053.2

UDK: 347.157:331.101.234

Nevena Petrušić, redovni profesor  
Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

## GRANICE POSLOVNE SPOSOBNOSTI DETETA\*

### 1. Detinjstvo i status deteta

Detinjstvo je promenljiva moralna i socijalna kategorija koja ima različitu sadržinu u različitim kulturama i epohama,<sup>1</sup> uslovljenu društvenom strukturom, ekonomskim uslovima, načinom života, sistemom vrednosti koji u datoj društvenoj sredini važi i drugim socijalnim faktorima.<sup>2</sup> Kao i u ranijim periodima razvoja ljudskog društva, ni u savremenom društvu ne postoji konsenzus o prirodi detinjstva, o tome kada deca postaju odrasle osobe, šta je deci potrebno za njihov optimalni razvoj, kakvo okruženje najbolje zadovoljava potrebe dece, niti ima saglasnosti o tome koji nivo zaštite treba obezbediti deci u određenom uzrastu.<sup>3</sup> Saglasno tome, ne postoji univerzalno prihvaćen pojam „dete“, već on ima različitu sadržinu u pojedinim kulturama. Upravo to je i razlog što *Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima deteta*,<sup>4</sup> najvažniji i najšire prihvaćen međunarodni dokument u

\* Rad je rezultat istraživanja na projektu *Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije*, br. 149043D, koji finansira Ministarstvo Republike Srbije.

<sup>1</sup> To potvrđuje i jedna od retkih antropoloških studija posvećena poimanju deteta u srpskom društvu. Trebješanin, Ž., *Predstava o detetu u srpskoj kulturi*, Jugoslovenski centar za prava deteta, Beograd, 2000.

<sup>2</sup> Prema savremenim shvatanjima razvojnih psihologa, postoje tri grupe faktora koje određuju razvoj deteta: socijalni okvir u kome žive (porodica, socijalni obrasci, organizacija svakodnevnog života deteta), kulturno regulisani običaji i praksa vaspitanja dece (staranje i edukacija, stavovi prema igri, disciplini i obučavanju) i, konačno, verovanja i stavovi roditelja (ciljevi i prioritete koje roditelji imaju u odnosu na razvoj dece i način na koji to nastoje da postignu). Više o tome: Super, C., Harkness, S., *Cultural Perspectives on Child Development*, u: *Cultural Perspectives on Child Development*, D. Wagner, H., Stevenson, W. H. Freeman, (ed.), San Francisco, 1982, pp. 170-198.

<sup>3</sup> Osamdesetih godina prošlog veka detinjstvo je izazvalo povećano interesovanje sociologa, što je postepeno dovelo do nastanka sociologije detinjstva kao posebne naučne discipline. Njeno uobličavanje potvrđeno je na svetskom kongresu sociologa, održanom u Montrealu 1998. godine, kada je osnovan *Međunarodni istraživački komitet za sociologiju detinjstva*. Dva su osnovna problema kojima se sociolozi detinjstva bave: problem komparativnih istraživanja detinjstva, s obzirom na različite kontekste, uticaje i značenja detinjstva, i problem konceptualne i epistemološke prirode, koji se svodi na pitanje – postoji li jedno ili mnoga detinjstva. (Videti: Tomanović, S., *Sociologija detinjstva*, Socijalna hrestomatija, Beograd, 2004).

<sup>4</sup> *Convention on the Rights of the Child* (u daljem tekstu: Konvencija), Zakon o ratifikaciji Konvencije UN o pravima deteta, „Sl. list SFRJ, Međunarodni ugovori“, br. 15/90 i 2/97.

oblasti prava deteta, ne pruža potpunu definiciju deteta. Naime, u čl. 1. Konvencije dete je definisano kao *svako ljudsko biće<sup>5</sup> koje nije navršilo 18 godina života*, pri čemu standard u pogledu uzrasta važi *pod uslovom da se, na osnovu zakona koji se odnosi na dete, punoletstvo ne stiče ranije.*<sup>6</sup> Time je, zapravo, državama članicama Konvencije ostavljena mogućnost da utvrđivanjem niže starosne granice za sticanje punoletstva same „dovrše“ definiciju deteta. Takav fleksibilni pristup u definisanju bio je, nesumnjivo, nužan, kako bi se došlo do zajednički prihvatljivog rešenja koje obezbeđuje uvažavanje nacionalnih kulturnih osobenosti. Činjenica je, međutim, da mogućnost snižavanja granice punoletstva, koja je državama članicama pružena, narušava univerzalnost prava deteta i otvara prostor za nejednak tretman dece, što je jedna od osnovnih kritika koje se upućuju konvencijskoj definiciji deteta.<sup>7</sup>

Postavljanje granice između deteta i odrasle osobe predstavlja tipično pravno-političko pitanje, na koje države nude različite odgovore.<sup>8</sup>

U najvećem broju savremenih pravnih sistema osoba gubi pravni status deteta sa navršenom 18. godinom života, kada stiče status punoletne osobe.<sup>9</sup> Takvo stanje posledica je opšteg trenda snižavanja starosne granice za sticanje punoletstva na 18 godina života (npr. Engleska je to učinila 1969. godine,<sup>10</sup> Nemačka 1974. godine,<sup>11</sup> a Irska 1985. godine.<sup>12</sup> Ipak još uvek ima država koje ovu granicu

---

<sup>5</sup> Konvencijom o pravima deteta nije definisan početak detinjstva, odnosno života, što je posledica nastojanja redaktora da izbegnu otvaranje problema vezanih za trenutak nastanka ljudskog bića, prava na abortus i dr., jer je ocenjeno da bi oni otežali ratifikaciju Konvencije i sprečili njenu univerzalnu primenu. Videti: Detrick, S, *The United Nations Convention on the Rights of the child, A Guide to the "Travaux Préparatoires"*, Dordrecht, Boston, London, p. 110.

<sup>6</sup> Za razliku od Konvencije UN o pravima deteta, Afrička povelja o pravima i dobrobiti deteta (*African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49, 1990, stupila na snagu 1999. godine) definiše dete kao svako ljudsko biće koje nije navršilo 18 godina života (čl. 2), ne ostavljajući mogućnost da države članice ove Povelje utiču na ovu definiciju određivanjem niže granice punoletstva.

<sup>7</sup> Videti: Šahović Vučković, N., *Prava deteta i međunarodno pravo*, Centar za prava deteta, Beograd, 2000, str. 83.

<sup>8</sup> Raznovrsni su faktori koji utiču na određivanje starosnog uzrasta za sticanje punoletstva: ekonomski, politički, ideološki, kulturni i dr. O tome: Mitić, M., *Pravni eseji*, Leskovac, 1983, str. 17.

<sup>9</sup> Države Evropske unije još uvek nisu uspele da u potpunosti unifikuju zakonska pravila o sticanju punoletstva. Iako je u većini država ova granica postavljena na 18 godina (npr. u Nemačkoj, par. 2. BGB, u Francuskoj, art. 388. Code Civil, u Italiji, par. 2. Codice Civile), u pojedinim državama granica punoletstva je viša (npr. 19 godina, u Austriji, par. 21. ABGB, 20 godina u Švajcarskoj, art. 14. ZGB).

<sup>10</sup> Family Law Reform Act, 1969. Zanimljivo je da je tokom reforme porodičnog prava u Engleskoj Pravna komisija preporučila smanjivanje granice punoletstva na 16 godina, ali je ovaj predlog odbijen. (Videti: Varul, P., Avi, A., Kivisild, T., *Restrictions on Active Legal Capacity*, *Juridica International*, 2004, no.1, pp. 102, <http://www.juridica.ee>).

<sup>11</sup> U vreme rada na noveliranju pravila o poslovnoj sposobnosti u Nemačkoj, ukazivano je da je uzrast od 18 godini isuviše nizak kad su u pitanju pojedine vrste pravnih poslova, kao što su dugotrajni poslovi i poslovi veće vrednosti, te da bi trebalo isključiti mogućnost da ih punoletna osoba do određenog uzrasta samostalno sklapa. Ovaj predlog nije, međutim, prihvaćen. (Detaljno: Medicus, D.,

određuju na više od 18 godina (npr. u Austriji se punoletstvo stiće sa 19. godinom života, u Švajcarskoj sa 20. a u Argentini, Čadu, Egipatu, Kamerunu i Madagaskaru sa 21.). U manjem broju država granica punoletstva niža je od 18 godina. Tako se u Škotskoj, Kirgistanu, Nepal i Turkmenistanu punoletstvo stiće sa 16 godina života, dok se u Uzbekistanu i Portoriku ono stiće sa 14 godina života.<sup>13</sup>

Prilikom regulisanja pravog statusa fizičkih osoba, najveći broj država opredelio se da granicu punoletstva utvrdi čvrstim fiksiranjem starosnog uzrasta. Međutim, u jednom broju država predviđena je mogućnost da se sticanje punoletstva odloži do završetka srednje škole, odnosno da se stekne ranije, ako osoba završi srednju školu pre nego što napuni onaj broj godina koji je predviđen za sticanje punoletstva. Razni varijeteti ovakvih rešenja predviđeni su u pojedinim američkim državama.<sup>14</sup>

U najvećem broju savremenih pravnih sistema ne postoje razlike u sticanju poslovne sposobnosti s obzirom na pol, koje su bile karakteristične za stare pravne sisteme. Međutim ova distinkcija nije potpuno iščezla već se još uvek sreću države koje određuju različitu starosnu granicu za sticanje punoletstva za osobe muškog i ženskog pola. U Pakistanu, npr., muškarci stiću punoletstvo sa 18 godina, a žene sa 16 godina,<sup>15</sup> dok u američkim državama Arkanzas i Nevada muškarci stiću punoletstvo sa navršenom 21. godinom, a žene sa 18. godinom života.<sup>16</sup>

Sticanje punoletstva je važna pravna činjenica. Sticanjem punoletstva, mladoj osobi priznaje se opšta poslovna sposobnost, na osnovu koje se pridružuje svetu odraslih. To, međutim, ne znači da su joj u ovom uzrastu dostupna sva prava, budući da su neka prava, a naročito politička, uslovljena dostizanjem većeg starosnog starosnog uzrasta.<sup>17</sup> Tako, npr. u Engleskoj osoba koja je sa 18 godina života stekla punoletstvo, a time i pravo glasa, ne može biti birana za člana

---

*Allgemeiner Teil des BGB: ein Lehrbuch.* 6. Aufl. Heidelberg: Müller Verlag, 1994, § 38. sec. 538, navedeno prema: Varul, P., Avi, A., Kivisild, T., op. cit., p. 100).

<sup>12</sup> O izmenama u uporednom pravu: Varul, P., Avi, A., Kivisild, T., op. cit. pp. 99-107.

<sup>13</sup> Podaci dostupni na: [http://en.wikipedia.org/wiki/Age\\_of\\_majority](http://en.wikipedia.org/wiki/Age_of_majority), pristup 19. 06. 2008.

<sup>14</sup> Arkanzas, Ohajo, Nevada, Utah, Virdžinija, Viskonsin, [http://en.wikipedia.org/wiki/Age\\_of\\_majority](http://en.wikipedia.org/wiki/Age_of_majority), pristup 19. 06. 2008.

<sup>15</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Age\\_of\\_majority](http://en.wikipedia.org/wiki/Age_of_majority), pristup 19. 06. 2008.

<sup>16</sup> Ove odredbe su u suprotnosti sa odlukom koju je američki Supreme Court doneo u slučaju Stanton v. Stanton (421 U.S. 7 (1975)), ocenjujući ustavnost propisa države Utah kojima je utvrđena različita starosna granica za sticanje punoletstva za osobe muškog i ženskog pola. Sud je konstatovao da su ovi propisi neustavni, u kontekstu zaštite dece, jer su u suprotnosti sa pravom na jednaku zaštitu garantovanim 14. Amandmanom. (Videti: The Law Reform Commission, Working Paper No. 2 – 1977, *The Law relating to the age of majority, the age for marriage and some connected subjects* [http://www.lawreform.ie/publications/data/volume1/lrc\\_3.html](http://www.lawreform.ie/publications/data/volume1/lrc_3.html), pristup 19. 06. 2008).

<sup>17</sup> Pregled rešenja u uporednom pravu koja se tiču testamentalne sposobnosti, sposobnosti za sklapanje braka, sposobnosti glasanja i izbora na određene javne funkcije, videti u: The Law Reform Commission, Working Paper No. 2 – 1977, *The law relating to the age of majority, the age for marriage and some connected subjects*, op. cit. pp. 108-116.

Parlamenta pre nego što napuni 21 godinu, dok je u Nemačkoj i Grčkoj ova granica postavljena na 40 godina života; za punoletne osobe u Francuskoj je uzrast od 21 godine uslov da osoba bude testamentalni svedok, bez obzira što se punoletstvo stiće sa 18 godina života;<sup>18</sup> u većini američkih država osoba može kupovati alkoholna pića tek kada navršši 21 godinu života, bez obzira što je u 18. godini života stekla punoletstvo.<sup>19</sup>

## 2. Koncept „prava deteta“ i razvojne sposobnosti deteta

U poslednjoj četvrtini 20. veka paternalistički odnos društva prema deci i protektivistički model porodičnih odnosa, u čijem je fokusu dete kao pasivni „objekt“ zaštite, postepeno je transformisan razvijanjem novog koncepta „prava deteta“. Ovaj moderni koncept baziran je na ideji da je dete autonomno ljudsko biće, individualni titular prava i sloboda, koje ostvaruje u skladu sa svojom zrelošću i razvojnim sposobnostima, i da je za status deteta u porodici i društvu od ključne važnosti pravo na samoopredeljenje, koje otvara širi prostor za njegov razvoj i ostvarivanje ljudskih prava i sloboda.<sup>20</sup> Od posebnog značaja su tzv. participativna prava (pravo na informisanje, pravo na slobodno izražavanje mišljenja i dr.),<sup>21</sup> koja obezbeđuju da dete bude aktivan činilac života u društvenoj zajednici i svog vlastitog života i razvoja.

Ideja o detetu kao autonomnom pravnom subjektu normativno je uobličena i snažno podržana Konvencijom UN o pravima deteta. Ovaj osnovni inovativni međunarodni dokument u oblasti dečijih prava, koji predstavlja uspešan spoj protektivističkog koncepta i koncepta dečijih prava, po prvi put detetu garantuje široku paletu građanskih, političkih, ekonomskih i kulturnih prava, kao što su pravo deteta da traži, prima i daje informacije svih vrsta, pravo na slobodu mišljenja, savesti i veroispovesti, pravo na slobodu udruživanja i mirnog okupljanja, pravo deteta da izrazi svoje mišljenje o svim pitanjima koja ga se tiču u skladu sa svojim godinama i zrelošću i dr. Pri tome su, u skladu sa holističkom filozofijom

---

<sup>18</sup> U Francuskoj su određene godine starosti uslov za obavljanje čitavog niza službenih funkcija: 40 godina života je uslov za članstvo u zakonodavnom telu, 25 godina za izbor na mesto sudije suda opšte nadležnosti, a 30, na mesto sudije trgovinskog suda i sudije porotnika, 25 godina za postavljenje na mesto notara i dr. <http://www.lectlaw.com/def/a023.htm>, pristup 16. 06. 2008.

<sup>19</sup> <http://www.lectlaw.com/def/a023.htm>, pristup 16. 06. 2008.

<sup>20</sup> O teorijskim pristupima u konstituisanju prava dece, videti: Freeman, M.D.A., *The Rights and Wrong of Children*, London, Frances Pinter, 1983; Janjić Komar, M., *Prava dece u porodičnim odnosima*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beograd, Beograd, 1987; Obretković, M., *Šta su prava deteta?*; Draškić, M., *Prava deteta: Jugoslavija i Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima deteta*, u: Prava deteta u svetu i Jugoslaviji, priređivač Nevena Vučković Šahović, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 1997; Janjić Komar, M., Obretković, M., *Prava deteta – prava čoveka*, Beograd, 1996.

<sup>21</sup> O participativnim pravima, detaljno: Van Bueren, G., *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1995., p. 15.

Konvencije, sva prava deteta nedeljiva, međusobno povezana imaju istu težinu.<sup>22</sup>

Za praktično ostvarivanje prava deteta priznatih Konvencijom, od ključne važnosti je, pre svega, postojanje načelne spremnosti država da prihvate nižu starosnu granicu za samostalno vršenje pojedinih prava, posebno onih lične prirode. S druge strane, neophodno je da se pravilno razume, interpretira i primenjuje koncept „razvojnih sposobnosti“ deteta (*evolving capacities of the child*), koji Konvencija o pravima deteta po prvi put uvodi u međunarodno pravo. Naime, odredbom člana 5. Konvencije predviđeno je da prilikom usmeravanja i savetovanja dece u pogledu njihovih prava priznatih Konvencijom, roditelji, staratelji i druge osobe koje se o deci staraju *treba da uzmu u obzir njihovu sposobnost da sama ostvaruju ova svoja prava*.

Koncept razvojnih sposobnosti deteta, koji u prvi plan ističe individualne sposobnosti deteta, a ne njegov uzrast, zasnovan je na nekoliko osnovnih činjenica: a) deca u različitim okruženjima i kulturama, suočena sa različitim životnim iskustvima, stiču pojedine fizičke i kognitivne sposobnosti u različitim uzrastima, pri čemu sticanje tih sposobnosti zavisi od niza različitih okolnosti;<sup>23</sup> b) nivo individualne sposobnosti deteta različit je, u zavisnosti od stepena dostignute zrelosti i prirode prava koje ostvaruje; c) u različitim kontekstima, životnim situacijama i u različitim oblastima društvenog života dete ima potrebu za različitim nivoom zaštite, participacije i stepena autonomije.

Konvencijskim pravilom o razvojnim sposobnostima deteta uspostavljen je osnovni princip u tumačenju Konvencije, po kome povećanje nivoa sposobnosti deteta smanjuje njegovu potrebu za instrukcijama i savetima i povećava sposobnost da preuzme odgovornost za odluke koje se tiču njegovog života.<sup>24</sup> Sam koncept razvojnih sposobnosti deteta uspešna je formula za uspostavljanje balansa između, s jedne strane potrebe da se detetu omogući da bude aktivni "igrač", a ne „lopta u

<sup>22</sup> Videti par. 9. *General guidelines for periodic reports: 20/11/96, CRC/C/58.* (Basic Reference Document), [http://www.ecmi.de/doc/Implementing\\_Human\\_Rights/English/Reporting/UN%20Conventions/Guidelines/CRC.pdf](http://www.ecmi.de/doc/Implementing_Human_Rights/English/Reporting/UN%20Conventions/Guidelines/CRC.pdf), pristup 16. 06. 2008.

<sup>23</sup> Iako je individualni razvoj svakog deteta poseban, korisno je da roditelji, pravni profesionalci i ostale osobe koje rade sa decom imaju u vidu nivo kognitivnih sposobnosti i veština koje većina dece ima u pojedinim fazama razvoja. Istraživanja su pokazala, npr., da većina dece pre adolescencije nema one kognitivne sposobnosti i veštine rasuđivanja koje su potrebne da upravljaju svojim životima. Tinejdžeri u uzrastu 12-13 godina veruju da problem ima samo jedno rešenje i da je izabrana solucija ili ispravna ili neispravna. Do 14. odnosno 15. godine, rastu njihove kompetencije tako da su u ovom uzrastu u stanju da budu kritični i pragmatični. Mnogi adolescenti zapravo smatraju da je uzrast od 15 godina uzrast u kome im treba dozvoliti da započnu sa donošenjem važnih odluka o sebi samima. U ovom uzrastu deca imaju mnogo jasniji osećaj za sopstveni identitet i počinju da razumevaju sebe i svoju ličnost. (O ovim i drugim sposobnostima deteta, videti: *Rights-based Child Law: The case for reform*, A report by the Law Society's Law Reform Committee, Ireland, 2006. [www.lawsociety.ie/documents/committees/lawreform/childreport06.pdf](http://www.lawsociety.ie/documents/committees/lawreform/childreport06.pdf)), pristup, 20. 06. 2008.

<sup>24</sup> Lansdown, G., *The evolving capacities of the child*, UNICEF, Save the Children, 2005, p. 5.

igri života",<sup>25</sup> da njegova autonomija u ostvarivanju prava bude povećana, ali da, s druge strane, bude zaštićeno, budući da je relativno nezrelo. Saglasno tome, ovaj koncept je bitan preduslov za ostvarivanje principa najboljeg interesa deteta i prava deteta na slobodno izražavanje (i uvažavanje) mišljenja u svim stvarima koje ga se tiču, kao jednog od fundamentalnih prava deteta.<sup>26</sup> Pri tome je neophodno imati u vidu da koncept razvojnih sposobnosti deteta može uticati na ostvarivanje prava deteta, uključujući i pravo deteta da učestvuje u donošenju odluka koje ga se tiču, samo ako se uvaži *razvojna, participatorna (emancipatorna) i zaštitna uloga* ovog koncepta jer samo takav pristup obezbeđuje da države ispune svoje obaveze koje se tiču ostvarivanja, poštovanja i zaštite prava dece.<sup>27</sup>

### 3. Poslovna sposobnost deteta

Učešće deteta u svetu pravnih poslova podrazumeva njegovu poslovnu sposobnost (en. *capacity to exercise rights*, ili *active legal capacity*, fr. *l'exercice des droits civil*, nem. *Geschäftsfähigkeit*). Poslovna sposobnost koja se definiše kao sposobnost samostalnog preduzimanja pravnih poslova,<sup>28</sup> tj. sposobnost pravnog subjekta da se svojim izjavama volje izaziva pravne posledice, spada u red promenljivih normativnih konstrukcija, kako u pogledu trenutka sticanja, tako i u pogledu samog obima.

U svim pravnim sistemima pravila o poslovnoj sposobnosti deteta rezultat su nastojanja da se uspostavi ravnoteža između potrebe da se zaštite mlada deca, a da se starijoj deci prizna ona mera slobode koja obezbeđuje njihov autonomni razvoj. Istovremeno, ova pravila pokazuju da li je i kako zakonodavac uspeo da pomiri niz legitimnih i međusobno suprotstavljenih pojedinačnih i opštih interesa:

---

<sup>25</sup> Catherine J. Ross, *From Vulnerability to Voice: Appointing Counsel for Children*, 64. Fordham L. Rev., 1996, p. 1578, in *A Judge's Guide to Improving the Legal Representation of Children*, Edited by Kathi L. Grasso, Howard Davidson, 1998, State Justice Institute, USA.

<sup>26</sup> O pravu deteta na slobodno izražavanje mišljenja, detaljno videti: Petrušić, N., *Pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja u novom porodičnom pravu Republike Srbije*, u: *Novine u porodičnom zakonodavstvu*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2006. i tamo navedenu literaturu.

<sup>27</sup> Detaljno: Lansdown, G., op. cit., pp. 15-30.

<sup>28</sup> U građanskom pravu sreću se različite definicije poslovne sposobnosti. Tako se u čl. 21. Građanskog kodeksa Ruske Federacije poslovna sposobnost (дееспособность), definiše kao "sposobnost građanina da svojim radnjama stiče i ostvaruje građanska prava, preuzima i ispunjava građanskopravne obaveze". U udžbenicima građanskog prava poslovna sposobnost se definiše kao "sposobnost lica da svojom izjavom volje zaključuje pravne poslove i preuzima druge pravne radnje. (Kovačević Kuštrimović R., Lazić, M., *Uvod u građansko pravo*, Punta, Niš, 2008, str. 115). Pojedini pisci naglašavaju da poslovna sposobnost podrazumeva sposobnost pravnog subjekta da svojim izjavama volje zasniva, prenosi, menja i gasi prava i obaveze, kao i da svojim izjavama proizvodi takva pravna dejstva u odnosu na druge. (Vodinelić, V., *Funkcije poslovne sposobnosti maloletnika*, *Pravo – teorija i praksa*, 3/1999, str. 31). O aktivističkoj, voluntarističkoj, personalističkoj i drugim teorijama o poslovnoj sposobnosti, detaljno: Mitić, M., op. cit., str. 11-13.



da pravnostvaralačka volja deteta bude uvažena, da se detetu omogući sklapanje pravnih poslova kako bi sticalo iskustva, razvijalo svoje sposobnosti i pripremalo se za ravnopravno učešće u poslovnom životu zajednice, da se dete zaštiti od rizika jer, zbog svog životnog neiskustva i nedovoljne zrelosti, nije u stanju da donosi razumne odluke, da se zaštite roditelji, odnosno druga lica koja se staraju o detetu i obezbede uslovi da na najbolji način vrše svoje roditeljske (zastupničke) dužnosti, da se zaštite treća lica, potencijalne strane ugovornice, da se spreči ugrožavanje pravne sigurnosti i nastanak sporova i dr.<sup>29</sup>

### 3.1. Osvrt na rešenja u uporednom pravu

U uporednom pravu postoje velike razlike u pogledu obima poslovne sposobnosti deteta, što je rezultat razlika u pravnom nasleđu, društvenom i moralnom statusu dece i drugih činilaca vezanih za nacionalne pravne kontekste. Zbog različitih pristupa u reglisanju poslovne sposobnosti deteta, normativna rešenja u pojedinim državama prilično su različita, čak i među onima koje imaju sličnu pravnu kulturu i tradiciju. Ovim razlikama treba pridodati i razlike koje u uporednim sistemima postoje u pogledu razloga i uslova za emancipaciju deteta, kao i u pogledu same prirode ove ustanove:<sup>30</sup> – u pojedinim pravnim sistemima dete emancipacijom stiče potpunu poslovnu sposobnost, u drugima može steći potpunu ili ograničenu poslovnu sposobnost (potpuna i nepotpuna emancipacija); u nekim državama do emancipacije dolazi sporazumom deteta i roditelja, dok neke države poznaju samo tzv. sudsku emancipaciju, u nekima su razlozi za emancipaciju usko postavljeni, dok neke države predviđaju mnogo veći broj razloga za emancipaciju i sl.<sup>31</sup>

U državama Evropske unije, koje ulažu napore da harmonizuju svoja građanska prava,<sup>32</sup> poslovna sposobnost nije deo materije koju pokrivaju Principi evropskog ugovornog prava (*Principles of European Contract Law*), usvojeni 1998. godine,<sup>33</sup> niti Opcionog Evropskog zakonika o ugovornom pravu (*Optional*

<sup>29</sup> Vodineć razlikuje pet funkcija poslovne sposobnosti deteta: institucionalnu, odnosno, volitivnu funkciju, funkciju zaštite maloletnika, funkciju razvijanja maloletnika, funkciju zaštite interesa zakonskog zastupnika, odnosno omogućavanja vršenja roditeljskog prava i, konačno, funkciju zaštite interesa trećih lica, odnosno, sigurnosti pravnog prometa. (Vodineć, V., op. cit., str. 31-45).

<sup>30</sup> U ovom radu problemi vezani za emancipaciju deteta nisu predmet analize jer prevazilaze okvire rada.

<sup>31</sup> O rešenjima u uporednom pravu, detaljno: Mitić, M., op. cit., str. 14-15.

<sup>32</sup> Proces harmonizacije baziran je na dvema rezolucijama Evropskog Parlamenta: *Resolution of the European Parliament of 26 May 1989 on the Endeavours to Harmonise Private Law in the Member States*, EC OJ 1989 C 158/400; *Resolution of the European Parliament of 6 May 1994 on Harmonisation of Certain Areas of Private Law in the Member States*, EC OJ 1994 C 205/518, <http://ec.europa.eu>, pristup 04. 06. 2008.

<sup>33</sup> Dokument je pripremila Komisija za Evropsko ugovorno pravo, tzv. Lando Komisija. (Videti: Lando, O., *Principles of European Contract Law*, <http://www.kclc.or.jp/english/sympo/EUDialogue/lando.htm>, pristup 29. 05. 2008). Rad ove Komisije nastavila je Studijska grupa za Evropski građanski

*European Contract Law Code*),<sup>34</sup> jer se polazi od stava da materija poslovne sposobnosti spada u pravo ličnosti, a ne u ugovorno pravo.<sup>35</sup> Uprkos tome što različita pravila o nevažnosti ugovora, uključujući i pravila o nevažnosti ugovora zbog nedostatka poslovne sposobnosti, predstavlja jednu od glavnih prepreka za funkcionisanje jedinstvenog evropskog tržišta,<sup>36</sup> i ugleda da materija poslovne (ne)sposobnosti u dogledno vreme neće biti na dnevnom redu Studijske grupe koja kreira Evropski građanski zakonik. Na potrebu harmonizacije pravila o poslovnoj sposobnosti deteta ukazivano je još sedemdesetih godina 20. veka, što potvrđuje i Preporuka (72) 29 Komiteta ministara Saveta Evrope usvojena 1972. godine,<sup>37</sup> koju je pripremila ekspertska grupa Evropskog komiteta za pravnu kooperaciju (CCL). Ovom Rezolucijom državama članicama preporučeno je da snize granicu punoletstva i da detetu priznaju sposobnost da samostalno preduzima određene pravne poslove, uključujući i one koji se svakodnevno preduzimaju, što bi kod mladih ljudi razvilo osećaj odgovornosti.

U nemogućnosti da se u radu ovakve šire elaboriraju uporednopravna rešenja, u nastavku teksta sumarno su prikazana zakonska rešenja u pojedinim pravnim sistemima, kako bi se ilustrovali različiti pristupi u regulisanju poslovne sposobnosti deteta.

Načelno posmatrano, u savremenom pravu poslovna sposobnost deteta regulisana je na četiri kategorijalno različita načina: a) obim poslovne sposobnosti deteta povezan je sa uzrastom deteta; b) obim poslovne sposobnosti deteta povezan je sa sposobnošću deteta za rasuđivanje, koja se procenjuje u svakom pojedinačnom slučaju; c) svakom detetu, bez obzira na uzrast i/ili lično svojstvo, priznata je sposobnost da preduzima pravne poslove, ali samo uz saglasnost roditelja; d) svakom detetu je u punoj meri priznata poslovna sposobnost. Primena istog pristupa ne dovodi, međutim, do istih zakonskih rešenja. Naprotiv, uporedno

---

zakonik (Study Group on a European Civil Code). U IV poglavlju *Principles of European Contract Law*, koji se tiče nevažnosti pravnih poslova, u čl. 4:101: pod naslovom „Materija koja nije pokrivena“, izričito je navedeno da se ovo poglavlje ne odnosi na nezakonitost, nemoralnost ili nedostatak sposobnosti, kao razloga za nevažnost pravnih poslova. Hesselink, M. W., *Capacity and Capability in European Contract Law*, Working Paper No. 2005-09, <http://ssrn.acle.nl>, pristup 29. 05. 2008).

<sup>34</sup> Kerber, W., Grundmann, S., *An Optional European Contract Law Code: Advantages and Disadvantages*, [http://www.uni-marburg.de/fb02/makro/forschung/gelbereihe/artikel/2006-07\\_Kerber-Grundmann.pdf](http://www.uni-marburg.de/fb02/makro/forschung/gelbereihe/artikel/2006-07_Kerber-Grundmann.pdf), pristup 29. 05. 2008.

<sup>35</sup> H. Beale H., Lando, O., (eds), *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2000.

<sup>36</sup> U literaturi posvećenoj Evropskom ugovornom pravu ukazuje se na neophodnost jedinstvenog reguliranja nevažnosti ugovora zbog nedostatka poslovne sposobnosti, kako bi se ostvario glavni cilj utvrđen Akcionim planom Evropske komisije za Evropsko ugovorno pravo od 2003. godine (Action Plan on European Contract Law), koji se ogleda u unapređenju funkcionisanja jedinstvenog tržišta. (Detaljno: Hesselink, M. W., op. cit., str. 7-8).

<sup>37</sup> Videti: *International Documents on Children*, ed. Geraldine Van Bueren, G., 2nd edition Kluwer Law International, 1998, pp. 121-122.

pravo pruža izuzetno široku lepezu različitih normativnih modaliteta i varijeteta. Ipak, po svojim krajnjim efektima, razlika u zakonskim rešenjima nije tako velika kako se na prvi pogled čini.

Države koje su se opredelile da obim poslovne sposobnosti urede uzimajući u obzir uzrast deteta, po pravilu, postavljaju opšta pravila o poslovnoj (ne)sposobnosti deteta i nekoliko posebnih pravila koja obezbeđuju da dete samostalno sklapa izvesne pravne poslove. Ovakav pristup primenjen je, npr. u nemačkom i novom ruskom i škotskom pravu.

U nemačkom pravu dete do sedme godine života nije poslovno sposobno (par. 104. BGB), a posle dostizanja tog uzrasta, sve do punoletstva, priznata mu je ograničena poslovna sposobnost: može zaključivati sve pravne poslove, ali samo uz saglasnost zakonskog zastupnika (par. 106. BGB), s tim što pravne poslove kojima stiče samo prava može zaključivati samostalno (par. 107. BGB). Maloletnik je, takođe, ovlašćen da samostalno zaključuje pravne poslove iz okvira trgovačke ili druge delatnosti koju je samostalno započeo da obavlja, uz odobrenje zakonskog zastupnika, potvrđeno od strane starateljskog suda (par. 112. BGB). Ukoliko je maloletnik zasnovao radni odnos, uz saglasnost zakonskog zastupnika, odnosno, starateljskog suda,<sup>38</sup> njemu je priznata neograničena sposobnost u pogledu ostvarivanja prava i obaveza koje proističu iz ovog odnosa (par. 113. st. 1. BGB). Slična rešenja predviđena su u austrijskom i grčkom pravu.

U pravu Ruske Federacije,<sup>39</sup> obim poslovne sposobnosti deteta takođe zavisi od njegovog uzrasta. GKRF razlikuje dve uzrasne kategorije dece: maloletnike (deca do 14. godine) i nepunoletne osobe (deca u izrastu od 14. do 18. godine). Kad su u pitanju deca koja nisu navršila šestu godinu života, ona su, prema izričitom zakonskom određenju, poslovno nesposobna i pravne poslove u njihovo ime sklapaju njihovi roditelji, usvojilac, odnosno staratelj (čl. 28. st. 1. GKRF). Poslovno su nesposobna i deca starija od šest godina, a mlađa od 14 godina, ali im zakon dopušta da samostalno sklapaju određene pravne poslove: poslove male vrednosti koji služe zadovoljenju svakodnevnih životnih potreba deteta u članova njegove porodice,<sup>40</sup> poslove kojima stiču besplatnu korist, a za koje nije potrebna notarijalna overa ili registracija pred državnim organom, kao i poslove koji se odnose na sredstva koje je detetu stavio na raspolaganje njegov zakonski zastupnik ili, uz saglasnost zakonskog zastupnika, treće lice (čl. 28. st. 2. t. 1. 2. i 3. GKRF). Za neispunjenje obaveza koje proističu iz ove kategorije

<sup>38</sup> Ukoliko zakonski zastupnik maloletniku ne odobri zasnivanje radnog odnosa, na zahtev maloletnika odobrenje daje starateljski sud (par. 113. st. 3. BGB).

<sup>39</sup> Poslovna sposobnost deteta regulisana je Građanskim kodeksom od 30.11.1994. godine (Drugi odeljak Prvog dela, Glava III, pod naslovom „Građani (fizička lica“). Гражданский кодекс РФ, N 51-FZ. <http://www.gk-rf.ru>. pristup 30. 05. 2008. (u daljem tekstu: GKRF)

<sup>40</sup> Tzv. мелкие бытовые сделки. O kriterijumima na osnovu kojih se utvrđuje da li pravni posao spada u ovu kategoriju poslova, detaljno: Sergeeva, A. P., Толстой, Ю.К. Гражданское право, Част I. „Prospekt“, 1997, str. 18.

poslova, imovinska odgovornost leži na roditeljima, usvojiočima, odnosno staraocu, izuzev ako dokažu da nisu krivi za neispunjenje obaveze (čl. 28. st. 3. GKRF). U pogledu poslovne sposobnosti nepunoletne osobe, tj. deteta starijeg od 14 godina, važi pravilo da može sklapati pravne poslove samo uz pismenu saglasnost zakonskog zastupnika (roditelja, usvojioča, odnosno staratelja), s tim što pravni posao proizvodi dejstvo i ako je naknadno pismeno odobren od strane zakonskog zastupnika (čl. 26. t. 1. GKRF). Od ovog pravila izuzeti su pravni poslovi koje dete ovog uzrasta može sklopiti samostalno, bez saglasnosti zakonskog zastupnika: poslovi kojima raspolaže svojom zaradom, stipendijom i drugim prihodima, poslovi kojima ostvaruje svoja autorska prava nad naučnim, književnim i umetničkim delima, pronalascima ili drugim delima nastalim intelektualnim radom, poslovi na osnovu kojih ulaže i raspolaže depozitom u kreditnim ustanovama, kao i svi poslovi koje može samostalno preduzeti maloletnik stariji od šest a mlađi od 14 godina (čl. 26. st. 2. t. 1. 2. 3. i 4. GKRF). Dete koje je napunilo 16 godina može postati član kooperative, u skladu sa Zakonom o kooperativama. U pogledu poslova koje može samostalno zaključiti, dete snosi imovinsku odgovornost, a njegov saugovarač odgovara za povrede samom detetu (čl. 26. st. 3. GKRF). Jedna od specifičnosti ruskog prava ogleđa se u tome što odlukom suda, na zahtev roditelja, usvojioča, odnosno staratelja ili organa starateljstva, dete u uzrastu od 14 do 18 godina može biti potpuno ili delimično lišeno prava da samostalno raspolaže svojom zaradom, stipendijom ili drugim prihodima, ukoliko za to postoji „dovoljno osnova“, pod uslovom da emancipacijom nije steklo potpunu poslovnu sposobnost (čl. 26. st. 4. GKRF).

Godine života su isključivi kriterijum za određivanje obima poslovne sposobnosti i u škotskom pravu. *Age of Legal Capacity (Scotland) Act* od 1991. godine<sup>41</sup> predviđeno je opšte pravilo da osoba do 16. godine života nije sposobna da sklopi bilo koji vid pravnog posla, a posle 16. godine, može punovažno sklopiti svaki pravni posao,<sup>42</sup> bez bilo čijeg odobrenja.<sup>43</sup> Škotsko pravo predviđa i niz posebnih poslovnih sposobnosti deteta mlađeg od 16 godina u sferi porodičnih, ličnih, statusnih, naslednih i drugih odnosa.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Par. 1. Do stupanja na snagu ovog zakona, u škotskom pravu, zasnovanom na rimskom pravu, važio je dvostepeni sistem u pogledu poslovne sposobnosti: kategorija „pupils“ (devojčice do 12. godine i dečaci do 14. godine) nisu bili poslovno sposobni, kategorija „minors“ (devojčice od 12. do 17. i dečaci od 14. do 17.) imali su ograničenu poslovnu sposobnost, tako da je punovažnost njihovih pravnih poslova zavisila od saglasnosti zastupnika. (Videti: Legal Capacity, <http://www.ros.gov.uk/foi/legal/text/ch13~1.htm>, pristup, 20. 06. 2008.

<sup>42</sup> Za ovakvo rešenje zalagala se Law Commision u Engleskoj, ali predlog nije prizvaćen. Videti: *The Law Relating to the Age of Majority, The Age for Marriage and some Connected Subjects*, [http://www.lawreform.ie/publications/data/volume1/lrc\\_3.html](http://www.lawreform.ie/publications/data/volume1/lrc_3.html), pristup 20. 06. 2008.

<sup>43</sup> Do stupanja na snagu *Children (Scotland) Act* od 1995. godine, u ime deteta mlađeg od 16 godina roditelji su sklapali pravne poslove kao njegovi staratelji (guardian), dok su posle stupanja na snagu roditelji dobili ulogu pravnog zastupnika deteta.

<sup>44</sup> *Children (Scotland) Act 1995*, [http://www.oqps.gov.uk/legislation/uk/acts/acts1995/ukpga\\_19950036\\_en\\_1](http://www.oqps.gov.uk/legislation/uk/acts/acts1995/ukpga_19950036_en_1), pristup 20. 06. 2008.

Drugi pristup u regulisanju poslovne sposobnosti deteta podrazumeva da se poslovna sposobnost deteta čini zavisnim od njegove sposobnosti za rasuđivanje.<sup>45</sup> Za ovaj u uporednom pravu šire prihvaćeni pristup u regulisanju poslovne sposobnosti deteta opredelila se, npr. Švajcarska. U švajcarskom pravu poslovna sposobnost deteta isključivo zavisi od njegove sposobnosti za rasuđivanje (*capables de discernement*), koja se procenjuje u svakom pojedinačnom slučaju. Dete nesposobno za rasuđivanje nije poslovno sposobno, tako da uopšte ne može sklapati pravne poslove, dok dete sposobno za rasuđivanje može sklapati pravne poslove uz prethodnu ili istovremenu saglasnost ili, eventualno, uz naknadnu dozvolu zakonskog zastupnika. (par. 17. i 18. ZGB).<sup>46</sup>

Jedan broj država opredelio se da poslovnu sposobnost deteta reguliše tako što svakom detetu, bez ikakvog uslovljavanja, priznaje ograničenu poslovnu sposobnost, tj. sposobnost da sklapa sve vrste pravnih poslova, s tim što je za punovažnost pravnog posla neophodna prethodna ili naknadna saglasnost (dozvola) zakonskog zastupnika, izuzev za određene pravne poslove koji proizvode pravno dejstvo i kad ne postoji saglasnost zakonskog zastupnika. Zakonom je predviđen određeni krug poslova koje dete može sklopiti samostalno, bez saglasnosti zakonskog zastupnika. Ovakva rešenja predviđena su u Danskoj, Norveškoj i Finskoj.<sup>47</sup>

Četvrti pristup u regulisanju poslovne sposobnosti deteta podrazumeva da se svakom detetu, bez obzira na godine života ili bilo koje drugo svojstvo, priznaje poslovna sposobnost, tako da može samostalno da sklopi bilo koji pravni posao. Ako je pravni posao sklopljen između deteta i odrasle osobe, odrasla osoba je vezana pravnim poslom i ne može tražiti njegov poništaj, čak i kad je dete pogrešno navelo svoje godine. Detetu je, međutim, u skladu sa doktrinom maloletnosti (*infancy doctrine*), priznato pravo da u bilo kom trenutku do punoletstva i u razumnom roku posle punoletstva lično opozove datu izjavu volje, tj. odustane od pravnog posla u celini, (*disaffirm, avoid*), što može učiniti usmenom ili pismenom izjavom ili konkludentnim radnjama. U takvom slučaju dete ima obavezu da ugovaraču vrati stvar koju je primio u stanju u kome se ona nalazi u vreme davanja izjave o odustanku od pravnog posla. Dužnost restitucije postoji ako je dete namerno ili grubom nepažnjom umanjilo vrednost stvari ili ako je prilikom sklapanja ugovora saugovarača pogrešno informisao o svom uzrastu.<sup>48</sup> U pogledu

<sup>45</sup> U francuskom pravu sposobnost deteta za rasuđivanje nije konstitutivni elemenat poslovne sposobnosti, ali je od uticaja na punovažnost pravnog posla koji dete sklapa. Videti: Vodinić, V., op. cit., str. 37.

<sup>46</sup> Code civil Suisse (1907). [http://www.mqpaquis.ch/site/vie\\_associative/code\\_civil/210.fr.pdf](http://www.mqpaquis.ch/site/vie_associative/code_civil/210.fr.pdf). pristup 20. 07. 2008. Ovakvo rešenje bilo je predviđeno i Švajcarskim Zakonom o obligacionim odnosima od 1881. godine (Videti: Vodinić, V., op. cit., napomena br. 5).

<sup>47</sup> Videti: Kordisch, F., *Einführung in das Privatrecht der nordischen Länder*, Darmstadt, 1977, str. 31 i dalje, navedeno prema Vodinić, V., op. cit., str. 39, sa upućivanjem na napomenu br. 17.

<sup>48</sup> U američkim državama važe različita pravila u pogledu važenja ugovora sklopljenog između deteta i odrasle osobe koju je dete pogrešno informisalo o svojim godinama: neke države uskraćuju detetu

ugovora kojima dete pribavlja dobra i usluge neophodne za život (*necessaries of life*)<sup>49</sup>, npr. hrana, odeća, medicinske usluge, smeštaj i sl.), pravilo je da dete ima obavezu da plati razumnu cenu, primerenu imovinskim prilikama deteta.<sup>50</sup> Ovakav pristup primenjen je u anglo-američkom i kanadskom pravu.

### 3.2. Poslovna sposobnost deteta u domaćem pravu

Poslovna sposobnost deteta u domaćem pravu regulisana je novim Porodičnim zakonom.<sup>51</sup> PZ, kojim je posle četvrt veka reformisano porodično pravo, donet je sa ciljem da se uspostavi porodičnopravni sistem kompatibilan savremenom evropskom zakonodavstvu i praksi, uz puno uvažavanje novog karaktera porodičnih odnosa i savremenog koncepta prava čoveka, posebno prava deteta.<sup>52</sup> Saglasno tome, PZ je uneo bitne promene u oblasti prava deteta – po prvi put je u našem zakonodavstvu posebno normativno uređen korpus prava deteta pod roditeljskom staranjem,<sup>53</sup> pri čemu su prava deteta eksplicitno utvrđena kao njegova posebna i samostalna lična prava, a ne kao prava izvedena iz dužnosti roditelja.<sup>54</sup> Jedna od novina PZ ogleda se u tome što je obim opšte poslovne sposobnosti deteta u izvesnoj meri proširen, uvedena je veća postupnost u sticanju poslovne sposobnosti i proširen je krug pravnih akata (izjava volje) koje maloletnik može preduzeti isključivo lično. Pri tome, zakonodavac nije odstupio od tradicionalnog pristupa u regulisanju poslovne sposobnosti deteta, vezujući je za objektivne kriterijume – uzrast deteta i vrstu pravnog posla.

---

pravo da odustane od ugovora, neke uskraćivanje ovog prava vezuju za slučaj kada je dete uključeno u biznis, u pojedinim državama detetu je uskraćeno pravo da odustane od ugovora samo ako je ugovor u potpunosti ispunjen, dok se u nekim državama detetu dopušta da odustane od ugovora, ali je odgovorno za štetu nastalu zbog pogrešno nevedenog podatka u pogledu godina starosti. (Videti: Davidson, Knowles, and Forsythe, *Business Law: Principles and Cases in the Legal Environment*, (8th Edition, South-Western College Publishing, 2004, p. 78.

<sup>49</sup> Da li je dobro, odnosno usluga “neophodna za život”, procenjuje se prema uslovima života deteta, imajući u vidu njegove potrebe u vreme nabavke dobra, odnosno usluge (par. 3. st. 3. Sale of Goods act od 1979. godine).

<sup>50</sup> Videti, npr. par. 3. st. 2. Sale of Goods act od 1979. godine. Ova obaveza temelji se na quasi-contract doktrini.

<sup>51</sup> Porodični zakon, „Sl. glasnik RS“, 18/2005 od 17. 02. 2005, (u daljem tekstu „PZ“). Do stupanja na snagu Porodičnog zakona u Srbiji se primenjivao Zakon o braku i porodičnim odnosima, („Sl. glasnik RS“, 22/80, 24/84, 11/88, 22/93, 25/93, 35/94), u daljem tekstu ZBPO.

<sup>52</sup> Videti Obrazloženje Predloga Porodičnog zakona.

<sup>53</sup> Čl. 59-66. PZ.

<sup>54</sup> PZ je promovisao novi koncept roditeljskog prava, koje je, kao pojam, izvedeno iz dužnosti roditelja i koje postoji samo u meri koja je potrebna za zaštitu ličnosti, prava i interesa deteta (čl. 67. PZ). O sadržini roditeljskog prava po novom PZ, videti: Ponjavić, Z., *Porodično pravo*, Kragujevac, 2005., 246-252; Draškić, M., *Porodično pravo i prava deteta*, Beograd, 2005, str. 277-288; Kovaček, Stanić, G., *Porodično pravo*, Novi Sad, 262-266. O argumentima kojima se opravdavaju savremene promene u roditeljskom pravu, videti: Black, J., Bridge, J., Bond, T., *Family Law*, Oxford University press, New York, 2000, pp. 393-414).

Poslovna sposobnost deteta regulisana je u čl. 64. PZ, u II delu PZ „Dete pod roditeljskim staranjem“, u glavi I, pod naslovom „Prava deteta“. Zakonodavac je regulisao opštu poslovnu sposobnost deteta tako što je decu razvrstao u dve kategorije – mlađi maloletnici i stariji maloletnici.<sup>55</sup>

Mlađem maloletniku, detetu koje nije navršilo 14. godinu života, zakonodavac dopušta da samostalno preduzima određene taksativno nabrojane pravne poslove, za koje je procenio da nisu rizični za dete: 1) poslove kojima pribavlja isključivo prava, 2) poslove kojima ne stiče ni prava ni obaveze, i 3) pravne poslove malog značaja (čl. 64. st. 1. PZ). Ovakvim zakonskim određenjem zakonodavac je mlađem maloletniku priznao specijalnu ograničenu poslovnu sposobnost,<sup>56</sup> ali je krug poslova koje mlađi maloletnik može sklopiti tako mali da se mlađi maloletnik mora smatrati poslovno nesposobnom, a ne ograničeno poslovno sposobnom osobom.<sup>57</sup> U pogledu pravne sudbine pravnog posla mlađeg maloletnika čije sklapanje nije dopušteno, važi pravilo da je ovakav pravni posao ništav i da, kao takav, ne proizvodi pravno dejstvo, čak i kad se njegov zakonski zastupnik saglasio sa zaključenjem pravnog posla.<sup>58</sup>

Stariji maloletnik, dete koje je navršilo 14. godinu života, ima ograničenu opštu poslovnu sposobnost. On može samostalno preduzimati sve pravne poslove koje može preduzimati i mlađi maloletnik. Međutim, za razliku od mlađeg maloletnika, stariji maloletnik može preduzimati i sve ostale pravne poslove, uz prethodnu ili naknadnu saglasnost roditelja.<sup>59</sup> Ukoliko su u pitanju pravni poslovi kojima dete raspolaže nepokretnom imovinom i pokretnom imovinom velike vrednosti (čl. 193. st. 3. PZ), za njihovu punovažnost neophodna je prethodna ili naknadna saglasnost organa starateljstva.<sup>60</sup> U pogledu punovažnosti ugovora koji je

<sup>55</sup> Zanimljivo je da je u starom srpskom pravu bila izvršena trostepena kategorizacija dece. Prema par. 37, Srpskog građanskog zakonika od 1844. godine, „... Mladoletna su pak ona koja dvadeset prvu godinu života još navršili nisu, i takva su ili *mala deca*, koja još nisu sedmu godinu, ili *deca nedorasla*, koja još nisu četrnaestu, ili *deca dorasla*, koja su prešla četrnaestu godinu, ali dvadeset prvu godinu još navršila nisu” (istakla autorka).

<sup>56</sup> O specijalnoj ograničenoj poslovnoj sposobnosti i ograničenoj opštoj poslovnoj sposobnosti maloletnika: Stanković, O., *Ograničena poslovna sposobnost i zastupanje maloletnika od strane njihovih roditelja u našem pravu*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 6/1982, str. 1216-1217).

<sup>57</sup> Stav da je, prema novim propisima, mlađi maloletnik poslovno nesposoban zastupljen je i u teoriji građanskog i u teoriji porodičnog prava: Kovačević Kuštrimović R., Lazić, M., op., cit., str. 117; Ponjavić, Z., op. cit., str. 241.

<sup>58</sup> Tako i: Draškić, M., *Porodično pravo i prava deteta*, Beograd, 2005, str. 273. Ponjavić tvrdi da bi bilo racionalno da se ovakav ugovor proglašeni nepostojećim ali je on, praktično, apsolutno ništav. Videti: Ponjavić, Z., *Porodično pravo*, Kragujevac, 2005., str. 241.

<sup>59</sup> S obzirom da maloletnik, uz saglasnost roditelja, može zaključivati sve pravne poslove, radi se o ograničenoj opštoj poslovnoj sposobnosti. (Stanković, O., op., cit., str. 1216).

<sup>60</sup> Za punovažnost ovih pravnih poslova nije potrebna saglasnost roditelja. Posao će biti punovažan čak i kad se roditelji tome izričito protive. Roditeljima je priznato pravo da raspolažu imovinom koju dete nije steklo radom, s tim što je punovažnost pravnog posla kojim raspolažu nepokretnom imovinom i pokretnom imovinom velike vrednosti takođe uslovljena prethodnom ili naknadnom saglasnošću organa starateljstva (čl. 193. st. 2. i 3. PZ). Rešenje PZ po kome je za raspolaganje

stariji maloletnik preduzeo bez prethodne saglasnosti (odobrenja) roditelja, odnosno organa starateljstva, važi pravilo sadržano u čl. 56. st. 3. Zakona o obligacionim odnosima,<sup>61</sup> kojim je izričito predviđeno da su takvi ugovori rušljivi, s tim što mogu biti osnaženi njihovim naknadnim odobrenjem. ZOO priznaje saugovaraču maloletnog lica pravo da u određenom roku odustane od ugovora, kao i mogućnost da pozove zakonskog zastupnika saugovarača da se izjasni da li odobrava sklopljeni ugovor. Pored toga, saglasno čl. 59. ZPP, osoba koja je, kao stariji maloletnik, sklopila pravni posao bez odobrenja svog zakonskog zastupnika, ima pravo da traži poništaj takvog pravnog posla ugovora koji je u roku od tri meseca od dana sticanja potpune poslovne sposobnosti.

PZ i drugi zakoni predviđaju čitav niz posebnih poslovnih sposobnosti deteta, koje obezbeđuju da dete, nezavisno od stepena opšte poslovne sposobnosti, samostalno preduzme određeni pravni posao, odnosno pravnu radnju, što može učiniti samo lično, čime je isključena mogućnost da u ovoj pravnoj sferi bude zastupano. Posebne sposobnosti uslovljene su određenim uzrastom deteta i/ili njegovom sposobnošću za rasuđivanje. Tako, npr. dete koje je navršilo 15. godinu života može preduzimati pravne poslove kojima upravlja i raspolaže zaradom ili imovinom koju je steklo sopstvenim radom<sup>62</sup> (čl. 64. st. 3. PZ),<sup>63</sup> uključujući i dobra koja vode poreklo od samostalnog rada.<sup>64</sup> Detetu koje je navršilo 15 godinu života i koje je sposobno za rasuđivanje priznata je testamentalna sposobnost.<sup>65</sup> Osobi ženskog pola koja je navršila 16. godina priznata je sposobnost da samostalno ostvaruje pravo na prekid trudnoće,<sup>66</sup> a osoba muškog pola koja je

---

nepokretnim imovinom i imovinom veće vrednosti detetu potrebna saglasnost organa starateljstva doživelo je negativnu kritiku, uz ukazivanje da je suvišno u situaciji kad između deteta i roditelja postoji puna saglasnost o raspolaganju. Petrović, M., Vučković Šahović, N., Stevanović, I., *Prava deteta u Srbiji 2005. godine*, Centar za prava deteta, Beograd, 2006, <http://www.cpd.org.yu/sadržaj.htm>, pristup, 15. 07. 2008.

<sup>61</sup> Zakon o obligacionim odnosima ( u daljem tekstu: ZOO), "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.

<sup>62</sup> Uslovi pod kojima dete može zasnovati radni odnos, predviđeni su čl. 24. st. 1. i čl. 25. Zakona o radu ("Sl. glasnik RS", br. 24/2005 i 61/2005). Radni odnos može biti punovažno sklopljen samo uz pismenu saglasnost roditelja deteta, i to pod uslovom da takav rad ne ugrožava zdravlje deteta, moral i obrazovanje i da nije zakonom zabranjen.

<sup>63</sup> Zakonodavac nepotrebno duplira pravila o sposobnosti deteta da upravlja i raspolaže imovinom koju je steklo sopstvenim radom. Naime, pored odredbe iz čl. 64. u PZ su sadržane još dve odredbe o pravu deteta da upravlja i raspolaže imovinom stečenom radom, i to u III delu, pod marginalnim naslovom „Imovinski odnosi roditelja i dece“: odredba iz čl. 192. st. 1. „Dete samostalno upravlja imovinom koju stekne radom“ i odredba iz čl. 193. st. 1. „Dete samostalno raspolaže imovinom koju stekne radom“. Ovakav redakcijski propust, iako bezazlen s aspekta pravne sigurnosti i jedinstvene primene prava, ilustrativan je primer nomotehničke nekorektnosti domaćih zakona, posebno onih koju su doneti u periodu pravne tranzicije, karakterističnom po zakonodavnoj ofanzivi.

<sup>64</sup> Tako i: Draškić, M., op. cit., str. 274.

<sup>65</sup> Čl. 79. Zakona o nasleđivanju Srbije. ("Sl. glasnik RS", br. 46/95 i 101/2003 - odluka USRS).

<sup>66</sup> Čl. 2. st. 2. Zakona o postupku prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama ("Sl. glasnik RS", br. 16/95 i 101/2005 - dr. zakon).



navršila 16. godinu života i sposobna je za rasuđivanje može isključivo lično priznati očinstvo.<sup>67</sup> Detetu u uzrastu od 15. godina priznata je sposobnost da izabere koju će srednju školu pohađati.<sup>68</sup> Dete istog uzrasta, koje je sposobno za rasuđivanje, može samostalno odlučiti o održavanju ličnih odnosa sa roditeljem,<sup>69</sup> kao i o tome sa kojim će roditeljem živeti.<sup>70</sup> Bračnu sposobnost imaju osobe koje su navršile 16. godinu života i koja su dostigle telesnu i duševnu zrelost potrebnu za vršenje prava i dužnosti u braku.<sup>71</sup> PZ i drugim zakonima predviđena su participativna prava deteta u određenom uzrastu, sposobnog za rasuđivanje, u odnosu na čitav niz pravnih radnji: davanje saglasnosti za priznanje očinstva,<sup>72</sup> promenu ličnog imena,<sup>73</sup> za zasnivanje usvojenja i hraniteljstva,<sup>74</sup> davanje saglasnosti za sticanje i prestanak državljanstva,<sup>75</sup> pristanak na predloženu medicinsku negu, i dr.<sup>76</sup>

### 3.3. Kritička analiza zakonskih rešenja u domaćem pravu

Nesumnjivo je da novi PZ predstavlja značajan korak u unapređenju ukupnog položaja dece i da je, u osnovi, usklađen sa međunarodnim standardima u oblasti prava deteta.<sup>77</sup> Kad je u pitanju poslovna sposobnost deteta, pozitivna strana PZ ogleda se u tome što je, u odnosu na ranije važeće pravo, proširio granice poslovne sposobnosti deteta, time što je i detetu mlađem od 14. godina priznao pravo da samostalno preduzima izvesne pravne poslove i istovremeno predvideo niz posebnih poslovnih sposobnosti deteta koje raniji ZBPO nije poznavao, kao što

<sup>67</sup> Član 46. i 305. st. 3. PZ.

<sup>68</sup> Čl. 63. st. 2. PZ.

<sup>69</sup> Čl. 61. st. 4. PZ.

<sup>70</sup> Čl. 60. st. 4. PZ.

<sup>71</sup> Čl. 23. st. 2. PZ.

<sup>72</sup> Čl. 49. st. 1. PZ.

<sup>73</sup> Čl. 346. st. 2. PZ.

<sup>74</sup> Čl. 98. PZ.

<sup>75</sup> Čl. 9. st. 3., čl. 13. st. 4., čl. 20. st. 4. čl. 21. st. 2. i čl. 22. st. 5. Zakona o državljanstvu Republike Srbije ("Sl. glasnik RS", br. 135/2004).

<sup>76</sup> U literaturi se ostvarivanje ovih prava podvodi pod pojam „konsultativna sposobnost“, kao jedan od oblika posebne poslovne sposobnosti. Videti: Mitić, M., op. cit., str. 18-19. Po mišljenju autora, konsultativna sposobnost je u funkciji vaspitanja deteta i njegovoj pripremi za kasnije samostalno preduzimanje pravnih poslova i odlučivanja o svojim pravima. Čini se, međutim, da ove tzv. konsultativne sposobnosti treba sagledati u kontekstu savremenih ideja o pravima deteta strogo lične prirode. Radi se o pravima iz najdubljih i najintimnijih sfera ličnosti, čije vršenje podrazumeva isključivo autonomnu voljnu delatnost. Kao što se u literaturi naglašava, takva prava pretpostavljaju „sposobnost za samostalno, aktivno i neposredno korišćenje prava“, tako da se u pogledu ovih prava „pojmovi pravne i poslovne sposobnosti sažimaju u pojam sposobnosti za ostvarivanje prava. (Videti: Janjić Komar, M., Obretković, M., op. cit., str. 132-134.

<sup>77</sup> Ipak, postoje i izvesne neusklađenosti i nepreciznosti. Osnovne zamerke koje su upućene PZ ogledaju se u tome što zakonski tekst ne sadrži definiciju porodice i nejasno uređuje oblast ostvarivanja prava. Videti: Petrović, M., Vučković Šahović, N., Stevanović, I., op. cit., str.

su pravo deteta koje je navršilo 15. godinu života i koje je sposobno za rasuđivanje da odluči kod kog će roditelja živeti, (član 60. stav 4), na koji način će održavati lične odnose sa roditeljem sa kojim ne živi (član 61. stav 4), koju će školu pohađati (član 63. stav 2), itd.

Zaključak koji se prvi nameće kad su u pitanju važeći propisi o poslovnoj sposobnosti deteta jeste da je utvrđivanje preciznih granica poslovne sposobnosti deteta u važećem srpskom pravu težak zadatak jer se pravila nalaze u više zakonskih akata, što nesumnjivo, otežava primenu zakona. Sa problemima se sreću pravni laici, roditelji, nastavnici i druge osobe koje rade sa decom, ali i pravni stručnjaci. Ovaj problem može biti prevaziđen samo donošenjem sveobuhvatnog Zakona o deci, po uzoru na slične zakone koje su mnoge države već donele.<sup>78</sup>

Ako se zakonska pravila o poslovnoj sposobnosti deteta, sadržana u PZ, na koja se dalja razmatranja u radu odnose, analiziraju u kontekstu savremenih trendova u oblasti prava deteta i, pri tome, uzmu u obzir saznanja savremenih teorija o procesu razvoja deteta, važeća rešenja za koja se zakonodavac opredelio u priličnoj su meri diskutabilna.

Pre svega, postavlja se pitanje da li su postojali suštinski razlozi da zakonodavac kategorizuje decu na mlađe i starije maloletnike i da, pri tome, mlađim maloletnicima uskrati mogućnost da, uz saglasnost roditelja, preduzimaju pravne poslove. Nesumnjivo je da polazište zakonodavca za ovakvu podelu leži u tradicionalnom konceptu univerzalnog, uobičajenog i determinišućeg linearnog razvoja deteta (*Conventional stage theories*), primenljivog na svu decu, koji je skoro u potpunosti prevaziđen kao neadekvatan, budući da ne reflektuje kompleksnost u pogledu stvarnih sposobnosti i kompetencija deteta. Savremene teorije o razvoju deteta (*Cultural theories*), uobličene krajem 20. veka, kao i saznanja iz oblasti razvojne psihologije, jasno potvrđuju da je proces razvoja deteta u mnogo većoj meri socijalni, a ne biološki konstrukt. Sam razvoj deteta je kulturni proces, a detinjstvo je produkt specifičnih ekonomskih, socijalnih i kulturnih procesa. Na nivo sposobnosti koji dete stiče i ispoljava utiču želje roditelja, očekivanja i zahtevi koje postavljaju svojoj deci, kulturno, ekonomsko i socijalno okruženje, kao jedinstveno životno iskustvo svakog pojedinačnog deteta.<sup>79</sup> Šta više, sve veći broj istraživanja<sup>80</sup> potvrđuje aktivnu ulogu koju sama dece imaju u razvoju svojih veština, odgovarajući na izazove svakodnevnog života i na nivo

---

<sup>78</sup> U stručnim krugovima odavno se zagovara donošenje Zakona o detetu (deci). U Izveštaju o pravima dece 2006. godine, koji je Centar za prava deteta podneo Komitetu za prava deteta u vidu izveštaja u senci, jedna od preporuka je upravo donošenje sveobuhvatnog zakona o deci (detetu). Petrović, M., Vučković Šahović, N., Stevanović, I., *Prava deteta u Srbiji 2006. godine*, Centar za prava deteta, Beograd, 2007, str. 17. [http://www.cpd.org.yu/dokumenti/cpd\\_izvestaj\\_srpski\\_2006.pdf](http://www.cpd.org.yu/dokumenti/cpd_izvestaj_srpski_2006.pdf), pristup 15. 07. 2008.

<sup>79</sup> Lansdown, G., op. cit., str. 12.

<sup>80</sup> O tome videti: James, A. and A. Prout, *A New Paradigm for the Sociology of Childhood? Provenance, Promise and Problems*, in *Constructing and Reconstructing Childhood*, James, A. and A. Prout (eds.), RoutledgeFalmer, London, 1997, pp. 7-34. i tamo navedenu literaturu.

odgovornosti koje su prihvatila. Proces individualnog razvoja deteta je, drugim rečima, veoma osoben, dinamičan i uslovljen mnogobrojnim i raznovrsnim faktorima. Sve to nameće potrebu da se pravne radnje deteta procenjuju s obzirom na njegove aktuelne kognitivne kapacitete.<sup>81</sup>

Ako se imaju u vidu savremena naučna saznanja o procesu razvoja deteta, čini se da je starosna granica od 14 godina, koja je zakonom određena kao objektivni kriterijum za razvrstavanje dece na mlađe i starije maloletnike, diskrecione prirode i da je, kao takva, neodgovarajuća za svako ono dete čiji se individualni nivo kognitivnih sposobnosti i veština, zbog specifičnosti u njegovom individualnom razvoju, ne poklapa sa nivoom koji ima većina dece u određenom uzrastu, bez obzira da li je od ovog „većinskog“ nivoa viši ili niži. Pri tome, treba imati u vidu da opšta pretpostavka o sposobnosti dece u određenom uzrastu uvodi statičnu procenu „normalnih“ etapa u razvoju deteta, definisanih zapadnim standardima, i vodi „patologizaciji“ dece koja se ne uklapaju u „normalne“ parametre.

S druge strane, postavlja se pitanje da li je, s aspekta zaštite interesa dece, bilo neophodno postavljenije linije razgraničenja na uzrast od 14 godina, koja među decom pravi nepremostivi jaz. Čini se da nije. Za sasvim malu decu potpuno je nevažno da li imaju ograničenu poslovnu sposobnost ili uopšte nemaju poslovnu sposobnost. Ako bi dete mlađe od 14 godina imalo ograničenu (opštu) poslovnu sposobnost od samog rođenja, to, samim tim, ne znači da bi rizik od povrede njegovih interesa bio veći, niti bi interesi deteta mlađeg od 14 godina bili bolje zaštićeni ako nema poslovnu sposobnost. Drugim rečima, ukoliko bi se deci mlađoj od 14 godina priznala ograničena (opšta) poslovna sposobnost, nivo zaštite njihovih prava i interesa ne bi bio umanjen jer pravne poslove mogu preduzimati uz saglasnost zakonskog zastupnika. Problem, nije u tome da mlađi maloletnici, deca ispod 14 godina, treba da budu zaštićeni više u odnosu na starije maloletnike, decu iznad 14 godina, jer ustanova ograničene (opšte) poslovne sposobnosti pruža dovoljnu zaštitu obema kategorijama dece. Pre se može postaviti pitanje kako obezbediti „dodatnu“ poslovnu sposobnost za starije maloletnike, posebno za one koji su skoro punoletni.

Nesumnjivo je da pravila o poslovnoj sposobnosti moraju biti takva da obezbeđuju zaštitu interesa roditelja, kao i interesa trećih lica sa kojima deca sklapaju pravne poslove, kako bi se obezbedio neophodni stepen sigurnosti u pravnom prometu. Zbog toga zakonsko rešenje po kome su samo stariji maloletnici ograničeno (opšte) poslovno sposobni treba proceniti i s aspekta interesa roditelja i trećih lica, saugovarača maloletnika. Da li bi interesi roditelja i trećih lica bili ugroženi ako bi se mlađem maloletniku priznala ograničena poslovna sposobnost i time omogućilo da uz saglasnost roditelja preduzima pravne poslove?

---

<sup>81</sup> Na ovim saznanjima zasnovan je i koncept “razvojnih sposobnosti deteta”, koji je Konvencija o pravima deteta promovisala u međunarodnom pravu. Videti izlaganja pod tačkom 2.

Kad su u pitanju roditelji, čini se da ovakvo rešenje, suštinski posmatrano, ne bi ugrozilo roditelje u vršenju roditeljskih dužnosti jer bi, u krajnjem, oni bili ti od čije volje zavisi punovažnost pravnog posla. Šta više, u obilju raznovrsnih životnih situacija, moglo bi se tvrditi da je upravo u interesu roditelja omogućiti im da sami procenjuju stepen zrelosti svoje dece mlađe od 14. godina i da svojom saglasnošću obezbede punovažnost pravnog posla koji oni preduzimaju (npr. ekonomski povoljan posao, posao kojim sprečava nastanak štete, gubitak prava, rutinski posao iz okvira porodičnog biznisa i sl.).

Postavlja se pitanje da li bi bila ugrožena sigurnost pravnog prometa ako bi se mlađim maloletnicima priznala ograničena poslovna sposobnost. Usporedna iskustva pokazuju da se sigurnost pravnog prometa može obezbediti na više načina i da stepen sigurnosti pravnog prometa, odnosno zaštite interesa trećih lica, nije manji čak ni u onim sistemima koji poslovnu sposobnost deteta vezuju za sposobnost rasuđivanja.<sup>82</sup> Uostalom, kad je reč o deci ispod 14 godina, opasnost da interes trećeg lica bude ugrožen manja je u odnosu na opasnost koja postoji kad se kao saugovarač javlja dete koje skoro da je odraslo. Trećem licu koje sklapa pravni posao sa mlađim maloletnikom već na prvi pogled je jasno da pred sobom ima dete, koje nema kapacitet da samostalno sklopi pravni posao, što će ga, nesumnjivo, uputiti da pouzdano utvrdi postoji li saglasnost roditelja za sklapanje pravnog posla.

Sagledavajući napred iznete argumente u svetlu konvencijskog koncepta razvojnih sposobnosti deteta, imajući u vidu socijalni i vaspitni značaj poslovnih aktivnosti deteta, mišljenja sam da bi i deci mlađoj od 14 godina trebalo priznati ograničenu (opštu) poslovnu sposobnost. Time bi se otvorio prostor da roditelji, procenjujući nivo sposobnosti svog deteta, imajući u vidu vrstu pravnog posla, rizike koje on sa sobom nosi i sl., postepeno šire prostor poslovnih aktivnosti svoje dece, pružajući im time mogućnost da postepenim uključivanjem u sve složenije poslovne aktivnosti, stiču iskustva, šire svoja znanja i veštine i razvijaju se u autonomne ličnosti. Takvo zakonsko rešenje bi, istovremeno, podstaklo prevazilaženje tradicionalnih patrijarhalnih zaštitničkih obrazaca ponašanja prema detetu, karakterističnih za naš socio-kulturni milje, koji, pored ostalog, za posledicu imaju neprimereno dugu zavisnost dece od roditelja.

Imajući u vidu potrebu zaštite interesa deteta i njihovog razvoja, neophodno je kritički razmotriti i obim poslovne sposobnosti starijih maloletnika. Prema važećim propisima, ovoj kategoriji dece zakonodavac priznaje ograničenu (opštu) poslovnu sposobnost, upućujući ih da za svaki pravni posao, izuzev onog koji samostalno može preduzeti i mlađi maloletnik, traže saglasnost roditelja. Od ovog pravila izuzeti su samo oni pravni poslovi u pogledu kojih je detetu priznata posebna poslovna sposobnost.

---

<sup>82</sup> O načinima koji se u uporednom pravu koriste za obezbeđivanje sigurnost pravnog prometa, videti: Vodinić, V., op. cit., str. 43-44.

Ovakvo rešenje, nesumnjivo inspirisano potrebom da se dete zaštiti od rizika koje, zbog svoje nezrelosti i neiskustva, nije u stanju da sagleda, isuviše je rigidno i nefleksibilno jer ne uvažava, u potrebnoj meri, razvojnu funkciju poslovne sposobnosti. Praktični efekti preteranog protektivizama nisu u skladu sa principom dobrobiti deteta jer sprečavaju njegov autonomni razvoj, razvoj sposobnosti racionalnog odlučivanja, sticanja neophodnog životnog iskustva, čineći ga preterano upućenim na roditelje. S druge strane, ovakvo rešenje zanemaruje činjenicu da interesi deteta mogu ostati nezaštićeni ako mu se ne bi dopustilo da samostalno preduzme pravne poslove kojima obezbeđuje dobra i usluge neophodne za život. Čini se, zato, da bi trebalo predvideti određeni krug pravnih poslova koje bi dete moglo samostalno da preduzme, bez saglasnosti roditelja. Za ugled mogu poslužiti pojedina rešenja u uporednom pravu, kao što je, npr. rešenje u ruskom pravu, koje detetu pruža mogućnost da samostalno raspolaže ne samo svojom zaradom, već i stipendijom i drugim prihodima, da samostalno preduzima poslove kojima ostvaruje svoja autorska prava nad naučnim, književnim i umetničkim delima, pronalascima ili drugim delima nastalim intelektualnim radom, poslove na osnovu kojih ulaže i raspolaže depozitom u kreditnim ustanovama (čl. 26. st. 2. t. 1. 2. 3. i 4. GKRF). Takođe, primenljiva je i ustanova „*necessaries*“, razvijena u anglo-američkom pravu, čija implementacija pruža detetu mogućnost da samostalno sklapa pravne poslove kojima zadovoljava svoje svakodnevne potrebe, uključujući nabavku odeće, obuće, obezbeđivanje smeštaja, medicinskih usluga, edukacije i sl. Korisne efekte, s aspekta zaštite interesa deteta, mogla bi da pruži i ustanova sudskog proširivanja ograničene poslovne sposobnosti deteta, koju poznaje novo estonsko pravo.<sup>83</sup> Prema par. 9. estonskog Građanskog zakona od 2002. godine, sud može da proširi ograničenu poslovnu sposobnost maloletnika starijeg od 15 godina, ako je to u njegovom interesu i ako dostignuti nivo razvoja maloletnika to dopušta, određujući krug pravnih poslova koje maloletnik ima pravo samostalno da sklapa. Za ovaj vid proširivanja poslovne sposobnosti maloletnika potreban je pristanak njegovog zakonskog zastupnika, ali je sud ovlašćen da odobri proširenje poslovne sposobnosti i bez pristanka zakonskog zastupnika, ako je to u interesu maloletnika.<sup>84</sup>

Konačno, potrebno je razmotriti da li PZ ima odgovarajuće zaštitno rešenje za situaciju koja nastaje kad dete koje je zasnovalo radni odnos nema sposobnost za rasuđivanje tako da nije u stanju da se samo brine o svojim pravima i interesima, što za posledicu ima nerazumno upravljanje i raspolaganje zaradom i dobrima koje je zaradom steklo. S obzirom da zasnivanjem radnog odnosa dete ne stiče opštu poslovnu sposobnost, nema mesta da se u takvom slučaju primeni ustanova lišenja poslovne sposobnosti, uređena Zakonom o vanparničnom postupku,<sup>85</sup> jer se

<sup>83</sup> Varul, P., Avi, A., Kivisild, T., op. cit., p. 100.

<sup>84</sup> Varul, P., Avi, A., Kivisild, T., ibid.

<sup>85</sup> Čl. 31-44 Zakona o vanparničnom postupku, ("Sl. glasnik SRS", br. 25/82 i 48/88 i "Sl. glasnik RS", br. 46/95 - dr. zakon i 18/2005 - dr. zakon).

poslovne sposobnosti može (potpuno ili delimično) lišiti samo potpuno poslovno sposobna osoba. S druge strane, pravo deteta da samostalno upravlja i raspolaže svojom zaradom jeste jedno od njegovih ekskluzivnih prava, deo je njegove poslovne sposobnosti, tako ga u ovoj poslovnoj aktivnosti roditelji ne mogu zastupati kao njegovi zakonski zastupnici, već, eventualno, kao njegovi punomoćnici (čl. 72. PZ), što podrazumeva da od deteta dobiju ovlašćenje da u njegovo ime preduzimaju ovu vrstu pravnih poslova.<sup>86</sup> Ne treba, međutim, očekivati da će dete koje nije u stanju da procenjuje svoje interese i nerazumno troši zarađena sredstva biti voljno da ovlasti roditelje da u njegovo ime upravljaju i raspolažu zaradom i dobrima stečenim zarađenim sredstvima. Očigledno je, dakle, da PZ ne nudi rešenje za ovakve situacije, koje u praksi nisu tako retke. Čini se da je adekvatan mehanizam za zaštitu prava deteta u ovakvim situacijama ustanova potpunog ili delimičnog lišenja posebne poslovne sposobnosti deteta da samostalno raspolaže svojom zaradom, koju poznaje rusko pravo (čl. 26. st. 4. GKRF).

#### 4. Umesto zaključka

Analiza zakonskih pravila o poslovnoj sposobnosti deteta pokazuje da zakonodavac nije uspeo da izgradi povoljan i izbalansiran normativni okvir. Najavljena kodifikacija građanskog prava pruža priliku za reviziju postojećih zakonskih rešenja u pogledu obima poslovne sposobnosti deteta. Uzore za unapređenje ovog važnog segmenta prava treba tražiti u obilju modela i zakonskih rešenja u uporednom pravu, uz uvažavanje međunarodnih standarda, savremenih trendova i novih naučnih saznanja u domenu prava deteta. Polazište i rukovodni principi svake normativne aktivnosti moraju biti razvojne potrebe i dobrobit deteta, kao primarno važne društvene vrednosti.

---

<sup>86</sup> Pravila PZ o roditeljima kao voljnim zastupnicima deteta nisu dorečena, koncepcijski su nedosledna i neusklađena sa nekim od univerzalnih principa voljnog zastupništva. Videti: Petrušić, N., *Zastupanje deteta u parnici*, Pravni život, 12/2006, str. 732-755. i tamo navedenu literaturu.

*Prof. dr Nevena Petrušić*  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

## **THE BOUNDARIES OF THE CIVIL CAPACITY OF THE CHILD**

### *Summary*

Childhood is a moral and social category which in different cultures involves different substantive contents stemming from the social structure, economic circumstances, living environment, the existing system of values, etc. Accordingly, there is no universal concept of the term “*child*”, whose contents vary in individual communities. The protective and paternalistic attitude of the society towards children was changed at the end of the 20<sup>th</sup> century by developing a new concept -“the rights of the child“, which was promoted by the UN Convention on the Rights of the Child. The child is a holder of individual rights and freedoms, which are independent from the parents’ rights, whereas the status of a child is primarily regulated by the right to self-determination which offers a wider range of options for an independent development of the child as an autonomous human being. The key concept in the implementation of the rights of the child recognized under the Convention is the concept of “*the evolving capacities of the child*”. The essence of this concept is reflected in the duty of the parents and other persons involved in the child care to guide and counsel the child on the rights recognized under the Convention, taking into account the capacity of the child to autonomously exercise his/her rights. The greater the child’s evolving capacities, the lesser the need for the child’s guidance and instruction, and the greater the child’s capacity to take responsibility for the decisions having an immediate impact on his/her life.

The civil capacity of the child, which enables the child’s participation in the legal affairs, is a changeable legal construction as well. The rules on the civil capacity of the child show whether and to what extent the legislator has managed to come to terms with a series of legitimate and mutually conflicting interests: to show consideration for the child’s legal volition and creativity; to enable the child to enter into legal affairs in order to gain experience, develop its abilities and prepare for an equal participation in the legal and business life of the community; to protect the child from risks as he/she is not always able to make rational decisions due to the inexperience and lack of maturity; to protect the parents and other persons involved in child care and to provide conditions for them to perform their parental or representative duties in the best way possible; to provide for the

protection of third persons as a potential contracting party; to provide for the child's legal security and prevent child-related legal disputes, etc.

The new Family Act of the Republic of Serbia has expanded the boundaries of the civil capacity of the child, introducing a more extensive scale in the gradual acquisition of the civil capacity and expanding the scope of legal acts (statements of will) which a minor has an exclusive right to personally effect (the so-called special civil capacity of the child). In this paper, the author provides a critical analysis of the new legal solutions on the civil capacity of the child in light of the Convention standard on "the evolving capacities of the child" and the contemporary trends in the comparative law.

***Key words:*** child, evolving capacities, civil capacity



UDK: 347.441.142(4-672EU)

Snežana Miladinović\*

## ZAKLJUČENJE, INTERPRETACIJA I ISPUNJENJE OBLIGACIONIH UGOVORA

**Apstrakt:** U skladu sa smjernicama koje je dao organizator Međunarodnog naučnog skupa "Aktuelna pitanja građanske kodifikacije" autor ovog teksta je nastojao da *dâ* sugestije i ponudi odgovore na otvorena pitanja opšteg dijela obligacionog prava, tačnije na pitanja koje je Komisija za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije ostavila otvorenim u materiji ugovornog prava. Autor je u izradi ovog teksta pošao od Izveštaja Komisije za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije<sup>1</sup> i usmjerio pažnju na pitanja koja je Komisija ostavila otvorenim za diskusiju u cilju pronalaženja rješenja koja odgovaraju potrebama i zahtjevima robnog i novčanog prometa, ali i rješenjima sadržanim u savremenim građanskim zakonima i harmonizovanim i unifikovanim pravilima ugovornog prava, a prije svega odredbama Načela evropskog ugovornog prava, ali i sudske i poslovne prakse.

**Ključne reči:** ugovor, tumačenje ugovora, ispunjenje ugovora, Zakon o obligacionim odnosima, Načela evropskog ugovornog prava.

### Zaključenje ugovora

I Zakon o obligacionim odnosima<sup>2</sup> i Načela evropskog ugovornog prava prihvataju i svojim odredbama detaljno razrađuju, u savremenim pravima opšteprihvaćenu šemu zaključenja ugovora, šemu po kojoj ugovor nastaje prihvatom ponude koju ponudilac upućuje ponudenom. Načela evropskog ugovornog prava preciziraju da se pravila sadržana u poglavlju posvećenom zaključivanju ugovora, uz neophodna prilagođavanja, primjenjuju i kada se u postupku zaključenja ugovora ne mogu izdvojiti ponuda i prihvatanje<sup>3</sup>, što je

---

\* Snežana Miladinović, vanredni profesor Pravnog fakulteta u Podgorici.

<sup>1</sup> Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika - Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije, Izveštaj Komisije sa otvorenim pitanjima, Beograd, novembar 2007.

<sup>2</sup> Detaljnije: Snežana Miladinović - Zakon o obligacionim odnosima u svjetlu harmonizacije i unifikacije evropskog ugovornog prava, Pravni život, časopis za pravnu teoriju i praksu, br.7-8/2002. str. 65-82.

<sup>3</sup> Načela evropskog ugovornog prava, čl. 2:211: Ugovori koji nisu zaključeni posredstvom ponude i prihvatanja ponude.

odredba koja doprinosi jasnoći i preciznosti u materiji zaključenja ugovora i koju sugerišemo Komisiji za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije.<sup>4</sup>

Napomenimo da je prema odredbama Načela evropskog ugovornog prava ugovor zaključen ukoliko: a) ugovorne strane imaju namjeru da se pravno obavežu i b) postignu dovoljnu saglasnost.<sup>5</sup> Načela ne predviđaju dalje uslove za zaključenje ugovora.<sup>6</sup> Komisija za izradu Načela evropskog ugovornog prava je, u cilju izbjegavanja različitih tumačenja i sporova, precizirala šta se podrazumijeva pod "namjerom za zaključenje ugovora" i pod "dovoljnim sporazumom ugovornih strana". Tako, namjera ugovorne strane da se pravno obaveže i zaključi ugovor proizilazi ili iz njene izjave ili iz njenog ponašanja, pod uslovom da je ta namjera razumljiva drugoj ugovornoj strani.<sup>7</sup> Dovoljna saglasnost volja za zaključenje ugovora postoji ako su: a) ugovorne strane u dovoljnoj mjeri odredile uslove ugovora tako da isti može biti ispunjen ili b) ako se uslovi ugovora mogu odrediti na osnovu Načela.<sup>8</sup>

Iz ove odredbe proizilazi da se, prema odredbama Načela evropskog ugovornog prava, ugovor smatra zaključenim ako i kada se stranke saglase o dovoljnim elementima ugovora.<sup>9</sup> Pod dovoljnim elementima za zaključenje ugovora podrazumijevaju se oni elementi koje stranke moraju odrediti da bi isti mogao biti ispunjen. Smatra se da su uslovi ugovora dovoljno određeni ne samo ukoliko su ih strane odredile, već i ukoliko su uslovi ugovora određivi uz pomoć odredaba Načela. Ovu odredbu Načela treba istaći kao naročito važnu kada zakon ne reguliše pojedinačne ugovore. U ZOO treba zadržati formulaciju "bitni elementi ugovora". Načela daju ugovornim stranama mogućnost da ostave za kasnije sporazum o pojedinim, sporednim tačkama ugovora. Ako jedna od ugovornih strana ne pristane da zaključi ugovor dok se ne postigne saglasnost o nekom određenom pitanju, smatra se da ugovor nije zaključen sve dok se i o tom pitanju ne postigne sporazum.<sup>10</sup>

Zakon o obligacionim odnosima reguliše pregovore na isti način kao i Načela evropskog ugovornog prava. Pregovori u osnovi ne obavezuju, ali strana koja je vodila ili prekinula pregovore suprotno načelu savjesnosti i poštenja odgovara za štetu. Ponašanje je suprotno načelu savjesnosti i poštenja, posebno kada strana započne ili vodi pregovore bez stvarne namjere da zaključi ugovor.<sup>11</sup>

---

<sup>4</sup> Detaljnije: Snežana Miladinović - Zaključenje ugovora u svjetlu odredaba Načela evropskog ugovornog prava, Zbornik radova sa četvrtog međunarodnog savjetovanja "Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Neum, 2006.

<sup>5</sup> Član 2:101: (1) Uslovi za zaključenje ugovora.

<sup>6</sup> Čl. 2 :101: (1) "A contract is concluded if: (a) the parties intend to be legally bound, and (b) they reach a sufficient agreement without anv further requirement."

<sup>7</sup> Član 2:102: Namjera.

<sup>8</sup> Član 2:103: (1) Dovoljna saglasnost volja.

<sup>9</sup> Čl. 26. Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>10</sup> Član 2:103: (1) Dovoljna saglasnost volja.

<sup>11</sup> Član 2:301: (2) i (3) Pregovori suprotno načelu *bona fides*.

Načela naglašavaju da povreda načela savjesnosti i poštenja u toku pregovora naročito postoji u slučaju neopravdanog napuštanja tj. odustajanja od pregovora. Neopravdano odustajanje od pregovora postoji kada jedan od pregovarača odustane od pregovora bez opravdanog razloga. U pitanju je odustajanje od pregovora koji su došli do tačke da je druga strana razumno i opravdano očekivala da će ugovor biti zaključen.<sup>12</sup>

Smatramo da bi bilo korisno uzeti u obzir, prilikom izrade teksta Građanskog zakonika Republike Srbije u dijelu materije Obligacionog prava, i odredbu Načela evropskog ugovornog prava vezanu za zaštitu tajnosti i povjerljivosti podataka iznijetih u toku pregovora.<sup>13</sup> Naime, ako je u toku pregovora drugoj strani saopšten neki podatak kao povjerljiv, ona je dužna da taj podatak čuva i da ga ne upotrebljava za vlastitu korist i ciljeve i to bez obzira da li su pregovori doveli do zaključenja ugovora ili ne. Povreda ove obaveze može dovesti do obaveze naknade štete ili restitucije eventualno stečene koristi.<sup>14</sup>

Ponuda je prijedlog za zaključenje ugovora koji sadrži sve bitne sastojke ugovora tako da njenim prihvatanjem može biti zaključen ugovor.<sup>15</sup> Ponudu za zaključenje ugovora sačinjavaju dva neraskidivo povezana elementa. Prvi element jeste volja jednog lica pretočena u prijedlog za zaključenje ugovora, a drugi element jeste određenost ponude. Tako, prema Zakonu o obligacionim odnosima nema karakter ponude svaka inicijativa za zaključenje ugovora, već samo ona kojom je: 1) izražena volja da se zaključi ugovor; 2) koja je upućena određenom licu i 3) koja sadrži sve bitne sastojke ugovora tj. koja je dovoljno određena da se može prihvatiti.<sup>16</sup>

Načela evropskog ugovornog prava preciziraju da prijedlog jednog lica predstavlja ponudu za zaključenje ugovora ako je: 1) učinjen na način da dovede do zaključenja ugovora čim bude prihvaćena i 2) ako sadrži dovoljno određene elemente (*sufficiently definite terms*) da bi ugovor mogao biti zaključen.<sup>17</sup> Autori Načela evropskog ugovornog prava su ovu karakteristiku ponude formulisali tako da se govori o tzv. dovoljno određenoj ponudi.<sup>18</sup> Smatra se da je ponuda dovoljno određena da njenim prihvatom nastaje ugovor. Ponudilac, dakle, mora ponudu

<sup>12</sup> Miodrag Orlić, nav. djelo, str. 55. "Svako ima pravo da pregovore prekine. Ali opšte pravilo poštenja i savjesnosti zahteva od svakog da ne pristupa pregovorima ako nema nameru da zaključi ugovor. Nas pregovori ne vezuju, ali nas vezuje pravilo poštenja, te stoga onaj koji prekine pregovore odgovara za štetu koju druga strana usled toga trpi".

<sup>13</sup> Detaljnije: Snežana Miladinović - Pregovori u odredbama Načela evropskog ugovornog prava, Pravni život, časopis za pravnu teoriju i praksu (Kopaonička škola prirodnog prava - Pravo i kulturne razlike, br. 10/2004, str. 571-584.).

<sup>14</sup> Član 2:302: Povreda povjerljivosti podataka.

<sup>15</sup> Čl. 32. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima, čl. 145. njemačkog Građanskog zakonika, čl. 1326. italijanskog Građanskog zakonika, čl. 3. švajcarskog Zakona o obligacijama.

<sup>16</sup> Čl. 32. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>17</sup> Načela evropskog ugovornog prava, čl. 2: 201: (1) - Ponuda.

<sup>18</sup> Načela evropskog ugovornog prava, čl. 2:201: Ponuda.

učiniti tako da je ona dovoljno određena tj. da sadrži dovoljno elemenata koji ukazuju na prava i obaveze u ugovornom odnosu koji treba da nastane ukoliko ponuđeno lice prihvati ponudu.

Principi UNIDROIT predviđaju da prijedlog za zaključenje ugovora predstavlja ponudu ukoliko je dovoljno određen i ako izražava namjeru ponudioca da bude vezan ugovorom u slučaju prihvata ponude.<sup>19</sup> Dakle, upućenost određenom licu ili licima prema tekstu ovih Principa prestala je da bude obavezno svojstvo ponude i dio definicije ponude. Autori Načela evropskog ugovornog prava su se opredijelili za formulaciju koja je preciznija i eksplicitnija: ponuda može biti učinjena jednom ili većem broju određenih lica ili javnosti uopšte.<sup>20</sup> Autori Načela evropskog ugovornog prava su otišli i korak dalje. Imajući u vidu postojeća zakonska rješenja i savremena teorijska shvatanja, ali u prvom redu potrebe savremenog poslovanja, u Načelima je predviđeno da prijedlog učinjen od strane ovlašćenih trgovaca slanjem cjenovnika i kataloga ili izlaganjem robe, izlaganjem roba ili ponudom usluga uz određivanje cijene, čini ponudu za zaključenje ugovora o kupoprodaji ili o vršenju usluga po toj cijeni sve dok se zalihe robe ne isprazne, odnosno dok se ne iscrpi mogućnost ponudioca da pruža određene usluge.<sup>21</sup>

Naš zakonodavac je definisao ponudu kao "prijedlog" ili "saopštenje" učinjeno određenom ili određenim licima.<sup>22</sup> Prijedlog za zaključenje ugovora može biti učinjen i neodređenom broju lica, jer i ovakav prijedlog, ukoliko sadrži bitne sastojke ugovora čijem je zaključenju namijenjen, važi kao ponuda, ukoliko drugačije ne proizilazi iz okolnosti slučaja ili običaja. Dakle, prema Zakonu o obligacionim odnosima, ponuda je prijedlog za zaključenje ugovora upućen određenom licu ili licima, ali i prijedlog učinjen neodređenom broju lica tj. javnosti. Izjavi volje upućenoj neodređenom broju lica a vezanoj za zaključenje ugovora, Zakon o obligacionim odnosima pristupa kao tzv. opštoj ponudi.<sup>23</sup> Međutim, smatramo da ovaj izraz nije najpodesniji i da je bolje za ovu vrstu ponude koristiti termin za koji su se opredjelili autori Načela evropskog ugovornog prava: ponuda javnosti.<sup>24</sup>

Jedno od pitanja koja je Komisija za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije ostavila otvorenim jeste i pitanje da li se ponuda učinjena

---

<sup>19</sup> Čl. 2. 2. UNIDROIT .

<sup>20</sup> Član 2:201:(2) Ponuda.

<sup>21</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 2:201: (3) Ponuda.

<sup>22</sup> Čl. 32. Zakona o obligacionim odnosima, a sličnu odredbu nalazimo i u čl 4. Jednoobraznog zakona o zaključenju ugovora o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari, i čl.14. Konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima u međunarodnoj prodaji robe.

<sup>23</sup> Čl. 33. Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>24</sup> Čl. 2:202: (2) i (3) Načela evropskog ugovornog prava. Napomenimo i to da se u Opštim uzansama za promet robom koristi izraz "generalna ponuda" (uzansa br. 32.).

telefaksom smatra ponudom učinjenom prisutnom licu.<sup>25</sup> Smatramo da je Komisija opravdano, imajući u vidu potrebe i zahtjeve prakse, predložila da se prihvati rješenje po kom se ponuda učinjena telefaksom ne smatra ponudom prisutnom licu.

Smatramo da je Komisija za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije za zaključenje ugovora u privredi s pravom predložila da se u tekst Zakonika unese i odredba člana 21. Opštih uzansi za promet robe po kojoj "pismena ponuda obavezuje ponudioca iako je nije potpisalo ovlašćeno lice, samo u slučaju: ako je ponuda sačinjena na hartiji sa odštampanim ili utisnutim oznakama ponudioca, kojima se on u svom poslovanju služi; ako je ponuda snabdevena pečatom ili štambiljem ponudioca i potpisana na uobičajeni način; ako se ponuda odnosi na posao kojim se ponudilac redovno bavi i ne prelazi obim njegovog uobičajenog poslovanja; i ako ponuđeni nije znao da je ponudu potpisalo neovlašćeno lice." Isto važi i za prihvatanje ponude.<sup>26</sup>

Kada je u pitanju opoziv ponude Lando komisija je imala težak zadatak da nađe kompromis između rješenja Common law sistema i evropsko-kontinentalnog sistema. Naime, u *Common law* sistemu postoji potpuna sloboda opoziva ponude, ili, preciznije rečeno, ponuda može biti opozvana sve do momenta zaključenja ugovora, pa čak i ako je u ponudi određen rok za njen prihvrat. I to nije sve. Ponuda je u Common law sistemu opoziva čak i u slučaju kada je ponudilac u ponudi odredio da se odriče prava na opoziv ponude. Međutim, vremenom su ova pravila pretrpjela izmjene tako da danas u zemljama *Common law* sistema važi pravilo da je tzv. čvrsta ponuda neopoziva.<sup>27</sup> Nasuprot ovom rješenju evropsko-kontinentalno pravo predviđa da je ponuda u osnovi neopoziva.

Francuski zakonodavac predviđa da su neoročene ponude u osnovi uvijek opozive, ali ponudilac može ponudu učiniti neopozivom tako što će u ponudi odrediti rok za njen prihvrat. U okviru tako određenog roka za prihvrat ponuda je neopoziva, kao i u slučaju kada se ponudilac odrekao prava na opoziv ponude. Interesantno je rješenje koje sadrži italijanski Građanski zakonik, a po kom čak i u onim slučajevima kada je opoziv dozvoljen ponudilac je dužan da nadoknadi štetu ponuđenom licu koju je on pretrpio zato što je postupajući u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja preduzeo određene aktivnosti oslanjajući se na ponudu.<sup>28</sup> Njemački, švajcarski i austrijski građanski zakonici predviđaju da opoziv nije dozvoljen, a isto rješenje je prihvatio i naš zakonodavac.<sup>29</sup> No u svakom slučaju, ponudilac ima pravo opoziva ponude, a ponuda može biti opozvana sve do

---

<sup>25</sup> Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika - Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije, Izveštaj Komisije sa otvorenim pitanjima, Beograd, novembar 2007, str. 161.

<sup>26</sup> Isto.

<sup>27</sup> Čl. 2-205. Jednoobraznog trgovačkog zakonika Amerike u kom je predviđeno da je ponuda neopoziva za period od tri mjeseca.

<sup>28</sup> Čl. 1328 italijanskog Građanskog zakonika.

<sup>29</sup> Čl. 145. njemačkog Građanskog zakonika, čl. 1.3. švajcarskog Zakona o obligacijama, čl. 319 austrijskog Trgovačkog zakonika, čl. 36. Zakona o obligacionim odnosima.

momenta prihvata. Autori Načela evropskog ugovornog prava su koristili i iskustva stečena kroz primjenu Haškog jednoobraznog zakona o zaključivanju ugovora u međunarodnoj prodaji i Bečke konvencije. Haški jednoobrazni zakon o zaključivanju ugovora u međunarodnoj prodaji<sup>30</sup> predviđa da je ponuda u osnovi opoziva. Ipak, ponuda ne može biti opozvana ako opoziv nije učinjen u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja, ako je u ponudi bio određen rok za prihvatanje ponude i ako se radi o tzv. čvrstoj i neopozivoj ponudi. Ponuda može biti opozvana samo ako opoziv stigne ponudnom prije nego što je on otposlao svoj prihvatanje ili izvršio radnju ili radnje koje su po svom obimu i karakteru takve da se mogu poistovjetiti sa prihvatom ponude. Sličnu odredbu sadrži i Bečka konvencija.

Načela evropskog ugovornog prava predviđaju da ponuda može biti opozvana ukoliko opoziv stigne do ponudnog lica prije nego što je on odaslao prihvatanje iste, ili se o prihvatu ponude zaključuje iz ponašanja ponudnog prije nego što ugovor bude zaključen u skladu sa pravilom da se ugovor smatra zaključenim u momentu kada je ponudilac saznao za prihvatanje ponude ili je o činjenici da je ponuda prihvaćena saznao iz ponašanja ponudnog lica.<sup>31</sup> Pravilo je i da ponuda učinjena neodređenom broju lica mora biti opozvana na isti način kako je i učinjena.<sup>32</sup> Opoziv ponude nema dejstvo: a) ako u ponudi stoji da je neopoziva, b) ako je određen rok za prihvatanje ponude, c) ako je ponudnik opravdano vjerovao da je ponuda neopoziva i kada je postupao savjesno i u skladu sa ponudom.<sup>33</sup> Dakle, autori Načela evropskog ugovornog prava su rješenjem koje su nakon duge diskusije prihvatili, značajno ublažili rješenje *Common law* sistema o opozivosti ponude. Sa druge strane, prihvaćeno je rješenje francuskog i italijanskog zakonodavca da se oročena ponuda smatra neopozivom, ali je istaknuto u prvi plan i rješenje da opoziv ponude ne može biti učinjen suprotno načelu savjesnosti i poštenja.

Načela evropskog ugovornog prava predviđaju da "prihvatanje ponude čine sve izjave ili ponašanja ponudnog lica koje upućuju na zaključak da je ponuda prihvaćena".<sup>34</sup>

Prihvatanje se može opozvati ako ponudilac primi izjavu o opozivanju prije izjave o prihvatanju ili zajedno sa njom.<sup>35</sup> Dakle, kao i ponuda i prihvatanje ponude se može opozvati i to na isti način i pod istim uslovima. Potrebno je, naime, da je izjava o opozivanju prihvaćena ponude učinjena tako da stigne kod ponudnika prije prihvaćanja ponude ili istovremeno sa njim. To znači da se opoziv prihvaćanja ponude mora učiniti sredstvom koje je brže od sredstva kojim je učinjen prihvatanje ponude.

---

<sup>30</sup> Čl. 5. st. 2. Haškog jednoobraznog zakona o zaključivanju ugovora u međunarodnoj prodaji

<sup>31</sup> Čl. 2:205: (1) i (2) Načela evropskog ugovornog prava.

<sup>32</sup> Član 2:202: (2) Opoziv ponude.

<sup>33</sup> Član 2:202: (3) Opoziv ponude.

<sup>34</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 2:204: (1) Prihvatanje ponude .

<sup>35</sup> Čl. 39. st. 3. Zakona o obligacionim odnosima.

Načela evropskog ugovornog prava polaze, kao i Zakon o obligacionim odnosima, od teorije prijema. Načela, međutim, prave razliku između prihvata koji je učinjen slanjem izjave o prihvatanju ponude, od prihvata koji rezultira iz ponašanja ponuđenog. Tako, ako je ponuđeni poslao izjavu da prihvata ponudu, ugovor se smatra zaključenim u trenutku kada je ponudilac saznao za prihvata ponude.<sup>36</sup> Ako prihvata ponude rezultira iz ponašanja ponuđenog, ugovor se smatra zaključenim u trenutku kada ponudilac za to ponašanje sazna.<sup>37</sup> Međutim, kada je to u skladu sa samom ponudom, praksom ustanovljenom među ugovornim stranama ili običajima, ponuđeni može prihvatiti ponudu i ispunjenjem činidbe bez prethodnog obavještanja ponudioca, a ugovor se smatra zaključenim kada isti otpočne sa izvršenjem činidbe.<sup>38</sup>

Prihvata ponude mora, da bi proizvodio pravno dejstvo, biti dostavljen u roku koji je za to određen.<sup>39</sup> Ukoliko rok za prihvata ponude ponudilac nije odredio, smatra se da postoji prihvata ponude ako je učinjen u razumnom roku.<sup>40</sup> Ukoliko prihvata ponude proizilazi iz ponašanja ponuđenog, ponuđeni mora otpočeti sa izvršenjem u roku koji je odredio ponudilac ili u razumnom roku.<sup>41</sup>

Načela u prvi plan ističu još dva važna pravila. Prvo, ako su stručna lica postigla sporazum, ali on nije sadržan u konačnom dokumentu, i ako jedna ugovorna strana bez odlaganja pošalje drugoj pismeno u cilju potvrde postignute saglasnosti unoseći u ugovor i određene dodatne ili drugačije uslove, te izmjene i dopune postaju sastavni dio ugovora osim ako: 1) ti uslovi suštinski mijenjaju uslove ugovora, ili 2) kada primalac bez odlaganja istakne prigovor na te uslove.<sup>42</sup> Drugo pravilo se tiče opštih uslova za zaključenje ugovora, a to su uslovi koji su unaprijed dati za neodređen broj ugovora određene vrste i o kojima ugovorne strane nisu vodile posebne pregovore.<sup>43</sup> Kada su ugovorne strane postigle sporazum ali ponuda i prihvata ponude odstupaju od opštih uslova na koje se svaka od njih poziva, ugovor se ipak smatra zaključenim. Opšti uslovi čine sastavni dio ugovora ukoliko je to zajednička namjera ugovornih strana.<sup>44</sup> Ugovor nije zaključen ukoliko su ugovorne strane: 1) unaprijed izričito, a ne putem opštih uslova, odredile da se neće smatrati obavezanim zaključenim ugovorom, ili 2) bez odlaganja jedna strana obavijesti drugu stranu da se ne smatra obavezanom tim ugovorom.<sup>45</sup>

Pitanje podudarnosti i sadržinske komplementarnosti ponude i prihvata ponude u teoriji se različito shvatalo, a i danas postoje određene razlike. Shvatanja

---

<sup>36</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 2:205: (1) -Vrijeme zaključenja ugovora.

<sup>37</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 2:205: (2) -Vrijeme zaključenja ugovora.

<sup>38</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 2:205: (3) -Vrijeme zaključenja ugovora.

<sup>39</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 2:206: (1) -Rok za prihvata ponude.

<sup>40</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 2:206: (2) -Rok za prihvata ponude.

<sup>41</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 2:206: (3) -Rok za prihvata ponude.

<sup>42</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 2:210: Pismena potvrda od strane profesionalaca.

<sup>43</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 2:209: (3) -Razlike u opštim uslovima.

<sup>44</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 2:209: (1) -Razlike u opštim uslovima.

<sup>45</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 2:209: (2) -Razlike u opštim uslovima.

se kreću od formalne potpune tj. doslovne podudarnosti, do shvatanja o stvarnoj podudarnosti ponude i prihvata ponude.<sup>46</sup> Podudaranje ponude i prihvata ponude ima absorbirajuću funkciju tj. objedinjava volje izražene kroz ponudu i prihvata ponude i "pretače" ih u ugovor.

Savremena doktrina je poseban interes ispoljila po pitanju stepena podudarnosti ponude i prihvata ponude. Ovo pitanje je naročito diskutovano u razvijenim zemljama, a posebno u zemljama *Common law* sistema. Posebna pažnja posvećuje se novini koju sadrži član 19. Konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima u međunarodnoj prodaji robe. Ovo rješenje odstupa od zahtjeva tradicionalne teorije o perfektnoj i doslovnoj podudarnosti ponude i prihvata ponude, a time i svih elemenata ugovora, bilo da su oni bitni ili sporedni, primarni ili sekundarni. Kompromis je nađen u mogućnosti izmjena prihvata ponude u odnosu na ponudu pod uslovom da se radi o izmjenama koje nisu suštinske.<sup>47</sup> To znači da izmjene ili dopune koje sadrži prihvata ponude ne ugrožavaju princip podudarnosti i mogu biti tolerisane ukoliko nisu suštinske i ne utiču na osnovni cilj ugovora i interese ugovornih strana. U tom smislu je i rješenje sadržano u Bečkoj konvenciji, prema kojoj "odgovor na ponudu koji je usmjeren na prihvata ponude, a koji sadrži dodatne ili drugačije odredbe koje ne mijenjaju suštinski odredbe sadržane u ponudi, predstavlja prihvata ponude, osim ukoliko se ponudilac, bez odlaganja, izričito ne usprotivi ovim izmjenama ili ne uputi obavještenje sa tim ciljem".<sup>48</sup> Ukoliko tog protivljenja nema, sadržina ugovora jeste sadržina ponude sa izmjenama sadržanim u prihvatu ponude.<sup>49</sup> Ista odredba je sadržana i u Principles of International Commercial Contracts.<sup>50</sup>

Većina savremenih prava opredijelila se za pravilo po kom prihvata treba da se podudara sa ponudom tj. pravilo o striktnom slaganju ponude i prihvata ponude.<sup>51</sup> Prihvata ponude koji sadrži stvarnu razliku u odnosu na ponudu ne dovodi do nastanka ugovora. I u pogledu stvarnih razlika između ponude i prihvata ponude postoje rješenja koja su zajednička u svim nacionalnim pravima. Naime, pravilo je da ugovor ne nastaje ukoliko ponuđeni svoj pristanak nedvosmisleno i izričito uslovi dopunskim klauzulama ili klauzulama koje su različite u odnosu na ponudu. Međutim, u slučaju kada ponuđeni stavi do znanja da je njegov prihvata bezuslovan,

---

<sup>46</sup> O verbalnim razlikama između ponude i prihvata ponude detaljnije: M. Draškić, Ponuda i prihvata ponude prema uniformnim pravilima i uporednom pravu, str. 149-151.

<sup>47</sup> Ovaj stav nalazimo u italijanskoj teoriji, tačnije u teorije teže i protivteže ("pesi e contrappesi") Gina Gorle. Detaljnije: Gino Gorla, La "logica-illogica" del consensualismo o derincontro dei consensi e del suo tramonto, Rivista di diritto civile, n.l. 1966, str. 255., Nicola di Prisco, nav. djelo, str. 485-486.

<sup>48</sup> Čl. 19. Bečke konvencije.

<sup>49</sup> Čl. 19. Bečke konvencije - Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe.

<sup>50</sup> Čl. 2. 11. Principles of International Commercial Contracts.

<sup>51</sup> Miodrag Orlić, nav. djelo, str. 143-145.; M. Draškić, Ponuda i prihvata ponude prema uniformnim pravilima i uporednom pravu, str. 149-154.; Nicola di Prisco, nav. djelo, str. 483-490.; Piero G. Gaggero, nav. djelo, str. 113-120.



a da eventualne dopunske odredbe ili odredbe koje se razlikuju od onih sadržanih u ponudi, takav prihvrat predstavlja njegovu ponudu da se zaključi ili novi ili dopunski ugovor, ili da se izmijeni prvobitno nastali ugovor.

Odredba Zakona o obligacionim odnosima po kojoj se ugovor smatra zaključenim kada su se strane saglasile o bitnim elementima ugovora, ali da one mogu regulisanje nekih sporednih elemenata ostaviti za docnije<sup>52</sup>, koju sadrži i švajcarski Zakonik o obligacijama<sup>53</sup>, otvara put za fleksibilnije određivanje pojma stvarnih razlika između ponude i prihvata ponude, tj. dozvoljava odstupanje od pravila o striktnom podudaranju ponude i prihvata ponude.

Ako se ima u vidu savremeni trenutak u kom je naglašen proces harmonizacije i unifikacije prava jasno se uočava trend priznavanja punovažnosti prihvata ponude koji sadrži određene stvarne razlike u odnosu na ponudu. Haški Jednoobrazni zakon o zaključenju ugovora o međunarodnoj prodaji<sup>54</sup>, Bečka konvencija<sup>55</sup>, ali i Principi UNIDROIT<sup>56</sup>, prihvataju rješenje po kome prihvrat mora biti saglasan sa ponudom, ali predviđaju i odstupanja.<sup>57</sup> Na isti način su postupili i autori Načela evropskog ugovornog prava predviđajući da "ukoliko odgovor ponuđenog sadrži dopune ili izmjene koje znače suštinsku izmjenu uslova iz ponude, smatra se da je ponuda odbijena i da je učinjena nova ponuda.<sup>58</sup> Odgovor ponuđenog predstavlja prihvrat ponude, iako sadrži ili implicira određene dopune ili izmjene ponude, ukoliko se time ne mijenjaju suštinski uslovi sadržani u ponudi.<sup>59</sup> Takve izmjene i dopune ulaze u sadržinu ugovora.<sup>60</sup> Odgovor se, međutim, smatra kao odbijanje ponude: a) ako ponuda izričito ograničava prihvrat na uslove sadržane u njoj, b) ako se ponudilac bez odlaganja usprotivi izmjenama ili dopunama u odnosu na datu ponudu i c) ukoliko ponuđeni uslovi svoj pristanak prihvatanjem

<sup>52</sup> Čl. 32. st. 2. Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>53</sup> Čl. 2. st. 1. švajcarskog Zakonika o obligacijama.

<sup>54</sup> Čl. 7. Jednoobraznog zakona o zaključenju ugovora o međunarodnoj prodaji, a član 2. upućuje da se prilikom procjene podudarnosti ponude i prihvata ponude moraju imati u vidu prije svega prethodni pregovori, utvrđena praksa među ugovaračima i trgovački običaji.

<sup>55</sup> Čl. 19. st. 3. Bečke konvencije previda da dopunski ili različiti elementi koji se, između ostalog, odnose na cijenu, plaćanje, kvalitet i količinu robe, mjesto i vrijeme isporuke, proširenje odgovornosti jedne strane u odnosu na drugu ili na rješavanje sporova spadaju u odredbe koje suštinski mijenjaju odredbe ponude.

<sup>56</sup> Čl. 2.11 st. 2. Principa UNIDROIT.

<sup>57</sup> Američki Jednoobrazni trgovački zakonik u čl. 2-207. predviđa da konačna i blagovremena izjava koja predstavlja prihvrat ponude ili pismena potvrda upućena u razumnom roku djeluju kao prihvrat ponude bez obzira što sadrže odredbe koje dopunjavaju ponudu ili se razlikuju od odredaba iz ponude tj. odredaba o kojima je postignut sporazum, osim ukoliko prihvrat nije bio izričito uslovljen pristankom na dopunske ili drugačije odredbe. Zakonik postavlja kao pravilo (koje je u drugim zakonodavstvima izuzetak) da prihvrat koji sadrži dopunske ili drugačije odredbe u odnosu na ponudu dovodi do zaključenja ugovora. Detaljnije: M. Draškić, Ponuda i prihvrat ponude prema uniformnim pravilima i uporednom pravu, str. 152-154.

<sup>58</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 2:208: (1) -Prihvrat ponude uz određene izmjene.

<sup>59</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 2:208: (2) -Prihvrat ponude uz određene izmjene.

<sup>60</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 2:208: (2) -Prihvrat ponude uz određene izmjene.

dodatnih ili drugačijih uslova od strane ponudioca, a ovaj to u razumnom roku ne učini.<sup>61</sup>

Osim što treba da bude komplementaran sa ponudom, prihvata treba da bude i blagovremen što znači da treba da stigne u roku koji je utvrđen u ponudi, a ako rok nije određen u ponudi, u roku koji se na osnovu ponude, prakse utvrđene između zainteresovanih strana ili običaja može smatrati kao izjava o prihvatanju.<sup>62</sup> Autori Načela evropskog ugovornog prava pristupili su regulisanju ovog pitanja na isti način kao što je to učinjeno u Bečkoj konvenciji<sup>63</sup>, Principima UNIDROIT<sup>64</sup>. Naime, Načela sadrže dva pravila za slučaj prihvata ponude sa zakašnjenjem. Prvo pravilo se odnosi na prihvata ponude sa zakašnjenjem, a drugo se odnosi na slučaj kada je prihvata ponude blagovremeno poslat, ali je ponudiocu stigao sa zakašnjenjem.

Ukoliko je prihvata ponude učinjen sa zakašnjenjem pravilo je da ne proizvodi dejstvo, osim ukoliko ponudilac bez odlaganja saopšti ponudnom licu da ga i pored zakašnjenja prihvata.<sup>65</sup> Dakle, i autori Načela evropskog ugovornog prava polaze od opšteprihvaćenog stava da prihvata ponude ima pravno dejstvo samo ukoliko stigne ponudiocu u roku koji je on odredio u ponudi ili ukoliko to nije učinio, u razumnom roku. Za razliku od rješenja sadržanog u Zakonu o obligacionim odnosima<sup>66</sup>, Načela evropskog ugovornog prava ne predviđaju da se prihvata ponude učinjen sa zakašnjenjem smatra novom ponudom, tj. da činjenica zakašnjenja utiče na promjenu uloga tako da raniji ponudilac postaje ponudena strana, a ponudeni biva ponudilac nove ponude koja je sadržana u zadocnjelom prihvatu ponude. Umjesto ovog, autori Načela su se opredijelili za rješenje po kom ponudilac, ukoliko je zainteresovan može, i pored činjenice da se u konkretnom slučaju radi o zadocnjelom prihvatu ponude, izjaviti da smatra da je prihvata blagovremeno dat. Uslov je da o tome bez odlaganja obavijesti ponudeno lice.<sup>67</sup>

Postavlja se pitanje: u čemu je razlika između ova dva pristupa, tj. između rješenja po kom se prihvata ponude učinjen sa zakašnjenjem shvata kao nova ponuda i rješenja da takav prihvata ponudilac svojom voljom može prihvatiti kao blagovremen? Osim uopštenog odgovora da pravna priroda i suština pregovora, ponude i prihvata ponude, determinišu i pravni položaj lica koja se nalaze u ulozi pregovarača, ponudioca i ponudnog, koji se bitno razlikuju, mogu se apostrofirati i posebni razlozi. Prvi razlog je rok u kom prvobitni ponudilac treba da se izjasni.

---

<sup>61</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 2:208: (3) -Prihvata ponude uz određene izmjene.

<sup>62</sup> Čl. 39. st. 2. ZOO. Italijanski zakonodavac u 51.1326. Gradanskog zakonika predviđa da prihvata treba da bude i blagovremen što znači da treba da stigne u roku koji je utvrđen u ponudi, a ako rok nije određen u ponudi, u roku koji se prema redovnom toku stvari, prirodi posla i običajima smatra primjerenim.

<sup>63</sup> Čl. 21. Konvencije.

<sup>64</sup> Čl. 2.9. Principa UNIDROIT.

<sup>65</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 2:207: (1) -Zadocnjeli prihvata ponude.

<sup>66</sup> Čl. 43. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>67</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 2:207: (1) - Zadocnjeli prihvata ponude.

Ako se prihvata ponuda učinjen sa zakašnjenjem tretira kao nova ponuda ponudnom ostaje razuman rok za izjašnjenje kao o svakoj drugoj ponudi, a Načela ponudocu ostavljaju veoma kratak rok (odmah, bez odlaganja) za izjašnjenje da li ima interes da prihvata ponudu učinjen sa zakašnjenjem smatra blagovremenim. Drugi razlog jeste mogućnost opoziva ponude koja prema rješenju sadržanom u Načelima ne postoji, a treći razlog se sastoji u tome da "ponudač, ne snosi rizik prenosa obaveštenja koje on šalje saglasno gore opisanom pravilu uniformnih akata. Ako bi, međutim, zadocneli prihvata predstavljao novu ponudu, prvobitni ponudač bi snosio rizik prenosa svog naknadnog prihvata, jer bi on proizvodio svoje dejstvo tek sa prispećem prvobitnom prihvatiocu".<sup>68</sup> Ukoliko se iz pisma ili druge isprave koja sadrži prihvata ponude može zaključiti da je poslato u posebnim prilikama i okolnostima zbog kojih je prihvata stigao sa zakašnjenjem, a da bi stigao na vrijeme da je prenos poruke tekao redovnim i uobičajenim tokom, smatraće se da je prihvata ponude stigao blagovremeno, osim ukoliko ponudilac ne obavijesti bez odlaganja ponudeno lice da je njegova ponuda otpala.<sup>69</sup>

Ovo rješenje i razloge Komisija za izradu Građanskog zakonika Srbije svakako treba da ima u vidu.

### **Interpretacija (tumačenje) ugovora**

Jedno od pitanja koje je Komisija za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije ostavila otvorenim za diskusiju jeste i pitanje tumačenja spornih ugovornih odredaba i utvrđivanja zajedničke namjere ugovornih strana.

Zakon o obligacionim odnosima konstatuje da se "odredbe ugovora primenjuju onako kako glase".<sup>70</sup> Međutim, ukoliko nema saglasnosti po pitanju smisla pojedinih odredaba ugovora ili njihovog domašaja pojavljuje se potreba interpretacije ugovora. Zakon predviđa da se prilikom interpretacije spornih odredaba ne treba držati doslovnog značenja upotrebljenih izraza, već treba istražiti zajedničku namjeru ugovarača i odredbu tako razumjeti kako to odgovara načelima obligacionog prava.<sup>71</sup> Osim ove odredbe u ZOO nalazimo još samo pravila tumačenja formularnih, dobroćinih i teretnih ugovora.<sup>72</sup> Ove odredbe se mogu okarakterisati kao okvirne i nedovoljne subjektima interpretacije kada se nađu pred tako složenim zadatkom kakav je interpretacija sporne ugovorne odredbe/a.<sup>73</sup>

---

<sup>68</sup> M. Draškić, Ponuda i prihvata ponude prema uniformnim pravilima i uporednom pravu, str. 157-158.

<sup>69</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 2:207: (2) - Zadocneli prihvata ponude

<sup>70</sup> Čl. 99. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima

<sup>71</sup> Čl. 99. st. 2. Zakona o obligacionim odnosima

<sup>72</sup> Čl. 100-101. Zakona o obligacionim odnosima

<sup>73</sup> Ne treba zanemariti ni činjenicu da se postupak interpretacije primjenjuje i na jednostranu izjavu volje kao izvor obligacija, kada je potrebno utvrditi njeno značenje. Unilateralna struktura ovog izvora obligacija nije sama po sebi razlog za nespojivost pravila tumačenja koja se na njih primjenjuju

Usporedno-pravni pregled pokazuje da savremeni zakonici sadrže niz odredaba o interpretaciji ugovora. Primjer dobrog, preciznog i u praksi provjerenog i potvrđenog regulisanja materije interpretacije ugovora predstavlja italijanski Građanski zakonik.<sup>74</sup> Italijanski zakonodavac precizira da se cilj interpretacije sastoji u utvrđivanju zajedničke namjere ugovarača, s tim da se interpretator ne ograničava doslovnim značenjem riječi.<sup>75</sup> Slijedi pravilo da prilikom tumačenja treba da se vrednuje i ponašanje ugovornih strana, pa čak i ponašanje nakon zaključenja ugovora (tzv. globalna interpretacija)<sup>76</sup>; nastavlja sa složenom - sistematskom interpretacijom i procjenom da li su izrazi ograničeni na predmet ugovora<sup>77</sup> i procjenom značaja primjera koje su ugovorne strane navele u ugovoru. Druga grupa odredbi usmjerava interpretatora u pravcu tzv. korisne interpretacije.<sup>78</sup> Dvosmislene klauzule se moraju tumačiti u skladu sa opštom praksom prihvaćenom u mjestu zaključenja ugovora ili mjestu koje je sjedište preduzeća, ako je jedna od strana preduzetnik,<sup>79</sup> klauzule uvrštene u opšte uslove ugovora moraju se interpretirati što povoljnije<sup>80</sup> i na kraju ugovor mora biti tumačen u smislu što manjeg tereta za dužnika ako se radi o dobročinom ugovoru, i u smislu da realizuje pravedno ponašanje ugovornih strana ako je u pitanju teretni ugovor.<sup>81</sup> Dakle, italijanski zakonodavac je posvetio tumačenju ugovora deset članova<sup>82</sup> koji se uzimaju kao primjer dobrog regulisanja složene problematike interpretacije ugovora. I ne samo to. Ova rješenja su izvršila značajan uticaj na zakonska rješenja drugih zemalja kao i na formulisanje odredaba Lando Načela. Ove činjenice su dovoljna preporuka i za Komisiju za izradu Građanskog zakonika Srbije da uzme u obzir i rješenja italijanskog Građanskog zakonika.

Na početku analize cilja i načina interpretacije ugovora treba podvući značaj dvije činjenice. Prvo, danas se sve veća pažnja i prostor poklanjaju problematici interpretacije ugovora. Drugo, postojeća legislativna i doktrinarna pravila interpretacije ugovora karakteriše visok stepen međusobne usklađenosti. Zapaža se visok stepen ujednačenosti usporedno-pravnih rješenja i njihove podudarnosti sa stavovima i zaključcima savremene doktrine o načinima, vrstama i metodima interpretacije ugovora. Sinteza vladajućih i u praksi provjerenih legislativnih rješenja i doktrinarnih pravila tumačenja došla je do izražaja prilikom

---

sa pravilima tumačenja koja su oblikovana za tumačenje ugovora, te je i to razlog za preciziranje pravila za interpretaciju ugovora.

<sup>74</sup> Npr. čl. 1362-1371. italijanskog Građanskog zakonika.

<sup>75</sup> Npr. čl. 1362. italijanskog Građanskog zakonika koji predviđa da se prilikom tumačenja ugovora ne treba ograničiti na jezičko tumačenje tj. na doslovno tumačenje.

<sup>76</sup> Čl. 1362. italijanskog Građanskog zakonika.

<sup>77</sup> Čl. 1364. italijanskog Građanskog zakonika.

<sup>78</sup> Čl. 1367. italijanskog Građanskog zakonika.

<sup>79</sup> Čl. 1368. italijanskog Građanskog zakonika.

<sup>80</sup> Čl. 1370. italijanskog Građanskog zakonika.

<sup>81</sup> Čl. 1371. italijanskog Građanskog zakonika.

<sup>82</sup> Čl. 1362-1371 italijanskog Građanskog zakonika.

izrade Načela evropskog ugovornog prava. Interakcija normativne djelatnosti u materiji tumačenja ugovora na nacionalnom nivou<sup>83</sup> i teorijskih analiza i rasprava imala je za rezultat ujednačavanje pravila tumačenja ugovora sadržanih u Načelima. U najkraćem, Načela evropskog ugovornog prava su preuzela najbolja zakonska rješenja, stavove pravne nauke i rezultate poslovne i sudske prakse, koji su u međusobnom sadejstvu doveli do harmonizovanja pravila interpretacije ugovora.<sup>84</sup>

Ugovor treba tumačiti i u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja.<sup>85</sup> *Bonafides* i ugovorna solidarnost nameću obavezu lojalnosti u ugovornom odnosu, ali i obavezu zaštite saugovarača i poštovanje pravila *neminem laedere*.<sup>86</sup> Uz obavezu ponašanja u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja, Načela evropskog ugovornog prava predviđaju i obavezu saugovarača da saraduju u cilju što potpunijeg ispunjenja ugovora. Obaveza saradnje stranaka obuhvata, između ostalih, i saradnju na planu tumačenja ugovora. I pravila ugovorne discipline postoje da bi obezbijedilo ne samo da ugovorne strane ispune svoje obaveze, već i da odgovaraju za njihovo uredno i savjesno ispunjenje.<sup>87</sup> Pravilima o interpretaciji ugovora dalje se konkretizuju, razrađuju i operacionalizuju ove obaveze.

Pravilo je da se "odredbe ugovora primjenjuju onako kako glase".<sup>88</sup> Ukoliko, međutim, postoji nesaglasnost kontrahenata o smislu ili domašaju odredaba ugovora nastaje neophodnost tumačenja koje predstavlja djelatnost kreativne i konstruktivističke prirode usmjerenu na očuvanje i ispunjenje ugovora. Interpretacijom ugovora utvrđuje se pravno relevantno značenje odredaba ugovora<sup>89</sup>, tj. utvrđuje se pravno obavezujući smisao izjava kontrahenata.<sup>90</sup> U

<sup>83</sup> Savremeni zakonic i sadrže niz odredaba o tumačenju ugovora. Polazi se od pravila da tumačenje ima za cilj utvrđivanje zajedničke namjere ugovarača (čl. 1362. IGZ, čl. 1156. CC, čl. 914. AGZ, čl. 133. NGZ, čl. 18. Šv. GZ, čl. 173. grčkog GZ). Slijede odredbe kojima se operacionalizuju pravila subjektivnog i objektivnog tumačenja, uz jasno izražen zahtjev da se tumačenje vrši u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja i načelom autonomije volje. Detaljnije: Snežana Miladinović, O tumačenju ugovora, Pravni zbornik, časopis za pravnu teoriju i praksu, br. 1-2/2001, str. 133-145.

<sup>84</sup> Načela evropskog ugovornog prava, Poglavlje 5. Tumačenje ugovora (čl. 5:101 - 5:107).

<sup>85</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 5:102: (g) Relevantne okolnosti.

<sup>86</sup> Massimo Bianca, nav. djelo, str. 500-511. U savremenoj teoriji se zapaža napor usmjeren na tipizaciju ponašanja bona fides. U italijanskoj doktrini postoji i negativno određivanje ponašanja bona fides tj. određivanje koja su to ponašanja suprotna ovom načelu. Tako, strane u ugovornom odnosu postupaju bona fides ako namjerno ne izazivaju lažno povjerenje, ne špekulišu na podlozi lažnog povjerenja i na kraju, ne zloupotrebljavaju povjerenje proizvedeno kod druge strane.

<sup>87</sup> Ilija Babić, Leksikon Obligacionog prava, "Sl. list SRJ", Beograd, 1997, str. 369.

<sup>88</sup> Čl. 99. st. 1. ZOO. - "Cum in viribus nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio" (L. 25, 1, D. De legibus) - Kad u riječima nema dvosmislenosti, onda se ne smije ni postavljati pitanje šta su ugovorne strane htjele. Isto i "Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper fabuerunt" (Paulus, 23, Dig. 1, 3.), Nikako ne treba mijenjati ono što je uvijek imalo utvrđeno tumačenje.

<sup>89</sup> Massimo Bianca, Diritto civile, libro III, Il contratto, Giuffrè Editore, Milano, 2000. str. 407- 445.

<sup>90</sup> Dragoljub Stojanović, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, u redakciji dr Slobodana Perovića, Savremena administracija, Beograd, 1995., str. 203.

savremenom pravu tumačenje ugovora se definiše kao operacija kojom se dolazi do zajedničke namjere ugovornih strana,<sup>91</sup> a istu formulaciju nalazimo i u Načelima evropskog ugovornog prava.<sup>92</sup> Cilj tumačenja ugovora jeste da se utvrdi smisao i domašaj odredaba ugovora,<sup>93</sup> o čemu je bila postignuta saglasnost volja prilikom zaključenja ugovora, a što u trenutku kada on treba da bude ispunjen izaziva spor i suprotna tvrđenja ugovornih strana.<sup>94</sup>

Ugovorne strane, u skladu sa načelom slobode ugovaranja i u njegovim granicama, mogu nesaglasnost u pogledu smisla i domašaja odredbe ili odredaba ugovora otkloniti naknadnim sporazumom čime prestaje potreba za tumačenjem ugovora.<sup>95</sup> Autentično tumačenje ugovora<sup>96</sup> vrše saugovarači sa ciljem da preciziraju i/ili razjasne značenje ugovorne ili ugovornih odredaba. I u nauci i u praksi dominira shvatanje da ugovornim stranama treba ne samo priznati pravo da preciziraju i pojasne značenje postignutog dogovora, već na tome treba i insistirati. Ukoliko to nije moguće nastaje potreba za tumačenjem ugovora od strane lica koje će, primjenom pravila tumačenja, nastojati da utvrdi zajedničku namjeru ugovornih strana.

Tumačenjem ugovora dolazimo do interpretativnog rezultata o jednom aktu koji je i pored potrebe tumačenja autonoman u odnosu na pojedinačna tumačenja ugovornika, što omogućava da se ugovor kao tvorevina sačuva i da mu se obezbijedi pravna egzistencija i realizacija.<sup>97</sup> Ciljani interpretativni rezultat jeste zajednička namjera ugovornih strana. Imajući to u vidu, autori Načela evropskog ugovornog prava su precizirali da prilikom tumačenja sporne odredbe (ili odredaba) ugovora, prednost treba dati tumačenju koje znači očuvanje odredaba ugovora i njihovu primjenu nad onim koje im ne daje nikakvo dejstvo.<sup>98</sup>

---

<sup>91</sup> Čl. 99. st. 2. Zakona o obligacionim odnosima. U prvom izdanju Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru u čl. 1026. stoji: "Kad tumačiš ugovor, pazi riječi, ali još više volju i nameru," a u drugom izdanju Zakonika u čl. 1025: "Kad tumačiš ugovor, pazi riječi, al' vazda s obzirom na volju i namjeru."

<sup>92</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 5:101: (1) - Opšta pravila tumačenja.

<sup>93</sup> Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1990, str. 367.

<sup>94</sup> Miodrag Orlić, *Zaključenje ugovora*, Beograd, 1993, str. 20. n° 27.

<sup>95</sup> Kontekstualno autentično tumačenje je tumačenje koje čini dio ugovora i ima ulogu da precizira značenje ugovorne odredbe/a. Sukcesivnom autentičnom tumačenju ugovorne strane pribjegavaju da bi pojasnile odredbe ugovora koji već ima svoje značenje koje ugovorne strane na ovaj način čine nedvosmislenim.

<sup>96</sup> Detaljnije o l'interpretazione autentica: Massimo Bianca, nav. djelo, str. 444- 445.

<sup>97</sup> O pravnoj procjeni ugovora koja obuhvata dokazivanje, kvalifikaciju i određivanje sadržine ugovora, detaljnije: Slobodan Perović, nav. djelo, str. 368-369; Gabriel Marty-Pierre Raynaud, *Droit civil*, tome II, *Les obligations*, Sirey, Paris, 1962. str. 197-203; Massimo Bianca, nav. djelo, str. 413-414.

<sup>98</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 5:106: Korisna interpretacija. Isto i čl. 1367. italijanskog Građanskog zakonika (*Conservazione del contratto*) prema kom: "Nel dubbio, il contratto o le singole Clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziche in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno". Inače, ovo je staro pravilo "Actus inter pretandus est potius ut valeat quam ut pereat" (Ulp. 80, Dig. 45, 1) - Jedan akt prije treba tumačiti da vrijedi nego da otpada.

Ispravan interpretativni rezultat dobijamo objektivnom analizom ugovora kao akta, a u skladu sa normativnim pravilima interpretacije ugovora. Osnovno pitanje u materiji tumačenja ugovora jeste pitanje načina tumačenja. Cilj tumačenja je na istovjetan način određen u modernim zakonodavstvima kao i u Načelima evropskog ugovornog prava - treba utvrditi zajedničku namjeru ugovarača. U Načelima evropskog ugovornog prava su formulisana opšta i posebna pravila tumačenja ugovora. Ako pođemo od konstante da je ugovor akt autonomije volje saugovarača putem koga oni ostvaruju prava i interese, interpretirati ugovor znači utvrditi značenje onoga što su ugovorne strane odredile. U Načelima evropskog ugovornog prava cilj tumačenja ugovora precizno je određen: ugovor treba tumačiti tako da se utvrdi zajednička namjera ugovornih strana,<sup>99</sup> čak i kada se ona razlikuje od doslovnog značenja upotrijebljenih izraza.<sup>100</sup> Tumačenjem se mora saznati ono značenje ugovora koje je on imao za ugovorne strane prilikom zaključenja i na koje su se one obavezale.<sup>101</sup>

Lando Komisija je dala odgovor i na pitanje kako treba postupiti u slučaju kada postoji nesklad između objektivnog značenja sporazuma stranaka i značenja koje mu pripisuje jedna od ugovornih strana. I u ovom slučaju tumačenja treba tražiti zajedničku namjeru stranaka. Strana koja je pogriješila ne može da insistira na vrijednovanju ili isključivom vrijednovanju svog tumačenja, jer se pri zaključenju ugovora složila sa drugom ugovornom stranom, a jedno vrijeme se i ponašala u skladu sa zaključenim ugovorom. Razlog za prihvatanje ovog rješenja nalazi se u potrebi obezbjeđenja pravne sigurnosti u ugovornim odnosima. Stoga se do pravog značenja dogovora dolazi analizom izjava, ali i ponašanja ugovornih strana. To znači da subjekt tumačenja ugovora treba da nastoji da dođe do značenja koje ta vrsta ugovora po redovnom toku stvari ima. Zato pogrešno značenje koje

---

<sup>99</sup> Papiniano (D. 50, 16.219.) In conventionibus contrahentium vohmtatum potius quam verba spectari placuit. O tome šta se podrazumijeva pod pojmom zajedničke namjere ugovarača, o subjektivnom i objektivnom shvatanju zajedničke namjere ugovornih strana detaljnije: Massimo Bianca, nav. delo, str. 422 – 425; Francesco Bartolini, Pietro Dubolino, nav. delo, str. 1402-1411; Snežana Miladinović, O tumačenju ugovora, Pravni zbornik, časopis za pravnu teoriju i praksu, br.1-2/2001., str. 133-145.

<sup>100</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 5:101: (I) - Opšta pravila tumačenja. Istovjetnu odredbu sadrži i čl. 1362. st. I. italijanskog Građanskog zakonika (Intenzione dei contraenti): "Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole". Detaljnije: Castranovo Carlo, I Principi di diritto europeo dei contratti, parte I e II - Breve introduzione e versione italiana degli articoli, str. 1-3; Castranovo Carlo, Contract and the Idea of Codification in the Principles of European Contract Law, in Festschrift til Ole Lando, Copenhagen 1997, p.1 09-124; Castranovo Carlo, I "Principi di diritto europeo dei contratti" e l'idea di codice, Rivista del diritto commerciale e delle obbligazioni, 1995, I, p. 21-38; Introduction to the Principles of European Contract Law - Prepared by The Commission on European Contract Law, str. 1-3; Gaggero G. Piero, Il progetto di un codice Europeo dei contratti: L'attività del gruppo di lavoro pavese, Rivista di diritto civile, n. 1/1997, str. 1 17-118.

<sup>101</sup> Scalisi - Interpretazione del contratto, il profilo della comune intenzione delle parti, Milano, 1996. str. 80. Scalisi polazi od toga da je ugovor potvrda da stranke hoće jednaku podjelu i troškova i rizika. Slijedi da je osnovni cilj tumačenja ugovora identifikovanje njegove ekonomske strane.

jedna stranka pripisuje svojoj izjavi, prilikom tumačenja ugovora ne može prevagnuti i ne može da ima prednost u odnosu na uobičajeno značenje ugovora, ako su ugovorne strane postupale sa uobičajenom pažnjom i u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja.<sup>102</sup> Međutim, da bi se izbjegli nepotrebni sporovi i da bi se zaštitila lica koja postupaju u skladu sa načelom *bona fides* autori Načela su precizirali da u slučaju kada se, i ukoliko se, utvrdi da je jedna ugovorna strana shvatila ugovor na poseban način tako da on dobija specifično značenje, a da to drugoj strani nije moglo ostati nepoznato, ugovor treba tumačiti onako kako ga je shvatila ta ugovorna strana.<sup>103</sup> Ovo pravilo Lando Komisija je uvrstila među opšta pravila tumačenja ugovora, što ne treba zanemariti prilikom izrade konačnog teksta Građanskog zakonika Republike Srbije.

Načela evropskog ugovornog prava predviđaju da ukoliko se zajednička namjera stranaka ne može utvrditi u skladu sa dva gore navedena osnovna pravila, ugovor treba tumačiti u skladu sa značenjem koje bi mu dale razumne osobe kada se nađu u situaciji u kojoj se nalaze ugovorne strane.<sup>104</sup> Lando Komisija je precizirala i šta podrazumijeva pod izrazima "razumne osobe" i "razumno ponašanje". Pod razumnim se smatra ono ponašanje koje bi lica koja postupaju u skladu sa načelom *bona fides* i koja se nađu u istoj situaciji kao ugovorne strane smatrala razumnim. Takođe je naglašeno da se u ocjenjivanju šta je razumno ponašanje polazi od prirode i cilja ugovora, okolnosti konkretnog slučaja, običaja i trgovačke prakse ili prakse izgrađene u određenoj profesiji.<sup>105</sup> Napomenimo da isto rješenje sadrži i Skica prof. Konstantinovića. Naime, u ovom slučaju "zajednička namjera ugovornika utvrđuje se prema onome što je jedna strana stvarno izjavila i kako je trebalo da druga strana ovo razumije, prema onome što redovno biva u poštenom prometu. Kad je nemoguće utvrditi zajedničku namjeru ugovornika, treba istraživati namjeru koju bi redovno imala razumna lica istog svojstva kad bi bila u istoj situaciji".<sup>106</sup> Smatramo da ova odredba treba da nađe mjesto i u tekstu Građanskog zakonika Republike Srbije.

Iz odredaba Načela evropskog ugovornog prava može se zaključiti da centralno mjesto među instrumentima subjektivnog tumačenja pripada jezičkom tumačenju.

Ugovorne strane nastoje da svoju volju pretoče u jasan dogovor, iz čega slijedi da i prilikom tumačenja tekst ugovora ima prioritet. Pravila jezičkog tumačenja služe kao moćna poluga u tumačenju značenja i dometa odredaba ugovora.<sup>107</sup> Međutim, svjesni svih ograničenja i problema do kojih može da dovede

---

<sup>102</sup> Massimo Bianca, nav. djelo, str. 422 - 425, Francesco Bartolini, Pietro Dubolino, nav. djelo, str. 1402 - 1411.

<sup>103</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 5:101: (2) Opšta pravila tumačenja.

<sup>104</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 5:101: (3) Opšta pravila tumačenja.

<sup>105</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 1:302: Razumno ponašanje.

<sup>106</sup> Čl. 78. st. 1. I st. 2. Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima.

<sup>107</sup> Razlike koje postoje u pravnoj nauci o značaju jezičkog tumačenja prenijete su i u sudsku praksu. Čl. 1362. italijanskog GZ, kojim je predviđeno da se prilikom tumačenja ugovora ne treba držati doslovnog značenja teksta ugovora, tumači se u korist dominantnog značaja i uloge jezičkog



insistiranje na primarnoj ulozi i značaju jezičkog tumačenja, posebno u uslovima postojanja jezičkih barijera, jer su Načela donijeta sa ciljem da se primjenjuju na teritoriji zemalja Evropske Unije, autori Načela, poučeni u prvom redu rješenjima sadržanim u zakonima pojedinih zemalja ali i iskustvom, precizirali su da ugovor treba tumačiti tako da se utvrdi zajednička namjera ugovornih strana, čak i kada se ona razlikuje od doslovnog značenja upotrijebljenih izraza.<sup>108</sup> Isti razlozi su naveli Komisiju za izradu Načela evropskog ugovornog prava da precizira da u slučaju da je ugovor napisan u dvije ili više jezičkih verzija od kojih ni jedna nije autorizovana, a u slučaju da postoje razlike između pojedinih verzija, prednost treba dati tumačenju koje je u skladu sa prvobitnom verzijom teksta ugovora.<sup>109</sup> Autori Načela evropskog ugovornog prava su formulisali i pravilo koje je u direktnoj vezi sa pravilima jezičkog tumačenja, a po kome se prilikom tumačenja odredbe ili odredaba ugovora upotrijebljene riječi i izrazi uzimaju u značenju koje se obično pripisuje riječima i izrazima u određenoj profesiji i ranijem tumačenju sličnih odredbi.<sup>110</sup>

Načela evropskog ugovornog prava predviđaju da prilikom tumačenja ugovora treba voditi računa posebno o:

- a) okolnostima pod kojima je ugovor zaključen, uključujući i prethodne pregovore,
- b) ponašanju ugovornih strana, posebno nakon zaključenja ugovora,

---

tumačenja. Stoga, prilikom tumačenja ugovora i utvrđivanja zajedničke namjere ugovornih strana uvijek treba poći od jezičkog tumačenja, i tek kada riječi i izrazi u ugovoru nisu jasni i precizni treba primijeniti ostale načine tumačenja. (V., ad es., C. 28 luglio 1980, n. 4864, kao i C. 10. gennaio 1980, n.198.). Isti stav nalazimo kod Massimo Bianca, nav. djelo, str. 420 - 421. Autor se poziva na sudsku odluku C. 28 giugno 1997, n. 5734. u kojoj stoji da se u tumačenju ugovora ne treba držati samo jezičkog tumačenja, mada je ono fundamentalno, već treba primijeniti i druga sredstva tumačenja. Prema sudskoj odluci Cfr., ad es., C. 25 febbraio 1982, n. 1198. koju navodi Massimo Bianca, nav. djelo, str. 421., sudija prilikom tumačenja ugovora ne smije da zanemari traženje zajedničke namjere ugovornih strana, jer je to cilj cjelokupne operacije tumačenja, a jezičko tumačenje prvi i osnovni instrument kojim se to tog cilja dolazi. Ukoliko upotrijebljene riječi i izrazi nemaju jasno značenje, utvrđivanje zajedničke namjere stranaka nastavlja se upotrebom ostalih instrumenata tumačenja.

<sup>108</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 5:101: (I):Opšta pravila tumačenja. Isto i ZOO u čl. 99. st. 2. Detaljnije o objektivnim i subjektivnim uzrocima pojave nesaglasnosti stranaka o značenju izraženih volja: Ratomir Slijepčević, nav. djelo, str. 324.

<sup>109</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 5:107: Jezičke razlike. Detaljnije: Hartkamp Arthur, Principles of Contract Law, (n. 4.2.5.); Castranovo Carlo, I Principi di diritto europeo dei contratti, parte I e II – Breve introduzione e versione italiana degli articoli, str. 1-3; Castranovo Carlo, Contract and the Idea of Codification in the Principles of European Contract Law, in Festschrift til Ole Lando, Copenhagen 1997, p. 109-124; Castranovo Carlo, I "Principi di diritto europeo dei contratti" e l'idea di codice, Rivista del diritto commerciale e delle obbligazioni, 1995, I, p. 21-38; Introduction to the Principles of European Contract Law - Prepared by The Commission on European Contract Law, str. 1-3; Bonelli Michael Joachim, I principi UNIDROIT-un approccio moderno al diritto dei contratti, Rivista di diritto civile, n.2. 1997., str. 231-247. Gaggero G. Piero, Il progetto di un codice Europeo dei contratti: L'attività del gruppo di lavoro pavese, Rivista di diritto civile, n. 1/1997., str. 17-118.

<sup>110</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 5:102: Relevantne okolnosti.

- c) prirodi i cilju ugovora,
- d) tumačenju koje su ugovorne strane ranije prihvatile za slične odnose i o praksi koju su izgradile u međusobnim poslovnim odnosima,
- e) značenju koje se obično pripisuje riječima i izrazima u određenoj profesiji i ranijem tumačenju sličnih odredbi,
- f) običajima i
- g) zahtjevima koje nameće načelo savjesnosti i poštenja.<sup>111</sup>

Za subjekte interpretacije ugovora ova odredba Načela ima poseban značaj. U njoj su objedinjena sredstva tumačenja koja mogu da dovedu do ciljanog interpretativnog rezultata. Do zajedničke namjere ugovornih strana može se doći već nakon jezičkog tumačenja, ali se to u praksi, nažalost, rijetko dešava. Ovaj član Načela evropskog ugovornog prava objedinjava sva ostala sredstva koja mogu da dovedu do utvrđivanja zajedničke namjere ugovornih strana. Subjekt tumačenja treba da ima u vidu okolnosti pod kojima je ugovor zaključen uključujući i prethodne pregovore. Naime, iako ne obavezuju i ne moraju da dovedu do zaključenja ugovora, pregovori imaju značaj ne samo za subjekte koji se na ovaj način informišu i formiraju konačan stav o zaključenju ugovora, već i za druge subjekte. Sud prilikom utvrđivanja sporednih elemenata ugovora vodi računa o pregovorima i zaključcima do kojih su stranke došle u fazi pregovora, a da ne pominjemo značaj pregovora za postupak integracije ugovora tj. popunjavanja ugovornih praznina.<sup>112</sup> Dakle, prilikom tumačenja ugovora uzimaju se u obzir i pregovori jer se upravo tu mogu pronaći ključne informacije.<sup>113</sup> Zbog značaja pregovora koji predstavljaju dragocjenu građu u postupku tumačenja ugovora Načela evropskog ugovornog prava sadrže i rješenje da odredbe ugovora koje su bile predmet prethodnih pregovora imaju prednost u odnosu na one o kojima pregovori nisu vođeni.<sup>114</sup> I ne samo to. U sumnji, odredbe ugovora koje nisu bile predmet ranijih pregovora tumače se na teret lica koje ih je predložilo.<sup>115</sup>

Pojedine vrste ugovora nameću potrebu primjene posebnih pravila tumačenja ugovora. U većini savremenih zakona postoji posebno pravilo tumačenja

---

<sup>111</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 5:102: Relevantne okolnosti.

<sup>112</sup> Detaljnije: Snežana Miladinović, Integracija obligacionog ugovora (popunjavanja ugovornih praznina) - Pravni život, časopis za pravnu teoriju i praksu (tematski broj - Pravo i ljudske vrednosti) br. 10/2001, tom II, str. 431-445; Snežana Miladinović, O odnosu interpretacije i integracije obligacionih ugovora, Arhiv za pravne i društvene nauke, 2-3/2001, str. 233-257.

<sup>113</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 2:301: (1) Pregovori suprotno načelu bona fides.

<sup>114</sup> Načela evropskog ugovornog prava, čl. 5:104: Primat odredaba koje su bile predmet prethodnih pregovora.

<sup>115</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 5:103: Pravilo contraproferentem. Detaljnije: Hatkamp Arthur, Principles of Contract Law, (n. 4.2.5.); Castranovo Carlo, Contract and the Idea of Codification in the Principles of European Contract Law, in Festschrift til Ole Lando, Copenhagen 1997, p.111-113; Gaggero G. Piero, 11 progetto di un codice Europeo dei contratti: L'attività del gruppo di lavoro pavese, Rivista di diritto civile, n. 1/1997., str. 117.

tipskih ugovora.<sup>116</sup> S obzirom da se radi o ugovorima koje priprema i formuliše jedna ugovorna strana, prihvaćeno je pravilo da se njegove nejasne odredbe tumače na štetu strane koja je formulisala ugovor, a u korist stranke koja je ugovoru pristupila.<sup>117</sup>

Iz ovih pravila tumačenja logično je proizašlo i pravilo da se prilikom tumačenja ugovora moraju imati u vidu ponašanja ugovornih strana, a posebno njihova ponašanja i postupci nakon zaključenja ugovora. Na ovaj način, objedinjavanjem informacija o izjavama, ponašanju i postupcima ugovornih strana prije zaključenja ugovora, tj. u fazi pregovora i nakon zaključenja ugovora, subjekt tumačenja može doći do konačnog zaključka šta je u konkretnom slučaju zajednička namjera ugovornih strana. Treba naglasiti da je i Komisija za izradu Načela predvidjela da se jednako tumače kako ponašanja koja su prethodila zaključenju tako i ponašanja stranaka nakon zaključenja ugovora. Ovakav odnos prema ponašanju ugovornih strana objašnjava se činjenicom da zaključenje ugovora putem ponude i prihvata ponude nije izolovan akt već samo jedan u nizu postupaka stranaka značajnih za razumijevanje njihove zajedničke namjere.<sup>118</sup>

Iz načela autonomije volje, kao osnovnog načela ugovornog prava, proizišlo je i pravilo koje je prihvatila i Komisija za izradu Načela evropskog ugovornog prava da posebno treba vrijednovati ono tumačenje koje su ugovorne strane ranije prihvatile za slične odnose i o praksi koju su izgradile u međusobnim poslovnim odnosima. Zapazimo da su navedena rješenja Načela Evropskog ugovornog prava veoma slična rješenjima italijanskog Građanskog zakonika koja su se u ugovornoj, poslovnoj i sudskoj praksi pokazala kao izuzetno efikasna u materiji tumačenja spornih odredaba ugovora.

U materiji ugovora postoje i brojna pozivanja na običaje. I Zakon o obligacionim odnosima, na primjer, poziva se na običaje u određivanju postupanja ugovornih strana u pravnom prometu, u vezi sa načinom izjavljivanja volje za zaključenje ugovora, ponudom i prihvatom ponude za zaključenje ugovora, manama volje itd. Pozivanje na običaje postoji i u materiji uslova.<sup>119</sup> Strane su, naime, obavezane sadržinom ugovora i odredbama zakona, a u njihovom

<sup>116</sup> Čl. 100. Zakona o obligacionim odnosima, čl. 1162. francuskog Code civil, čl. 1370. italijanskog Građanskog zakonika, čl. 1278. španskog Građanskog zakonika. Detaljnije: Marko Đurđević - O nekim specifičnostima tumačenja ugovora po pristupu, Pravni život (tem. broj: Pravo i ljudske vrednosti) br. 10/2001, str. 509 - 520.

<sup>117</sup> Nejasne odredbe dobroćinih ugovora se tumače u smislu koji je manje težak za dužnika, a teretnih u smislu kojim se ostvaruje pravičan odnos uzajamnih davanja (čl. 101. Zakona o obligacionim odnosima).

<sup>118</sup> Massimo Basile, nav. delo, str. 427-428. navodi sljedeće sudske odluke u kojima je posebno apostrofirao značaj ukupnog ponašanja ugovornih strana: Cfr., ad es., C. 6 maggio 1980, n.2984.; Cfr. C. 19 giugno 1980, n. 3906., C. 19 novembre 1998, n. 11712.

<sup>119</sup> ZOO (čl. 32. st. 2.) sadrži opšti poziv na primjenu običaja kao sredstva integracije ugovora. Strane su, naime, obavezane sadržinom ugovora i odredbama zakona, a u njihovom nedostatku običajima i osnovnim načelima, a u prvom redu načelom savjesnosti i poštenja. (Isto i čl. 1347. italijanskog Građanskog zakonika, čl. 1135. francuskog Građanskog zakonika).

nedostatku običajima i osnovnim načelima, a u prvom redu načelom savjesnosti i poštenja.<sup>120</sup> Ovaj propis znači opštu primjenu običaja u materiji ugovora bez potrebe posebnog ugovaranja i pozivanja na njih. Ipak, njihova primjena ostaje strogo ograničena na način što običaji intervenišu tj. popunjavaju oblasti u kojima nedostaju zakonske odredbe. Ako drugačije nije predviđeno, običaji ne mogu imati prioritet u odnosu na zakonske odredbe bile one kogentne ili dispozitivne.<sup>121</sup>

Načela evropskog ugovornog prava predviđaju da odredbe ugovora treba tumačiti u skladu sa cjelokupnom sadržinom ugovora.<sup>122</sup> Štaviše, sistematsko tumačenje, o kom je ovdje riječ, pretpostavlja i tumačenje dokumentacije koja prati ugovor, a koja može da doprinese iznalaženju zajedničke namjere ugovornih strana.<sup>123</sup> Sistematsko tumačenje podrazumijeva i tumačenje ništavih odredaba, jer i one mogu da doprinesu razumijevanju ugovora kao cjeline, a time i spornih odredaba. Tumačenje u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja, doslovno, kao i globalno i sistematsko tumačenje, neraskidivo su povezani sa funkcionalnim tumačenjem. Subjektivno tumačenje upotpunjavaju i pravila koja se odnose na tumačenje generalnih klauzula i primjera koje stranke navode u ugovoru. Pravila objektivnog tumačenja imaju supsidijarni karakter i primjenjuju se kada pravila subjektivnog tumačenja ne daju rezultat. Osnovni zadatak objektivnog tumačenja jeste da utvrdi značenje ugovora na osnovu njegove normativne procjene. Objektivno tumačenje objedinjava princip očuvanja ugovora, tumačenje u skladu sa običajima određene sredine<sup>124</sup> i tumačenje višeznačnih pojmova u skladu sa prirodom konkretnog ugovora. Načela evropskog ugovornog prava predviđaju da ugovor treba tumačiti u skladu sa značenjem koje bi mu dale razumne osobe kada se nađu u situaciji u kojoj se nalaze ugovorne strane, ukoliko se njihova zajednička namjera ne može utvrditi u skladu sa pravilom po kom ugovor treba tumačiti tako da se utvrdi zajednička namjera ugovornih strana, čak i kada se ona razlikuje od doslovnog značenja upotrijebljenih izraza stava ili pravilom da u slučaju da se utvrdi da je jedna ugovorna strana ugovor shvatila na poseban način tako da on dobija specifično značenje, a da to drugoj strani nije moglo ostati nepoznato, ugovor treba tumačiti onako kako ga je shvatila ta ugovorna strana.

Dakle, prilikom tumačenja ugovora pažnju treba usmjeriti na sadržaj i značenje izjava svakog od ugovarača, na osnovu podataka cjelokupnog ugovornog

---

<sup>120</sup> Čl. 32. st. 2. ZOO, 51.1347. italijanskog Gradanskog zakonika, čl. 1135. francuskog Gradanskog zakonika.

<sup>121</sup> Običaji imaju poseban značaj u vezi sa pregovaranjem. Običajima se popunjavaju ugovorne praznine i bivaju primjenjeni prevashodno u oblastima u kojima inače dominiraju dispozitivne zakonske odredbe. (C. 6 febbraio 1982, n.711. in Riv. dir. lav. 1982, II, 714).

<sup>122</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 5:105: Sistematsko tumačenje.

<sup>123</sup> Marko Đurđević, Uloga dokumenata na koje se ugovor poziva u zaključenju ugovora, Pravni život br. 10/2000, str. 213.

<sup>124</sup> *Semper in stipulationibus est in coeteris contractibus id sequimur quod actum est; aut si non appareat quid actum est, erit consequens ut id sequamur quod in regione in qua actum est frequentatur* (L.34. D., De reg. jur.) Kod svih ugovora uopšte, treba se držati onoga što je namjeravano; ali ako se ne vidi, šta su ugovornici htjeli, onda će dobro biti, da se držimo običaja samog predjela, u kome se ugovaralo. Isto i čl. 1368 i 1369. IGZ i čl. 1159 i H63 FGZ.

odnosa, ali i uobičajenom značenju ugovora. Subjektivno tumačenje treba da dovede do zajedničke namjere ugovornih stranaka. U istraživanju te zajedničke namjere pravna nauka je oblikovala, a zakonodavstva formulisala pravila tzv. subjektivnog tumačenja. Primarna pravila subjektivnog tumačenja jesu interpretacija u skladu sa načelom *bona fides*, jezičko, globalno, sistematsko, funkcionalno tumačenje. Slijede pravila o tumačenju generalnih klauzula i tumačenja primjera koje su stranke navele u ugovoru. Pomoćni karakter imaju pravila objektivnog tumačenja, koja se primjenjuju u slučaju kada pravila subjektivnog tumačenja ne dovode tumača do sigurnog rezultata, tj. do nedvosmisleno utvrđene zajedničke namjere ugovornih strana.<sup>125</sup> Sva ova pravila Lando Komisija je pretočila u jasne norme sadržane u petom poglavlju Načela evropskog ugovornog prava.

Poseban problem koji se može pojaviti kod tumačenja ugovora je problem tzv. ugovornih praznina. Zato se vrši tzv. integracija (upotpunjavanje) sadržine ugovora.<sup>126</sup> Za integraciju ugovora traži se primena sasvim drugačijih pravila. Integracija može biti popuna kogentnim i supletivnim (dopunskim) pravilima.<sup>127</sup> Dopuna tj. integracija ugovora podrazumeva postojanje ugovorne praznine. Ugovorna praznina je praznina u sadržaju dogovora, što znači nedostatak predviđanja stranaka o razvoju ugovornog odnosa. Ugovorne praznine daju mesta primeni dispozitivnih, ali i kogentnih normi kao i drugih izvora prava. Za razliku od dopune ugovora, interpretacija je usmerena na utvrđivanje značenja onoga što su strane odredile tj. na smisao dogovora. Ova razlika postoji i u slučaju primene pravila objektivnog tumačenja ugovora. Objektivno tumačenje je u funkciji utvrđivanja značenja odredbi ugovora, dok integracija podrazumeva nedostatak tih odredbi.

## Ispunjenje ugovora

Sedmo poglavlje Načela evropskog ugovornog prava posvećeno je problematici ispunjenja ugovora<sup>128</sup> tj. subjekata, mjesta, vremena i načina ispunjenja

<sup>125</sup> U savremenoj italijanskoj sudskoj praksi (Cfr.C. 13 maggio 1998., n.4815.) je zauzet stav da su pravila tumačenja ugovora sadržana u italijanskom GZ postavljena tako da sačinjavaju određeni sistem u kome postoji hijerarhija tako da primarni značaj imaju čl. 1362-1365. Građanskog zakonika u odnosu na odredbe čl. 1366-1371. Zakonika. Naime, do primjene odredaba čl. 1366-1371. doći će samo onda kada odredbe čl. 1362-1365. nisu dovoljne za utvrđivanje zajedničke namjere ugovornih strana.

<sup>126</sup> Massimo Bianca, nav. delo. str. 412-413.

<sup>127</sup> Detaljnije: Snežana Miladinović, Integracija obligacionog ugovora (popunjavanje ugovornih praznina) - Pravni život, časopis za pravnu teoriju i praksu (Kopaonička škola prirodnog prava - tematski broj - Pravo i ljudske vrednosti) br. 10/2001, tom II, str. 431-445; Snežana Miladinović, O odnosu interpretacije i integracije obligacionih ugovora, Arhiv za pravne i društvene nauke, 2-3/2001. str. 233-257.

<sup>128</sup> Načela evropskog ugovornog prava, Poglavlje sedam, čl. 7:101—7:112: Ispunjenje ugovora [Performance (eng.); Execution (fr.); Adempimento (ital.)]. I ZOO posvećuje značajan prostor ovoj problematici (čl. 336-343.).

ugovora, kao i pitanjima uračunavanja ispunjenja i troškova ispunjenja ugovora.<sup>129</sup>

Ipak, problematika ispunjenja ugovora se može sagledati i na brojna pitanja se može doći do odgovora samo poznavanjem cjelokupne sadržine Načela evropskog ugovornog prava, a posebno poglavlja šest<sup>130</sup>, koje se odnosi na sadržinu obaveza, i poglavlja osam<sup>131</sup> i devet<sup>132</sup> koja se odnose na neispunjenje ugovora i prava za slučaj neispunjenja.<sup>133</sup>

Pravo je povjerioca da traži ispunjenje ugovorne obaveze i to u svemu kako ona glasi. Pored obaveza koje su izričito određene ugovorom, dužnik je dužan da ispuni i sporedne obaveze koje proizilaze iz a) namjere ugovornih strana, b) prirode i cilja ugovora i c) načela *bona fides*.<sup>134</sup> Načela evropskog ugovornog prava obavezuju ugovorne strane da prilikom ispunjenja ugovora postupaju u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja kao i da, u cilju što potpunijeg ispunjenja ugovora, međusobno saraduju. I ne samo to. Polazeći od načela savjesnosti i poštenja,<sup>135</sup> i obaveze saradnje,<sup>136</sup> Načela preciziraju da ugovorna strana koja ne može da ispuni ugovornu obavezu/e mora da se postara da obavještenje o postojanju prepreke i o njenom uticaju na ispunjenje, bude dostavljeno dragoj ugovornoj strani u razumnom roku, počev od momenta kada je saznala ili je morala znati za te

---

<sup>129</sup> Dr Branko Morait, Principi evropskog ugovornog prava o ispunjenju ugovora, Zbornik "Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo", Kragujevac, 2001, str. 183-196; dr Nenad Đurđević, Principi evropskog ugovornog prava i kvalitet ispunjenja ugovora, Zbornik "Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo", Kragujevac, 2001, str. 197-214; Massimo Bianca, Diritto civile, libro IV, L'obbligazione, Giuffrè Editore, Milano, 1999, str. 261-367; Francesco Bartolini, Pietro Dubolino, Il codice civile, I codici commentati esclusivamente con la giurisprudenza, Piacenza, 1997, str. I 199-1213; Carlo Castranovo, I Principi di diritto europeo dei contratti, parte I e II - Breve introduzione e versione italiana degli articoli, str. 1-3; Carlo Castranovo, Contract and the Idea of Codification in the Principles of European Contract Law, in Festschrift til Ole Lando, Copenhagen 1997, p. 109-124; Carlo Castranovo, I "Principi di diritto europeo dei contratti" e l'idea di codice, Rivista del diritto commerciale e delle obbligazioni, 1995, I, p. 21-38; Introduction to the Principles of European Contract Law - Prepared by The Commission on European Contract Law, str. 1-3.

<sup>130</sup> Načela evropskog ugovornog prava, Poglavlje šest, čl. 6:101-6:111: Sadržina i dejstvo ugovora [Contents and Effects (engl.); Contenu et effets (fr.); Contenuto ed effetti (ital.)].

<sup>131</sup> Načela evropskog ugovornog prava, Poglavlje osam, čl. 8:101-8:109.: Neispunjenje i opšte odredbe o pravima ugovornih strana u slučaju neispunjenja [Non-performance and remedies in General (engl.); Inexécution et moyens en general (fr.); Inadempimento e tutele in generale (ital.)].

<sup>132</sup> Načela evropskog ugovornog prava, Poglavlje devet, čl. 9:101-9:510: Posebna sredstva za slučaj neispunjenja. [Particular Remedies for Non-performance (engl.); Le divers moyens en cas d'inexécution (fr.); Tutele speciali per l'inadempimento (ital.)]. Ovo poglavlje podijeljeno je na pet odjeljaka: Prvi - Pravo na ispunjenje (čl. 9:101-9:103), Drugi - Odlaganje ispunjenja (čl. 9:201), Treći - Raskid ugovora (čl. 9:301-9:309), Četvrti - Sniženje cijene (čl. 9:401) i Peti - Naknada štete i kamata (čl. 9:501-9:510).

<sup>133</sup> Detaljnije: Dr Snežana Miladinović - Načela evropskog ugovornog prava o neispunjenju ugovora, Zbornik: Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, IX Budvanski pravnički dani, 2003, str. 43-58.

<sup>134</sup> Načela evropskog ugovornog prava, Poglavlje šesto, čl. 6:102: Implicitne obaveze.

<sup>135</sup> Načela evropskog ugovornog prava, čl. 1:201 – Bona fides.

<sup>136</sup> Načela evropskog ugovornog prava, čl. 1:202 - Obaveza saradnje.

okolnosti. Ukoliko to ne učini, druga ugovorna strana, zato što takvo obavještenje nije primila, ima pravo da traži naknadu štete za svaki eventualni gubitak.<sup>137</sup> Načela evropskog ugovornog prava preciziraju da u slučaju neispunjenja ugovornim stranama na raspolaganju stoje i pravo da se odloži ispunjenje vlastite obaveze, pravo na raskid ugovora, sniženje cijene i pravo na naknadu štete i kamatu, ali primat svakako ima pravo na ispunjenje.<sup>138</sup>

Povjerilac je ovlašćen da od dužnika zahtijeva ispunjenje obaveze, a dužnik je dužan da ispuni obavezu savjesno i pošteno i u svemu kako ona glasi.<sup>139</sup> Pravilo je da je u prvom redu dužnik obavezan da ispuni obavezu/e iz ugovora i da povjerilac može samo od dužnika da zahtijeva ispunjenje.<sup>140</sup> Dužnik ne samo da je dužan da obavezu ispuni u svemu kako ona glasi već je za ispunjenje i odgovoran. Činjenica što je jedna ugovorna strana ispunjenje obaveze povjerila nekom trećem licu nema uticaja - ona je i pored toga odgovorna za ispunjenje ugovorne obaveze.<sup>141</sup>

Načela evropskog ugovornog prava preciziraju da na dužniku leži obaveza ispunjenja ugovora. Ugovorom se može predvidjeti obaveza ličnog ispunjenja od strane dužnika. Ukoliko je ovako određeno, ispunjenje od strane trećeg lica ne oslobađa dužnika obaveze. To je pravilo, ali Načela predviđaju i izuzetke. Naime, izuzev u slučaju kada je ugovor zaključen s obzirom na lična svojstva i lične sposobnosti ugovarača, povjerilac ne može odbiti ispunjenje od strane nekog trećeg lica ako: a) treće lice postupa uz pristanak dužnika i b) ukoliko ima interes da ugovor bude ispunjen, a dužnik nije ispunio obavezu ili je jasno da je neće ispuniti.<sup>142</sup> Ispunjenjem ugovora od strane trećeg lica, u skladu sa navedenim pravilima, dužnik se oslobađa obaveze.<sup>143</sup> Ispunjenje se vrši povjeriocu kao titularu prava iz ugovora. Načela evropskog ugovornog prava preciziraju da svaka strana

---

<sup>137</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 8:108: (3) Nemogućnost ispunjenja. Isto rješenje sadrži i ZOO. Naime, ugovorna strana koja je dužna da obavijesti drugu stranu o činjenicama koje su od uticaja na njihov međusobni odnos, odgovara za štetu koju pretrpi druga strana zato što nije bila na vrijeme obaviještena.

<sup>138</sup> Načela evropskog ugovornog prava, Poglavlje devet, Prvi odjeljak - Pravo na ispunjenje (čl. 9:101-9:103). Detaljnije: Dr Snežana Miladinović - Načela evropskog ugovornog prava o neispunjenju ugovora, Zbornik: Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, IX Budvanski pravnički dani, 2003, str. 43-58.

<sup>139</sup> Čl. 262. Zakona o obligacionim odnosima. Detaljnije: Bogdan Loza, Komentar Zakona o obligacionim odnosima u redakciji Slobodana Perovića, Beograd, 1995, str. 688-692; Ilija Babić, Leksikon Obligacionog prava, Beograd, 1997, str. 110-111; Lazar Marković, Obligaciono pravo, Sl. list, Beograd, 1997, str. 105-110, 369-374; Jakov Radišić, Obligaciono pravo, Beograd, 2001, str. 356-359; Mihailo Konstantinović, Obligacije i ugovori, Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, Beograd, 1996., str. 113-115; Rosko Paund, Jurisprudencija, knjiga III, str. 138-139.

<sup>140</sup> Čl. 297. Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>141</sup> Načela evropskog ugovornog prava; Poglavlje osam, čl. 8:107: Ispunjenje povjereno trećem licu.

<sup>142</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 7:106: (1) Ispunjenje od strane trećeg lica.

<sup>143</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 7:106: (2) Ispunjenje od strane trećeg lica.

snosi troškove ispunjenja svoje obaveze.<sup>144</sup>

Što se tiče predmeta ispunjenja (kvantiteta, kvaliteta<sup>145</sup>, ispunjenja nenovčanih<sup>146</sup>, ispunjenja novčanih obaveza<sup>147</sup>, valuti plaćanja<sup>148</sup>) Zakon o obligacionim odnosima sadrži jasne odredbe koje svojim kvalitetom i jasnoćom ne zaostaju za savremenim uporednopravnim rješenjima niti rješenjima Načela evropskog ugovornog prava.<sup>149</sup>

Načela preciziraju da ugovor mora biti ispunjen u odgovarajućem roku.<sup>150</sup> Načela evropskog ugovornog prava predviđaju da vrijeme ispunjenja ugovora u prvom redu zavisi od volje ugovornih strana. Vrijeme ispunjenja ugovorne obaveze može biti određeno ili određivo, što znači da se ono tumačenjem teksta ugovora može utvrditi. Vrijeme ispunjenja ugovora može biti određeno i na način da se predvidi vremenski period unutar kog će ugovor biti ispunjen. Određivanje konkretnog datuma ispunjenja ugovora u tom slučaju može biti prepušteno inicijativi samo jedne strane koja, ukoliko iz ugovora ne proizilazi drugačije, sama bira kada će ispuniti ugovornu obavezu/e.<sup>151</sup> Za razliku od rješenja Zakona o obligacionim odnosima koji predviđa da ako rok nije određen, a svrha posla, priroda obaveze i ostale okolnosti ne zahtijevaju izvestan rok za ispunjenje, povjerilac može zahtijevati odmah ispunjenje obaveze, a dužnik sa svoje strane može zahtijevati od povjerioca da odmah primi ispunjenje,<sup>152</sup> Načela predviđaju da rok određuje povjerilac zahtjevom dužniku da ispuni ugovornu obavezu. Ukoliko ni jedno od ovih pravila ne dovodi do utvrđivanja vremena ispunjenja ugovorne

---

<sup>144</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 7:112: Troškovi ispunjenja. - Zakon o obligacionim odnosima u čl. 297. predviđa da troškove ispunjenja, po pravilu snosi dužnik, osim ako ih je prouzrokovao povjerilac.

<sup>145</sup> Načela evropskog ugovornog prava, čl. 6:108:Kvalitet ispunjenja, čl. 311. ZOO.

<sup>146</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 9:102: (1): Nenovčane obaveze

<sup>147</sup> Povjerilac ima pravo da traži ispunjenje novčane obaveze koja je dospjela za isplatu (Načela evropskog ugovornog prava, član 9:101: Novčane obligacije). Kada dužnik još uvijek nije ispunio svoju obavezu, a jasno je da povjerilac nema namjeru da prihvati ispunjenje, povjerilac ipak može zahtijevati da se pristupi ispunjenju i može zahtijevati isplatu dospjelih iznosa izuzev: ako je mogao da izvrši razumnu zamjenu i bez značajnijih napora ili troškova zaključi drugi ugovor i ako bi ispunjenje bilo nerazumno u datim okolnostima (Načela evropskog ugovornog prava, član 9:101: Novčane obligacije).

<sup>148</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 7:108: (1): Valuta plaćanja.

<sup>149</sup> Detaljnije: S. Miladinović, Odredbe Načela evropskog ugovornog prava o ispunjenju ugovora, Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva - X Budvanski pravnički dani, 2004, Zbornik radova, str. 521-535.

<sup>150</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 1:102: Sloboda ugovaranja.

<sup>151</sup> I Zakon o obligacionim odnosima predviđa da određivanje roka može biti ostavljeno jednoj strani u obligacionom odnosu tj. da određivanje roka može biti povjereno dužniku ili povjeriocu. Određivanje roka obuhvata i obavezu njegovog adekvatnog saopštavanja drugoj strani. Ukoliko subjekt koji ima pravo da odredi vrijeme dospelosti obaveze to ne učini u razumnom roku, kao ni nakon opomene, druga strana ima pravo da zahtijeva od suda da odredi primjeren rok za ispunjenje (čl. 317. ZOO).

<sup>152</sup> Čl. 314. Zakona o obligacionim odnosima.



obaveze, obavezu treba ispuniti u tzv. "razumnom roku".<sup>153</sup> Načela evropskog ugovornog prava ne preciziraju šta se podrazumijeva pod razumnim rokom ispunjenja, ali se iz odredaba koje definišu "razumno ponašanje" može zaključiti da se "razumnim" smatra onaj rok koji bi lica koja postupaju u skladu sa načelom *bona fides*, a nađu se u istoj situaciji, smatrala razumnim, s tim da se u navedenoj procjeni polazi od prirode i cilja ugovora, okolnosti konkretnog slučaja, običaja i trgovačke prakse ili prakse izgrađene u određenoj profesiji.<sup>154</sup>

Autori Načela su predvidjeli da u slučaju kada se utvrdi da prestacije ugovornih strana treba da budu ispunjene istovremeno, ugovorne su strane dužne da ih na taj način ispune, osim ukoliko se iz okolnosti konkretnog slučaja može zaključiti drugačije.<sup>155</sup> Na sličan način je postupio naš zakonodavac predviđajući dispozitivno pravilo o istovremenosti ispunjenja obaveza ugovornih strana u dvostrano-obaveznim ugovorima.<sup>156</sup>

Imajući u vidu posebnosti dvostrano-obaveznih ugovora, u tekst Načela je unijeta i odredba da ugovorna strana koja svoju obavezu treba da ispuni istovremeno ili poslije ispunjenja obaveze saugovarača, a saugovarač nije ispunio ili ponudio ispunjenje te obaveze, može da odloži ispunjenje svoje prestacije u cjelini ili djelimično, kada je to opravdano s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja. Jedna ugovorna strana, takođe, može da odloži ispunjenje svoje prestacije sve dok je očigledno i iz okolnosti jasno proizilazi da druga strana neće da ispuni svoju dospjelu obavezu. Isti pristup ovom pitanju imaju gotovo sva savremena prava, tako da se može reći da su Načela prihvatila pravilo koje je kroz zakonodavstva i sudsku praksu harmonizovano.<sup>157</sup>

Načela evropskog ugovornog prava govore i o ispunjenju prije roka. Osnovno je pravilo da ugovorna strana može da odbije da primi ispunjenje ponuđeno prije roka, osim u slučaju kada prihvatanje takve ponude ne znači ozbiljnu povredu

<sup>153</sup> Zakon o obligacionim odnosima takođe govori o "razumnom roku", ali u vezi sa raskidom ugovora sa fiksno određenim rokom (čl. 125.) i u vezi sa raskidom ugovora sa uzastopnim obavezama (čl. 129.). Kada ispunjenje obaveze u određenom roku predstavlja bitan sastojak ugovora, pa dužnik ne ispuni obavezu u tom roku, ugovor se raskida po samom zakonu, a povjerilac može da održi ugovor na snazi ukoliko po isteku roka, bez odlaganja, obavijesti dužnika da zahtijeva ispunjenje ugovora. Ako ni poslije toga, dužnik u razumnom roku ne ispuni obavezu, povjerilac može izjaviti da raskida ugovor. Kada u ugovoru sa uzastopnim obavezama ugovornik ne ispuni jednu obavezu, druga strana može u razumnom roku, raskinuti ugovor u pogledu svih budućih obaveza, ako je iz datih okolnosti očigledno da ni one neće biti ispunjene.

<sup>154</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 1:302: Razumno ponašanje.

<sup>155</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 7:104: Redosljed ispunjenja.

<sup>156</sup> Čl. 122-123. Zakona o obligacionim odnosima, Načela evropskog ugovornog prava, član 9:201: (1) Pravo na odlaganje ispunjenja.

<sup>157</sup> Istovjetno rješenje sadrži i ZOO (čl. 122.). Zakon reguliše prigovor neispunjenja ugovora (*exceptio non adimpleti contractus*) koji se ističe kod ugovora koji rađaju uzajamne obaveze. Vidi: Slobodan Perović, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, knjiga I, Savremena administracija, Beograd, 1995, str. 240-241; Slobodan Perović, nav. djelo, str. 202, 337-338, 551-552; Ilija Babić, nav. djelo, str. 286-287; Mihailo Konstantinović, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, (čl. 90.).

njenih interesa.<sup>158</sup> Načela preciziraju i to da pristanak na ispunjenje prije roka koji je dala jedna ugovorna strana ne utiče na rok određen za ispunjenje njene obaveze.<sup>159</sup>

U slučaju neispunjenja ugovorne obaveze, druga ugovorna strana može da da dužniku naknadni rok za ispunjenje.<sup>160</sup> U toku trajanja dodatnog roka ugovorna strana koja je taj rok ostavila saugovaraču ima pravo da odbije ispunjenje obaveze i pravo da zahtijeva naknadu štete, ali ne može da koristi druga prava. Ukoliko dužnik obavijesti povjerioca da ni u naknadnom roku neće ispuniti obavezu ili je ni u tom roku ne ispuni, povjerilac može da zahtijeva ostala prava koja mu pripadaju za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze.<sup>161</sup> Istekom naknadnog roka ugovorna strana može da raskine ugovor. U obavještenju o ostavljanju naknadnog roka povjerilac može predvidjeti da će istekom tog roka automatski doći do raskida ugovora. U cilju zaštite dužnika, ali i poštovanja načela savjesnosti i poštenja, Načela predviđaju, da u slučaju da se utvrdi da je naknadni rok isuviše kratak, ugovor može biti raskinut tek protekom tzv. razumnog roka.<sup>162</sup>

Načelima evropskog ugovornog prava predviđaju da se, po pravilu, određivanje mjesta ispunjenja ugovora prepušta autonomiji volja ugovornih strana. Mjesto ispunjenja može biti određeno, ali može biti i određivo, te se tada tumačenjem odredaba ugovora utvrđuje konkretno mjesto ispunjenja ugovora.<sup>163</sup> Osim ovog opšteg pravila koje je identično sa pravilom ZOO, autori Načela idu korak dalje u određivanju mjesta ispunjenja ugovora i predviđaju da ukoliko jedna ugovorna strana ima više sjedišta, pod sjedištem se podrazumijeva mjesto koje je najtješnje povezano sa ispunjenjem ugovora, imajući u vidu okolnosti koje su bile poznate strankama ili koje su one imale u vidu u momentu zaključenja ugovora.<sup>164</sup> Lando komisija precizirala je da ukoliko jedna ugovorna strana nije registrovana za obavljanje određene djelatnosti te prema tome nema sjedište, mjesto ispunjenja ugovora je njeno prebivalište.<sup>165</sup>

---

<sup>158</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 7:103: (1) Ispunjenje prije roka.

<sup>159</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 7:103: (2) Ispunjenje prije roka.

ZOO u članu 315. predviđa da kad je rok ugovoren isključivo u interesu dužnika, on ima pravo da ispuni obavezu i prije ugovorenog roka, ali je dužan da obavijesti povjerioca o svojoj namjeri kao i da pazi da to ne bude u nevrijeme. U ostalim slučajevima kad dužnik ponudi ispunjenje prije roka, povjerilac može da odbije ispunjenje, a može ga i primiti i zadržati pravo na naknadu štete ako o tome bez odlaganja obavijesti dužnika.

<sup>160</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 8:106: (1): Obavještenje o produženju roka ispunjenja.

<sup>161</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 8:106: (2): Obavještenje o produženju roka ispunjenja.

<sup>162</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 8:106: (3): Obavještenje o produženju roka ispunjenja.

<sup>163</sup> Načela evropskog ugovornog prava, Poglavlje peto, čl. 5:101-5:107. - Tumačenje ugovora. Detaljnije: Snežana Miladinović, Tumačenje ugovora u svijetlu Načela evropskog ugovornog prava, Pravni život, tematski broj, Pravo i svetski poredak, br. 10/2002, tom II, str. 558-605.

<sup>164</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 7:101: (2): Mjesto ispunjenja.

<sup>165</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 7:101: (3): Mjesto ispunjenja. čl. 319. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima predviđa da mjesto ispunjenja ugovora može biti određeno ugovorom ili zakonom, a st. 2. Zakona ugovorne strane upućuje da mjesto ispunjenja ugovora odrede tumačenjem

Načela evropskog ugovornog prava sadrže posebna pravila kada je u pitanju uračunavanje ispunjenja. Pravilo je da u slučaju kada jedna ugovorna strana duguje više obaveza čiji su predmeti istorodni, a ono što dužnik nudi na ime ispunjenja nije dovoljno da pokrije sva dugovanja, dužnik određuje koja je od više obaveza ispunjena. Dakle, kada između ugovornih strana ima više obaveza iste vrste, a ispunjenje koje nudi jedna strana nije dovoljno da pokrije sva dugovanja, ona može odrediti u momentu ispunjenja, na koju se obavezu ispunjenje odnosi.<sup>166</sup> U slučaju nepostojanja ovakve izjave dužnika, povjerilac može, u razumnom roku, uračunati isplatu po svom izboru.

Autori Načela evropskog ugovornog prava su se opredijelili za rješenje, koje je prihvaćeno u većini savremenih prava, da u slučaju kada dužnik ne iskoristi svoje pravo i ne odredi koju od više istorodnih obaveza u konkretnom slučaju namiruje, pravo izbora prelazi na povjerioca. Povjerilac o svom izboru mora informisati dužnika. Ipak, u cilju zaštite dužnika, Načela evropskog ugovornog prava preciziraju da nema pravno dejstvo uračunavanje one obaveze koja: a) nije dospjela, b) koja je nezakonita ili c) sporna.<sup>167</sup>

Ukoliko u konkretnom slučaju nije došlo do uračunavanja ispunjenja na navedeni način tj. u nedostatku uračunavanja po volji jedne ili druge strane, uračunavanje se vrši u skladu sa kriterijumima čiji je redosljed fiksno određen. Prvo se uračunava:

- a) dug koji prvi dostijeva ili je dospio, zatim
- b) dug za koji povjerilac ima najslabije obezbjeđenje,
- c) dug koji je najviše na teretu dužniku i na kraju
- d) obaveza koja je prva nastala.

Ukoliko nijedan od prethodnih kriterijuma ne može biti primenjen, imputacija se vrši proporcionalno za sva dugovanja.<sup>168</sup> Kada je predmet obaveze suma novca uračunavaju se prvo troškovi, kamate a na kraju glavnica, osim ukoliko povjerilac ne odredi drugačije.<sup>169</sup>

Autori Načela su precizirali da strana koja je ostala u posjedu neke tjelesne pokretne stvari koja nije novac, iz razloga što je njen saugovarač odbio da primi ispunjenje ili da je ponovo preuzme, mora da se na odgovarajući način zauzme radi njenog obezbjeđenja i zaštite.<sup>170</sup> Međutim, dužnik može da se oslobodi obaveze

---

ugovora prema svrsi posla, prirodi obaveze ili ostalim okolnostima. Detaljnije: Slobodan Perović, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Savremena administracija, Beograd, 1994, str. 719-720; Massimo Bianca, Diritto civile, libro IV, L'obbligazione, Giuffrè Editore, Milano, 1999. str. 238-261.

<sup>166</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 7:109: (1): Uračunavanje ispunjenja.

<sup>167</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 7:109: (2): Uračunavanje ispunjenja.

<sup>168</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 7:109: (3): Uračunavanje ispunjenja. Identično rješenje sadržano je u čl. 312. Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>169</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 7:109: (4): Uračunavanje ispunjenja. Isto rješenje sadržano je u čl. 313. Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>170</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 7:110: (1): Odbijanje prijema dobara. Kod nas čl. 326. st. 3. Zakona o obligacionim odnosima.

predaje: a) tako što će deponovati dobra kod nekog trećeg lica na čuvanje pod razumnim uslovima za račun druge ugovorne strane i obavjestiti o izvršenom deponovanju saugovarača i b) prodajom stvari pod razumnim uslovima nakon obavještavanja saugovarača o tome i polaganjem neto prihoda od prodaje.<sup>171</sup>

Ako je predmet izložen brzom propadanju ili je njegovo čuvanje zbog pretjeranih troškova neopravdano, ugovorna strana mora da preduzme odgovarajuće korake u cilju njegove prodaje. Ugovorna strana se može osloboditi obaveze isporuke ili povraćaja stvari tako što će predati drugoj ugovornoj strani neto prihod dobijen od prodaje stvari.<sup>172</sup>

Ugovorna strana ima pravo na naknadu ili povraćaj troškova prodaje i svih ostalih razumnih troškova.<sup>173</sup> Ako i kada povjerilac odbije da primi iznos novca koji je dužnik ponudio na odgovarajući način, dužnik se može nakon obavještavanja povjerioca, osloboditi obaveze deponovanjem novca u skladu sa zakonom koji se primjenjuje u mjestu u kom se plaćanje vrši.<sup>174</sup> Napomenimo da Zakon o obligacionim odnosima ovo pitanje uređuje odredbama o polaganju dugovane stvari kod suda<sup>175</sup> i pravilima o predaji na čuvanje određenom licu.<sup>176</sup>

Iz rečenog možemo zaključiti da su autori Načela evropskog ugovornog prava, polazeći od najboljih uporednopravnih legislativnih rješenja i stavova savremene pravne nauke, formulisali pravila o ispunjenju ugovora koja se mogu okarakterisati kao jasna i precizna. Sve prethodne analize i poređenja odredaba Načela evropskog ugovornog prava i Zakona o obligacionim odnosima u dijelu koji se odnosi na ispunjenje ugovora dovode do zaključka o njihovoj potpunoj kompatibilnosti.

---

<sup>171</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 7:110: (2): Odbijanje prijema dobara. Slično rješenje sadržano je u čl. 329. i čl. 333. Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>172</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 7:110: (3): Odbijanje prijema dobara. Analogno rješenje sadržano je u čl. 333. Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>173</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 7:110: (4): Odbijanje prijema dobara. Isto rješenje sadrži čl. 332. i čl. 335. Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>174</sup> Načela evropskog ugovornog prava, član 7:111: Odbijanje prijema određene sume novca.

<sup>175</sup> Čl. 327. Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>176</sup> Čl. 328. Zakona o obligacionim odnosima.

*Snežana Miladinović*, LL.D.  
Associate Professor,  
Faculty of Law, University of Podgorica

## **CONTRACTING, INTERPRETING AND PERFORMING CONTRACTUAL AGREEMENTS**

### *Summary*

In this paper, the author deals with the legal, theoretical and practical aspects of offer and acceptance in the light of the Principles of the European Contract Law. Acceptance is any form of statement or conduct by the offeree which indicates the offeree's assent to the offer. An acceptance turns an offer into a contract. The author has particularly considered the similarities and differences between the provisions contained in the Contractual Obligations Act and the Principles of the European Contract Law regulating the issue of acceptance. The author outlines the main points of resemblance between these two acts regarding acceptance.

The author also explores the legal, theoretical and practical aspects of contractual interpretation, which has a very important place in Law of Contracts and Torts. In the central part of the article, the author considers some basic dilemmas present in the legal theory and points to some new theoretical opinions in the Italian and French legal doctrine.

The author considers some theoretical opinions present in the legal doctrine regarding the performance of a contractual obligation and the dispositions of the Principles of European Contract Law on this issue. The author analyses the similarities and differences between the provisions contained in the Contractual Obligations Act and the Principles of the European Contract Law which regulate the issue of performance. The author concludes that the Principles of European Contract Law are the best solution that can be recommended by the legal theory at this point.

ZAKLJUČENJE, INTERPRETACIJA I ISPUNJENJE OBLIGACIONIH UGOVORA

---

**UDK: 347.447.7(497.11:4-672EU)**  
Ivana Simonović, asistent-pripravnik  
Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

**PRAVO NA RASKID UGOVORA ZBOG NEISPUNJENJA  
OBAVEZA PO ZAKONU O OBLIGACIONIM  
ODNOSIMA I SAVREMENE TENDENCIJE U EVROPSKOM  
UGOVORNOM PRAVU<sup>1</sup>**

***Apstrakt:** Autor u radu razmatra raskid ugovora kada jedna strana ne ispunji svoju obavezu. Većina pravnih sistema predviđa raskid ugovora kao posledicu usled neispunjenja ugovorne obaveze, ali se pravila o uslovima i postupku međusobno razlikuju. Analiza pokazuje da pravilo o raskidu ugovora zbog neispunjenja ugovorne obaveze u našem pravu nije obavezujuće i da savesnoj strani na raspolaganju stoje i druga ovlašćenja. Autor, međutim, ukazuje na pravila u Principima evropskog ugovornog prava (Principles of European Contract Law) i Nacrtu zajedničkog pojmovnog okvira (Draft Common Frame of Reference) po kojima je pravo na raskid moguće ostvariti pod drukčijim uslovima. Ovo razmatranje autor smatra značajnim, jer se radi o pravnim izvorima koji, pravilima-modelima, omogućavaju uniformno regulisanje ugovornih odnosa, u krajnjoj liniji unifikaciju celokupnog privatnog prava na prostoru Evropske unije, ali i šire na prostoru zemalja kandidata za članstvo u EU.*

***Ključne reči:** neispunjenje ugovornih obaveza, raskid ugovora, fiksni rok, naknadni rok za ispunjenje obaveze, bitna povreda ugovora.*

### **Uvod**

Ispunjenje obaveza je normalan način gašenja ugovornog odnosa i proizlazi iz njegovog cilja - ugovorni odnosi nastaju da bi obaveze kojima je ugovor osnov bile ispunjene. Za pravni poredak to je i najpoželjniji način prestanka ugovora zato što omogućava da se ugovorni odnosi odvijaju nesmetano, uz istovremeno ostvarivanje značajnih obligacionopravnih principa – vernost datoj

---

<sup>1</sup> Rad je rezultat istraživanja na projektu „Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije“, koji finansira Ministarstvo nauke i zaštite životne sredine Republike Srbije na osnovu Ugovora o realizaciji projekta iz programa osnovnih istraživanja br. 149043D od 23. 2. 2006. g.

reči, savesnost i poštenje, lojalnost prema ugovornom partneru.

Međutim, događa se da jedna strana neuredno ispuni svoju obavezu ili da je uopšte ne ispuni. Takvo ponašanje predstavlja povredu ugovornog odnosa, što otvara pitanje o načinu na koji se savesna, ugovoru verna strana može zaštititi.

Jedno od pravnih sredstava koje savesna strana može upotrebiti jeste raskid ugovora zbog neispunjenja.<sup>2</sup> Po pravnim posledicama, to je najdrastičnija mera koja gasi ugovorni odnos bez ostvarenja njegovog osnovnog cilja. Raskid ugovora oslobađa saugovarače njihovih ugovornih obaveza, osim obaveze strane koja je odgovorna za raskid da nadoknadi štetu koju je neispunjenjem svoje činidbe prouzrokovala svom savesnom ugovornom partneru.

Raskid ugovora je različito regulisan u uporednom pravu. Većina prava priznaje pravo na raskid ugovora, ali se međusobno razlikuje prema razlozima, uslovima i načinu njegove realizacije. Razlozi za raskid i uslovi pod kojima se ugovor može raskinuti mogu biti manje ili više strogi, već prema tome da li nacionalni zakonodavac daje prednost principu favor contractus,<sup>3</sup> a raskid predviđa samo za naročito teške slučajeve povrede ugovornih obaveza koje izazivaju ozbiljne posledice, ili ga, radi zaštite ugovoru verne strane, ne ograničava previše strogim uslovima.

Mi smo razmatrali pravila Zakona o obligacionim odnosima o raskidu ugovora zbog neispunjenja i uporedili ih sa odgovarajućim rešenjima dva dokumenta: Principa evropskog ugovornog prava (Principles of European Contract Law) i Nacrta zajedničkog pojmovnog okvira (Draft Common Frame of Reference). Ovi pravni tekstovi su izabrani zbog svog značaja za realizaciju projekta harmonizacije i unifikacije evropskog ugovornog i uopšte privatnog prava, što možemo smatrati jednim od najaktuelnijih pravnih pitanja našeg vremena. Njihova model-pravila i preporuke mogu biti inspiracija i koristan „alat“ nacionalnim i međunarodnim zakonodavcima za ustanovljavanje jednoobraznih pravila u oblasti obligacionih odnosa. Značaj ovih dokumenata prevazilazi okvire Evropske unije zato što ih mogu upotrebiti i zemlje koje žele da postanu njene članice kako bi modernizovale svoje postojeće zakonodavstvo i uskladile ga sa pravom Unije. Srbija se nalazi na putu pridruživanja Evropskoj uniji, ali i u procesu kodifikacije građanskog prava.

---

<sup>2</sup> Osim prava na raskid, savesna strana ima pravo na ispunjenje obaveze, koje može ostvariti tužbom. Njen zahtev je usmeren na ispunjenje primarno dugovane činidbe (ispunjenje in species), onako kako je bilo ugovoreno. Ukoliko to nije moguće, ona ima pravo na naknadu štete koja treba da je dovede u poziciju u kojoj bi se nalazila da je obaveza bila ispunjena uredno. Takođe može da uskrati ispunjenje vlastite činidbe dok ne dobije protivčinidbu ili makar dovoljno obezbeđenje (prigovor neispunjenog ugovora i prigovor nesigurnosti). Svako od ovih prava, dopunjeno pravom na naknadu eventualno prouzrokovane štete, usmereno je na održanje ugovora na snazi.

<sup>3</sup> Ovaj princip je izraz ideje očuvanja ugovora, koji je zakon za strane (pacta sunt servanda).



## **Raskid ugovora zbog neispunjenja obaveza prema Zakonu o obligacionim odnosima**

### **Pojam i uslovi raskida ugovora zbog neispunjenja**

Raskid ugovora je način prestanka punovažnog ugovora saglasnom izjavom volja obe ugovorne strane ili izjavom volje samo jedne od njih, iz razloga predviđenih zakonom.<sup>4</sup> U prvom slučaju radi se o sporazumnom raskidu ugovora, odnosno o novom ugovoru kojim ugovorne strane odustaju od svog ranije zaključenog ugovora. Novim ugovorom, strane „demantuju“ raniju saglasnost (*contrarius consensus*).<sup>5</sup> Neispunjenje ugovornih obaveza razlog je za jednostrani raskid ugovora izjavom volje onog ugovornog partnera kome obećana činidba nije ispunjena, iako je on spreman da ispuni svoju obavezu ili je već ispunio.

Raskid ugovora zbog neispunjenja uređen je u Zakonu o obligacionim odnosima<sup>6</sup> sa nekoliko članova. Pravo na raskid ugovora zbog neispunjenja sadržano je u članu 124. Zakona, u kome su predviđena i druga prava koja ima ugovoru verna strana ako druga strana ne ispuni obavezu.<sup>7</sup> Članovima 125 - 132. ZOO regulisani su uslovi za raskid ugovora, postupak i posledice raskida.

Prvi uslov za jednostrani raskid ugovora jeste da se radi o uzajamnom ili sinalagmatičkom ugovoru, u kome su dugovane činidbe u odnosu zavisnosti, tako da je osnov obaveze jedne strane obaveza druge strane i njeno ispunjenje. Zbog toga neispunjenje obaveze jedne strane daje pravo drugoj da raskine ugovor. Pravo na raskid ima samo ugovoru verna (*savesna*) strana. To je ona strana koja je svoju obavezu već ispunila ili je spremna da je ispuni.<sup>8</sup>

Po Zakonu o obligacionim odnosima, raskid ugovora je moguć ako jedna strana ne ispuni svoju obavezu.<sup>9</sup> U vezi sa ovim uslovom, treba odgovoriti na nekoliko značajnih pitanja. Prvo, da li je svako neispunjenje dovoljno opravdan razlog za raskid ugovora, drugo, da li je raskid moguć i ako nije ispunjena neka sporedna ugovorna obaveza, treće, da li je pravo na jednostrani raskid uslovljeno odgovornošću (*krivicom*) jedne strane za neispunjenje.

Pravo na raskid ugovora zbog neispunjenja neka prava i međunarodni pravni dokumenti vezuju za značaj koji ima neispunjenje obaveze. O mogućnosti

---

<sup>4</sup> S. Perović, *Obligaciono pravo*, knjiga prva, Beograd, 1980, str. 486.

<sup>5</sup> Sporazumni raskid ugovora je logična posledica samog pojma ugovora i načina na koji je nastao. Budući da se ugovori zaključuju saglasnošću volja najmanje dva lica, na isti način mogu i da prestanu u skladu sa maksimom *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est* – Ulp. 35, Dig. 50, 17 (Ništa nije tako prirodno kao onim istim načinom nešto razrešiti kojim je sklopljeno).

<sup>6</sup> „Sl. list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89. i 57/89, „Sl. list SRJ“, br. 31/93. U daljem tekstu: ZOO.

<sup>7</sup> To su: pravo na ispunjenje obaveze i pravo na naknadu štete (zbog zakasnelog ili neurednog ispunjenja) kojima se daje prednost kada je to moguće radi realizacije principa *favor contractus*.

<sup>8</sup> J. Radišić, *Obligaciono pravo, Opšti deo*, Beograd, 2000, str. 166.

<sup>9</sup> V. čl. 124. ZOO.

raskida odlučuje se sa stanovišta posledica koje nastaju za onu stranu kojoj nije ispunjena obaveza. Osnovno je pravilo da se ugovor zbog neispunjenja može raskinuti samo ako je savesna strana lišena ugovorne koristi, odnosno ako je osujećen cilj ugovora.<sup>10</sup> Naime, ugovor se može raskinuti samo ako je neispunjenjem obaveze učinjena bitna povreda ugovora.<sup>11</sup> U ostalim slučajevima ugovor se može raskinuti samo ako su ispunjeni dodatni uslovi. Ovo važi za Principe evropskog ugovornog prava i Nacrt zajedničkog pojmovnog okvira čija su pravila o raskidu analizirana u drugom delu rada.

Po Zakonu o obligacionim odnosima pravo na raskid ugovora nije ograničeno zahtevom da je neispunjenjem obaveze učinjena bitna povreda ugovora. Ipak, postupak i uslovi raskida ugovora tako su ustrojjeni da se u najvećem broju slučajeva ugovor ne može raskinuti a da se pre toga ne pokuša sa naknadnim ispunjenjem obaveze koja nije bila ispunjena na vreme ili je na drugi način ispunjena neuredno. U tu svrhu koristi se institut naknadnog roka za ispunjenje, tzv. Nachfrist mehanizam, koji postoji u nemačkom i švajcarskom pravu.<sup>12</sup>

Prema našem zakonu, primena pravila o naknadnom roku za ispunjenje može biti obavezna ili fakultativna, što zavisi od značaja ugovorenog roka za ispunjenje obaveza.

S obzirom na značaj vremena (roka) za ispunjenje obaveze, razlikujemo fiksne ugovore i ugovore nefiksnog karaktera (obične oročene ugovore).

Kod fiksnih ugovora vreme ispunjenja je bitan sastojak i raskidni uslov. Ukoliko jedna strana ne ispuni obavezu u fiksnom roku, ugovor se smatra raskinutim po samom zakonu (čl. 125. st. 1. ZOO). Ispunjenje posle tog roka ne smatra se ispunjenjem i poverilac nije dužan da ga primi, jer ne može ostvariti svrhu kojoj je činidba bila namenjena.<sup>13</sup> Jedna od prednosti fiksnih ugovora upravo se ogleda u olakšanoj proceduri njihovog raskida. Ugovor se raskida po samom zakonu istekom roka predviđenog za ispunjenje obaveze. Time je zakonodavac dodatno naglasio značaj roka za ispunjenje kome su strane dale karakter bitnog sastojka ugovora, kao i da je propuštanje tog roka bitna povreda ugovora. Usled toga, strana koja je propustila rok gubi pravo na novu priliku da ispuni obavezu. Pravo je saugovarača kome obaveza nije ispunjena da održi ugovor na snazi tako što će drugu stranu obavestiti da zahteva ispunjenje, bez obzira što je rok

---

<sup>10</sup> J. Perović, „Bitna povreda ugovora u međunarodnoj prodaji robe“, Pravni život br. 11/2001, str. 311.

<sup>11</sup> V. čl. 25. Konvencije o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. g. i čl. 7. 3. 1. UNIDROIT Principa, po kojima se ugovor može raskinuti ako postoji fundamental breach of contract, odnosno fundamental non-performance.

<sup>12</sup> V. § 323. st. 1. Nemačkog građanskog zakonika i čl. 107. Švajcarskog zakona o obligacionom pravu.

<sup>13</sup> Kod ugovora nefiksnog karaktera, svrha ugovora se postiže i zadocnelim ispunjenjem, jer i takvo ispunjenje zadovoljava poveriočev interes. U fiksnim ugovorima, od blagovremenosti ispunjenja zavisi da li će ugovor opstati ili pasti, jer je ugovorni interes poverioca ograničen isključivo na blagovremenu činidbu.

propušten.<sup>14</sup>

U ugovorima nefiksnog karaktera rok za ispunjenje obaveze nije bitan sastojak, zbog čega se oni ne mogu raskinuti odmah pošto istekne prvobitni rok. Ugovoreni rok ili termin za ispunjenje obaveze samo označava trenutak u kome obaveza dospeva, tako da je moguće ispuniti je i naknadno, po proteku roka. Dužnik koji propusti rok dolazi u docnju, ali i dalje zadržava pravo da ispuni svoju obavezu (čl. 126. st. 1. ZOO). Zbog toga, poverilac koji namerava da raskine ugovor mora ostaviti dužniku naknadni primereni rok za ispunjenje obaveze. Budući da je većina potraživanja takve prirode da se mogu ispuniti i posle isteka ugovorenog roka, možemo zaključiti da je u našem pravu primena pravila o određivanju naknadnog roka kao uslovu za raskid ugovora pravilo, a da je automatski (po sili zakona) raskid izuzetak, jer se fiksni ugovori ređe zaključuju.

Zakon o obligacionim odnosima reguliše samo raskid ugovora sa uzastopnim obavezama kada jedna strana ne ispuni neku svoju obavezu. Takođe sadrži i odredbu da se ugovor ne može raskinuti ako je neispunjeni deo obaveze neznatan.<sup>15</sup> O drugim slučajevima delimičnog neispunjenja i njihovim posledicama nema posebnih odredaba. Problem može da predstavlja situacija u kojoj je obaveza delimično ispunjena, ali se preostali neispunjeni deo ne može smatrati neznatnim. Da li se može raskinuti ceo ugovor ili samo u delu u kome je izostalo ispunjenje? Odgovor zavisi od toga da li je obaveza nedeljiva ili deljiva.

Nedeljive obaveze se ne mogu podeliti i ispuniti u delovima. Njihov predmet je činidba koja podelom gubi prvobitnu vrednost i svojstva. Zbog toga one moraju da se ispune u celini. Delimično neizvršenje ovakvih obaveza predstavlja razlog za raskid ugovora.<sup>16</sup>

Deljive obaveze čiji je predmet deljiv mogu se ispuniti u delovima. O pravu na raskid zbog delimičnog ispunjenja odlučuje se s obzirom na to kakva su bila očekivanja strane koja nije primila celu ugovorenu činidbu i da li takvim ispunjenjem ona ostvaruje nameravanu svrhu ugovora. Opravdanim razlogom za raskid celog ugovora treba smatrati takvo delimično ispunjenje kojim se ne postiže očekivana korist i koje je u suštini protivno cilju ugovora.<sup>17</sup> Raskid ne treba dozvoliti ako se i takvim ispunjenjem ostvaruje cilj ugovora i za drugu stranu predstavlja ozbiljnu korist. U tom slučaju, ugovor važi, a strana koja nije primila

<sup>14</sup> Mogućnost da se ugovor održi na snazi i posle isteka fiksnog roka postoji samo u relativno fiksnom ugovoru, čije je obaveze načelno moguće ispuniti i kasnije, ukoliko poverilac i dalje ima interes da primi zadocnelu činidbu i ako bez odlaganja saopšti dužniku da zahteva ispunjenje. Iz odredaba ZOO kojima je regulisan raskid fiksnih ugovora (čl. 125), proizlazi da u našem pravu postoje samo relativno fiksni ugovori. O pojmu i vrstama fiksnih ugovora v. u: J. Slavnić, *Fiksni ugovori*, Beograd, 1968, str. 27-39, i Roland Schwarze, „Steht und fällt“ – Das Rätsel der relativen Fixschulde, *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 207, Heft 4/5, October, 2007, str. 438 - 455.

<sup>15</sup> V. čl. 129. i čl. 131. ZOO.

<sup>16</sup> S. Perović, nav. delo, str. 122.

<sup>17</sup> Tako i: S. Perović, nav. delo, str. 502 - 503, O. Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2008, str. 425 - 427.

celu ugovorenu činidbu ima pravo na naknadu štete zbog neurednog ispunjenja obaveze.<sup>18</sup> U slučaju spora, ocena je prepuštena sudu koji će, imajući u vidu sve relevantne okolnosti, dati poslednju reč o sudbini ugovora.<sup>19</sup>

Ugovor sa uzastopnim obavezama moguće je raskinuti samo u pogledu izostale obaveze, pod uslovom da postoji potpuna nezavisnost između pojedinih dugovanih obaveza. Ovde se radi o uzastopnim obavezama koje su međusobno samostalne iako proističu iz istog ugovora, tako da izostanak jedne obaveze ne ugrožava opstanak celog ugovora. Raskid je moguć ne samo u odnosu na izostalu obavezu već i u odnosu na sve buduće, ako okolnosti slučaja ukazuju da ni one neće biti uredno ispunjene. Konačno, moguće je raskinuti i ceo ugovor sa uzastopnim obavezama, uključujući i primljene obaveze, ako za drugu stranu ispunjene obaveze nemaju interesa bez izostalih ispunjenja (čl. 129. ZOO).

Sporedne obaveze nisu obuhvaćene odnosom uzajamnosti i zbog toga može biti sporno da li njihovo neispunjenje ili delimično ispunjenje ima obeležje delimičnog neizvršenja obaveza zbog koga se može raskinuti ugovor. Zakonskog pravila nema, ali se u našoj i uporednopravnoj teoriji smatra da delimično neizvršenje postoji i kada se ne izvrši neka sporedna obaveza.<sup>20</sup> Sudbina ugovora u tom slučaju zavisi od volje one ugovorne strane koja ima pravo da ugovor raskine, jer ona procenjuje da li može da ostvari svrhu ugovora bez ispunjenja sporedne obaveze.

Pitanje krivice za neispunjenje obaveze ima poseban značaj. O tome postoje različita pravnoteorijska gledišta i zakonodavna rešenja.

Poverilac stiče pravo na raskid ugovora ako dužnik ne ispuni obavezu na vreme, dakle, kada zadocni sa ispunjenjem. Zakon o obligacionim odnosima je prihvatio objektivni pojam docnje.<sup>21</sup> Krivica dužnika nije uslov docnje. Izvinjavajuće okolnosti zbog kojih obaveza nije na vreme ispunjena od značaja su za pravne posledice docnje zato što će neke od njih nastupiti samo ako je dužnik

---

<sup>18</sup> U suštini, u ovom slučaju vodi se računa o posledicama delimičnog neispunjenja ugovora, što je jedan od kriterijuma Principa evropskog ugovornog prava i Nacrta zajedničkog pojmovnog okvira za utvrđivanje da li je povreda ugovora bitna i da li je raskid ugovora dozvoljen. Postoji bitna povreda i razlog za raskid celog ugovora, uključujući i već ispunjeni deo, ako je delimično ispunjenje protivno cilju ugovora zato što strana ne dobija očekivanu korist.

<sup>19</sup> Pravnorelevantne okolnosti mogu biti: da li se neizvršenje odnosi na glavnu ili sporednu obavezu, kakva je bila namera strana, da li je osujećen cilj ugovora, da li ispunjeni deo predstavlja ozbiljnu korist za drugu stranu, odnos između ispunjenog i neispunjenog dela obaveze, spremnost da se obaveza izvrši u celini.

<sup>20</sup> S. Perović, nav. delo, str. 503, J. Radišić, nav. delo, str. 167.

<sup>21</sup> Dužnik zapada u docnju kad ne ispuni obavezu u roku određenom za ispunjenje, a ako vreme ispunjenja nije određeno, nakon poveriočeve opomene ili preduzimanja druge radnje sa istim dejstvom koje ima značaj opomene (npr. pokretanje postupka radi ispunjenja potraživanja). V. čl. 324. ZOO.

odgovoran za neblagovremeno ispunjenje obaveze.<sup>22</sup> Subjektivni pojam docnje pretpostavlja dužnikovu krivicu zbog zakašnjenja u ispunjenju obaveze. Prihvaćen je u nemačkom pravu<sup>23</sup> i jednom delu naše pravne teorije.<sup>24</sup>

### Postupak raskida ugovora zbog neispunjenja

Savesna strana koja se opredelila da zbog neispunjenja raskine ugovor može to učiniti prostom izjavom volje saopštene saugovoraču (vansudski raskid ugovora). Postupak raskida ipak zahteva da se ispune određeni uslovi koji zavise od toga da li je za ispunjenje obaveze bilo predviđeno određeno vreme i, ako jeste, od kakvog je značaja ugovoreni rok ispunjenja.

Ukoliko vreme ispunjenja nije bilo predviđeno, niti svrha posla, priroda obaveze i druge okolnosti zahtevaju izvestan rok za ispunjenje, poverilac može odmah zahtevati ispunjenje (čl. 314. ZOO). Zahtev za ispunjenje ima značaj opomene (interpellatio), kojom poverilac stavlja dužnika u docnju i otvara sebi put ka raskidu ugovora. Opomena nije potrebna ako je rok ispunjenja bio ugovoren, jer važi pravilo da rok opominje dužnika.<sup>25</sup> Po zapadanju dužnika u docnju, poverilac stiče pravo na raskid ugovora koje može da ostvari pošto je prethodno dužniku odredio naknadni primereni rok za ispunjenje, a obaveza nije ispunjena ni u tom roku. Ovaj se rok određuje samo ako ugovor nema fiksni karakter, o čemu je već bilo reči.

Određivanje naknadnog roka za ispunjenje služi interesima dužnika. To je za njega poslednja šansa da se sačuva od raskida ugovora i sankcija koje odatle proističu. Naknadni rok se ne mora odrediti ako iz dužnikovog ponašanja proizlazi da on svoju obavezu neće ispuniti ni u naknadnom roku<sup>26</sup> ili ako je i pre isteka prvobitnog roka postalo očigledno da dužnik neće ispuniti obavezu u roku (čl. 127.

<sup>22</sup> Pravo poverioca na naknadu eventualno prouzrokovane štete, na primer, uslovljeno je dužnikovom odgovornošću koja se pretpostavlja. V. čl. 263. ZOO. Pravo na raskid ugovora spada u grupu posledica docnje koje nastupaju nezavisno od krivice dužnika.

<sup>23</sup> Videti § 281, 286. st. 4. i 287. Nemačkog građanskog zakonika.

<sup>24</sup> U našem pravu subjektivni pojam docnje podržavaju S. Perović, *Obligaciono pravo*, str. 545 - 546, Lj. Milošević, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1970, str. 205, Ž. Đorđević-V. Stanković, *Obligaciono pravo*, 1974, str. 490, A. Ališani, *Raskid ugovora zbog neizvršenja* (monografija), Priština, 1982, str. 55-59.

<sup>25</sup> Dies interpellat pro homine. U francuskom pravu važi suprotno pravilo da rok ne opominje dužnika, pa je za nastupanje docnje potrebno da dužnik bude opomenut čak i kada je ugovoren rok za ispunjenje obaveze. Opomena nije potrebna samo ako postoji sporazum da dužnik dolazi u docnju ako ne ispuni obavezu na vreme. Docnja tada nastupa istekom ugovorenog roka za ispunjenje. V. čl. 1139. Francuskog građanskog zakonika.

<sup>26</sup> Dužnik je izričito odbio izvršenje u naknadnom roku ili se iz njegovih radnji na posredan, ali siguran način zaključuje da obavezu neće ispuniti. Dovoljno je i da se utvrdi da nije u stanju da u naknadnom primerenom roku ispuni obavezu. To je naročito slučaj ako je dužnik u tolikom zakašnjenju ili nije ni započeo sa izvršenjem, a radi se o obimnijoj činidbi (npr. iz ugovora o građenju).

i 128. ZOO). U drugom navedenom slučaju, poverilac i ne mora da sačeka istek prvobitnog roka, već može odmah, pošto postane sasvim izvesno da obaveza neće biti ispunjena do isteka roka, raskinuti ugovor i tražiti naknadu štete (tzv. anticipirana docnja).<sup>27 28</sup>

Prema našem zakonu, ugovoru verna strana nije dužna da upozori saugovarača na posledicu propuštanja naknadnog roka za ispunjenje (raskid ugovora). Sporno je da li je potrebna njena izjava o raskidu pošto protekne ovaj rok ili se ugovor raskida po samom zakonu, bez izjave o raskidu. Nedoumicu izaziva čl. 126. st. 3. ZOO kada se tumači u vezi sa čl. 130. istog zakona. Odredba člana 126. st. 3., koja se odnosi na raskid ugovora nefiksnog karaktera, predviđa da bezuspešan istek naknadnog roka za ispunjenje izaziva iste posledice kao i u slučaju da je rok bitan sastojak ugovora. To znači da se ugovor raskida po samom zakonu, jer za raskid fiksnih ugovora nije potrebna izjava o raskidu.<sup>29</sup> Članom 130. ZOO predviđeno je da se u principu ugovor raskida izjavom poverioca. Primena obeju odredaba istovremeno nije moguća, jer daje protivrečne rezultate. Iz odredbe čl. 126. st. 3. proizlazi da raskid ugovora nastupa po samom zakonu istekom naknadnog roka za ispunjenje, pa dužnik ne bi mogao da ispuni obavezu posle toga, a u okviru roka zastarelosti, jer je, raskidom ugovora, prestala i primarno dugovana činidba. Član 130. daje mogućnost za ispunjenje i posle isteka naknadnog roka, sve do nastupanja zastarelosti, pod uslovom da se poverilac ne izjašnjava, ni izričito ni konkludentnom radnjom, o sudbini ugovora.<sup>30</sup> Raskid ugovora po samom zakonu čini neizvesnom situaciju između ugovornih strana. Na prvi pogled više odgovara interesima ugovoru verne strane, jer je ne obavezuje da raskine ugovor pošto do toga dolazi automatski po isteku naknadnog roka za ispunjenje obaveze. Moguće je da ona ipak želi ispunjenje obaveze, ali ga,

---

<sup>27</sup> Neki građanski zakonici predviđaju da određivanje naknadnog roka nije potrebno ako je dužnik ozbiljno i trajno uskratio ispunjenje ili ako postoje naročite okolnosti koje, imajući u vidu interese obe strane, opravdavaju raskid bez određivanja roka. V. § 281. st. 2. BGB.

<sup>28</sup> Izlišno je ostaviti naknadni rok i ako je to isključeno samim ugovorom ili se dužnik unapred odrekao ovog prava (npr. u opštim uslovima poslovanja), pod uslovom da je odricanje izraz slobodno izražene volje dužnika i da nije u suprotnosti sa načelom savesnosti i poštenja.

<sup>29</sup> Upor. čl. 125. st. 1. ZOO i čl. 126. st. 3. ZOO. Jedino ako bi poverilac želeo da održi fiksni ugovor na snazi morao bi dati izjavu suprotnog dejstva od izjave o raskidu – ugovor i dalje obavezuje saugovarače, a poverilac zahteva ispunjenje obaveze. Pošto se takvom izjavom menjaju zakonom predviđene posledice isteka fiksnog roka (raskid ugovora po samom zakonu), drugoj strani se ta izjava mora saopštiti „bez odlaganja“, kako bi znala da se od nje očekuje ispunjenje obaveze bez obzira na istek prvobitnog roka.

<sup>30</sup> Zakonom o obligacionim odnosima je za raskid nekih ugovora posebno predviđeno da je potrebna izjava o raskidu i posle isteka naknadnog roka. To je slučaj sa otkazom ugovora o zakupu zbog neplaćanja zakupnine. Zakupac može da održi ugovor na snazi ako isplati ceo dugovani iznos sve dok mu ne bude saopšten otkaz ugovora. On to može učiniti i posle isteka naknadnog roka od 15 dana koji mu je zakupodavac odredio, ako otkaz nije saopšten odmah pošto je rok istekao. To znači da bezuspešan istek naknadnog roka za ispunjenje obaveze u ovom slučaju ne izaziva automatski prestanak ugovora, već je za to potrebna izjava zakupodavca da otkazuje ugovor. V. čl. 584. st. 2. ZOO.

primenom odredbe čl. 126. st. 3. ZOO, ne može dobiti, jer se ugovor smatra raskinutim. Prihvatljivije je da se ovoj strani prepusti da u jednom kratkom roku ili bez odlaganja, a po isteku naknadnog roka, izvrši izbor između ispunjenja ili raskida ugovora. Ukoliko u ovom roku to ne učini, ugovor se raskida na osnovu samog zakona. Ovakvo rešenje bilo je predviđeno u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima, uz obavezu strane da izbor izvrši u razumnom roku, inače se ugovor raskida po samom pravu.<sup>31</sup>

### **Uslovi i postupak raskida ugovora zbog neispunjenja prema pravilima Principa evropskog ugovornog prava i Nacrta zajedničkog pojmovnog okvira**

Slučajevi, način i dejstvo raskida ugovora regulisani su u Poglavlju 9, Deo 3, članovima 9: 301 – 9: 309. Principa evropskog ugovornog prava.<sup>32</sup> Ove odredbe treba tumačiti povezano sa prethodnim poglavljem, koje reguliše pitanje neispunjenja obaveza i pravna sredstva koja u tom slučaju može koristiti savesna strana. Posebno je značajan čl. 8: 103. Principa koji, definisanjem pojma „bitno neispunjenje obaveze“ (fundamental non-performance), postavlja osnovni kriterijum na osnovu koga se utvrđuje kada postoji bitna povreda ugovora i mogućnost raskida ugovora.

Nacrt zajedničkog pojmovnog okvira<sup>33</sup> koji sadrži principe, definicije i model-pravila evropskog privatnog prava, manje je poznat našoj pravničkoj javnosti. Poput Principa evropskog ugovornog prava, Nacrt sadrži neobavezujuća pravila za uređenje privatnopravnih, pre svega obligacionih odnosa, u formi model-pravila, principa (opštih pravnih načela) i definicija. Sastoji se iz sedam knjiga.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> V. čl. 94. u v. sa čl. 96. Skice. U našoj pravnoj teoriji ima mišljenja da je izjava potrebna i za raskid nefiksnih ugovora, ali da ima samo deklarativno dejstvo. V.: J. Radišić, nav. delo, str. 167. Ima mišljenja da se pravilom o automatskom raskidu ugovora iz čl. 126. st. 3. ZOO raskid ugovora izriče u ime poverioca, umesto da mu se omogući da održi ugovor na snazi, kao što je to moguće kod fiksnog ugovora. V.: V. Klajn - Tatić, „Naknadni rok za ispunjenje kao uslov za raskid ugovora o prodaji“, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 2/1987, str. 222.

<sup>32</sup> Principles of European Contract Law Parts I and II, The Hague 1999, Part III, The Hague, London and Boston 2003. Prva verzija Principa objavljena je 1995. g., druga - 1998. g., a konačna verzija - 2003. godine.

<sup>33</sup> Draft Common Frame of Reference (DCFR), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Interim Outline Edition, München (Sellier), 2008. Tekst je rezultat petogodišnjeg rada Radne grupe za izradu Evropskog građanskog zakonika i Istraživačke grupe za postojeće evropsko privatno pravo, tzv. *acquis* – grupe. Privremenog je karaktera i treba da podstakne na raspravu i kritiku pravila koja sadrži, pre nego što se u decembru 2008. objavi konačna verzija.

<sup>34</sup> Opšte odredbe, Ugovori i drugi izvori prava, Obligacije i srodna prava, Mešanje u tuđe poslove, Prouzrokovanje štete drugome i Neosnovano obogaćenje. Nacrt zajedničkog pojmovnog okvira reguliše širu oblast pravnih odnosa od one na koju se odnose Principi evropskog ugovornog prava. Ide korak dalje, jer će njime biti uređeni i određeni odnosi iz oblasti stvarnog prava kojima se Principi

Raskid ugovora zbog neispunjenja uređen je u Knjizi III („Obligacije i srodna prava“), Poglavlje 3, Deo 5, članovima 3: 501 - 3: 711. i ta pravila u osnovi korespondiraju sa rešenjima Principa evropskog ugovornog prava.<sup>35</sup>

Po Principima evropskog ugovornog prava ugovor se može raskinuti zbog neispunjenja – potpunog ili delimičnog, kao i zakašnjenja u ispunjenju samo ako ove povrede ugovora imaju karakter bitnog neispunjenja, odnosno bitne povrede ugovora.<sup>36</sup> Takvim povredama smatraju se samo one koje ispunjavaju jedan od tri uslova iz čl. 8: 103. Principa, kojim se definiše šta se smatra bitnim neispunjenjem obaveze (fundamental non-performance). U suštini, radi se o kriterijumima na osnovu kojih se ocenjuje značaj povrede obaveze i utvrđuje da li i kako se ugovor može raskinuti.

Prema prvom kriterijumu vodi se računa o sporazumu strana koje su se saglasile da je ispunjenje obaveze upravo onako kako je ugovoreno od suštinskog značaja za opstanak ugovora. U tom slučaju, neće se tolerisati nikakvo odstupanje, zbog čega je i najmanja jednostrana izmena u ispunjenju obaveza bitna povreda ugovora.<sup>37</sup>

Drugi kriterijum, odnosno razlog za raskid ugovora odnosi se na težinu posledica neispunjenja. Bitna povreda ugovora postoji ukoliko zbog neispunjenja druga strana ne dobija korist koju je opravdano očekivala od ugovora, i usled čega ugovor za nju gubi značaj. Međutim, ako strana koja nije ispunila obavezu nije predvidela niti je, razumno postupajući, mogla da predvidi takvu posledicu neispunjenja obaveze, ugovor se ne može raskinuti, bez obzira što je gubitak za drugu stranu težak i ozbiljan. Na ovaj način vodi se računa i o mogućnosti predviđanja takvog rezultata i opravdanim interesima druge strane.

Trećoj grupi razloga pripadaju slučajevi namernog neispunjenja obaveze. Oni daju pravo na raskid ugovora bez obzira da li neispunjenje činidbe suštinski lišava drugu stranu očekivane koristi, kao i u slučajevima povrede ugovorne odredbe manjeg značaja. Ovaj razlog za raskid primeniće se samo na trajne

---

evropskog ugovornog prava uopšte ne bave. Zbog toga ovaj nacrt treba posmatrati kao pravni dokument koji doprinosi ostvarenju ideje o jedinstvenom građanskom zakoniku za Evropu.

<sup>35</sup> Tekst Nacrta je dopunjen sa dva aneksa, koji sadrže definicije korišćenih pojmova radi ujednačavanja evropske pravne terminologije u ovoj oblasti, i odredbe o računanju vremena. Očekuje se da konačna verzija sadrži i model-pravila o određenim ugovorima, sticanju i prestanku prava svojine na pokretnim stvarima, sredstvima obezbeđenja na pokretnim stvarima i trastovima.

<sup>36</sup> Čl. 9: 301 (1). Principa. Izraz bitno neispunjenje (fundamental non-performance) odgovara pojmu bitna povreda ugovora (fundamental breach of contract) iz Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (Bečka konvencija) i ima isti značaj. To je kriterijum na osnovu koga se utvrđuje priroda i značaj neispunjenja obaveza, od čega zavisi vrsta prava koja u tom slučaju ima druga strana. Pravo na raskid ugovora postoji samo ako je neispunjenje bitno (Principi evropskog ugovornog prava), odnosno ako postoji bitna povreda ugovora (Bečka konvencija). Uporediti čl. 25. Bečke konvencije i čl. 8: 103. Principa evropskog ugovornog prava.

<sup>37</sup> Saugovarači su naglasili bitan značaj pojedinih ugovornih odredaba ili to proizlazi iz okolnosti slučaja, usled čega se povreda tih odredaba uvek smatra bitnom. Na primer, rok ispunjenja je bitan sastojak, pa i najmanje zakašnjenje ima značaj bitnog neispunjenja obaveze.



obaveze koje se ispunjavaju sa više akata davanja ili činjenja. Takav zaključak proizlazi iz dodatnog uslova po kome savesna strana ima pravo da raskine ugovor samo ako opravdano može da veruje da ni buduće obaveze neće biti ispunjene. Tamo gde nema budućih obaveza, raskid ugovora je moguć samo ako se neispunjenje može označiti kao bitna povreda ugovora primenom jednog od dva prethodna kriterijuma.<sup>38</sup>

Nacrt zajedničkog pojmovnog okvira takođe uslovljava ostvarenje prava na raskid ugovora zahtevom da neispunjenje ima karakter bitne povrede ugovora. Kriterijumi na osnovu kojih se određuje značaj neispunjenja jesu: težina posledice koju trpi ugovorna strana kojoj nije ispunjena obaveza (neispunjenje je suštinski lišava onoga što je imala pravo da očekuje od ugovora, osim ako druga strana u vreme zaključenja ugovora nije predvidela niti bila dužna predvideti takvu posledicu) i postojanje namere ili nesmotrenosti (nemara) u ispunjenju uzastopnih obaveza, što drugoj strani daje pravo da veruje da ni buduće obaveze neće biti ispunjene.<sup>39</sup>

Raskid celog ugovora zbog izostanka pojedinih uzastopnih obaveza moguć je samo ako je takvo neispunjenje bitna povreda ugovora.<sup>40</sup> Značaj neispunjenih obaveza procenjuje se u odnosu na ceo ugovor. Po pravilu, ne može se raskinuti ceo ugovor ako okolnosti ne ukazuju da će se neispunjenje ponoviti niti ako se izostanak pojedinih obaveza ne smatra bitnom povredom ugovora. Tada je moguće raskinuti ugovor samo u odnosu na izostalu obavezu, dok u odnosu na primljene i buduće obaveze ugovor ostaje da važi. Takođe i neispunjenje sporedne obaveze može da predstavlja razlog za raskid samo ako ima karakter bitne povrede ugovora. Prema Nacrtu zajedničkog pojmovnog okvira, poverilac ima pravo da raskine ceo ugovor zbog toga što mu nije ispunjena cela deljiva obaveza ukoliko se od njega ne može razumno očekivati da primi ispunjenje ostalih delova činidbe ili ako se razlog za raskid odnosi na ceo ugovorni odnos.<sup>41</sup>

Pravila Zakona o obligacionim odnosima o postupku raskida ugovora u osnovi su saglasna sa pravilima Principa evropskog ugovornog prava i Nacrta zajedničkog pojmovnog okvira. Raskid ugovora se tretira kao jednostrani akt savesne strane koji se ne mora preduzeti pred sudom. Proceduru raskida regulišu čl. 9: 303. i čl. 8: 106. Principa evropskog ugovornog prava, odnosno čl. 3: 503, 3: 507. i 3: 508. Nacrta zajedničkog pojmovnog okvira, između kojih nema suštinskih razlika. Načelno, raskid ugovora je moguć samo ako postoji bitna povreda

<sup>38</sup> O konceptu bitnog (fundamentalnog) neispunjenja obaveze kao bitne povrede ugovora v. u: Principles of European Contract Law, Parts I and II, Ed. by O. Lando and H. Beale, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 2000, str. 364-368.

<sup>39</sup> Član 3: 502. Nacrta zajedničkog pojmovnog okvira.

<sup>40</sup> V. čl. 9: 302. Principa evropskog ugovornog prava.

<sup>41</sup> V. čl. 3: 506 (3). Nacrta zajedničkog pojmovnog okvira.

ugovora.<sup>42</sup> Strana koja želi da raskine ugovor zbog neispunjenja dužna je da izjavu o raskidu drugoj strani saopšti u razumnom roku, počev od trenutka kada je postalo očigledno da obaveza neće biti ispunjena.<sup>43</sup>

Posebno je uređena mogućnost raskida ugovora kada je dužnik ponudio ispunjenje obaveze, ali sa zakašnjenjem. Potrebno je da takvo ispunjenje predstavlja bitnu povredu ugovora, jer poverilac tada nema obavezu da primi zakasnelu činidbu. On ipak mora da izjavi da raskida ugovor u razumnom roku od trenutka kada mu je ponuđeno zakasnelo ispunjenje obaveze ili od trenutka kada je na drugi način postalo očigledno da će obaveza biti ispunjena, ali sa zakašnjenjem. Ovaj rok je prekluzivan. Ako poverilac propusti da obavesti dužnika da će zbog zakašnjenja odbiti prijem činidbe, a dužnik ispuni obavezu, nema pravo da odbije ispunjenje i raskine ugovor, ali zadržava druga prava.<sup>44</sup>

Ugovor se može raskinuti i u slučaju kašnjenja sa ispunjenjem koje nema obeležja bitne povrede ugovora<sup>45</sup>, pod uslovom da je poverilac prethodno odredio dužniku dodatno vreme – razumni rok za ispunjenje koji dužnik nije iskoristio.<sup>46</sup> Rok može da odredi i poverilac koji nije siguran da je zakašnjenje bitna povreda ugovora i tako sačuva pravo na raskid ugovora. Dok ovaj rok ne istekne, poverilac ne može da koristi neko pravno sredstvo kojim bi onemogućio da se ostvari cilj zbog koga je naknadni rok određen, ali ima pravo na naknadu štete.

Izuzetno, raskid je moguć pre isteka ovog naknadnog roka ako je strana koja kasni sa ispunjenjem izjavila da obavezu neće ispuniti ni u ovom roku.<sup>47</sup> Ovo je tzv. anticipirano neispunjenje pre isteka naknadnog roka. U našem pravu postoji anticipirani raskid ugovora i primenjuje se na slučajeve u kojima je pre isteka prvobitnog roka za ispunjenje postalo očigledno da jedna strana neće ispuniti obavezu iz ugovora (čl. 128. ZOO). Radi se o mogućnosti raskida ugovora pre

---

<sup>42</sup> V. čl. 8: 103. Principa evropskog ugovornog prava i čl. 3: 502. Nacrta zajedničkog pojmovnog okvira.

<sup>43</sup> Član 9: 303 (1) i (2) Principa evropskog ugovornog prava i čl. 3: 507 (1) i 3: 508. Nacrta zajedničkog pojmovnog okvira. Pravilo o raskidu ugovora u razumnom roku suštinski ograničava pravo na raskid i možemo ga dovesti u vezu sa principom dobre vere (good faith principle) iz čl. 1: 201. Principa. Ovaj princip obavezuje saugovarače na pošteno i savesno postupanje. Kao i u našem pravu (čl. 12. ZOO), princip važi za sve vreme trajanja ugovornog odnosa, pa i u fazi u kojoj jedna strana ostvaruje svoje pravo da raskine ugovor.

<sup>44</sup> Navedena pravila štite stranu koja kasni sa ispunjenjem, ali želi da ispuni obavezu, računajući na spremnost druge strane da primi zakasnelu činidbu. Ima se u vidu opravdano očekivanje dužnika u docnji da ugovor važi, koje je proizašlo iz poveriočevog propusta da u razumnom roku raskine ugovor.

<sup>45</sup> Neblagovremeno ispunjenje se ne smatra bitnom povredom ugovora kada rok ispunjenja nije bitan sastojak ugovora i kada kašnjenje nije prouzrokovalo ozbiljne posledice drugoj strani.

<sup>46</sup> Član 8: 106 (3) Principa evropskog ugovornog prava i čl. 3: 503 (1) Nacrta zajedničkog pojmovnog okvira. Ovaj razumni rok korespondira sa naknadnim primerenim rokom našeg prava, odnosno sa ustanovom Nachfrist iz nemačkog prava koja je i inspirisala pravila o raskidu ugovora iz čl. 8: 106 (3) Principa evropskog ugovornog prava.

<sup>47</sup> V. čl. 8: 106 (2) Principa evropskog ugovornog prava. Nacrt zajedničkog pojmovnog okvira, slično našem zakonu, ne predviđa takvu mogućnost.

dospelosti obaveze, kojom se poverilac oslobađa dužnosti da sačeka da njegovo potraživanje dospe kada je očigledno da obaveza neće biti ispunjena na vreme. „Očiglednost“ može da proizlazi iz izričite izjave dužnika, što predviđa i čl. 8: 106 (2) Principa evropskog ugovornog prava. Na očiglednost mogu ukazati i njegove konkludentne radnje koje navedenim članom Principa nisu obuhvaćene.<sup>48</sup> O mogućnosti raskida ugovora za vreme naknadnog roka za ispunjenje u našem zakonu nema nikakvog pravila. Smatramo da savesnoj strani treba dozvoliti da ugovor raskine i pre isteka ovog roka ako je od druge strane dobila obaveštenje da obaveza neće biti ispunjena. Radi pravne sigurnosti, ne bi trebalo dozvoliti da se zaključak o tome da obaveza neće biti ispunjena ni u naknadnom roku izvodi iz ponašanja strane u docnji ili drugih pratećih okolnosti, već samo iz njene izričite izjave. Njena izjava da obavezu neće ispuniti ni u naknadnom roku obesmišljava čekanje druge strane da rok istekne da bi se ugovor raskinuo. Svrha ovog roka – ispunjenje obaveze - svakako neće biti postignuta. Ugovoru vernoj strani treba omogućiti da ugovor raskine na uobičajeni način, izjavom saopštenom saugovaraču.

Izložena pravila Principa i Nacrta o raskidu ugovora zbog zakašnjenja sa ispunjenjem koje ne predstavlja bitnu povredu ugovora odgovaraju mehanizmu raskida ugovora u kome rok za ispunjenje nije bitan sastojak ugovora iz čl. 126. ZOO, sa jednim izuzetkom. Principi evropskog ugovornog prava predviđaju mogućnost automatskog raskida ugovora istekom dodatnog razumnog roka za ispunjenje obaveze ukoliko je ugovoru verna strana unapred, kada je odredila ovaj rok, upozorila saugovarača na takvu posledicu.<sup>49</sup> Ovo upozorenje je oslobađa obaveze da dâ izjavu o raskidu pošto razumni rok bezuspešno istekne. Zakon o obligacionim odnosima ne obavezuje stranu koja određuje naknadni primereni rok da se unapred izjašnjava o posledicama isteka roka. Svakako da takvo upozorenje ni u našem pravu nije zabranjeno, a ponekad može biti i korisno. Već smo ukazali na protivrečnost između čl. 126. st. 3. i čl. 130. ZOO o trenutku u kome se smatra da je raskinut ugovor, odnosno o tome da li je potrebna izjava o raskidu pošto istekne naknadni rok za ispunjenje. Unapred dato upozorenje o posledicama propuštanja ovog roka otklonilo bi svaku nedoumicu o tome da li je ugovor raskinut ili ne. Raskid bi nastupio automatski po isteku poslednjeg dana naknadnog roka.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> Principi evropskog ugovornog prava takođe predviđaju pravo na raskid ugovora pre dospelosti obaveze i ta su pravila istovetna sa čl. 128. ZOO. V. čl. 9: 304. Principa.

<sup>49</sup> V. čl. 8: 106 (3) Principa evropskog ugovornog prava. Ukoliko druga strana nije bila upozorena na posledice propuštanja naknadnog roka za ispunjenje, za raskid ugovora je neophodna izjava o raskidu, koja se upućuje u razumnom roku. U tom slučaju, ugovor se smatra raskinutim kada ova strana primi izjavu o raskidu.

<sup>50</sup> Navedeno pravilo Principa evropskog ugovornog prava može da se inkorporira u naš zakon. Davanje takve izjave ne bi bila dužnost, već pravo ugovoru verne strane čijim se vršenjem ugovor brže raskida.

### **Zaključak**

Iz prethodnih izlaganja proizlazi da između Principa evropskog ugovornog prava i Nacrta zajedničkog pojmovnog okvira, sa jedne strane, i Zakona o obligacionim odnosima, sa druge strane, nema bitnih razlika u oblasti raskida ugovora zbog neispunjenja. Sva tri dokumenta dopuštaju raskid ugovora iz ovog razloga. Mehanizam raskida je tako kreiran da do raskida ugovora zbog neispunjenja dođe samo u zaista opravdanim slučajevima, ako nijedna druga pravna mogućnost ne može dovesti do očekivanog rezultata – ispunjenja ugovornih obaveza. Takvim pravilima o raskidu teži se pre svega očuvanju ugovora sve dok je to pravno moguće i opravdano. Sa druge strane, pravila o raskidu pokazuju i visok stepen uvažavanja interesa savesne strane, dozvoljavajući joj da se oslobodi pravne veze koja je stvorena ugovorom koji više ne ostvaruje svrhu i ostaje samo „slovo na papiru“, bez stvarne vrednosti.

Principi evropskog ugovornog prava i Nacrt zajedničkog pojmovnog okvira koriste institut bitnog neispunjenja kao uslov i time ograničavaju pravo na raskid samo na slučajeve bitne povrede ugovora sa ozbiljnim posledicama za stranu kojoj obaveza nije ispunjena. U Zakonu o obligacionim odnosima ovi pojmovi se ne koriste. Međutim, pravila o raskidu ugovora iz čl. 125. i 126. ZOO pokazuju da se do istog rezultata dolazi korišćenjem instituta roka i značaja koji ima njegovo propuštanje za ceo ugovorni odnos.

Prema pravilima Principa evropskog ugovornog prava za raskid ugovora uvek je potrebna izjava o raskidu, osim ako je poverilac, prilikom određivanja naknadnog roka za ispunjenje obaveze, upozorio dužnika da će smatrati ugovor raskinutim ako obaveza ne bude ispunjena u ovom roku. Tada raskid nastupa automatski istekom navedenog roka, bez posebne izjave da se ugovor raskida. Odredbe Zakona o obligacionim odnosima koje se odnose na ovo pitanje nisu sasvim jasne. Princip je da se ugovor raskida izjavom saopštenom strani koja nije ispunila obavezu na vreme (čl. 130. ZOO). Sa druge strane, za nefiksne ugovore u kojima obaveza nije ispunjena ni u naknadnom primerenom roku važi pravilo da se smatraju raskinutim po samom zakonu istekom tog roka, dakle bez posebne izjave o raskidu (čl. 126. st. 3. u v. sa čl. 125. st. 1. ZOO). Prihvatljivije je da se ugovornoj strani kojoj obaveza nije ispunjena omogući izbor: da u jednom kratkom roku ili bez odlaganja, a po isteku naknadnog roka, zahteva ispunjenje ili izjavi da raskida ugovor. Tek ukoliko u ovom roku ne izvrši izbor, ugovor treba smatrati raskinutim na osnovu samog zakona. Ova ugovorna strana može da obezbedi da se ugovor smatra raskinutim automatski po isteku naknadnog primerenog roka ukoliko bi unapred upozorila saugovarača na posledice propuštanja roka, kako je to predviđeno u Principima evropskog ugovornog prava.

*Ivana Simonović*, LLB  
Junior Assistant  
Faculty of Law, University of Niš

**THE RIGHT TO TERMINATE A CONTRACT:  
Compliance of the Serbian Contractual Relations Act with  
the Contemporary Tendencies in the European Contract Law**

*Summary*

In this paper the author deals with the right to terminate a contract as a way to bring a valid contract to an end and a legal instrument for the protection of the non-breaching party against the breach of contract caused by the failure of the other contracting party to perform the obligation under the contract. The author analyses the legal provisions contained in the Contractual Relations Act on the termination of contract (conditions and termination procedure), comparing these legal provisions with the relevant model-rules envisaged in the Principles of European Contract Law and the Draft Common Frame of Reference. The choice of these two legal documents has been governed by their significance in the harmonization and unification of the European contract law (and private law in general), which is one of the most significant processes that have been underway in the European Union today.

Generally speaking, the legal provisions of the Contractual Relations Act are in compliance with the Principles of the European Contract law and the Draft Common Frame of Reference in this area but there are slightly different ways of arriving at the same outcome (termination of contract).

The rules contained in the Principles of European Contract Law and the Draft Common Frame of Reference envisage that a contract can always be terminated, providing that one of the contracting parties has fundamentally breached the contract; thus, the termination of contract is restricted only to the cases when the non-performance of an obligation has deprived the non-breaching party of the contractual benefit. The contract is effected by a notice of termination which has to be communicated to the other party within a reasonable period of time as soon as it has become evident that the contractual obligation shall not be performed. If the breach of contract is not considered fundamental (particularly in case when the delay in the performance of a contractual obligation is not fundamental), the contract can be terminated only after the breaching party has been given an additional period of time of reasonable length to perform and the breaching party has failed to perform the contractual obligation again.

Under the provisions of the Contractual Relations Act, the conditions and the procedure for the termination of contract depend on the fact whether the time limit for the performance of the obligation is an essential element in the contract or not. If the time limit is an essential clause (in fixed-term contracts), failure to perform a contractual obligation in due time is regarded as a fundamental breach of contract, and the termination is effected by statutory instruments upon the expiry of the given period of time. Setting an additional period of time to perform is not compulsory, which is in conformity with the rules comprised in the Principles of the European Contract Law and the Draft Common Frame of Reference. The only difference under the Serbian legislation is that the contracting party is not obliged to issue a notice of termination as the contract is automatically terminated upon the expiry of the previously set time limit. If the contract is not a fixed-term contract (where the time limit is not essential), the non-breaching party is not entitled to terminate the contract by simply relying upon the delay in the performance of the other party. The Serbian legal solution is aimed at keeping the valid contract effective by applying the so-called *Nachfrist* mechanism, which implies setting an additional period of time for the contract to be performed. The non-breaching party is required to set a new time limit in order to give the breaching party the last chance to perform the contractual obligation. The non-performance of the contractual obligation within the additional time limit entitles the non-breaching party to terminate the contract. Likewise, under the rules contained in the Principles of the European Contract law and the Draft Common Frame of reference, the contract can be terminated in case the delay in the performance of a contractual obligation is not fundamental.

*Translated by:*  
Gordana Ignjatović, BA

**UDK: 347.426.4(436)**

Aleksandra Vučić-Milovanović

Universität Wien

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung

## **DIE NEUERUNGEN DES SCHMERZENGELDINSTITUTS IM ÖSTERREICHISCHEN RECHT**

### **I. Einführung**

In diesem Aufsatz werden die Schmerzen, die durch die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit und Gesundheit bzw. des Lebens hervorgerufen werden, behandelt und betreffende Neuregelungen im österreichischen Recht erklärt. Als Folge solcher Beeinträchtigungen durch Verletzung der angesprochenen Persönlichkeitsrechte<sup>1</sup> können sowohl, in erster Linie körperliche, als auch seelische Schmerzen entstehen. Da der Schmerz subjektiv empfunden wird, liegen keine objektiven Maßstäbe zum Messen von dessen Intensität und Dauer vor. Jede Person empfindet den Schmerz anders. Dementsprechend könnte gesagt werden, dass die Schmerzensgrenzen individuell und gleichzeitig sehr wandelbar bzw. nicht konstant sind. *Für die Schmerzen, die als immaterieller Schaden zu verstehen sind, wird Schmerzensgeld gewährt.* Hier wird auch die Frage gestellt, ob zugefügte „nicht-empfundene“ körperliche Schmerzen und die damit möglicherweise verbundene seelischen Schmerzen zu ersetzen sind, und diesbezügliche neue Entwicklungen in österreichischer Rechtsprechung erörtert.

### **II. Schmerzensgeld im österreichischen ABGB**

#### **a) Regelungsgegenstand des § 1325 ABGB**

Nach dem Wortlaut des § 1325 ABGB<sup>2</sup> wird dadurch lediglich der Fall einer „Verletzung an dem Körper“ geregelt; er bestimmt weiter, dass neben den Heilungskosten und dem entgangenen bzw. künftig entgehenden Verdienst auch

---

<sup>1</sup> „Leben, körperliche Unversehrtheit und Gesundheit gehören natürlich überall zu den Rechtsgütern, die das Haftungsrecht schon von sich aus in den Kreis seiner Fürsorge einbezieht.“, *Ch. v. Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht I 1996, 586.

<sup>2</sup> „Wer jemanden an seinem Körper verletzt, bestreitet die Heilungskosten des Verletzten, ersetzt ihm den entgangenen, oder, wenn der Beschädigte zum Erwerb unfähig wird, auch den künftig entgehenden Verdienst; und bezahlt ihm auf Verlangen überdies ein den erhobenen Umständen angemessenes **Schmerzensgeld**“.

ein angemessenes Schmerzensgeld zu bezahlen ist. Das Schmerzensgeld ist die praktisch bedeutendste Entschädigung für einen immateriellen Schaden. Es stellt keine Strafe, Buße oder Sühne dar, sondern eine Genugtuung für alles Ungemach, dass der Verletzte im ideellen Bereich erdulden muss bzw. musste.

Die Formulierung des § 1325 ABGB lässt jedoch sehr vieles offen. Zuerst gibt der Wortlaut keine eindeutige Antwort was man unter dem „den Umständen angemessenen Schmerzensgeld“ zu verstehen hat. Der Gesetzgeber hatte hier einen „unbestimmten Gesetzesbegriff“ gebraucht, weil er die Konkretisierung selbst für den vertypen Einzelfall nicht zu leisten vermochte. Eine spätere gesetzgeberische Bereinigung dieser Bestimmung aus 1812 ist bis zum erst im Jahr 2005 vorgestellten Entwurf des neuen österreichischen Schadenersatzrechts ausgeblieben. Die Entwicklung der näheren und genaueren Grundsätze in Bezug auf für die Bestimmung eines angemessenen Schmerzensgeldes relevante Umstände wurde stets der Rechtssprechung überlassen. Zweitens spricht § 1325 ABGB nur von einer Verletzung „an dem Körper“. Daraus folgte die Frage, ob einer Person, die „nur“ in ihrer Gesundheit verletzt wurde, auch ein Schmerzensgeldanspruch gemäß § 1325 ABGB zusteht? Mit anderen Worten: bezieht die Körperverletzung iSd § 1325 ABGB auch andere Verletzungsarten mit ein? Inwieweit könnte diese Bestimmung ausgedehnt werden, ohne dem Zweck nicht zu widersprechen.

### **b) Körperverletzung und daraus resultierende körperliche und seelische Schmerzen**

Um den Willen des Gesetzgebers zu erkunden, wird in der Lehre wie in der Rechtssprechung zunächst der Gesetzestext untersucht. Schon seit den frühesten Kommentaren des ABGB<sup>3</sup> wird in der Lehre<sup>4</sup> ein weiter Verletzungsbegriff vertreten. Es wird daher auch eine Gesundheitsschädigung der psychischen Art (sog. bloße Gesundheitsstörung) als ein Angriff auf die körperliche Integrität bzw. als eine Körperverletzung iSd § 1325 ABGB angesehen.<sup>5</sup> § 1325 ABGB regelt die Art und Umfang der Schadenersatzpflicht bei einer Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit und Unversehrtheit. Die zum ersten Mal durch OGH gegebene Definition der körperlichen Verletzung nach § 1325 ABGB lautet: „jede Störung der körperlichen Unversehrtheit“ auch „äußerlich nicht

---

<sup>3</sup> Ua *Zeiller*, Commentar (1813), III, 2 Abt, 700,761; *Stubenrauch*, Commentar<sup>8</sup>, (1903), II, 691; *Kafka in Krasnopolski*, Österreichisches Obligationenrecht (1910), 218.

<sup>4</sup> Ua *Wolff in Klang*<sup>2</sup>, (1951) VI 128f; *Klang* in FS zur Hundertjahrfeier des OGH (1950), 138; *Strasser*, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht (1960), 12f, 53f ; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht<sup>2</sup>, II, 115.

<sup>5</sup> Nur in zwei älteren Entscheidungen hatte sich OGH dagegen ausgesprochen, ZBl 1916, 234 und ZBl 1932,350.



sichtbare Verletzung an Körper“<sup>6</sup>. Eine ausdrückliche Unterscheidung zwischen einer Verletzung am Körper und an der Gesundheit bietet der OGH zum ersten Mal erst im Jahr 1978. Laut dieser Entscheidung<sup>7</sup> ist Körperverletzung jeder Eingriff in die körperliche Unversehrtheit und Gesundheitsverletzung eine Störung der inneren Lebensvorgänge, die jedoch massiv in die psychische Sphäre einwirken muss. Auch eine bloße psychische Beeinträchtigung ist unter der Voraussetzung einer massiven Einwirkung in die psychischen Sphäre (Schockschäden oder Lärmbelästigung) eine Körperverletzung iSd § 1325<sup>8</sup>. Nach der auch in Österreich in Geltung<sup>9</sup> stehenden Satzung der Weltgesundheitsorganisation (WHO) umfasst der Begriff der Gesundheit dabei einen „Zustand vollkommenen physischen, geistigen und sozialen Wohlbefindens und nicht bloß das Fehlen von Krankheiten oder Gebrechen“.

Die Frage ob die Beeinträchtigung eines Ungeborenen als eine Körperverletzung anzusehen ist, wird bejaht.<sup>10</sup> Mit anderen Worten: eine Körperverletzung liegt auch dann vor, wenn ein Ungeborener beeinträchtigt wird und daher mit einer körperlichen oder geistigen Störung oder mit Krankheit zur Welt kommt<sup>11</sup>

Dem Schmerzensgeldanspruch werden, wie der Name schon verrät, Schmerzen als Folge einer Körperverletzung vorausgesetzt. Dementsprechend muss der Beschädigte, um das Schmerzensgeld verlangen zu können, körperlichen Schmerzen ausgesetzt gewesen sei<sup>12</sup>. Infolge einer Körperverletzung erleidet der Beschädigte meistens schon im Zeitpunkt der Beschädigung Schmerzen. Es ist aber auch durchaus realistisch und somit annehmbar, dass körperliche Schmerzen als Spätfolge einer Körperverletzung entstehen. Dies geschieht zB, wenn eine Verletzung während der Narkose zugefügt wird. Es ist daher auch zu betonen, dass grundsätzlich jede ärztliche Heilbehandlung, die mit einer Verletzung der körperlichen Integrität verbunden ist, als Körperverletzung zu werten und somit als rechtswidrig zu betrachten ist.<sup>13</sup> Die vorgenommene Behandlung kann z.B. den

<sup>6</sup> OGH SZ 20/186; OGH in EvBl 1983, 82.

<sup>7</sup> RZ 1979, 24.

<sup>8</sup> Sängerschok und Verdienstentgang dh Ersatz des materiellen Schadens, ZVR 1977/54; *Reischauer in Rummel ABGB II*<sup>3</sup> (2004) zu § 1325; Ersatz des immateriellen Schadens bei Belästigung durch Musiklärm OGH in JBl 1989,41; die Behelligung durch „lästige“ Reporter und nächtliche Störansrufe, ZVR 1990,2f.

<sup>9</sup> BGBI 1949/96.

<sup>10</sup> SZ 52/136; *Selb*, Schädigung des Menschen vor Geburt – ein Problem der Rechtsfähigkeit?, AcP 166,76ff.

<sup>11</sup> zB Verkehrsunfall einer Schwangeren, wodurch das Kind mit einem schweren unfallbedingten Gehirnschaden zur Welt kam, siehe *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht<sup>8</sup>(2003),100f.

<sup>12</sup> SZ 44/150.

<sup>13</sup> Verschuldensfrage zeigt sich sehr oft als heikel. Siehe *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung, 1999, 119ff.

Zustand des Kranken verschlechtern.<sup>14</sup> Der Arzt haftete weiter, wenn er einen Behandlungsfehler gemacht<sup>15</sup> oder eine notwendige Behandlung unterlassen hat<sup>16</sup>. Nach der ständige Rechtsprechung umfasst der mit dem Arzt oder dem Träger eines Krankenhauses abgeschlossene Behandlungsvertrag auch die Pflicht, den Patienten über Art und Schwere der Erkrankung/Verletzung sowie über die möglichen Gefahren und schädlichen Folgen der Behandlung oder ihrer Unterlassung zu unterrichten.<sup>17</sup> Erst die Zustimmung des Patienten vermag den an sich rechtswidrigen Eingriff zu rechtfertigen. Solche Zustimmung setzt eine vorherige entsprechende Aufklärung voraus. Falls sie jedoch unterbleibt, haftet der Arzt bzw. Krankenhausträger für die dadurch entstandenen Schäden, auch bei kunstgerechter Behandlung.<sup>18</sup> Anders sei bei dem Fall der Unmöglichkeit der Belehrung und Entscheidung wie bei unmittelbarer Lebensgefahr und Bewusstlosigkeit nach Unfall. Der Umfang der Aufklärung ist eine Rechtsfrage.<sup>19</sup> Falls eine Einwilligung nicht erfolgte, haftet der Arzt doch nicht, wenn sie auch bei gebotener Aufklärung erfolgt wäre.<sup>20</sup>

Eine Verletzung muss nicht sichtbar sein, um als Körperverletzung des § 1325 ABGB qualifiziert zu werden<sup>21</sup>. Es reicht aus, wenn nur bloße Schmerzen durch zB Schläge entstanden sind, auch ohne äußerliche Änderungen am Körper<sup>22</sup>. Auch innere Verletzungen, Geisterkrankheiten oder Nervenschäden fallen unter dem Begriff der Körperverletzung.

Schmerzensgeld gebührt für körperliche sowie für seelische Schmerzen. Es dient der Abgeltung der Schmerzempfindungen körperlicher und seelischer Art.<sup>23</sup>  
Seelische Schmerzen

setzen meistens eine physische Beeinträchtigung, (deren äußerliche Sichtbarkeit nicht notwendig ist), des Körpers voraus. Eine Verletzung des Körpers kann leichte nicht ständige körperliche Schmerzen, hingegen aber als „schwerst und dauernd“ einzustufende seelische Schmerzen verursachen<sup>24</sup>. Bei einem weitgehend irreparablen und irreversiblen Persönlichkeitsverlust sind seelische Schmerzen vorhanden, weil die betroffene Person trotzdem sporadisch seine Persönlichkeitssituation erkennt, was eben ihren psychischen Leidenszustand noch

---

<sup>14</sup> Zahnarzt zieht den falschen Zahn.

<sup>15</sup> SZ 68/207; OGH in JBI 1992,520; SZ 63/53.

<sup>16</sup> OGH in JBI 1992,522.

<sup>17</sup> SZ 55/114=EvBl 1983/5=JBI 1983,373; SZ 57/207=EvBl 1985/85=JBI 1985,548=RdW 1985,272; SZ 59/18=EvBl 1987/31; SZ 62/154=JBI 1990,459; SZ 63/152=JBI 1991,445; EvBl 1995/149=JBI 1995,453 usw.

<sup>18</sup> OGH in JBI 1994,336=RdM 1994,28; EvBl 1995/149=JBI 1995,453.

<sup>19</sup> Siehe *Reischauer in Rummel*, ABGB, Rz 26 zu § 1299.

<sup>20</sup> OGH JBI 1999, 531.

<sup>21</sup> OGH 531/88= JBI 1989,41=MietSlg 40.192.

<sup>22</sup> SZ 20/186.

<sup>23</sup> *Reischauer in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> (2004) § 1325 Rz 43.

<sup>24</sup> Beim Narkosenzwischenfall entstandener Herzstillstand, ZVR 1988/8.

verschlechtert.<sup>25</sup> Auch wenn diese psychische Beeinträchtigung selbst überhaupt nicht schmerzhaft ist, kann sie trotzdem ersatzfähige seelische Schmerzen verursachen („Das Abschneiden langer Harre (um 30 cm) gegen den Willen des Betroffenen ist eine Körperverletzung im Sinne des § 1325 ABGB, welche einen Anspruch auf Schmerzensgeld (12.000 ATS) für seelische Schmerzen begründen kann“<sup>26</sup>).

Seelische Schmerzen müssen jedoch nicht immer die Folge einer physischen Beeinträchtigung sein. Es genügt, wenn eine bloße psychische Beeinträchtigung erfolgt (Schockschäden), die jedoch als Körperverletzung gemäß § 1325 ABGB zu qualifizieren ist. Um als solche qualifiziert zu werden, muss sie massiv in die psychische Sphäre einwirken<sup>27</sup>. Eine Verneinung des Schmerzensgeldes bei seelischen Schmerzen mit der Argumentation, dass nach dem § 1325 ein Ersatz des immateriellen Schadens nur bei körperlichen nicht aber bei seelischen Schmerzen zuzusprechen ist, kam in der Rechtsprechung selten vor<sup>28</sup>. Mehrheitlich sind von Anfang an die Entscheidungen, die seelische Schmerzen auch als eine Art des immateriellen Schadens ansahen und dafür den Ersatz in Form von Schmerzensgeld zusprachen<sup>29</sup>. Das zweite Argument gegen seelische Schmerzen betont, dass sie schwieriger zu objektivieren sind als körperliche Schmerzen. Zum ersten Mal wurde durch eine Entscheidung im Jahr 1917 bei der Objektivierung auf einen „normal empfindenden Menschen“ abgestellt.<sup>30</sup>

Nach dem Grundsatz Nr. 11 aus Empfehlung des Europarates zur Vereinheitlichung der Rechtsbegriffe des Schadenersatzes bei Körperverletzung und Tötung geht hervor, dass seelische Leiden verschiedene Störungen und Unbehagen, wie z.B. mangelndes Wohlbefinden, Schlaflosigkeit, Minderwertigkeitsgefühl, Verminderung der Lebensfreude, besonders durch die Unmöglichkeit bestimmte angenehme Tätigkeiten auszuüben, umfasst. Wenn man die diesbezügliche österreichische Judikatur betrachtet, sieht man, dass die dem Grundsatz 11 überwiegend entspricht.<sup>31</sup>

Die Begehrungsneurose entsteht nach einem Unfall, wobei der Verletzte aus Überzeugung<sup>32</sup> die Unfallsfolgen größer darstellt als sie in Wirklichkeit sind. Sie stellt eine seelische Depression dar, die bis zur Erfüllung des prozessualen

<sup>25</sup> Siehe *Danzl Karl-Heinz*, Schmerzensgeldzusprüche ab 1 Mil ATS in Österreich, ZVR 1992,33f.

<sup>26</sup> SZ 47/147 = 1975/50; dagegen GIUNG 3695 (Schnurrbart).

<sup>27</sup> ZVR 1977/54; JBI 1989,41; SZ 23/111; RZ 1979/24..

<sup>28</sup> ZBI 1916/234; ZBI 1932/350; GIUNF 4462; ZBI 1927/248; EvBI 1951/487.

<sup>29</sup> GIU 2935(1867); GIU 7556(1879); GIUNF 2886(1902); GIUNF 3817(1907); GIUNF 4243(1908); GIUNF 5224(1910); JBI 1919,28; SZ 10/40; ZBI 1928/264; RZ 1937,180; SZ 20/186; SZ 23/311; SZ 24/113; RZ 1954,29; SZ 47/147=RZ 1975/50.

<sup>30</sup> Siehe bei *Danzl Karl-Heinz*, Die (psychische) Gesundheit als geschütztes Rechtsgut des § 1325 ABGB, ZVR 1990,12.

<sup>31</sup> Siehe die angeführte Fälle bei *Reischauer in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1325 Rz 44; *Harrer in Schwimann*, ABGB<sup>3</sup>, §1325 Rz 86f.

<sup>32</sup> Bei einer bloßen Simulation übertreibt der Verletzte mit betrügerischer Absicht bzw. bewusst, um eine größere Schadenssumme zu erlangen, vgl Stoll Hans, JZ 1982,204.

Begehrens andauert.<sup>33</sup> Nach überwiegender Auffassung<sup>34</sup> wird das Vorliegen einer Begehrungsneurose als Körperverletzung im Sinne des § 1325 ABGB betrachtet, wofür nach dem § 1325 Ersatz zu leisten ist. Das Schmerzensgeld gebührt, wenn sich der Verletzte seiner Wunschtendenzen nicht bewusst ist bzw wenn er die Gründe für seine Vorstellung, krank zu sein, nicht selbst erkennt oder wenn er außerstande ist, ihnen zu begegnen bzw das Entstehen der Begehrungsneurose zu verhindern bzw den schon eingetretenen Zustand zu überwinden.<sup>35</sup> Hier sollte man sich jedoch mit dem Problem der Kausalität auseinandersetzen.

Es wird jedoch stets darauf hingewiesen, dass nicht jede Zufügung von Seelenschmerzen als Gesundheitsschädigung bzw als Körperverletzung zu behandeln und Schmerzensgeld zu gewähren ist. Dabei werden reine Gefühlsschäden wie Kummer oder Kränkung erwähnt.<sup>36</sup> Es wird ein enger und unmittelbarer Zusammenhang mit körperlichen Symptomen, die als Krankheit anzusehen bzw schwer und nachhaltig sind, gefordert.<sup>37</sup> Dies wird auch für seelische Schmerzen, die unabhängig von dem üblichen Begriff Schmerz im körperlichen Sinne Unlustgefühle beinhalten, verlangt.<sup>38</sup> Sonst ist nach Bydlinski wirklicher Seelenschmerz von Heuchelei in vielen Fällen praktisch nicht zu unterscheiden und statt Leistungswillen würde Selbstmitleid und Lebensuntüchtigkeit prämiert<sup>39</sup>.

### III. Schmerzensgeld auch ohne Schmerzen?

Einige Lehrmeinungen gehen davon aus, dass der Verletzte in der Lage sein muss, die Schmerzen doch zu empfinden; anderen falls bedeute dies eine Abkehr vom Wortlaut des Gesetzestextes, da Beträge unter der unzutreffenden Bezeichnung „Schmerzensgeld“ zugesprochen würden ein fehlendes Empfindungsvermögen führe zum Wegfall oder zu einer Minderung des Schmerzensgeldbetrages.<sup>40</sup> Dabei wird vergessen, dass der Grad der Zerstörung der Persönlichkeit und nicht von dessen Empfinden Maßstab gibt.

---

<sup>33</sup> *Wolf in Klang* VI<sup>2</sup>,129; SZ 16/12; RZ 1975/50=SZ 47/147.

<sup>34</sup> *Koziol*, 116; *Reischauer in Rummel*, zu § 1325; dagegen *Wedl*, Zur Problematik der Verursachungszusammenhanges im Rechtssinn, JBI 1947,234.

<sup>35</sup> GIUNF 4386; JBI 1919,28; SZ 16/12; ÖAZ 1936,197; RZ 1954,29; ZBI 1937/114; vgl *Reischauer in Rummel*, Rz 18ff zu §§ 1295ff und Rz 1ff und 37ff zu § 1304; unfallsbedingte Drogensucht ZVR 1995/73; darüber auch *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*<sup>8</sup>, 75,138.

<sup>36</sup> EvBl 1983/82; SZ 61/109=EvBl 1988/150=RdW 1988,388=WBI 1989,66; *Welser*R, Der OGH und der Rechtswidrigkeitzusammenhang, ÖJZ 1975,37,40; *Bydlinski F*, Der Ersatz ideellen Schaden als sachliches und methodisches Problem, JBI 1965, 234.

<sup>37</sup> OGH in JBI 1989,42.

<sup>38</sup> Bei Umwelteinflüssen, vgl *Danzl*, Die (psychische) Gesundheit als geschütztes Rechtsgut des § 1325 ABGB, ZVR 1990,20.

<sup>39</sup> *Bydlinski F*, JBI 1965,243.

<sup>40</sup> So *Harrer in Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> (2006) Rz 80 zu § 1325; *Huber Ch.*, Antithesen zum Schmerzensgeld ohne Schmerzen – Bemerkungen zur objektiv-abstrakten und subjektiv-konkreten Schadensberechnung, ZVR 2000, 218ff.

Laut der Rechtsprechung ist es nicht erforderlich, dass der Verletzte seine Schmerzen mit klarem Bewusstsein erlebt und rational verarbeitet. So ist im Fall eines apallischen Syndroms der Schmerzensgeldanspruch nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Verletzte seinen Zustand infolge unfallsbedingter Bewusstseinstörung nicht oder nicht im normalen Maß als schmerzhaft erleben kann. In diesem Sinne steht einem bewusstlosen Verletzten auch für die Zeit der Ohnmacht ein Schmerzensgeldanspruch zu. Dies wird mit der Tatsache begründet, dass die sehr starke Intensität der Schmerzen zur Ohnmacht geführt hat. Falls jedoch der Verletzte ohne Wiedererlangung des Bewusstseins verstarb, dh ohne jegliche Schmerzempfindung, entsteht kein Schmerzensgeldanspruch.

Wenn man die neuere Judikatur verfolgt, dann sieht man, dass hinsichtlich der oben erwähnten Auffassung eine Wende geschah. Dabei geht es eigentlich um das sog. Komplette apallischen Syndrom.<sup>41</sup> Hier wird die Frage gestellt, ob einem Verletzten auch dann ein Schmerzensgeldanspruch gebührt, wenn er so schwer verletzt wurde, dass er die Schmerzen überhaupt nicht mehr empfinden kann (z.B. durch unzweckmäßige und späte Behandlung wird ein fünfjähriges Kind auf ständige Pflege und Hilfe angewiesen und vegetiert unter dem Niveau eines intelligenten Tieres<sup>42</sup>). In solchen Fällen komme es offensichtlich nicht mehr auf die Schmerzempfindung an, sondern auf die Vernichtung der menschlichen Persönlichkeit. So sei jeder, nicht nur der Eingriff in die körperliche Integrität, sondern überhaupt jeder in die Entwicklung bzw. Entfaltungsmöglichkeiten einer Persönlichkeit gerichteter Eingriff, im Hinblick auf die schadenersatzrechtliche Bedeutung, als eine Körperverletzung des § 1325 ABGB anzusehen. Daraus folgt, dass ein Schmerzensgeldanspruch auf Grund der Zerstörung einer Persönlichkeit<sup>43</sup> bestehe. „Wem die Erlebnisfähigkeit genommen wird, erleidet einen schadenersatzrechtlich zumindest ebenso bedeutenden Nachteil an seiner Person wie durch eine Störung seines Wohlbefindens durch „Schmerz“<sup>44</sup>. Diese Judikaturwende wurde in zahlreichen darauf folgenden Entscheidungen bestätigt, und heutzutage kann hiezu von einer ständigen Rechtsprechung gesprochen werden.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> „Ein solches liegt vor, wenn auf Grund schwerster Hirnverletzungen die funktionelle Verbindung von den tieferen Zentren zur Großhirnrinde unterbrochen und dadurch die Empfindungsfähigkeit des Verletzten weitgehend oder völlig lahm gelegt ist.“ *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung, 124.

<sup>42</sup> OGH in ZVR 1993/150; OGH in ZVR 1989/6.

<sup>43</sup> „.....ein derart schwerwiegendes Bild der Zerstörung der Persönlichkeit.....in physischer und psychischer Hinsicht....“, OGH in ZVR 1989/15.

<sup>44</sup> Zuspruch 1.500.000 ATS (etwa Euro 109.000), siehe OGH ZVR 1993/150; Zuspruch 1,4 Mio ATS (etwa Euro 101.000) siehe RdM 1995/22;

<sup>45</sup> OGH 1558/92, EFSlg. 69.111; OGH 60/92, 66/92= ZVR 1993/150; OGH 505/95 in RdM 1995,116; OGH 192/97= ZVR 2000, 54; *Danzl in Danzl/Gutierrez/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht<sup>8</sup> (2003), 98ff; *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup>, (1997) Rz 11/23; *Karner*, Ideeller Schaden, 138ff; *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, 15.ÖJT II/1 (2003), 58f; *Reischauer in Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, Rz 47a zu § 1325.

Diese Fälle sind jedoch nur die Fälle, in denen der Geschädigte durch das haftungsbegründete Ereignis selbst die Fähigkeit zur Schmerzempfindung verliert. Mit anderen Worten: das fehlende oder eingeschränkte Schmerzempfinden wurde durch das schädigende Ereignis nicht verursacht, da die Geschädigte z.B. schon vor diesem Ereignis bereit unfähig war, Schmerzen zu empfinden.

Der OGH hat sich im Jahr 2005 in seiner Entscheidung - 3 Ob 116/05p erstmals mit der Ersatzfähigkeit „nicht empfundener“ körperlicher Schmerzen und der damit einhergehenden seelischen Schmerzen einer bereits vor dem Schadensereignis querschnittsgelähmten Person auseinandergesetzt. Wird nämlich eine Person, die auf Grund eines Schadensereignisses in der Vergangenheit unfähig ist, Schmerzen zu empfinden, durch ein aktuelles Ereignis am Körper verletzt, muss die Frage gestellt werden, ob und in welchem Ausmaß solche „nicht-empfundene“ körperliche Schmerzen und die damit unter Umständen verbundenen seelische Schmerzen zu ersetzen sind. Der Oberstehgerichtshof hat im konkreten Fall ausgesprochen, dass eine Gesamtwürdigung, in die körperliche und vor allem seelische Komponenten einzubeziehen seien, vorzunehmen ist. Die Möglichkeit einer vollständig objektiv-abstrakten Berechnung des immateriellen Schadens<sup>46</sup>, auf Grund der die verletzte Person auch in diesem Fall einen Ersatzanspruch für die Schädigung ihrer Persönlichkeit haben kann, wird oft in der Lehre bejaht. Wer in seiner körperlichen Unversehrtheit verletzt wird, hat daher auch Anspruch auf Ersatz seines objektiv-abstrakt berechneten Immaterialschadens, wenn er schmerzunempfindlich ist.<sup>47</sup> Mit anderen Worten bedeutet das Folgendes: Im vorliegenden Fall hat die Verletzte unabhängig von tatsächlich gespürten Schmerzen Anspruch auf einen Sockelbetrag, den sie als Mindestersatz für die Schädigung ihrer Persönlichkeit fordern kann. Anspruchsmindernd wirkt die Tatsache der Querschnittslähmung, sodass sie nicht in der Lage ist Schmerzen in den Beinen selbst zu empfinden. Allerdings hat die Verletzung bei der Verletzte trotz der Lähmung in ihren Beinen Unlustgefühle und Missempfindungen (Schüttelfrost, Erbrechen) ausgelöst. Eine weitere Körperverletzung stellt für einen Querschnittsgelähmten eine besondere, über den typischen Fall hinausgehende psychische Belastung dar, die sich sowohl in körperlicher als auch vor allem in seelischer Hinsicht manifestiert. Diese objektiv nachvollziehbare Mehrbelastung (mehrere Operationen, Krankenhausaufenthalte, Nachkontrollen, erhöhte Gefahr von auftretenden Komplikationen usw.) wie gegenüber einem nicht querschnittsgelähmten Durchschnittsgeschädigten wirkt sich anspruchserhöhend aus. Dementsprechend ist ein Ersatz für die Beeinträchtigung der

---

<sup>46</sup> Diese Sichtweise baut auf der in Österreich herrschende Lehre auf, wonach ein Schaden immer objektiv-abstrakt berechnet werden kann. Der gemeine Wert einer zerstörten oder beschädigten Sache ist immer unabhängig von einer subjektiv-konkret bemessenen Minderung des Vermögens des Geschädigten zu ersetzen.

<sup>47</sup> *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung, 137; *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup>, Rz 11/23.

Persönlichkeitsentfaltung und auch schon auf Grund des § 16 ABGB<sup>48</sup> (Anknüpfungspunkt für die Anerkennung der Persönlichkeitsrechte in Österreich) zu gewähren. Auch der europaweite Trend<sup>49</sup> geht in dieser Richtung, wonach beim Ersatz von Schmerzensgeld nicht mehr nur auf die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit an sich abzustellen ist. In den Mittelpunkt der Ersatzzahlungen soll die Person gestellt und somit eine Beeinträchtigung der Persönlichkeit im weiteren Sinne abgegolten werden.

#### **IV. Der Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts in Hinblick auf das Schmerzensgeld**

Der im Jahre 2005 vorgelegte Reformentwurf zum österreichischen Schadensersatzrecht kann man als kodifikatorische Reform bezeichnen.<sup>50</sup> Darunter sind Novellen zu verstehen, die das Ziel verfolgen, das geltende Recht neu aufzuarbeiten. Das Schadensersatzrecht des ABGB beruht nach wie vor im wesentlichen auf der Stammfassung des 30. Hauptstücks des Zweiten teils „Von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugtuung“ aus dem Jahre 1811 und den Änderungen dieses Hauptstückes durch die III. Teilnovelle des Jahres 1916.<sup>51</sup> neben bloß punktuellen Ergänzungen dieser Bestimmungen seither, etwa durch die Einfügung des § 1328a<sup>52</sup> sowie die Erweiterung des § 1328, hat der Gesetzgeber das Schadensersatzrecht in einer Reihe von Nebengesetzten weiter entwickelt.<sup>53</sup> Das Ziel des Reformentwurfes war, die an sich bewährte Regelungen des ABGB mit maßvollen Neuerungen und Ergänzungen an die Bedürfnisse des 21. Jahrhunderts heranzuführen.

Dabei ist insbesondere hervorzuheben, die großzügige Haltung des Entwurfs gegenüber dem Geldersatz für ideelle Schäden.<sup>54</sup> § 1316 des Entwurfs enthält in seinem Abs 1 S 1 RE eine Art Generalklausel<sup>55</sup>. In § 1316 Abs 1 S 2 RE folgt die Klarstellung<sup>56</sup>, dass schwere und objektiv nachvollziehbare Verletzungen von Persönlichkeitsrechten jedenfalls durch Geldersatz auszugleichen sind. § 1316 Abs 3 RE bringt einen Katalog von Fällen, in denen Schmerzensgeld zu leisten ist, wie im traditionellen Fall der Verletzung von Körper, Gesundheit und (neu

---

<sup>48</sup> Aus dem § 16 ABGB ergibt sich, dass die Person in ihrer Selbstverwirklichung geschützt werden muss.

<sup>49</sup> Siehe Koch, Comparative Overview, in Koziol/Steininger, European Tort Law 2005 (2006) Rz 22.

<sup>50</sup> Wagner G., Reform des Schadensersatzrechts, JBl 2008,2.

<sup>51</sup> RGBI 1916/69.

<sup>52</sup> BGBl I 2003/91.

<sup>53</sup> Ua EKHG BGBl 1959/48; ProdukthaftungsG BGBl 1988/99;

<sup>54</sup> Siehe Griss/Kathrein/Koziol, Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts (2006).

<sup>55</sup> „Ideelle Schäden sind stets zu ersetzen....“.

<sup>56</sup> „Ob Geldersatz zu leisten ist, hängt von der Bedeutung des verletzten Gutes, der objektiven Nachvollziehbarkeit, dem Ausmaß und der Dauer der Beeinträchtigung sowie dem Gewicht der Zurechnungsgründe ab“.

eingeführten) Freiheit, im Fall der Angehörigenschmerzensgeld bei Tötung und schwerer Verletzung der geliebten Person, im Fall der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung, im Fall vorsätzlicher und schwerer Diskriminierung, im Fall vorsätzlichem und schwerem Eingriff in die Privatsphäre, bis zum Fall der Todesangst.

Wie das geltende Recht<sup>57,58</sup> sieht auch Entwurf eine generelle Regel für den Ersatz immaterieller Schäden vor. Anders als im geltenden Recht wird im Entwurf aber nicht primär auf die Schwere des Verschuldens abgestellt, sondern er werden die für den Ersatz maßgeblichen Faktoren umfassend benannt: abzustellen ist auf die Bedeutung des verletzten Gutes, der objektiven Nachvollziehbarkeit, dem Ausmaß und der Dauer der Beeinträchtigung sowie dem Gewicht der Zurechnungsgründe. Je wichtiger das verletzte Gut ist, je besser der eingetretene Schaden objektiv feststellbar ist und je schwerer die Zurechnungsgründe wiegen, desto eher ist der ideelle Schaden in Geld abzugelten. Für einen Ersatz ideeller Schäden in Geld ist prinzipiell die erhebliche Verletzung eines Persönlichkeitsrechtes Voraussetzung. Da es sich bei einer körperlichen und geistigen Unversehrtheit um ein zentrales Persönlichkeitsrecht handelt, gebührt ein Ersatzanspruch bei jedem Grad des Verschuldens und bei Gefährdungshaftung. Anders als das geltende Recht sieht der Entwurf das Gleiche auch bei einer Freiheitsverletzung vor.

In Fortentwicklung der Rechtsprechung<sup>59</sup> sieht der Entwurf explizit auch ein Angehörigenschmerzensgeld vor, das unabhängig vom Eintritt eines Schockschadens bei jedem Grad des Verschuldens und in der Gefährdungshaftung gebührt. Stets erforderlich ist eine intensive Gefühlsgemeinschaft. Besonders hervorzuheben ist, dass dieser Ersatz nicht nur bei der Tötung sondern auch bei besonders schwerer Verletzung nahestehender Person gebührt.

§ 1316 Bas 3 Z 3 des Entwurfes regelt das Schmerzensgeld bei geschlechtlichen Missbrauch und Verletzung der geschlechtlichen Selbstbestimmung und folgt dabei schon im Jahr 1996 reformierter § 1328 ABGB.<sup>60</sup> § 1316 des Entwurfes regelt jedoch noch mehr im Abs 3 Z 4 wird ein

---

<sup>57</sup> *Bydlinski*, JBl 1965, 179f, 182, 240, 247; *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 11/6; *Mayrhofer*, Schuldrecht Allgemeiner Teil 1986, 323; *Karner*, Ersatz ideeller Schäden, 76ff; ablehnend *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> II (2001), 305f.

<sup>58</sup> Die Judikatur hat von ihrem ursprünglichen allzu engen Standpunkt- ein Ersatz gebühre nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung- zum Teil bereits auch Abstand genommen, so insbesondere in den Trauerschmerz-Fällen.

<sup>59</sup> OGH in ZVR 2001,73; OGH in ZVR 2005,73. *Schobel*, Ersatzfähigkeit reiner Trauerschäden – Generelle Rechtsprechungswende bei immateriellen Schäden? RdW 2002, 206ff.

<sup>60</sup> BGBl 1996/759; siehe *Karner*, Die Neuregelung des Ersatzes ideeller Schäden bei geschlechtlichem Missbrauch, JBl 1997,685ff; *Karner*, Rechtsvergleichende Überlegungen zur österreichischen Neuregelung des Ausgleichs ideeller Schäden bei geschlechtlichem Missbrauch, ZEuP 1999, 318ff; *Beclin*, Zur Reform des Schadenersatzes bei sexuellem Missbrauch, JAP 1997/1998, 191ff.



Schmerzensgeld auch wegen Diskriminierung wegen Geschlechtes, einer Behinderung, der ethnischen Abstammung, und der Religion. Gleiches gilt nach Abs 3 Z 5 bei Verletzungen der Privatsphäre<sup>61</sup>, die derzeit in 2003 neu eingefügten § 1328a ABGB<sup>62</sup> schon geregelt sind.

Absolut neu ist die Bestimmung des § 1316 Abs 3 Z 6 des Entwurfs, die über das geltende Recht hinausgeht. Der Todesangst oder die Angst schwer verletzt zu werden, ist ersatzfähig, auch dann wenn sie nicht das Ausmaß einer Gesundheitsstörung erreicht.

Besondere Schwierigkeiten bereitet regelmäßig die Bemessung des Schmerzensgeldes. Deswegen werden im Reformentwurf die maßgeblichen Bemessungskriterien ausdrücklich genannt. Nach § 1316 Abs 5 hat eine Gesamtwürdigung der im Abs 2 genannten Umstände zu erfolgen.

## V. Zusammenfassung

Das österreichische ABGB kennt die Institution des Schmerzensgeldes, wobei eine körperliche Verletzung und dadurch entstandene Schmerzen vorausgesetzt sind. § 1325 ABGB spricht zwar nur über eine Verletzung am Körper, wird aber extensiv interpretiert. Demzufolge wird eine Gesundheitsschädigung psychischer Art auch als eine Körperverletzung im Sinne des § 1325 angesehen. Mehrheitlich werden die seelische Schmerzen als eine Art des immateriellen Schaden betrachtet und dafür Ersatz in form von Schmerzensgeld zugesprochen (auch für Schockschäden). Für sog. reine Gefühlschäden findet der Tatbestand des § 1325 ABGB jedoch keine Anwendung. Das österreichische Schadenersatzrecht des ABGB kennt grundsätzlich nur die Haftung für Verschulden, da das ABGB (§ 1294) beim Verschuldensprinzip bleibt. Deswegen kann gesagt werden, dass eine Zweispurigkeit des österreichischen Haftpflichtrechts besteht, das Verschuldensprinzip des ABGB und die Gefährdungshaftung aus Sondergesetzen. Es wird durch die Rechtsprechung angenommen, dass nach § 1325 ABGB bei Körperverletzung das Schmerzensgeld bei jedem Verschuldensgrad zu bezahlen ist, bzw. hat der Verschuldensgrad keine Bedeutung für die Bemessung des Schmerzensgeldes (Ausnahme bei Mutwillen und Schadensfreude). Ein Mitverschulden der verletzten Person wirkt mindernd auf die Leistung des Ersatzes. Es führt zu einer Einschränkung der Haftung bzw. § 1304 ABGB führt zur Kürzung der Quote des ermittelnden Schmerzensgeldes im Zuspruch. Ein gänzlicher Entfall des Schadenersatzleistung findet jedoch nicht statt. Falls sich die Anteile an der Schadensverursachung nicht bestimmen lassen. Wird der Schaden im Verhältnis 1:1 geteilt.

---

<sup>61</sup> Siehe *Lukas*, Schadenersatz bei Verletzung der Privatsphäre, RZ 2004, 33; *Hinteregger*, Der Schutz der Privatsphäre durch das österreichische Schadenersatzrecht – de lege lata et de lege ferenda, in *Koziol/Spier* (Hrsg), Liber Amicorum Pierre Widmer (2003) 143ff.

<sup>62</sup> BGBl I 2003/91.

Obwohl das stark naturrechtlich beeinflusste ABGB das im Jahr 1811 in Kraft trat, eine erstaunliche Lebenskraft<sup>63</sup> beweist, zeigt sich nach fast zwei Jahrhunderten zeigt aber dennoch immer stärker, dass die schadensersatzrechtlichen Regelungen den heutigen Anforderungen nicht mehr ganz gerecht werden können. Einige Regelungen über den Ersatz ideeller Nachteile sind nicht mehr zeitgemäß.<sup>64</sup> So z.B. wirft die auf Grund von Vorgaben des Gemeinschaftsrechts im KSchG geschaffene Haftung für entgangene Urlaubsfreude<sup>65</sup> beträchtliche Wertungsprobleme auf.

Das heutige österreichische Schadensersatzrecht stellt in wesentlichen Teilen Richterrecht dar. Diesbezügliche Rechtsfortbildung über den § 1325 ABGB hinaus erfolgt durch Richterrecht. Immer wieder entwickelt der OGH seine Judikatur weiter, modifiziert Ansprüche, weitet sie aus oder schafft überhaupt neue wie z.B. Fortentwicklung der Judikatur zum Ersatz von Trauerschäden (insb als Reaktion auf die Vorwürfe, dass österreichische Rechtspraxis bei der Gewährung von Schadenersatz oft hinter dem zurückbleibe, was andere Rechtsordnungen den Geschädigten zubilligten.) Im 2005 vorgelegten Entwurf des neuen Schadensersatzrechts sind alle diese neue durch Lehre und insbesondere durch Rechtsprechung des Oberstengerichtshofes geschaffene Bestimmungen postuliert, um endgültig die Wertungswidersprüche und Schutzlücken möglichst flächendeckend zu beseitigen. In seinem § 1316 sind die Fälle in welchem ein Schmerzensgeld zuzusprechen ist zum ersten Mal taxativ angeführt. Die Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung findet auf diese Weise ihrer Niederschrift. Das Schmerzensgeld wird generell geregelt im Sinne, dass es prinzipiell bei erheblicher Verletzung eines Persönlichkeitsrechtes gebührt. Durch die durch Judikatur abgeleiteten §§ 1329, geänderten 1328, eingefügten § 1328a und entwickelten Angehörigenschmerzensgeld wird ein Ersatz immateriellen Schäden über § 1325 hinaus ermöglicht. Zum zentralen geschützten Persönlichkeitsrecht, die körperliche und geistige Unversehrtheit des § 1325 ABGB sind neu Persönlichkeitsrechte und deren Schutz und Ersatzfähigkeit durch das Schmerzensgeld im Entwurf dazugeschrieben. Absolute Neuigkeit ist die erst durch den Entwurf vorgeschriebene Einräumung eines Schmerzensgeldes für die erlitten Angst. Für den Entwurf spricht dass die Ausweitung des Geldersatzes für ideelle Schäden im Trend der europäischen Rechtsentwicklung liegt. In der Sache ist entscheidend, dass die Zwecke des Schadensersatzrechts wie Ausgleich und Prävention, für immaterielle Schäden genauso gelten wie für materielle Schäden.

Bei der gestellten Frage über Schmerzensgeld ohne Schmerzen macht sich in der österreichischen Lehre und Rechtsprechung eine Tendenz in Richtung deren Bejahung bemerkbar. Sie setzt sich auch im Fall des sog. kompletten appalischen

---

<sup>63</sup> *Mayer-Maly*, Die Lebenskraft des ABGB, NZ 1986,265ff.

<sup>64</sup> Ausführlich *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seinen Reform, Verhandlungen des 15.Österreichischen Juristentages (2003) Band II/1 (Gutachten).

<sup>65</sup> § 31e Abs 3 KonsumentenschutzG idF BGBl I 2003/91.

Syndroms weiter fort. Dabei ist offensichtlich, dass nicht mehr auf die Schmerempfindung abzustellen ist, sondern auf die Zerstörung der Persönlichkeit. Eine so entstandene Verletzung sei auch zu ersetzen, auch für den Fall, wenn die verletzte Person schon vor dem schädlichen Ereignis schmerzunfähig war. Demzufolge und im Licht der Entscheidung des OGH aus 2005 sollte man sich von der engen Begrifflichkeit des Schmerzensgeldes im § 1325 ABGB lösen und von immateriellen Schaden sprechen, da sich der Begriff des Immaterialschadens nicht in Schmerzensgeld und Unlustgefühlen erschöpft, sondern umfasst jede Art der Persönlichkeitsminderung des Geschädigten.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Siehe *Karner*, 127f.

*Aleksandra Vučić-Milovanović,*  
profesor Pravnog fakulteta u Beču

## **NOVINE KOD INSTITUTA NAKNADE BOLNINE U AUSTRIJSKOM PRAVU**

### *R e z i m e*

Austrijski Opšti građanski zakonik (ABGB) u § 1325. priznaje pravo na bolninu. Ovo pravo je izvorno postavljeno ne kao pravilo, već kao izuzetak. Norma tog paragrafa govori samo o bolovima izazvanim telesnom povredom kao pretpostavkom za dosuđivanje bolnine, ali se ta zastarela i veoma rigidna zakonska formulacija iz 1811. godine, već dugi niz godina u pravnoj nauci, a posebno u sudskoj praksi, ekstenzivno tumači i interpretira. Na taj način se i oštećenja zdravlja psihičke prirode podvode pod normu tog paragrafa. Takođe, duševni bolovi se smatraju jednim vidom nematerijalne štete za koju se dosuđuje bolnina (kao i za pretrpljeni šok). Razvitak pravnog shvatanja o naknadi nematerijalne štete, izvan onoga što nudi izvorna norma paragrafa 1325. ABGB-a, bazira se na sudskoj praksi. Zbog toga, može se reći da je današnje austrijsko pravo naknade neimovinske štete - sudsko pravo. Iz godine u godinu Vrhovni sud Austrije razvija sudsku praksu, određuje i modifikuje dopuštene zahteve za naknadu štete i stvara nove standarde. Jedan od najznačajnijih primera za to je priznanje i dosuđivanje bolnine bliskim srođnicima.

U Austriji je 2005. godine izrađen i predstavljen Nacrt novog prava na naknadu štete. Institut bolnine je u njemu normiran kao pravilo i generalno regulisan u smislu da se principijelno dosuđuje kod značajnih povreda prava ličnosti. U paragrafu 1316. Nacrta, po prvi put su taksativno navedeni slučajevi u kojima se dosuđuje bolnina. Pored osnovnog priznatog i zaštićenog ličnog prava na telesnu i duhovnu nepovredivost, koje je već sadržano u § 1325. ABGB, u Nacrtu se nalaze i druga lična prava za čiju povredu se predviđa bolnina, kao što je npr. u slučaju povrede prava na privatnost, dosuđivanje bolnine bliskim srođnicima u slučaju smrti ali i teške povrede bliskog srođnika, bolnine u slučaju seksualnog zlostavljanja i kod povrede prava na polnu samoopredeljenost, kao i u slučaju diskriminacije na osnovu pola, etničkog porekla, religije i invaliditeta. Apsolutno nova je i norma iz stava 3. tačka 6. paragrafa 1316. Nacrta, koja po prvi put predviđa bolninu i za slučaj doživljenog smrtnog straha ili straha od teške povrede, a koji ne mora da dovede do poremećaja u zdravlju. Zbog problema kod određivanja visine bolnine, tj. njenog „merenja“, odnosno procene, u Nacrtu su izričito navedeni kriterijumi na osnovu kojih se procenjuje postojanje i visina bolnine. Za razliku od dosadašnjeg prava, Nacrt stavlja akcenat ne na težinu, tj. oblik krivice, već, između ostalog, pretežno na značaj povređenog dobra i na obim i trajanje povrede.

A kod spornog pitanja dosuđivanja bolnine, u slučajevima kada ne postoje bolovi, tj. kada se oni ne mogu osetiti (jer je povređena osoba u nesvesti i sl.), austrijska sudska praksa je zauzela stanovište da je takva naknada moguća. Čak i u slučaju kada je povređena osoba i pre tog štetnog događaja već bila nesposobna da oseti bol (npr. već je oduzeta), naknada bolnine je, ipak, dopuštena, istina u manjem obimu. Time je jasno izraženo gledište Vrhovnog suda, koje je i potvrđeno kroz presudu iz 2005-te, da u tim slučajevima nije relevantan intenzitet bola, već se bolnina dosuđuje zbog uništenja ličnosti, jer pojam bolnine izvan usko formulisano­g paragrafa 1325. ABGB, obuhvata svaki vid tzv. Umanjenja (povrede) ličnosti povređene osobe.

*Aleksandra Vučić-Milovanović, LL.D.*  
Assistant Professor,  
Faculty of Law, University of Vienna

## **NOVELTIES IN THE INSTITUTE OF NON-PECUNIARY DAMAGES IN THE AUSTRIAN LAW**

### *Summary*

In paragraph 1325, the Austrian General Civil Code (ABGB) recognizes the right to non-pecuniary damages. This institute was initially set forth as an exception rather than as a clear-cut rule. In the normative framework of this paragraph, the presumption for awarding non-pecuniary damages is the pain and suffering caused by a physical harm or bodily injury. However, this rigid and outdated legal formulation (deriving from 1811) has been subject to an extensive consideration and interpretation of both legal science and judicial practice for years. Thus, the legal norm in this paragraph also includes the mental harm to human health. In addition, non-pecuniary damages are awarded for suffering mental pain and emotional distress, which are also regarded as a type of non-pecuniary damage. Beyond the original normative framework contained in paragraph 1325 of the Austrian General Civil Code (ABGB), a further development of the legal conception and standards on the non-pecuniary damages is primarily grounded in the judicial practice. For this reason, it can be said that the current Austrian legislation on the right to a legal relief for non-pecuniary damage is a judge-made body of law derived from the judicial practice. Year after year, the Supreme Court of Austria has been developing its judicial practice by expanding the scope of claims for non-pecuniary damages and creating new legal standards. One of the most significant examples is the new rule on recognizing and awarding non-pecuniary damages to the next of kin.

In 2005, the Austrian legislature designed and presented the Draft of the new legislative framework on damages. In the Draft, the institute of non-pecuniary damages was set forth as a legal rule and generally regulated as a relief which is awarded on principle for substantial violations of personality rights. Paragraph 1316 of the Draft for the first time specifies the situations when non-pecuniary damages may be awarded. Apart from recognizing the personal right to physical and mental integrity, which was already included in paragraph 1325 of the Austrian General Civil Code (ABGB), the Draft contains some other personal rights, for the violation of which the legislator has envisaged the award of non-pecuniary damages. Thus, non-pecuniary damages may be awarded in case of a violation of the right to privacy, in case of a death or a serious bodily injury inflicted on a next

of kin, in case of a sexual abuse or a violation of the right to sexual orientation (self-determination), as well as in case of a discrimination on the grounds of sex, ethnic origin, religion and identity. Paragraph 1316 (section 3, item 6) of the Draft includes a new provision under which non-pecuniary damages are for the first time envisaged to be awarded in case of a deadly fear or a fear of sustaining a serious bodily injury which does not necessarily result in a severe psychic disorder. In order to establish the degree of pain and estimate the amount of non-pecuniary damages, the Draft explicitly stipulates the criteria for determining the eligibility to receive non-pecuniary damages and estimating the amount of the awarded non-pecuniary damages. In comparison to the foregoing legal provisions, the Draft does not lay emphasis on the gravity of the wrongdoing (degree of liability) but primarily, *inter alia*, on the importance of the violated personal right, the scale and the duration of the violation.

In case the award of non-pecuniary damages is a disputed issue, for example in case when the injured party is unable to feel any pain and suffering because of being unconscious, the Austrian judicial practice has taken the standpoint that non-pecuniary damages may be awarded even in such circumstances. Moreover, in case the injured person has been incapacitated even before the harmful event to feel the pain (because of being paralyzed, for example), the relief for non-pecuniary damages is still possible but the awarded amount is significantly smaller. This clearly communicates the standpoint of the Supreme Court of Austria, affirmed by the Court judgment in 2005, that the intensity of pain is not fully relevant in these cases; instead, non-pecuniary damages are awarded for the devastation or harm inflicted on one's personality because the concept of non-pecuniary damages (outside the narrow formulation in paragraph 1325 of the Austrian General Civil Code) includes any form of damage or harm inflicted on the personality of the injured person.

*Translated by:*  
Gordana Ignjatović, BA

DIE NEUERUNGEN DES SCHMERZENGELDINSTITUTS...

---



**UDK: 347.23**

Stanka Stjepanović, vanredni profesor  
Pravni fakultet Istočno Sarajevo, Pale

## STICANJE OD NEVLASNIKA

***Apstrakt:** Pred Narodnom Skupštinom Republike Srpske je Nacrt Zakona o pravu vlasništva i drugim stvarnim pravima koji će vjerovatno biti u skorije vrijeme usvojen. U Federaciji Bosne i Hercegovine je isto urađen Nacrt zakona o pravu vlasništva i drugim stvarnim pravima. U Republici Srbiji je krajem novembra prošle godine radna grupa završila Nacrt Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima. Republika Hrvatska već od 1996. godine, uz izmjene i dopune, ima kodifikovano stvarno pravo. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta iz 2001. godine, kao i sada važeće zakonodavstvo u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republike Srpske taksativno navode u kojim slučajevima je moguće steći pravo vlasništva na pokretnoj stvari od nevlasnika. Nacrt Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ovaj institut postavlja na drugim osnovama i potpuno ga približava rješenjima iz njemačkog prava. Kako je sudska praksa u sva tri entiteta Bosne i Hercegovine već punih dvadeset i osam godina stvarana na rješenjima koja je dao Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa, smatramo da bi trebalo sticanje vlasništva na pokretnim stvarima od nevlasnika i u novom Zakonu isto tako riješiti. Rješenje predloženo u sadašnjem Nacrtu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima u stvari je preuzeto iz Njemačkog građanskog zakonika. Imajući u vidu da je na ovim prostorima duga pravna tradicija zasnovana na rješenjima Austrijskog građanskog zakonika i Građanskog zakonika Kraljevine Srbije, smatramo da nema razloga, ako se želi harmonizacija propisa na ovim prostorima, da svi ne regulišu i ovaj institut sticanja od nevlasnika polazeći od te tradicije, kako u Bosni i Hercegovini, tako i u Srbiji.*

***Ključne riječi:** vlasništvo, nevlasnik, pokretna stvar, prodaja, naknada, savjestan sticalac.*

### Uvod

Sticanje od nevlasnika je izuzetak od pravila da niko ne može prenijeti na drugoga više prava nego što ga sam ima. Opšte je pravilo građanskog prava, važeće još od rimskog prava, da niko ne može na drugoga prenijeti više prava nego što ga

sam ima.<sup>1</sup> Uvođenjem u građansko pravo mogućnosti da se stekne svojina od lica koje nije vlasnik, dolazi se do toga da vlasnik stvari mora priznati efekte pravnog posla između drugih lica, u kome poslu on nije učestvovao. U sukobu dva prava - prava savjesnog sticaoca pokretne stvari i prava vlasnika te stvari - većina zakonodavstava se odlučuje da zaštiti pravo savjesnog sticaoca. Vlasnik stvari na izvjestan način biva kažnjen, jer nije imao dovoljno opreza prilikom povjeravanja svoje stvari drugom licu. Njega su treća lica dovela do toga da on ostane bez svog vlasničkog prava. Dakle, u sticanju od nevlasnika učestvuju tri lica: vlasnik kod koga se stvar ne nalazi, nevlasnik-otuđivalac kod koga se stvar nalazi i sticalac. Zavisno od razvoja društva, odgovor na vječitu dilemu, pružiti zaštitu pravnom prometu u povodu pokretnih stvari ili slijediti rješenja neograničene vindikacije, bio je različit. Sada je u Republici Srpskoj, kao i u Republici Srbiji, na snazi Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa. Pred nadležnim tijelima obe republike nalazi se Nacrt novog Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. U ovom ćemo radu, koristeći uporednopravni i istorijski metod, pokušati da ukažemo što bi u Republici Srpskoj i Republici Srbiji moglo biti korisnije za regulisanje instituta sticanja svojine bez osnove: sadašnje zakonsko rješenje ili ono koje se predviđa u Nacrtu novog Zakona Republike Srpske i Zakonika Republike Srbije. Da li treba prednost dati zaštiti pravnog prometa ili vlasniku pokretne stvari?

## **I. Sticanje od nevlasnika po propisima koji su važili na teritoriji Kraljevine Jugoslavije**

### **a) Austrijski građanski zakonik i Građanski zakonik Kraljevine Srbije**

Austrijski građanski zakonik je važio na teritoriji Bosne i Hercegovine od njezine aneksije, pa sve do Drugog svjetskog rata. Poslije 1946. godine, do donošenja Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima, važio je kao pravno pravilo. Sticanje od nevlasnika je regulisano § 367. Austrijskog građanskog zakonika, koji je postavljen kao izuzetak od prethodnog paragrafa u kome je regulisano pravo na tužbu iz prava vlasništva. Pravo na tužbu je izviralo iz prava vlasnika da isključi svakoga drugoga od posjeda svoje stvari. Vlasnik je imao pravo da stvar "ište sudski od svakog držaoca tužbom o vlasnosti. Ali ovo pravo nema onaj koji je otuđio stvar u svoje ime, kad još ne bijaše njegov, a zatim je zadobio vlasnost njezinu".<sup>2</sup> Paragraf 367. AGZ postavlja izuzetak za pokretne stvari u izvjesnim slučajevima. Tako se kaže da tužbi o vlasnosti nema mjesta protiv poštenog posjednika pokretne stvari, ako se dokaže da je tu stvar pribavio ili na javnoj dražbi ili od kojeg obrtnika, koji je ovlašten da vodi takav promet, ili za

---

<sup>1</sup> Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet, (Sec. Paulus - D. 50, 17, 120), prema Stojčević-Romac: Dicta et regulae iuris, Savremena administracija, Beograd, 1989, str. 314.

<sup>2</sup> § 366. AGZ, M. Vuković, Pravila građanskih zakonika s naknadnim propisima, sudskom praksom, napomenama i podacima iz literature, Zagreb, 1961, str. 195.

plaću od onoga kome je povjerio isti tužitelj da se njom služi, da je čuva, ili na koju mu drago inu svrhu. U ovim slučajevima poštenu posjednik zadobiva vlasnost, a prijašnji vlasnik ima pravo na naknadu štete samo protiv onih koji su mu za to odgovorni.<sup>3</sup> Pravo vlasniku stvari na tužbu daju i § § 218. i 219. Građanskog zakonika Kraljevine Srbije.<sup>4</sup> U svakom slučaju, onaj ko je tvrdio da je vlasnik stvari morao je na sudu dokazati da je stvar njegova i kod koga se nalazi.<sup>5</sup> Građanski zakonik Kraljevine Srbije je posebno regulisao problem sticanja pokretnih stvari kupoprodajnim ugovorom. Pri tome je on naročitu pažnju obraćao na činjenicu da li je prodavac bio takav da je kupac mogao odmah posumnjati u njegovu poštenje. Sumnje kupca su se mogle odnositi na lična svojstva prodavca. Znači, kad je prodavac lice koje je sklono prevarama, do sada osuđivano, ne može kod kupca ulivati povjerenje da je doista vlasnik stvari. Radnja prodavca je isto mogla biti izvor sumnje za kupca. Zakonik nalaže kupcu pokretne stvari da mora naročitu pažnju obratiti i na slučaj kada je stvar koju kupuje rijetka i sa specifičnim svojstvima. I cijena može biti osnov za sumnju. Ako prodavac traži veoma nisku cijenu za stvar koju prodaje, kupac je dužan da ispita zašto prodaje po tako niskoj cijeni, da li je u pitanju krajnja nužda, teška oskudica ili je to želja da se što prije oslobodi stvari koja nije njegova. Vrijeme prodaje može biti isto tako odlučujući faktor za sumnju kupca u poštenje prodavca. Prodavac može stvar prodavati u kasnim noćnim satima, što samim tim ukazuje na moguću sumnju o njegovom vlasništvu na stvari koju nudi na prodaju. Mjesto i način prodaje su isto tako činjenice na koje kupac mora obratiti pažnju. Zakonik nije taksativno naveo sve

<sup>3</sup> Ibid, str. 195.

<sup>4</sup> Prema zakonskom tumačenju od 24. jula 1849. godine. V. br. 739. Po paragrafima 218. i 219. zakonika građanskog, kad kogod bilo kakvu svoju stvar kod drugog nađe i dokaže da je njegova, a on je ustupio nije, mora mu se od onog kod koga ju je našao povratiti, pa i ako je ovaj poštenim načinom do nje došao, dakle, ako je kupio neznajući da je krađena, i da prodavac nije pravi gospodar od nje; jer ako je kupac nepoštenim načinom takvu tuđu stvar pribavio, on onda osim stvari još i svu štetu i izgubljeni dobitak mora gospodaru stvari popuniti. Ova pravila za sve bez razlike stvari koje između ljudi prolaze, zakonom tako izložena, postoje bez izuzeća i za stoku i za svaku proizvoda zemaljskih struku, kao hranu, kože, loj, vosak, itd. Izuzima se od pravila paragrafa 221 u slučaju poštenog pribavljanja tuđe stvari od strane onog, kod koga se ona nađe, ako je on nju kupio na javnoj licitaciji, ili od onog kome je ista stvar pod kakvim god vidom od gospodara povjerena bila, ili od trgovca, koji obično s takvim stvarima trguje, dakle tako i stoku, samo ako je od onakvog kupio koji objavu od strane praviteljstva ima kao trgovac sa živom stokom ili od vlasti na javnoj licitaciji, ili od onog kome je gospodar istu svoju stoku bilo pod kakvim vidom povjerio bio, a drugi proizvod, zemaljski takođe u ova dva posljednja slučaja, i osim ovih samo onda, ako je kupac od onog kupio, koji kao priznat i javan trgovac i špekulant, od takvih proizvoda s njima radi. Dakle, bez ovoga svega, ako ko kupi stoku kakvu, ili proizvod kakav od koga, pa poslije dokaže drugi, da je njegova, i od njega ukradena, ona se mora, kao i svaka druga stvar u takvom slučaju, po smislu paragrafa 218. i 219. zakona građanskog pravome gospodaru od kupca vratiti ili, ako je međutim potrošena cena njena od istog kupca izdati mu se, a kupcu ostaje obratiti se na onog od koga je kupio i svoje ovome izdate novce od njega povratiti, ili od onog, na čije je jemstvovanje da je prodavac vlastan stvari prodati, on je nju od ovog kupio. (Građanski zakonik za kraljevinu Srbiju, sredio Ivan Petković, Beograd, 1939).

<sup>5</sup> § 219. Građanskog zakonika Kraljevine Srbije. Ibid, str. 121.

okolnosti koje kod kupca mogu izazvati sumnju, ali ih je primjerice naveo i dao mogućnost i drugih okolnosti koje mogu biti sumnjive kupcu u odnosu na prodavca.<sup>6</sup> I sam kupac može biti nesavjestan, a zakonik taksativno navodi koji su to slučajevi kada se može smatrati da je on nesavjestan. Ako kupac ne zna da imenuje lice od koga je kupio stvar, kako će opisati od koga je kupio stvar? On treba da opiše lice, trebao bi znati njegovo ime i prezime. Postavljanje ovog uslova je vrlo teško za kupca, jer se obično pokretna stvar kupovala bez pisanog ugovora, tako da je dokazivanje identiteta prodavca često bilo teško. Ukoliko se prodavac lažno predstavio, to će biti znatno otežano kupcu da utvrdi od koga je kupio stvar. Iz odredbe § 220. GZKS vidi se da kupac ne bi trebao kupovati stvari od lica koja se odsele iz države, jer u takvom slučaju se taj ne može ispitati i onda se kupac smatra nesavjesnim. Kupovina mora uvijek biti dokazana, a kad ona nije dokazana, onda je u tom slučaju kupac dužan da stvar preda bez ikakve naknade njezinom prijašnjem gospodaru i dužan je da naknadi štetu njezinom vlasniku. U tom slučaju smatra se kao nesavjestan kupac, pa je dužan naknaditi i izgublenu dobit vlasniku stvari. U potpuno je drugačijem položaju kupac pokretne stvari koji nije mogao posumnjati u poštenje prodavca; onda je on savjestan i dužan je bio stvar vratiti vlasniku stvari samo onda kada mu ovaj naknadi što je za nju dao i sve troškove koje je imao u vezi te stvari.<sup>7</sup> Austrijski građanski zakonik isto tako primjerice navodi šta sve može ukazivati na sumnju u savjesnost stjeccaoca. Ali u njemu nema traženja od kupca da u svakom slučaju mora znati identitet svoga prethodnika, niti ima bilo kakve posljedice ako je prodavac umro ili se odselio iz države. AGZ nema izričit termin kupac pokretne stvari, već se navodi posjednik. To ne znači da se u parnici ne može dokazivati nesavjesnost kupca u slučaju kada kaže da je stvar pribavio od lica koje je sada nepoznata boravišta. Ali sigurno da je propis Srpskog građanskog zakonika dao više smjernica sudiji u parnici u takvim slučajevima nego AGZ kad treba da prosudi da li je stvar pošteno pribavljena.

Za sticanje od nevlasnika i AGZ i GZKS su zahtijevali da se ispune opšti i posebni uslovi. Prema postavci § 367. AGZ i § 221. GZKS, vidi se u stvari kada će vlasnik stvari biti odbijen sa svojom tužbom i tužbenim zahtjevom za povrat svoje stvari od posjednika, nevlasnika stvari. Kada će on biti onemogućen da vindicira svoju stvar? Najprije ta stvar treba da bude pokretna, jer je to navedeno u odredbi Zakonika. I kasnije, kada je AGZ primjenjivan kao pravno pravilo na našim prostorima, nije dozvoljena primjena analogije u tumačenju da se to primjeni i na nepokretne stvari.<sup>8</sup> Drugi opšti uslov je da je lice kod koga se nalazi pokretna stvar

---

<sup>6</sup> Kad sadašnji držalac tvrdi da je imanje kupio, onda onaj ko tvrdi da je imanje dato u rerum mora to i dokazati. Odluka br. 4515 od 4. 10. 1875. Ibid, str. 121.

<sup>7</sup> „Savestan kupac ima prava ili kupljenu tuđu stvar da zadrži za sebe ili da je pravom gospodaru vrati, a da naknadu traži.“ (Odluka 707 od 20. 03. 1886. g. Ibid, str. 121).

<sup>8</sup> „Primjenu izuzetnog pravnog pravila o sticanju prava vlasništva od nevlasnika nije dopušteno proširiti na druge slučajeve.“ (Rješenje Vrhovnog suda NRH od 31. maja 1952. g. Gž. 419/52, Naša zakonitost, 1952, str. 286).

savjesno, dakle, ono lice koje nije niti je imalo osnova posumnjati da lice od koga nabavlja stvar nije njezin vlasnik. Treći uslov je da je stjecanje bilo teretnim pravnim poslom. Građanski zakonik Kraljevine Srbije je izričito naveo da je to kupoprodaja, jer sadrži pojmove kupac i prodavaoc, a ne i druge vidove teretnih ugovora. AGZ se bavi pojmom pribavioc, što bi značilo da mogu i ostali teretni pravni poslovi, a ne samo ugovor o kupoprodaji, biti opšti uslov za sticanje od nevlasnika. Ova tri opšta uslova trebaju biti ispunjeni kumulativno. Pored njih, treba biti ispunjen i neki od posebnih uslova koje propisuju zakonici. Stvar treba da je kupljena na javnoj prodaji<sup>9</sup>, ili od trgovca koji obično s takvim stvarima trguje, ili od zanatlije koji takve stvari pravi, ili od onoga kome je vlasnik tu stvar dao na poslug, ili na ostavu, ili u zalogu, ili kome je ta stvar pod kakvim god vidom povjerena bila. AGZ ne pominje izričito zalogu, ali se iz termina “ili na koju mu drago inu svrhu”<sup>10</sup> može zaključiti da je to i u slučajevima kada je vlasnik svoju stvar dao drugom licu u zalogu, pa ovaj istu otuđio trećem licu. Tada treće lice, ako je savjesno, može upotrebiti prigovor da je steklo svojinu na stvari. Odredba Srpskog građanskog zakonika je jasnija i daje precizniju uputu sudiji za postupanje u svakom konkretnom slučaju kada su ispunjeni opšti uslovi za sticanje od nevlasnika. Austrijski građanski zakonik ne predviđa mogućnost da vlasniku bude vraćena stvar ako je stjecalac savjestan i neće to da uradi, već samo može dobrovoljno da stvar preda vlasniku. Kako smo to već naveli u ovom radu, GZKS se razlikuje u toj odredbi, jer predviđa mogućnost da vlasnik preuzme stvar od savjesnog kupca, pod uslovom da mu naknadi vrijednost stvari i sve troškove koje je on imao u vezi te stvari. Dakle, ovaj je zakonik prihvatio rješenje ograničene vindikacije u svakom slučaju. To ograničenje je mogućnost vlasnika da isplati sticaocu vrijednost stvari i sve troškove koje je on imao od te stvari. Ti troškovi koje novi stjecalac ima u vezi stvari mogu često prelaziti vrijednost same stvari. Hraneći i timareći stoku, a ako je potrebno i liječiti ju, sticalac napravi daleko veće troškove u toku godinu dana nego što iznosi vrijednost same stoke. Možemo zaključiti da su i GZKS i AGZ prihvatili neko srednje rješenje između neograničene vindikacije i neograničenog priznanja prava savjesnom sticaocu za sticanje prava svojine. Ipak je GZKS dao više mogućnosti vlasniku stvari ograničavajući ga jedino isplatom vrijednosti stvari i svih troškova u vezi stvari koje je imao sticalac.

### **b) Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru**

Naši ugledni pravni teoretičari, kada pominju predratna pravna pravila, misle prvenstveno na odredbe AGZ i GZKS. U materiji sticanja od nevlasnika ne

<sup>9</sup> „Sopstvenik ne može svoje pravo svojine ostvarivati protivu kupca tog imanja na javnoj licitaciji.“ (Odluka Kasacionog suda br. 11977 od 22. dec. 1927, *ibid.* str. 122).

<sup>10</sup> M. Vuković, *cit. djelo*, str. 195.

pominju uopšte odredbe Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru.<sup>11</sup> Stanovište je da taj zakonik, za razliku od pomenutih, nije regulisao posebno ovo pitanje. OIZ je, po našem mišljenju, ipak uredio mogućnost sticanja svojine od nevlasnika, uz ograničenu mogućnost vindikacije isplatom sticaocu od strane vlasnika svih troškova koje je on imao. Mogućnost da vlasnik traži stvar nazad, uz isplatu svih troškova, takođe je ograničena uslovom da sticalac nije stvar već stekao održajem, dakle, protekom pet godina, ako je nezlomljen, kako savjesnog držaoca naziva zakonik, a držinu je stekao na zakonitu osnovu,<sup>12</sup> a ukoliko nije mogao dokazati kojim je zakonitim putem došla u njegovu državinu pokretna stvar, onda je vrijeme za održaj petnaest godina.<sup>13</sup> Gotovo da nema razlike između odredaba GZKS i OIZ u pogledu mogućnosti vlasnika stvari da sudskim putem dobije stvar od njezina držaoca. OIZ je usvojio opšte načelo da svaki onaj kod koga se nađe tuđa stvar, treba istu vlasniku vratiti i to bez ikakve naknade, ali odmah izuzima od tog pravila slučajeve sticanja svojine pokretne stvari pobrojane u čl. 101. Zakonika. Zakonik je izričit da se radi o kupovini. Kao što smo ukazali u prikazu građanskog zakonika Kraljevine Srbije, odredba se odnosi samo na kupovinu. Mada u pravnoj teoriji postoje neslaganja oko toga da li pod tim pojmom treba podrazumjevati i trampu, smatramo ipak da izuzetak od svakog pravila treba restriktivno tumačiti, pa tako i u ovom slučaju.<sup>14</sup> Dakle, da bi kupac mogao od prodavaca steći pravo svojine, iako prodavac nije bio vlasnik, treba da je savjestan, da je stvar pokretna, da je stvar vlasniku nestala. Stvar mora biti kupljena na pazaru ili u dućanu ili na javnoj prodaji. U zakoniku su strogo naznačena mjesta gdje stvar treba biti kupljena. Zakonik traži jedan dodatan dokaz u slučajevima kada se radi o govedu ili konju, ili o nekoj drugoj stvari čije je vrijednost veća od dvadeset i pet franaka. U tim slučajevima kupac mora reći od koga je prodavca stvar kupio, pa onda može zahtjevati od vlasnika stvari da mu naknadi sav trošak koji je on imao u vezi stvari, a ako vlasnik to ne može naknaditi, stvar ostaje u njegovom vlasništvu. Kao i GZKS, i ovaj zakonik propisuje obavezu sticaoca da pazi da li je cijena niska, da li je način prodaje sumnjiv, da li su svojstva prodavca takva da treba posumnjati u zakonitost posla po kome mu je stvar došla u državinu. Ako je stvar stekao zločinom, onda je dužan naknaditi vlasniku štetu nastalu slučajem ili gubitkom stvari.

---

<sup>11</sup> Novo izdanje OIZ sa svijem preinakama njegovim staje na snagu 1. aprila 1898. (Ukaz Knjaza Nikole od 14. (27) januara 1898. Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru, CID Podgorica, 2004. g.

<sup>12</sup> Član 91. OIZ.

<sup>13</sup> Član 92. OIZ.

<sup>14</sup> Jovanović, „Pribavljanje pokretne stvari u svojinu po par. 221. GZ“, Arhiv, br. 12, 1912, str. 473. Suprotno stanovište zastupa Đorđe Petrović – Pfaf, „Jedno pitanje iz privatnog prava“, Arhiv, br. 11, 1910, str. 111.)

## **II. Uslovi za sticanje svojine od nevlasnika u pravu Republike Srpske**

Zakon o osnovama svojinsko pravnih odnosa, kao savezni zakon donesen osamdesetih godina, primjenjuje se sada kao propis Republike Srpske.<sup>15</sup> U Brčko Distriktu BiH na snazi je Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima koji je u materiji sticanja od nevlasnika potpuno recipirao Zakon o osnovama svojinskopornih odnosa.<sup>16</sup>

Zakon o osnovama svojinskopornih odnosa za stjecanje svojine od nevlasnika propisuje opšte i posebne uslove. Potrebno je da je sticalac savjestan, da je stvar pokretna, da je pribavljena uz naknadu, dakle, da postoji punovažan pravni osnov - kupoprodaja ili trampa, i da je stvar predata sticaocu. Pored ovih opštih uslova, mora biti ispunjen barem jedan od uslova koji su kao posebni predviđeni u Zakonu. Stvar treba biti nabavljena od nevlasnika koji u okviru svoje djelatnosti stavlja u promet takve stvari, ili od nevlasnika kome je vlasnik predao stvar u državinu po osnovu pravnog posla koji nije osnov za pribavljanje prava svojine, ili na javnoj prodaji. Pravni posao koji nije osnov za sticanje prava svojine može biti ugovor o zalozi, plodouživanje, ostava, posluga i slično. Kupovina na javnoj prodaji regulisana je odredbama Zakona o izvršnom postupku Republike Srpske.<sup>17</sup> Sudska praksa je davala odgovor na neka sporna pitanja opštih uslova, a naročito je u nas na ovim prostorima bilo problematično sticanje svojine na automobilima, koji su često mijenjali vlasnike, a i bili su prekućavani brojevi i šasije i motora, ponekad tako vješto da se bez primjene posebnog vještačenja golim okom to nije moglo vidjeti. Kupac je doista bio savjestan, stekao valjanim pravnim poslom uz naknadu pokretnu stvar (automobil) od neke agencije koja se bavi prodajom takvih vozila, a na kraju mu je vozilo oduzeto, jer se ispostavilo da je vozila ukradeno prije pet, šest, pa i više godina. Sudska praksa nije imala jedinstveni stav da automobil treba ostaviti kod savesnog sticaoca, već se vozilo oduzimalo. Ukazaćemo sada na jedno stanovište izraženo u drugostepenoj presudi Okružnog suda u Novom Sadu<sup>18</sup> i njemu suprotno, izraženo u presudi Okružnog suda u Čačku.<sup>19</sup> U prvom slučaju sud

<sup>15</sup> Zakon o osnovama svojinskopornih odnosa, „Sl. list SFRJ“, br. 6/80 i 36/90.

<sup>16</sup> Član 32. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta BiH.

<sup>17</sup> Zakon o izvršnom postupku, „Sl. glasnik Republike Srpske“, br. 59/2003 i 117/2007.

<sup>18</sup> Presuda Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 4548/2005 od 7. 12. 2006. g. „Stoga, imajući u vidu navedeno, nisu osnovani žalbeni navodi tužene da prvostepeni sud nije utvrdio da je tužilac vlasnik automobila, ovo stoga što iz utvrđenja prvostepenog suda proizlazi da je tužilac vlasnik spornog automobila, jer je utvrdio da je automobil kupljen od nevlasnika koji u okviru svoje djelatnosti stavlja u promet takve stvari, pa tužilac, kao kupac automobila kupljenog od nevlasnika, ima pravo svojine na automobilu shodno čl. 31. st. 1. Zakona o osnovama svojinskopornih odnosa.

<sup>19</sup> Presuda Okružnog suda u Čačku, Gž. 1696/07 od 28. novembra 2007. g. Iz obrazloženja: „Nisu ispunjeni uslovi za sticanje svojine od nevlasnika shodno čl. 31. Zakona o osnovama svojinsko pravnih odnosa, kada je tužilac kupio sporno vozilo u garaži u Švajcarskoj koja nije registrovana za

je usvojio tužbeni zahtjev, smatrajući da je kupovina vozila na autoplacu od ovlaštenog prodavca, uz plaćanje carine i registraciju vozila u SUP-u, dovoljna da bi se kupac smatrao savjesnim, bez obzira što je vještak kasnije utvrdio da švajcarska vozačka dozvola nije originalna, kao ni brojevi na šasiji. U drugoj presudi tužbeni zahtjev se odbija, jer sud smatra da je kupovina vozila u garaži u Švajcarskoj kupovina vozila od lica koje nije registrovano za takvu djelatnost.

Po predratnim pravnim pravilima, vlasnik je mogao stvar tražiti i dobiti od sticaoca, ukoliko mu naknadi sve troškove koje je sticalac imao u vezi sa tom pokretnom stvari. Sadašnji ZOSO takvu mogućnost daje vlasniku samo u slučaju da ta stvar za vlasnika ima poseban značaj. Dakle, u tužbi kojom raniji vlasnik kao tužilac traži da mu savjesni sticalac vrati stvar treba sudu prezentovati najprije dokaze da ta stvar za njega ima poseban značaj, a onda ponuditi dokaz o prometnoj vrijednosti te stvari. Dakle, teret dokazivanja je na ranijem vlasniku, a u zavisnosti od uspjeha u dokazivanju posebnog značaja stvari za njega, može se dalje raspravljati o prometnoj vrijednosti stvari. Raniji vlasnik je ograničen i u vremenu postavljanja takvog zahtjeva prema savjesnom sticaocu. Rok je prekluzivan i iznosi godinu dana od sticanja prava svojine sticaoca na tu stvar. Prema ZOSO-u, ako su ispunjeni opšti uslovi i jedan od posebnih, sticalac stiče pravo svojine u momentu kada mu je prethodnik predao stvar. U ZOSO nema propisa o tome kako da sud postupi ako je i za sticaoca ta stvar od posebnog značaja. Može se desiti da je novac za kupovinu te stvari dao bliski srodnik koji je u međuvremenu umro. Zakonska odredba daje mogućnost ranijem vlasniku da stvar traži nazad, ali nije izričito propisano da je u svakom slučaju sticalac dužan to prihvatiti. Da li je sudu u takvim slučajevima dozvoljeno da vodi računa i o posebnom značaju te stvari za sticaoca ili ne? Po našem mišljenju, sud bi trebao cijeliti i tu okolnost. U zakonu nema rješenja šta je sa pravima trećih lica koja su postojala na pokretnoj stvari .

### **a) Sticanje od nevlasnika po Švajcarskom građanskom zakoniku**

Švajcarski građanski zakonik <sup>20</sup> je sticanje od nevlasnika regulisao u odredbama čl. 933. i 934. U odredbi čl. 933. regulisano je postupanje u slučaju kada je vlasnik stvar drugome licu povjerio (bei anvertrauten Sachen). Savjesni sticalac postaje vlasnik momentom predaje i ne postoji mogućnost povraćaja stvari od strane ranijeg vlasnika. Ako je iz vlasnikovog pritežanja stvar izašla protivno njegovoj volji (npr., ukradena mu je, izgubio ju je ili mu je izišla iz državine na drugi način), on je može vindicirati u roku od pet godina, bez obzira kod koga se nalazi. On je novom vlasniku dužan nadoknaditi cijenu koju je ovaj za nju platio

---

obavljanje takve djelatnosti, a po računu koji je falsifikovan, pa je tužbeni zahtjev tužioca trebalo odbiti kao neosnovan.“

<sup>20</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907. Stand am 1.april 1985, herausgegeben von der Bundeskanzlei 1985. Vertrieb: Eidgenössische Drucksachen und Materialzentrale 3000 Bern Verfügungs- und Rück-forderungsrecht.



ako je stvar nabavljena na javnoj prodaji, na pijaci ili od trgovca koji se bavi prodajom istovrsnih stvari. Iz ovoga se vidi da i u švajcarskom pravu za sticanje na javnoj prodaji, pijaci ili od trgovca koji se bavi prodajom istovrsnih stvari važe različiti režimi, u zavisnosti od toga kako je stvar izašla iz vlasnikove državine. Moguće je nekada i sticanje prava svojine od nevlasnika kod koga nije potreban nikakav protek vremena od predaje stvari (ako je u momentu sticanja od strane prvog savjesnog pribavioca istekao zakonski rok od pet godina), a nekada je u pitanju održaj sui generis, kod koga je potreban protek ostatka vremena do roka od pet godina. Dakle, bitan je način na koji je stvar izašla iz državine vlasnika.

### **b) Sticanje od nevlasnika po Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske**

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima RH regulisao je sticanje od nevlasnika na nešto drugačiji način nego ZOSO.<sup>21</sup> Opšti uslov je savjesnost sticaoca, da je stvar pokretna, da je posao naplatan i da je sklopljen radi sticanja prava vlasništva, da je pravni posao sklopljen s posjednikom kojem ta stvar ne pripada ili koji nije ovlašten da njome tako pravno raspolaže. Kao momenat sticanja vlasništva stvari određuje se trenutak sticanja samostalnog posjeda; pod uslovom da mu je stvar predana u samostalni posjed samim očitovanjem volje, on će pravo vlasništva steći tek kad mu bude predana u neposredan posjed. Smatra se da je sticalac bio savjestan ako u trenutku zaključenja posla, a ni u trenutku primanja neposrednog posjeda, nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati u to da stvar pripada licu koje ju je otuđilo. Zakon isključuje mogućnost sticanja prava svojine od nevlasnika ukoliko je stvar od njega ukradena ili je ukradena licu preko koga je vlasnik stvar posjedovao, ili ako je vlasnik stvar izgubio ili zametnuo. Izuzetak ne važi kad je u pitanju novac, hartije od vrednosti na donosioca ili kad je stvar kupljena na javnoj prodaji. Time je ovaj zakon pošao od principa da je državina otuđioca osnov povjerenja za sticaoca. Ovdje je usvojen princip da se pruža veća zaštita savjesnom sticaocu nego vlasniku stvari koji je svoju stvar dobrovoljno predao drugome. Ipak, u određenim slučajevima u kojima je vlasnik državinu svoje stvari izgubio protivno svojoj volji, zakon priznaje vlasniku pravo da vindicira svoje stvari, bez obzira na savjesnost sticaoca. Prema tome, u ovakvim slučajevima vindikaciona tužba vlasnika djeluje protiv svih. Zakon Republike Hrvatske je u stvari recipirao odredbe § § 932. do 935. Njemačkog građanskog zakonika. Prema § 935. st. 2. Njemačkog građanskog zakonika, isto kao i u čl. 118. st. 4. Zakona RH, poseban tretman imaju novac, hartije od vrednosti na donosioca i stvari stečene na javnoj prodaji. Na njima savjesno lice stiče svojinu i ako su one bile ukradene, izgubljene ili ih je on

---

<sup>21</sup> Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske od 28. 10. 1996. g. (Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00).

zametnuo. Ovakav tretman navedenih stvari proizlazi iz njihove prirode, jer je u ovim slučajevima potrebno pružiti neograničenu zaštitu savjesnom sticaocu.<sup>22</sup> Za razliku od ZOSO, u ovom zakonu je regulisano pravo trećih lica koja terete pokretnu stvar. Ova prava prestaju stjecanjem vlasništva od otuđivaoca kojemu stvar ne pripada. Ali neće prestati ona prava trećih lica za koja je sticalac znao da postoje ili je to morao znati u času kad je sticao vlasništvo.

### **c) Sticanje od nevlasnika prema Nacrtu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Srpske**

Član 111. Nacrta zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima navodi koji uslovi trebaju biti ispunjeni da bi se vlasništvo moglo steći od nevlasnika. Lice mora biti savjesno, pravni posao mora biti zaključen radi sticanja prava vlasništva, stvar mora biti pokretna. Prema Nacrtu, sticalac je savjestan ako u trenutku zaključenja pravnog posla, a ni u trenutku primanja neposredne državnine nije znao niti je s obzirom na okolnosti mogao znati da stvar ne pripada otuđivaocu. Smatra se da je sticalac stekao svojinu na stvari u trenutku sticanja samostalnog posjeda, ako mu je stvar predana u neposredni posjed ili se već od prije nalazi kod njega. Ako mu je stvar predana u samostalni posjed samo očitovanjem volje, on će pravo vlasništva steći tek kad mu stvar bude predana u neposredni posjed. Predviđen je izuzetak od opšteg pravila sticanja od nevlasnika u slučaju da je stvar njezinom vlasniku ili licu preko koga je on posjedovao bila ukradena ili ju je izgubio ili zaturio, osim u pogledu sticanja gotovog novca, hartija od vrednosti na donosioca ili na javnoj prodaji.

Prema čl. 318. Nacrta, samostalni posjednik je lice koje posjeduje stvar kao da je njen vlasnik, odnosno pravo stvarne službenosti kao da je njegov nosilac. Nacrt uvodi pojam presumpcije vlasništva na pokretnoj stvari (čl. 319). Svako može u pravnom prometu valjano postupati pouzdavajući se u to da je posjednik pokretne stvari njen vlasnik, osim ako je znao ili je morao znati da nije. Nacrt predviđa šta će biti sa pravima trećih lica koja terete pokretnu stvar. Ta prava prestaju, osim ako je sticalac znao da ona postoje ili je to mogao znati u času kad je sticao vlasništvo. Nacrt uvodi pretpostavku da je sticalac znao da postoji založno pravo ako je ono upisano u registar zaloga. Sa postojanjem založnog prava izjednačeno je i svako drugo pravo o čijem postojanju sticalac može saznati

---

<sup>22</sup> Po Vestermanu, državina nevlasnika stvara privid prava svojine i ako je sticalac povjerovao ovom prividu. Interesi vlasnika moraju da odstupe zbog toga što je on svojom voljom napustio državinu stvari i svjesno stvorio novo stanje državnine kod otuđioca koje obmanjujuće djeluje. Da li će savjesni sticalac koji je podnio imovinsku žrtvu da zadrži stečenu stvar zavisi od ponašanja vlasnika, da li je on kriv za stvaranje obmanjujućeg stanja državnine i da li ga je prouzrokovao. (Hary Westermann, Sachenrechts, 4. Aufl., 1960, str. 228).

uvidom u odgovarajući javni registar. Ta presumpcija neće važiti ako je prodavaoc u okviru svog redovnog poslovanja stavio stvar u promet. Ako se usvoji ovakav Nacrt zakona, onda će se Republika Srpska približiti onim pravima koja su prihvatila neograničeno sticanje od strane savjesnog lica. Uz neznatne izmjene, ovo je u stvari rješenje kako je dao Njemački građanski zakonik. Ovakav prijedlog rješenja sticanja od nevlasnika ne bi trebalo usvojiti, jer je suprotan i našoj pravnoj tradiciji. Smatramo da bi trebalo ostati kod rješenja koja je dao Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa, a dodati samo rešenje o pravima trećih lica na toj stvari koja su postojala u momentu sticanja svojine.

#### **d) Sticanje od nevlasnika prema Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije**

I Nacrt ovog Zakonika predviđa opšte i posebne uslove za sticanje prava svojine od nevlasnika i drugog lica neovlašćenog da sa stvari raspolaže. Kao opšte uslove navodi savjesnost sticaoca, punovažnost pravnog posla uz naknadu i da je stvar pokretna. Posebni uslovi za pribavljanje stvari su taksativno navedeni i, u odnosu na sadašnje zakonsko rješenje, prošireni sa još dva. Pored mogućnosti da je stvar nabavljena na javnoj prodaji, ili da je otuđivalac ili njegov prethodnik lice kome je sam vlasnik tu stvar povjerio s tim da je ne otuđi, ili da otuđivalac u vidu djelatnosti ovlašćeno stavlja u promet takve ili slične stvari, predviđeno je da je moguće steći svojinu od nevlasnika ako raniji vlasnik svojim nemarom doprinese gubitku državnine te stvari ili ako je takvu stvar pribavio u okolnostima u kojima se takve ili slične stvari stavlja u promet u vidu djelatnosti. Pojam „nemar ranijeg vlasnika“ predstavljaće velike probleme sudskoj praksi, jer se u svakom konkretnom slučaju vrlo teško može ocijeniti što je to nemar. Ovim pojmom ne bi trebalo opterećivati sud, jer će dovesti do šarolikosti tumačenja, što sasvim sigurno nije bio cilj Zakonika. Slične će probleme u praksi predstavljati i pojam „okolnosti u kojima se takve ili slične stvari stavlja u promet u vidu djelatnosti“ zbog mogućnosti da se stvari nabavljaju na raznim pijacama po cijeni koja sama po sebi ukazuje na to da se radi o krađenoj robi.

Nacrt popunjava jednu pravnu prazninu kada su u pitanju prava trećih lica stečenih na stvari, ali samo ako su prava trećih lica na stvari stečena bez naknade, a za njih sticalac nije znao niti mogao znati.

I Nacrt Zakonika daje mogućnost ranijem vlasniku stvari, ukoliko ona za njega ima poseban značaj, da od sticaoca, uz naknadu po kojoj ju on nabavio, u roku jedne godine traži stvar nazad.<sup>23</sup> Proširuju se razlozi zbog kojih raniji vlasnik može tražiti od sticaoca vraćanje stvari. Ako je kod sticaoca stvar koja predstavlja kućnog ljubimca ranijeg vlasnika, takođe može tražiti da mu se ona vrati.

---

<sup>23</sup> Član 118. Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima u: „Ka novom stvarnom pravu“, str 36, izdavač Ministarstvo pravde Republike Srbije i Nemačka organizacija za tehničku saradnju (GTZ) GmbH, Beograd, 2007.

Smatramo da nije bilo potrebe da se posebno izdvajaju kućni ljubimci, jer oni su i onako stvari koje predstavljaju poseban značaj za vlasnika. Uvođenjem mogućnosti da vlasnik zahtjeva od sticaoca uz naknadu vraćanje stvari koja je iz njegove državine ili državine drugog lica kome je on stvar povjerio izašla kažnjivom radnjom, dodatno se opterećuje ranijeg vlasnika. Ova odredba se čini protivna čl. 508. Zakona o obligacionim odnosima o pravu o zaštiti od evikcije. Teško je reći da li će propisana obaveza sticaoca da ranijem vlasniku pruži podatke potrebne za pronalaženje otuđivaoca, dovesti u praksi do lakšeg pronalaženja otuđivaoca. Mislimo da su dobra rješenja koja se odnose na zaštitu prava trećih lica na stvari, ali da se za ostale novine to ne može reći unaprijed, bez duže primene u sudskoj praksi. Mislimo da će neka predložena rješenja, kao što je proširivanje posebnih uslova, biti otežavajuća za sudsku praksu.<sup>24</sup>

### **Zaključak**

Ako nam je polazna osnova u regulisanju stvarnog prava čl. 1. Prvog protokola uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda - zadovoljenje evropskih standarda zaštite prava na imovinu, onda nema spora o tome da bi se na ovim prostorima trebala kompletno urediti oblast stvarnog prava. To ne znači da bi trebalo po automatizmu u kodifikaciju stvarnog prava unijeti i promjenu onih normi koje su se u toku više decenija primjene u sudskoj praksi pokazale kao dobre. Njih je trebalo samo dopuniti, tamo gdje je postojala pravna praznina.

Smatramo da je takav slučaj i sa odredbama o sticanju svojine od nevlasnika. Trebalo je Nacrtom Zakonika o pravu svojine i drugim stvarnim pravima i Republike Srbije i Republike Srpske popuniti pravnu prazninu o pravima trećih lica na stvari koja postoji u našem pozitivnom pravu, ali nije trebalo odbacivati ni pravnu tradiciju zasnovanu na odredbama Austrijskog građanskog zakonika i Građanskog zakonika Kraljevine Srbije. Ta rješenja se mogu prilagoditi modernoj evropskoj kodifikaciji, vodeći računa o tome da Zakonik bude prilagođen prostoru i vremenu u kome se donosi. Ona rješenja koja je u osnovi dao i Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa trebalo je ostaviti uz dopune koje nalažu odnosi u pravnom prometu.

---

<sup>24</sup> Dajući svoje mišljenje na odredbu čl. 118. Nacrta, profesor Ulrich Drobnig smatra „da je prva alternativa (stvar za nekadašnjeg vlasnika mora da bude od „posebnog značaja“), manje konkretna. Moglo bi se razmisliti o daljnjoj konkretizaciji kriterijuma. Tako bi možda verzijom propisa moglo da se zahteva da raniji vlasnik mora da dokaže da je otuđena stvar iz objektivnih razloga bila za njega „posebno značajna“ i da je to i dalje. Ibid, str. 156.

*Stanka Stjepanović*, LL.D.  
Associate Professor,  
Faculty of Law, East Sarajevo, Pale

## **ACQUISITION OF PROPERTY FROM A NON-OWNER**

### *Summary*

If the start point in real law regulating is the article 1 of The First protocole and European human rights convention and satisfying European standards in law and property protection, then we should rearrange all area of real law. It does not mean that into codification we should change the norms which we successfully use for the many years or even decades. All of them we should just fill in with the parts which are legally “empty”.

We think this is the case with the parts of receiving the property by the non-owner. We think the new codification should consist the results from the article 31 from the law of owners’ relations and receiving property by non-owner. To keep the basic conditions, as the receiver should be scrupulous, the thing which is received by compensation is movable, as full filed special relations that the property is received by non-owner, by non-owner which is not a base for receiving the property right, as in the public sell.

*Translated by:*  
Gordana Ignjatović, BA

STICANJE OD NEVLASNIKA

---

**UDK: 347.238.3**

Zlatko Stefanović, vanredni profesor  
Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd

## ETAŽNA SVOJINA KAO DEO KODIFIKACIJE GRAĐANSKOG PRAVA

***Apstrakt:** Rad je prikaz rešenja o etažnoj svojini, sadržanih u modelu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima koji je u periodu od oko četiri godine izradila radna grupa koju su formirali, prvobitno – Ministarstvo finansija, a kasnije Ministarstvo pravde RS. Osim prikaza rešenja, rad se bavi i otvorenim pitanjima etažne svojine, koja tradicionalno predstavljaju problem i kod nas i u uporednom pravu, kao što su: status same zgrade u etažnoj svojini, određenje posebnih i zajedničkih delova zgrade, status zajednice etažnih vlasnika.*

### Uvod

Etažna svojina, tradicionalno, ili uopšte nije deo građanskih kodifikacija ili se u njima pominje sa par odredaba. U XIX veku kada su donošeni kodeksi civilnog prava, uglavnom je postojao otpor prema etažnoj svojini. Francuski građanski zakonik govori o njoj svega u jednom članu (664), dok Nemački i Švajcarski građanski zakonik priznaju zatečeno stanje, ali zabranjuju njeno dalje konstituisanje. Slično i Austrijski građanski zakonik, a i druge građanske kodifikacije toga vremena. Zakonici koji uređuju etažnu svojinu, čine to sa svega nekoliko članova, neretko samo sa po jednim, što je daleko od potrebe za njenim dobrim uređenjem i funkcionisanjem. Etažna svojina detaljno se uređuje tek početkom XX veka,<sup>1</sup> i to posebnim zakonima, a ne izmenama građanskih zakonika. Čak i u zemljama Common Law pravnog sistema, doneti su posebni akti o condominiumu – ustanovi koja odgovara evropsko-kontinentalnom modelu etažne svojine.

Etažna svojina je bila uređena posebnim zakonom i u našem pravu, bar kada je reč o periodu posle Drugog svetskog rata. Pre toga, Kraljevina Jugoslavija nije imala propis o etažnoj svojini, a o njoj nema ni odredaba u Srpskom građanskom zakoniku. Posle Drugog svetskog rata, Jugoslavija je donela propis koji je uređio – primereno tadašnjem vremenu, institucijama i, naročito, društvenoj

---

<sup>1</sup> Prvim posebnim propisom u ovoj materiji smatra se Belgijski Zakon od 08. jula 1924. godine.

svojini – institut etažne svojine.<sup>2</sup> Kasnije je ovaj zakon preuzet kao republički, da bi 1996. godine bio stavljen van snage odlukom Ustavnog suda, a ovu materiju delimično su uredili Zakon o stanovanju<sup>3</sup> (simbolično) i Zakon o održavanju stambenih zgrada<sup>4</sup> (delimično i samo u odnosu na zgrade koje se mogu okvalifikovati kao stambene). Među autorima, u Srbiji se mogu na prste nabrojati živi autori koji su napisali bar par članaka na temu etažna svojina.<sup>5</sup>

U Srbiji je urađen model Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima<sup>6</sup> koji je obuhvatio i etažnu svojinu, ali se ovaj model još uvek nije našao u skupštinskoj proceduri radi usvajanja. Zakonik o svojini i drugim stvarnim pravima uvrstio je etažnu svojinu na listu stvarnih prava i detaljno je uredio, čime se opredelio za koncepciju da je etažna svojina, pre svega, stvarno pravo, odnosno da su njena glavna obeležja stvarnopravna ovlašćenja, pa tek onda ostala. Iako danas nije sporno da etažna svojina nije samo stvarno pravo, već jedno kompleksno pravo koje sadrži i neka korporativna i obligacionopravna ovlašćenja i obaveze, sva ostala ovlašćenja se pojavljuju u odnosu na stvarnopravna kao akcesorna ovlašćenja. Kada je reč o stvarnopravnim ovlašćenjima, etažna svojina je oduvek bila izazov za uređenje i objašnjenje, a kako vreme prolazi i odnosi se usložnjavaju, čini se da je izazov sve veći.

Prilikom rada na Zakoniku, Komisija se suočila sa izazovima koje su u odnosu na etažnu svojinu nametnuli savremeni odnosi, ali i sa mnogim starim dilemama koje, uglavnom, stoje nerešene. Ne tvrdeći da su sva rešenja u Zakoniku u odnosu na etažnu svojinu ispravna, čini se da je normom, makar, odgovoreno na sva otvorena pitanja, a vreme će pokazati da li su rešenja bila ispravna i primerena savremenim odnosima. Ovaj rad će se, prvo, pozabaviti pitanjima koja su neizbežno nikla prilikom uređenja etažne svojine, a onda će biti prikazana i rešenja koja su prihvaćena i ugrađena u Zakonik.

## I. Otvorena pitanja etažne svojine

### 1. Zgrada

Jedno od prvih pitanja na koje se nailazi prilikom „etažiranja“ – uspostavljanja etažne svojine na zgradi na kojoj do tada ona nije postojala jeste

---

<sup>2</sup> Zakon o svojini na delovima zgrada ("Sl. list SFRJ", br. 43/65 - prečišćen tekst i 57/65 i "Sl. glasnik SRS", br. 51/71, 52/73 - dr. zakon, 29/73 - dr. zakon i 33/96 - odluka SUS).

<sup>3</sup> "Sl. glasnik RS", br. 50/92, 76/92, 84/92 - ispr., 33/93, 53/93, 67/93, 46/94, 47/94 - ispr., 48/94, 44/95 - dr. zakon, 49/95, 16/97, 46/98, 26/2001 i 101/2005 - dr. zakon.

<sup>4</sup> "Sl. glasnik RS", br. 44/95, 46/98, 1/2001 - odluka USRS i 101/2005 - dr. zakon.

<sup>5</sup> Imam u vidu sledeće autore: Nina Planojević, Žarko Anđelković i Zlatko Stefanović – autor ovog članka.

<sup>6</sup> Radnu grupu za izradu ovog zakona imenovalo je Ministarstvo finansija RS. Rad grupe je najvećim delom predvodio Prof. dr Vladimir Vodinelić, a grupa je radila na ovom zakonu u periodu od oko 5 godina: 2003-2008. godine. Do sredine 2008. godine, tekst Zakonika još uvek nije uvršćen u skupštinsku proceduru radi usvajanja.



pitanje: Šta se desilo sa zgradom? Ako je zgrada sada svojinski podeljena tako da različiti delovi pripadaju različitim vlasnicima i uspostavljen određen režim svojine, ne samo na tzv. posebnim i na zajedničkim delovima – delovima koji služe zgradi kao celini, pitanje je da li je išta ostalo, tj. da li zgrada i dalje postoji kao predmet svojine. Ako se opredelimo za varijantu da je zgrada ostala jer nije fizički nestala, nailazimo na teškoću oko odgovora ko je vlasnik zgrade, ali još više na teškoću oko odgovora koja svojinska ovlašćenja vrši u odnosu na zgradu onaj kome ona pripada, kada se ova ovlašćenja sada vrše prema delovima zgrade, i to bez ostatka. Obrnuto, ako se opredelimo da zgrada više nije predmet svojine, to se suprotstavlja zdravorazumskom viđenju, jer je zgrada tu pred nama. Može se videti i dodirnuti, a pravni poredak kaže da je nema, bar iz ugla vršenja svojinskih ovlašćenja.

Zgrada se pojavljuje u nekim pravnim odnosima. Govori se npr. o nadziđivanju zgrade, o upravljanju zgradom, o obnovi srušene zgrade, adaptaciji zgrade i drugo. To upućuje na zaključak da je zgrada kao stvar, ipak, potrebna u nekim pravnim odnosima. Nije zgodno ni da zgrada nestane iz pravnog prometa, a da se ponekad, ipak, pojavi u njemu. Osim toga, i incidentno pojavljivanje zgrade u pravnom prometu traži odgovor na pitanje ko će se pojaviti kao imalac prava u odnosu na zgradu, kakvog prava, i šta u takvim odnosima čini zgradu koja je objekt prava.

## **2. Posebni delovi zgrade**

Posebni delovi zgrade su delovi koji čine samostalnu građevinsku celinu i podobni su za zasnivanje prava svojine u korist samo jednog lica. Nema dileme da su to stanovi i poslovne prostorije. Oko svih ostalih delova postoje sporovi da li bi trebalo da budu uvršćeni u delove koji su podobni za zasnivanje isključive svojine jednog lica. Konkurišu garaže, garažna mesta i podrumi, ali je moguće razmišljati i o drugim delovima zgrade koji bi bili podobni za zasnivanje isključive svojine (biciklarnice, prostorije za domara i drugo). U odnosu na garaže, uglavnom nije sporno da bi one mogle da budu poseban deo zgrade i time podobne za zasnivanje isključive svojine. Ono što se kod garaža pojavljivalo kao sporno jeste pitanje njihove povezanosti sa stanom, naročito onda kada garaža ne čini fizičku celinu sa stanom. Mnogo je nezgodnije pitanje garažnog mesta koje nije samostalna građevinska celina. Osim toga, to i nije stvar u pravom smislu reči jer je reč o dvodimenzionalnom označavanju na površini. Još je nezgodnija stvar sa podrumima, kako zbog njihovog raznovrsnog izgleda u praksi, tako i zbog teškoća oko faktičkog razgraničenja. Omogućavanje da podrum bude posebni deo zgrade znači mogućnost njegovog odvojenog prometa, što nije u skladu sa njegovom prirodom i namenom, kao dela koji je akcesoran drugom posebnom delu zgrade – pre svega stanu.

Kod posebnih delova zgrade pojavljuje se nekada i problem pomešanosti delova. Jedan zid može biti zid koji je sastavni deo dva stana. Plafon je

istovremeno i pod drugog stana i sl. U takvim slučajevima, potrebno je odgovoriti kome pripada takav deo, ali i kakav oblik svojine postoji na njemu. Još veća teškoća nastaje ako je zid istovremeno i noseći zid, tj. ako je on istovremeno i zajednički i poseban deo zgrade (dvostruka priroda jednog dela). Isto važi i za noseće stubove, noseće ploče i slično. Kod nas su se, uglavnom, izbegavali odgovori na ovakva pitanja. Na pitanje ko je vlasnik jednog ovakvog dela, tj. da li je noseći zid sastavni deo zajedničkih delova ili posebnog dela zgrade, uglavnom ćete dobiti odgovor ko ima pravo korišćenja, odnosno upotrebe, ostavljajući osnovno pitanje – pitanje svojine bez odgovora.

### 3. Zajednički delovi zgrade

Zajednički delovi zgrade se uglavnom određuju kao delovi zgrade koji služe zgradi kao celini, odnosno svim ili samo nekim posebnim delovima. Sve što se povodom njih postavlja kao pitanje spada, po pravilu, u red najkomplikovanijih pitanja etažne svojine.

*Sastav zajedničkih delova zgrade.* Šta čini zajedničke delove zgrade za većinu delova, obično, nije teško odrediti. Međutim, danas se mnogi delovi zgrada uzajamno prepliću i služe, ne samo jednoj već za više zgrada. Takav je slučaj, npr. sa termičkim podstanicama, skloništima i drugim delovima koji su fizički sastavni deo jedne zgrade, ali služe za više zgrada. Ovde se postavlja pitanje, može li nešto biti zajednički deo zgrade, a da se fizički ne nalazi u njoj, već u drugoj zgradi. Odgovor je redovno pozitivan, jer je danas primarna funkcija, a ne lokacija neke stvari. Međutim, takvo opredeljenje onda traži i rešenje prava svojine koje pripada na takvim delovima.

*Razgraničenje zajedničkih delova zgrade prema posebnim delovima.* Mnogi zajednički delovi zgrade fizički su spojeni sa posebnim delovima, tako da su istovremeno i poseban i zajednički deo. Ako je, npr. jedan noseći stub istovremeno i deo stana, noseći zid, krov koji je istovremeno i plafon stana, pitanje je da li je takav deo poseban deo ili zajednički deo zgrade.

*Zajednički delovi zgrade kao jedna stvar ili kao više stvari.* Uglavnom se koriste sintagma „zajednički delovi zgrade“. Ipak, nije izvesno da li se tzv. zajednički delovi shvataju kao jedna stvar koja se zove „zajednički delovi zgrade“ ili se misli na više stvari koje su međusobno spojene tako da čine jednu stvar (nekakvu složenu ili zbirnu stvar). Pitanje je i praktično značajno jer je potrebno odrediti predmet prava svojine iz ugla svojinskih ovlašćenja, ali i iz ugla eventualnog prometa.

*Svojina na zajedničkim delovima zgrade.* U svetu se nude mnoge koncepcije svojine na zajedničkim delovima od kojih svaka ima svoje prednosti i nedostatke. Postojeće rešenje u našem pravu koje predviđa da na zajedničkim delovima zgrade postoji „zajednička nedeljiva svojina“ je samo sintagma koja se vrlo lako lepi za memoriju. Svako će spremno da odrecituje ovu sintagmu, a malo

ko će da zapazi da ona niti je zajednička niti je nedeljiva, ali baš lepo zvuči i lako se prihvata. Ako je zajednička svojina prepoznatljiva po neodređenosti udela, onda to u odnosu na zajedničke delove zgrade nije tako. Tako, npr. prilikom odlučivanja o investicionom održavanju zgrade, odluke se donose većinom članova kojima pripada više od polovine ukupne površine stanova i drugih posebnih delova.<sup>7</sup> Isti princip prilikom odlučivanja predviđen je i prilikom odlučivanja o sanaciji ravnog krova,<sup>8</sup> kao i za donošenje odluke o pretvaranju zajedničkih prostorija u stan ili poslovni prostor,<sup>9</sup> zatim za pripajanje prostorije<sup>10</sup> i dr. Dakle, iako je nazvana zajedničkom, na nju se primenjuju pravila koja važe za susvojnu kod koje su udeli jasno određeni.

Ova zajednička svojina, ne samo da je zasnovana na jasno određenim udelima (što nije osobina zajedničke svojine), nego nije ni nedeljiva. Doduše, može se raspravljati o kakvoj je „deljivosti“ reč. Da li o idealnoj ili fizičkoj. Ako je reč o idealnoj, već je pokazano da se prilikom odlučivanja vodi računa o udelima, a to pokazuje da je ona već podeljena za potrebe mnogih pravnih odnosa. Ako je reč o fizičkoj deobi, ona se zaista ne može podeliti u potpunosti, ali je dopuštena njena delimična deoba. Pojedini delovi mogu se i izdvojiti iz zajedničkih delova i pretvoriti u posebne delove. O tome upravo govori većina pomenutih članova (ustupanje ravnog krova radi nadziđivanja, zajedničkih prostorija radi pretvaranja u posebne delove ili radi pripajanja posebnim delovima, jasno je da ni od nedeljivosti nije ostalo mnogo jer, iako nije moguća potpuna podela, i delimična deoba i izdvajanje je deoba koja narušava proklamovanu „nedeljivost“, kao što podela proviruje prilikom odlučivanja o nedeljivoj zajedničkoj svojini.

Svaka koncepcija je delimično problematična. Ako se predvidi zajednička svojina (svakako mislim na doslednu koncepciju zajedničke svojine), onda to podrazumeva, između ostalog, saglasnost svih etažnih vlasnika za svaku značajniju odluku (osim redovnog održavanja), što je vrlo nepraktično rešenje za zgrade sa velikim brojem etažnih vlasnika gde bi saglasnost svih bila retkost. Rešenje sa susvojinom takođe nije bez problema. Ne samo da bi onda trebalo dozvoliti mogućnost deobe, nego bi to podrazumevalo i promenu veličine udela kada npr. dođe do nadziđivanja i izgradnje novih stanova, povećanja površine stana pripajanjem susjednog prostora i sl. što nije primereno susvojini, već više nekom korporativnom pravu. Konačno, korporativizacija ovog prava, takođe nije bez problema, jer ove delove u svojinskom smislu odvaja od vlasnika posebnih delova. Vlasnici bivaju prinuđeni na članstvo koje znači gubitak svojine na dobru koje im pripada, a pravno lice kome pripada pravo svojine i nema puno pravo svojine jer ne može da raspolaže ovim dobrima, niti ona mogu da budu predmet prinudnog

<sup>7</sup> Član 17. stav 3. Zakona o održavanju stambenih zgrada ("Sl. glasnik RS", br. 44/95, 46/98, 1/2001 - odluka USRS i 101/2005 - dr. zakon).

<sup>8</sup> Član 18. stav 1. Zakona o održavanju stambenih zgrada.

<sup>9</sup> Član 21. stav 3. Zakona o održavanju stambenih zgrada.

<sup>10</sup> Član 22. stav 2. Zakona o održavanju stambenih zgrada.

izvršenja, što znači da je svojinski režim samo formalno svojinski, a da pravo svojine nije preneto na organizaciju etažnih vlasnika, bar ne u smislu punih svojinskih ovlašćenja.

#### **4. Delovi koji pripadaju trećim licima**

Danas zgrade u etažnoj svojini nisu jednostavno sastavljene od posebnih i zajedničkih delova, kao što su nekada bile. Praksa je, ne čekajući zakonska rešenja, bila prinuđena da pronade rešenja i za ono čega u propisima nema. U zgrade se danas ugrađuju i delovi koji se trajno spajaju sa njom, ali bez namere da pripadnu etažnim vlasnicima ili njihovoj zajednici. Reč je, npr. o instalacijama kablovske televizije, ali i o različitim delovima koji se manje ili više trajno spajaju sa zgradom, kao što su reklamni panoi, delovi fasade koji su specijalno obrađeni u svrhu oglašavanja. Osim toga delovi mreža su često ugrađeni u zgradu zajedno sa kompletnim postrojenjima i instalacijama, a ne pripadaju zgradi već nekom komunalnom ili sličnom preduzeću. Ovakvi delovi ne mogu se smatrati posebnim delovima, ali ni zajedničkim jer se ne želi da oni definitivno pripadnu etažnim vlasnicima ili njihovoj zajednici.

#### **5. Zajednica etažnih vlasnika**

U odnosu na zajednicu etažnih vlasnika, nije sporno da ona mora da postoji. Sporno je kakav joj status treba dati. Da li bi ona trebalo da ima status lica u pravu ili samo neka svojstva pravnog lica. Treće rešenje je da nema ni jedno ni drugo, već da ona bude samo imovinska zajednica – suvlasnika ili zajedničara. Ako nema subjektivitet, onda to znači da se u pravnom prometu povodom zajedničkih delova pojavljuju etažni vlasnici, što komplikuje odnose, tim više što je u zajednici veći broj etažnih vlasnika. Ako ima delimičan subjektivitet, povodom tog dela se otvaraju sva ona pitanja koja se postavljaju i kada je subjektivitet potpun, te se ne čini mnogo racionalnim dodeljivanje delimičnog subjektiviteta. Ako ima puni subjektivitet, time se stvara veliki broj pravnih lica za kojima nema uvek potrebe.

Uglavnom se u uporednom pravu zajednici etažnih vlasnika priznaje delimičan ili potpun subjektivitet. Prema onome što mi je poznato, izgleda da nema rešenja u uporednom pravu po kome je zajednica etažnih vlasnika samo zajednica suvlasnika ili zajedničara, već je ona redovno zajednica koja ima delimičan ili puni subjektivitet u pravnom prometu – neka svojstva pravnog lica ili status lica u pravu.

## **II. Rešenja otvorenih pitanja etažne svojine prema Zakoniku o svojini i drugim stvarnim pravima**

### **1. Zgrada**

U odnosu na zgradu koja je etažirana, odabrano je rešenje da niko nema pravo svojine na takvoj zgradi.<sup>11</sup> Izgleda kao da ono što čini zgradu nestaje iz pravnog prometa, ali stvarno nije tako, jer sa isključenjem takve zgrade od mogućnosti da bude predmet prava svojine ne dolazi do gašenja prava i obaveza koji su postojali na zgradi kao celini, već se prava i obaveze prenose na delove zgrade, odnosno vlasnike delova. Opredeljenje da sa etažiranjem zgrada mora da nestane iz pravnog prometa zasnovano je na činjenici da posle etažiranja ne ostaje ni jedan deo zgrade koji bi mogao biti objekt vršenja svojinskih ovlašćenja. Zgrada je sastavljena iz posebnih i zajedničkih delova, uz novinu u obliku tzv. samostalnih delova. Svaki od ovih delova ima svog vlasnika, tako da ne ostaje ništa za svojinu na zgradi i eventualnog vlasnika zgrade, ako bi nešto tako bilo predviđeno. Takva svojinska podela može biti izvršena i po vertikali, tako da se ne zasnuje etažna svojina, a da takođe na zgradi niko ne zadrži pravo svojine, već samo na njenim delovima. Isto tako i zemljište, ali i druge stvari mogu biti podeljene tako da ranija stvar koja je bila predmet prava svojine to više nije. Svakako, to se pomalo suprotstavlja zdravorazumskom pogledu na svet koji i dalje vidi zgradu jer ona fizički postoji kao građevinska celina, dok se, sa druge strane, ne prepoznaje na prvi pogled da je ona svojinski podeljena. Za obaveze koje su postojale do momenta etažiranja, model Zakonika predviđa da obaveze prelaze na zajednicu etažnih vlasnika, odnosno na zajedničke delove zgrade. Obaveze koje su upravljene prema stvari preći će na zajedničke delove zgrade, a obaveze koje terete lice preći će na zajednicu etažnih vlasnika. Svakako, sve ovo se odnosi samo na obaveze koje su zasnovane povodom stvari i vezuju se za stvar. Obaveze ranijeg vlasnika koje su njegove lične obaveze ostaju njegove, bez obzira na etažiranje i promet prava svojine. U odnosima u kojima se pojavljuje potreba da se govori o zgradi, kao prilikom nadziđivanja, adaptacije i slično, prava i obaveze koje nastaju tiču se ili posebnih ili zajedničkih delova zgrade. To omogućava da se u takvim odnosima pojavi vlasnik koga se taj odnos tiče. Ako bi se, ipak, pokazalo da postoje odnosi koji se tiču zgrade u celosti – dakle, i posebnih i zajedničkih delova, onda bi u takvom odnosu morali da učestvuju i svi vlasnici, kako posebnih, tako i zajedničkih delova i njihova zajednica. Nije neophodno da, ako se govori o zgradi u tehničkom smislu (kao npr. kod nadziđivanja), da se govori o zgradi i u pravnom smislu, tj. kao predmetu prava svojine, niti da se pojavi jedno lice kao imalac prava. U praksi, ono što je „zgrada“, najčešće se odnosi na zajedničke delove zgrade, a to upućuje na zajednicu etažnih vlasnika. Ako bi se, ipak, radilo o odnosima koji proizvode

---

<sup>11</sup> Član 252. modela Zakonika

pravna dejstva i prema posebnim delovima zgrade, u takvim odnosima bi učestvovali i etažni vlasnici čijih se posebih delova taj pravni odnos tiče.

Ono što ovde treba uočiti je da niko nema pravo svojine na zgradi, kao što ga je imao pre etažiranja, ali da to ne isključuje da se u pojedinim odnosima pojave lica koja zajedno imaju svojinska ovlašćenja prema celoj zgradi. I kod susvojine, npr. niko više nema prava prema stvari na kojoj je zasnovana susvojina u celosti, ali to ne isključuje mogućnost da se cela stvar pojavi u pravnom prometu u pojedinim odnosima, samo što će tada morati da učestvuju i svi suvlasnici.

## 2. Posebni delovi zgrade

U odnosu na posebne delove zgrade, u osnovi je u modelu Zakonika zadržano postojeće rešenje prema kome poseban deo zgrade mogu biti stanovi, poslovne prostorije, garaže i garažna mesta. Koncept polazi od stava da celina može biti građevinska, ali i pravna, tj. da nije neophodno da postoji fizička veza između delova, već da ta veza može biti i samo pravna. To omogućava da se pojedini delovi koji su fizički odvojeni smatraju jednim predmetom svojine, kao što su, npr. garaže koje ne moraju biti fizički pripojene stanu ili poslovnoj prostoriji. Ako je reč o garažama koje su samostalne i u građevinskom i u pravnom smislu, ne postoje smetnje da se i ovakve celine smatraju posebnim delovima zgrade, kao ni da se na njima zasnuje etažna svojina.

Veći problem su garažna mesta koja u mnogim slučajevima nisu ništa drugo do oznaka na površini – dvodimenzionalna slika koja se protivi uobičajenom, trodimenzionalnom poimanju stvari, a time i mogućnosti da bude predmet prava svojine. Rešenje modela Zakonika je da će se, u slučaju kada je jedan deo istovremeno sastavni deo i posebnog i zajedničkog dela zgrade, smatrati da je reč o zajedničkom delu zgrade. Ako je površina na kojoj je označeno garažno mesto istovremeno i noseća ploča, onda zaista od garažnog mesta ne ostaje ništa drugo do slika na podu. Ovo, svakako, nije novost u pravu. Pojam stvari je odavno proširen i ne svodi se samo na trodimenzionalne materijalne delove prirode, samo što kod etažne svojine na garažnim mestima postaje očigledno da svojina može postojati i na dve dimenzije neke trodimenzionalne stvari. Reč je o svojini sa svim svojinskim ovlašćenjima, a ne o nekom užem pravu ili samo nekim svojinskim ovlašćenjima. Vlasnik garažnog mesta ima pravo da, neograničeno u vremenu, drži, upotrebljava, koristi i raspolaže svojim pravom svojine garažnog mesta i da zahteva da se ostala lica uzdrže od ometanja odnosno vršenja takvih radnji, što u potpunosti odražava pravo svojine. Ovo je samo jedno od svodenja stvari na dve dimenzije. I kod drugih stvari se nekada svojinska ovlašćenja vrše samo u odnosu na dve dimenzije, i ako pravo svojine postoji „trodimenzionalno“ (staza, put, pod, a po neko tu danas uvršćuje i virtuelnu sliku – sliku na ekranu).

Za delove sa dvostrukom prirodom, kao što su delovi koji su istovremeno sastavni deo i nekog posebnog dela (npr. stana) i zajedničkih delova (kao npr.

noseći stub koji prolazi i kroz stan, plafon koji je istovremeno i ravni krov, zid koji je noseći zid, ali i deo stana), model Zakonika se opredelio za rešenje da se takav deo smatra zajedničkim delom zgrade. Ovde je bilo neophodno opredeljenje „ili-ili“. Ni u jednoj kombinaciji nije zamislivo da ovakav deo delimično bude zajednički, a delimično poseban deo (ni kao zajednička ni kao susvojina). Ako je, već, izbor morao da se učini po principu „ili-ili“, onda je bilo logičnije da to bude zajednički deo nego poseban deo, pre svega zbog značaja jednih i drugih delova. Takvo opredeljenje uglavnom se prihvata i u uporednom pravu.<sup>12</sup>

U odnosu na podrum je bilo teže opredeliti se da li podrum može biti poseban deo zgrade ili ne. U sudskoj praksi mogu se naći odluke u kojima je priznavana mogućnost da podrum bude poseban deo, ali i odluke u kojima je takva mogućnost isključivana. Ovakvo „kolebanje“ sudske prakse nije rezultat nedoslednosti u presuđivanju, već prevashodno svojstava samih podruma. Time se rukovodila i komisija prilikom izrade Zakonika predviđajući rešenje da podrum može biti poseban deo zgrade, ali ne uvek. Podrum će biti poseban deo zgrade ako se može jasno razlikovati u pravnom i faktičkom smislu. U faktičkom – to znači da je jasno fizički obeležen, odvojen ili na drugi način prepoznatljiv. U pravnom – da je sastavni deo posebnog dela, stana ili poslovne prostorije. Proizlazi da podrum ne može biti samostalan posebni deo zgrade – deo na kome se može zasnovati pravo svojine bez prava svojine na nekom drugom posebnom delu. On može biti poseban deo samo ako „pripada“ nekom drugom posebnom delu i tada na njemu (ali ne samo na njemu), može postojati pravo svojine jer on ima karakteristike posebnog dela. Ako se podrum ne može jasno razlikovati ili ne postoji pripadnost u pravnom smislu stanu ili poslovnoj prostoriji, onda takav podrum nije poseban deo, već zajednički deo zgrade.

### **3. Zajednički delovi zgrade**

Za kvalifikaciju dela kao zajedničkog dela odlučujuća je njegova namena. Delovi koji služe zgradi kao celini ili njenim posebnim delovima smatraju se zajedničkim delovima zgrade. Savremene instalacije i oprema stvorile su u nekim slučajevima takav raspored zajedničkih delova da se oni nalaze u jednoj zgradi, a da je njihova funkcija takva da služe za više zgrada. Ne bi bilo opravdano da se pripadnost dela odredi samo prema mestu nalaženja, ako je kriterijum prepoznatljivosti zajedničkih delova upravo funkcija – činjenica da služe drugim delovima, onda to upućuje i da bi trebalo da pripadaju svim zgradama kojima služe. Ovo rešenje je prihvatio i Zakonik, predviđajući da ovakvi zajednički delovi pripadaju svim zgradama kojima služe, a ne samo onoj u kojoj se nalaze.

O zajedničkim delovima zgrade se uvek govorilo u množini. Ipak, to ne mora da znači da se oni i shvataju kao skup stvari (složena stvar, zbirna stvar ili

---

<sup>12</sup> U tom smislu, npr. i nemački Zakon o stambenoj svojini - § 5. stav 2. Wohnungseigentumsgesetz.

nešto slično), već da mogu biti shvaćeni i kao jedna stvar iz ugla prava, a da se plural u sintagmi shvati samo kao izraz koji ne upućuje na sadržinu. Ako bi se zajednički delovi shvatili kao skup stvari, to bi značilo da postoji i potreba da se ove stvari identifikuju, odrede, a konačno i popišu, odnosno evidentiraju (npr. lift, stepenište, temelj, krov). Kako je reč o nepokretnostima to bi dalje značilo da bi one morale i da budu posebno upisane u registar nepokretnosti, što nije nemoguće, ali se ipak čini bespotrebno. Posebna evidencija i razlikovanje bi bilo opravdano kada bi, za vreme dok ovi delovi imaju ovaj status, bio dozvoljen pravni promet samo ovih delova, a da oni ne promene status. Kako to nije dozvoljeno, a nema drugih razloga koji opravdavaju ovakvo precizno razlikovanje, Zakonik se opredelio za rešenje da su zajednički delovi samo sintagma za jednu stvar. Izdvajanje delova iz zajedničkih delova je moguće i dozvoljeno, ali takvo izdvajanje redovno povlači kao posledicu i promenu prava svojine. Takvi delovi će postati ili posebni delovi ili samostalni delovi zgrade ili će biti izdvojeni kao samostalna stvar na kojoj postoji pravo svojine, nezavisno od etažne svojine.

U pogledu oblika svojine na zajedničkim delovima, posle mnogo diskusije, prevladalo je opredeljenje da pravo svojine na zajedničkim delovima zgrade pripada zajednici etažnih vlasnika (etažnoj zajednici). Nije prihvaćeno rešenje da to bude zajednička svojina jer ga nije moguće sprovesti dosledno. Zajednička svojina podrazumeva, između ostalog, saglasnost svih za odluke o vanrednom održavanju i raspolaganju, a to bi u našim uslovima bilo teško postići. Susvojina podrazumeva utvrđene udele, i to prema vrednosti posebnih udela. To znači da bi se udeli menjali sa promenom vrednosti posebnih delova, ali i sa pojavom novih posebnih delova, npr. prilikom nadzidivanja, adaptacije. Osim toga, bitno obeležje susvojine je i pravo na deobu, što ovde ne bi trebalo dozvoliti. Prilikom preduzimanja pravnih poslova, naročito prilikom raspolaganja, morali bi se pojaviti svi suvlasnici, što je takođe nepraktično rešenje koje bi na isti način blokiralo pravni promet, kao i ako bi to bila zajednička svojina.

Na kraju je prevladala koncepcija da zajednički delovi pripadaju etažnoj zajednici koja je pravno lice. Ona ima svoje organe i predviđen postupak odlučivanja, čime se izbegavaju sve one nevolje koje proističu iz velikog broja etažnih vlasnika. Izbegnute su i promene zbog promena u strukturi zajedničkih delova zgrade, broju ili vrednosti posebnih delova. Ono što je negativno je to što etažni vlasnici ne mogu da biraju hoće li ili neće biti u etažnoj zajednici. Reč je o prinudnom članstvu koje već time što je prinudno nosi sa sobom neka negativna svojstva. Međutim, to je rešenje koje se ustalilo i u uporednom pravu. Uglavnom se propisuje da etažni vlasnici moraju biti u nekoj vrsti zajednice.

Čini se da je to manji problem od onog drugog – prinude na ustupanje prava svojine etažnoj zajednici. Etažni vlasnik, ne samo da mora biti član etažne zajednice, već mora i da joj ustupi pravo svojine na delovima koji su prilikom sticanja uračunati u cenu i koje bi on hipotetički stekao da zgrada nije etažirana. Etažni vlasnik, po pravilu, stiče pravo svojine na posebnom delu teretnim pravnim



poslom i to tako što se prilikom određivanja vrednosti uračunava i proporcionalna vrednost zajedničkih delova. Svakako nije važno da li on etažnu svojinu stiče teretno ili dobročino, on je uvek stiče u obliku prava svojine na posebnom delu, ali i sa odgovarajućim pravom na zajedničkim delovima zgrade. I ovde se etažni vlasnik prinuduje da svoje pravo uloži u etažnu zajednicu.

Ovaj prinudni režim se može opravdati time da se ekonomski ništa ne gubi. Etažni vlasnik stiče zauzvrat jedno korporativno pravo u odnosu na etažnu zajednicu koje se prenosi prilikom raspolaganja posebnim delom na novog etažnog vlasnika. Dakle, ono se ekonomski uračunava, tako da etažni vlasnik zbog prinudnog ulaganja ne gubi i vrednost, već je samo prinuđen da je uloži, kao što je prinuđen i na članstvo u etažnoj zajednici.

Iz ugla ovlašćenja etažnog vlasnika, interesantno je da se zbog ovakvog prinudnog ulaganja ništa nije bitno izmenilo u odnosu na druge moguće režime (susvojina i zajednička svojina). Svi ovi režimi predviđaju nemogućnost odvojenog raspolaganja pravom na zajedničkim delovima od prava na posebnom delu, kao i pravo na upotrebu – korišćenje zajedničkih delova. Jedina razlika bi mogla biti u tome da se kod dosledno sprovedenih režima susvojine i zajedničke svojine zahteva saglasnost svih prilikom raspolaganja predmetom zajedničke svojine, odnosno susvojine, a ovde je moguće da etažni vlasnik bude preglasan. Međutim, i u režimima zajedničke svojine, odnosno susvojine se redovno odstupa od klasičnih pravila zajedničke svojine i susvojine i predviđa da etažni vlasnik može biti preglasan, čime se praktično brišu razlike između režima kada je etažna zajednica vlasnik i ostala dva režima. Konceptijske razlike, svakako, ostaju.

#### **4. Delovi koji pripadaju trećim licima – samostalni delovi zgrade**

Praksi odavno zadaju probleme delovi zgrade koji po svojim karakteristikama imaju obeležja zajedničkih delova zgrade, dok imajući u vidu sticanje, oni bi morali da pripadaju nekom trećem – licu koje nije etažni vlasnik, ali ni zajednica etažnih vlasnika. Reč je o instalacijama i uređajima koji obično pripadaju nekom komunalnom preduzeću, ali su inkorporisani u zgradu, tako da su delimično spojeni sa zgradom, a služe najčešće svim posebnim delovima. Osim ovakvih delova, danas se i naknadno ugrađuju uređaji i instalacije koje davaoci usluga privremeno postavljaju u zgradi, bez namere da ovakvi delovi pripadnu etažnim vlasnicima (npr. kablovska televizija).

Komisija koja je radila na Zakoniku prepoznala je ovakve delove kao treću vrstu delova zgrade u etažnoj svojini, kojoj je dodeljen naziv – samostalni delovi zgrade. Za ove delove je karakteristično da mogu biti predmet svojine kao i posebni delovi, ali da nije nužno da njihov vlasnik bude neko od etažnih vlasnika. Ovi delovi su u prometu bez nužne veze sa posebnim delovima ili zajedničkim delovima zgrade.

### 5. Zajednica etažnih vlasnika (etažna zajednica)

U svim sistemima koji poznaju etažnu svojinu, postoji i zajednica etažnih vlasnika čiji su članovi etažni vlasnici. Ove zajednice se razlikuju po tome kakav status i kakva ovlašćenja imaju u odnosu na zajedničke delove zgrade. U pogledu statusa, nude se tri moguća rešenja. Prvo, da zajednica ima status pravnog lica, drugo, da ima samo neka svojstva pravnog lica i, treće, da nema ni status ni svojstva pravnog lica, već da je ona samo imovinska zajednica i organizacija bez subjektiviteta.

Već zbog činjenice da je svojina na zajedničkim delovima zgrade određena kao svojina etažne zajednice, nije bilo moguće predvideti da ova zajednica nema ni status ni svojstva pravnog lica. Kako je ovo prethodno opredeljenje isključilo mogućnost postojanja etažne zajednice samo kao imovinske zajednice, izbor se sveo na ostale dve mogućnosti. Između njih odabrana je opcija punog subjektiviteta. Delimičan subjektivitet, koji podrazumeva mogućnost pojavljivanja u pravnom prometu u liku pravnog lica samo u nekim odnosima, već se mnogo puta potvrdio kao nepraktičan. Ne samo da pravna lica „ničū“ i „nestaju“ sa različitim pravnim odnosima, već i mnogi drugi elementi subjektiviteta zadaju glavobolju. Najčešće su problematični zakonski zastupnik i imovina. Prvi, jer ga često nema (nije izabran, dao ostavku, umro), što se u praksi dešava upravo sa stambenim zgradama i njihovim subjektivitetom po važećim propisima. Imovine, čija je funkcija, ne samo obavljanje poslova kojima služi, već i obezbeđenju poverilaca, najčeće nema. Skromna sredstva na računima obično nisu dovoljna za namirenje poverilaca, a zbog delimičnog subjektiviteta, ova zajednica nema drugu imovinu koja je podobna za namirenje poverilaca.

Rešenje Zakonika polazi od koncepcije punog subjektiviteta i priznaje etažnoj zajednici status pravnog lica. Ovo ne bi bilo dovoljno, ako bi rešenje ostalo samo na priznanju statusa pravnog lica koji bi se sticao po samom zakonu nastankom etažne zajednice. Neophodno je obezbediti publicitet podataka, kako o samom konstituisanju etažne zajednice, tako i o bitnim obeležjima, kao što je npr. zastupnik. Publicitet se obezbeđuje upisom etažne zajednice u registar pravnih lica koji se vodi kod Agencije za privredne registre.

Posebna pažnja je posvećena zastupniku etažne zajednice. Da bi zajednica mogla da funkcioniše, a naročito da treća lica mogu da se obraćaju etažnoj zajednici, da sudovi i drugi državni organi mogu da vrše dostavljanje, neophodno je da etažna zajednice uvek ima zastupnika. To je, prema rešenju iz Zakonika, upravnik koga bira skupština etažne zajednice i koji se kao zastupnik upisuje u registar pravnih lica. Ako bi etažna zajednica propustila da ga izabere, predviđena je mogućnost da ga može postaviti i sud na predlog lica koje ima interes zaštićen pravom. Time se omogućava funkcionisanje etažne zajednice, ali i vođenje različitih postupaka prema etažnoj zajednici.

Kad je reč o ispunjenju obaveza etažne zajednice, odnosno neispunjenju i mogućnosti prinudnog izvršenja, rešenja koja predviđa Zakonik prilično dobro štite

poverioće etažne zajednice. Osim novčanih sredstava koja se nalaze na računu etažne zajednice, predmet izvršenja mogu biti i zajednički delovi zgrade. Ovo, svakako ne važi za sve zajedničke delove zgrade, već samo za one koji bi se odlukom same etažne zajednice mogli izdvojiti i pretvoriti u poseban deo (zajedničke prostorije, ravni krov radi nadziđivanja i dr.). Osim toga, predviđena je i subvencionirana odgovornost etažnih vlasnika za obezbeđenje etažne zajednice. Ako etažna zajednica ne izmiri svoje obaveze, momentom padanja u docnju za njene obaveze odgovaraju etažni vlasnici, solidarno sopstvenom imovinom. Podrazumeva se da postoji pravo regresa prema etažnoj zajednici, ali i prema ostalim etažnim vlasnicima.

### **III. Zaključna razmatranja**

Već samom svojom pojavom u pravu, etažna svojina je otvorila veliki broj pitanja koja su morala da se rešavaju uz značajna odstupanja od uobičajenih pravila o svojini. Problematičan je već sam predmet etažne svojine koji nije određen kao jednostavna stvar, već kao deo stvari – zgrade koja je svojinski, ali ne i fizički izdvojena na delove koji nisu lako prepoznatljivi, a povrh toga su i međusobno spojeni tako da su im pojedini delovi zajednički.

Ono što je postignuće Zakonika jeste jasan odgovor na sva svojinska pitanja etažne svojine. Ovakve odgovore ne možemo naći u postojećim propisima, pa čak ni u uporednom pravu. U Srbiji su svojinska pitanja tradicionalno bila zanemarena pa se nisu ni postavljala. I danas se može čuti kao odgovor na pitanje svojine, odgovor koji objašnjava pravo korišćenja ili neko drugo ovlašćenje uže od prava svojine. Svojina je dovoljno zanemarivana decenijama da se i zaboravilo na nju.

Zakonik razrešava sva svojinska pitanja etažne svojine. To u nekim slučajevima vodi složenim odnosima i podelama na delove delova. Zahvaljujući svojinskim razgraničenjima u jednom stanu koji čini građevinsku celinu naći će se nekada i posebna svojina i zajednička svojina (na delovima sa drugim stanom) i svojina etažne zajednice (na zajedničkim delovima koji čine građevinsku celinu sa stanom), a nekada i samostalna svojina nekog trećeg lica (npr. instalacije kablovske televizije). Ovo nije jednostavan sistem, ali ni etažna svojina nije jednostavna.

Nije bilo nemoguće urediti etažnu svojinu i na drugim koncepcijama. Poznate su koncepcije prema kojima su predmet etažne svojine kubni metri prostora, sitem prema kome čitava zgrada pripada etažnoj zajednici, a etažni vlasnici imaju samo pravo korišćenja posebnih delova, sistemi sa različitim oblicima zajedničke svojine ili susvojine. Imajući u vidu sve ove sisteme, s jedne strane, i postojeće stanje, praksu i „tradiciju“, s druge strane, predložena je i razrađena koncepcija etažne svojine koja je opisana samo u glavnim detaljima.

*Zlatko Stefanović*

Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, Goce Delčeva 36

*Zlatko Stefanović, LLD, Associate Professor,*

Faculty of Law, Union University, Belgrade

## **CONDOMINIUM OWNERSHIP IN THE CIVIL LAW CODIFICATION**

### *Summary*

This paper is an overview of the legal solutions pertaining to condominium ownership as envisaged in the model *Draft Code on Property and other Real Rights* which has been developed in the past four years by a working group initially appointed by the Serbian Ministry of Finance and subsequently reappointed by the Serbian Ministry of Justice. Apart from discussing the legislative solutions, the author of this paper considers the open issues in the condominium ownership which have traditionally been a problem both in our legislation and in the comparative law, including the status of the entire building (multi-unit complex) in the condominium ownership, the allocation of the particular portions (individual units) and common areas of the building, the status of the condominium owners' association, etc.

Generally speaking, condominium ownership has usually been either excluded from civil codifications or covered only by a couple of provisions. During the adoption of the first civil codes in the 19<sup>th</sup> century, there was some kind of a resistance towards the condominium ownership. The French Civil Code contained only one article (664) on this matter while the German and the Swiss Civil Codes accepted the given state of affairs but prohibited any further constitution of this institute. The Austrian Civil Code and some other civil codes of the time contained similar solutions. The codes which did include legal provision on the condominium ownership usually regulated this issue in just a couple of articles, or quite often in a single article, which is rather insufficient for the appropriate regulation and operation of this institute. It was only at the beginning of the 20<sup>th</sup> century that the condominium ownership was regulated in more detail, by adopting the first separate acts on this subject matter rather than simply introducing changes in the existing civil codes. The first act on this matter was the Belgium act of 8<sup>th</sup> July 1924. In the meantime, there has been a number of common law countries that adopted their separate acts on the condominium – an institute which corresponds to the European-continental model of property partitioned into individual residential units.

*Translated by:*  
Gordana Ignjatović, BA

**UDK: 347.26(497.11)**

Radmila Kovačević Kuštrimović,  
Redovni profesor Pravnog fakulteta  
Univerziteta u Nišu

## NOVINE U SADRŽINI PRAVA STVARNE SLUŽBENOSTI U NACRTU ZAKONIKA O PRAVU SVOJINE I DRUGIM STVARNIM PRAVIMA<sup>1</sup>

***Apstrakt:** Autor se bavi analizom pojma stvarne službenosti u Nacrtu Zakonika o pravu svojine i drugim stvarnim pravima. Pažnju autora privukla je jedna vrsta negativne stvarne službenosti koja ovlašćuje vlasnika povlasne nepokretnosti da, za potrebe te nepokretnosti, zahteva od vlasnika poslužne nepokretnosti da trpi upotrebu **povlasne nepokretnosti**, na određeni način i u određenoj meri. Pravo tzv. klasične negativne stvarne službenosti ovlašćuje imaooca službenosti da od vlasnika poslužne nepokretnosti zahteva da nepokretnost ne upotrebljava na određeni način, ali je obaveza vlasnika poslužnog dobra da trpi upotrebu povlasnog dobra izvesna novina. Ustvari, radi se o jednoj vrsti ovlašćenja i obaveza vlasnika susednih nepokretnosti koje zakon ili državni organ nameće vlasnicima u slučaju škodljivih uticaja (imisija) kojima se preko mere uobičajene s obzirom na prirodu i namenu nepokretnosti i mesne prilike, otežava korišćenje susedne nepokretnosti. Vlasnik kome je korišćenje nepokretnosti usled imisija preterano otežano ima pravo da zahteva od vlasnika susedne nepokretnosti da se uzdrži od radnje, odnosno izvora štetnih uticaja. Međutim, on se može ugovorom, uz naknadu ili bez, obavezati da takvu upotrebu povlasne nepokretnosti trpi. Pošto se pravo službenosti stiče upisom u javnom registru, službenost sa ovom sadržinom postaje poznata svim trećim licima, tako da princip pravne sigurnosti ostaje nepovređen. Namera zakonodavca je bila da podstakne ovakav način sporazumevanja, kao jedan od mogućih načina uređivanja odnosa među susednim vlasnicima (sa stvarnopravnim dejstvom).*

*Ključne reči: Nacrt Zakonika o pravu svojine i drugim stvarnim pravima, stvarna službenost, negativna stvarna službenost, pravo svojine, susedsko pravo, škodljivi uticaji (imisije)*

---

<sup>1</sup> Rad predstavlja deo istraživanja na Projektu: "Pristup pravosuđu-instrument za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije", koji finansira ministarstvo nauke i životne sredine Republike Srbije na osnovu Ugovora o realizaciji projekata iz programa osnovnih istraživanja, br.149043D od 23. 2. 2006. g.

U radu imam u vidu Nacrt Zakonika o pravu svojine i drugim stvarnim pravima, koji je izradila Radna grupa formirana od strane Ministarstva finansija (kasnije i Ministarstva pravde) Republike Srbije. Rad na Nacrtu trajao je od 2003-2008. god.

## Uvod

Nema građanskog zakonika koji nije regulisao pravo stvarne službenosti. To je staro pravo i njegova istorija je istorija prava svojine. Čim je počelo omeđavanje zemljišta i verovanje da je pravo svojine na tom komadu zemljišta apsolutno i neograničeno, nastalo je i pravo stvarne službenosti. Pravne granice zemljišta nisu bile dovoljno jake da spreče potrebu za korišćenjem tuđe nepokretnosti. Zato počeci prava stvarne službenosti padaju u veoma daleku prošlost, čak i pre nego što su mu pravna nauka i pravna praksa dale status posebnog stvarnog prava. Štaviše, korišćenje tuđe nepokretnosti je proizašlo iz same činjenice držanja nepokretnosti, jer je ona najočiglednije ukazala na tu potrebu. Tako je stvarna službenost, zapravo, proizvod državine.

Pravo stvarne službenosti ograničava pravo svojine vlasnika poslužnog dobra. Međutim, ograničavanje prava svojine nije njegova suštinska karakteristika, već posledica delovanja, odnosno pravne prirode prava stvarne službenosti. Za pravo stvarne službenosti se može reći da predstavlja način vršenja prava svojine koji ugovaraju vlasnici susednih nepokretnosti. U jednoj prilici i na jednom mestu, ograničen u vršenju svojine na nepokretnosti kao vlasnik poslužnog dobra, u drugoj prilici i na drugom mestu, on je ovlašćen da, radi boljeg korišćenja svoje nepokretnosti, na određeni način i u određenoj meri, upotrebljava tuđu nepokretnost (kao vlasnik povlasnog dobra). Kao ograničenje svojine, teret ili breme, pravo službenosti se tretira samo radi očuvanja principa potpunosti svojine, odnosno pretpostavke neograničenosti svojine drugim stvarnim pravima. Zato je pravo stvarne službenosti, bilo da je shvaćeno kao ograničavanje svojine bilo kao način vršenja svojine, nezaobilazno u svim građanskim kodifikacijama. U delu o stvarnim pravima, regulišu se pojam, sadržina, vrste, sticanje, prestanak i zaštita prava stvarne službenosti. Time se uređuje potreba za postojanjem stvarne službenosti, ali čuva i princip neograničenosti svojine drugim stvarnim pravima.

U našem pravu, pravo stvarne službenosti bilo je regulisano u Srpskom građanskom zakoniku iz 1844. godine, Opštim imovinskim zakonikom za Crnu Goru iz 1888. god, a posle njihove abrogacije Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa iz 1980. godine (ZOSPO).<sup>2</sup> Do donošenja ZOSPO, na teritoriji Jugoslavije primenjivana su pravna pravila iz ovih zakona, kao i iz Općeg građanskog zakonika (Austrijski građanski zakonik iz 1811. god. na teritoriji Slovenije, Slavonije, Dalmacije, Hrvatske i Bosne i Hercegovine posle njene aneksije). Za razliku od građanskih zakonika donetih pre Drugog svetskog rata, pravo stvarne službenosti u ZOSPO uređeno je sa 11. članova, kasnije je (1996) brisan jedan član. To pokazuje da je važećim zakonom pravo službenosti sasvim nedovoljno uređeno i da se još uvek na pojedine pravne situacije primenjuju predratna pravna pravila.<sup>3</sup> Sve ovo ukazuje da je pred Komisijom za izradu

---

<sup>2</sup> "Sl. list SFRJ", br. 6/1980, br. 36/1990 i br. 29/1996.

<sup>3</sup> To je posledica karaktera svojinskog sistema u vreme donošenja ZOSPO, u kome je dominirala društvena svojina, kao oblik kolektivne svojine.

Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima stajala obaveza potpunijeg uređenja prava stvarne službenosti. Pri tome, odlučujuća su bila kako rešenja do kojih je došla strana pravna praksa i zakonodavstvo, tako i potrebe našeg društva u ovom trenutku, kao i one do kojih će doći s njegovim razvitkom. To je podrazumevalo preuređenje celokupne materije prava stvarne službenosti, u odnosu na postojeći Zakon, na rešenja u predratnim zakonicima, kao i prednacrtima kojih je bilo u većem broju u našoj dosadašnjoj zakonodavnoj aktivnosti.

Šta je Komisija predložila, radi zadovoljenja ovih ciljeva?

### **Pojam prava stvarne službenosti u Nacrtu Zakonika o pravu svojine i drugim stvarnim pravima**

Najpre, Komisija se nije dvoumila oko mesta prava stvarne službenosti u Nacrtu Zakonika o pravu svojine i drugim stvarnim pravima. Pravo stvarne službenosti uređeno je u delu o službenostima uopšte, što znači da je prihvaćena tzv. klasična koncepcija o stvarnim i ličnim službenostima kao jedinstvenom pravnom institutu.<sup>4</sup> U nekim zakonicima, kao što je slučaj sa Francuskim građanskim zakonikom, posebno su, kao dva pravna instituta, uređene najpre lične službenosti (čl. 578-636), a zatim, stvarne službenosti.<sup>5</sup>

Za Komisiju nije bio izazov ni pojam prava stvarne službenosti. Za njegovo uređivanje, Komisija je imala na raspolaganju skoro uniformno određen pojam prava stvarne službenosti u građanskim zakonicima. Naime, pojam prava stvarne službenosti se određuje ili sa aspekta vlasnika poslužne nepokretnosti ili vlasnika povlasnog dobra, kao imaoca prava stvarne službenosti. Strogo uzev, pravo stvarne službenosti čine ovlašćenja vlasnika povlasnog dobra, ali se ona ne mogu ostvariti bez odgovarajućih obaveza vlasnika poslužne nepokretnosti.<sup>6</sup> Pojmom prava službenosti određuje se objekt u pogledu koga nastaju ovlašćenja i obaveze. Tako se pravo stvarne službenosti reguliše kao pravo svagdašnjeg ili svakodobnog vlasnika nepokretne stvari (povlasno dobro) da za potrebe te nepokretnosti tuđu nepokretnu stvar (poslužno dobro) upotrebljava na određeni način i u određenoj meri, ili da od njega zahteva da poslužno dobro ne koristi na određeni način i u određenoj meri. Ovom definicijom prava stvarne službenosti određuju se subjekti prava službenosti (svagdašnji vlasnici dveju nepokretnosti), objekt povodom koga nastaje (nepokretnost), kao i sadržina, koja se, u zavisnosti od ovlašćenja vlasnika povlasnog dobra, odnosno obaveza vlasnika poslužnog

---

<sup>4</sup> Službenosti su se kao jedinstven pravni institut počele tretirati tek u Justinijanovom pravu.

<sup>5</sup> Lične službenosti (ususfructus, usus i habitatio) u klasičnom rimskom pravu tretirane su kao posebna stvarna prava, a ne kao vrsta službenosti.

<sup>6</sup> Zato neki građanski zakоници pravo službenosti definišu s aspekta vlasnika poslužnog dobra, kao teret na poslužnoj nepokretnosti, radi potreba povlasnog dobra. Vidi, čl. 730. Švajcarskog građanskog zakonika.

dobra, izražava kroz dve vrste službenosti: pozitivne i negativne.<sup>7</sup> Pozitivne službenosti ovlašćuju imaooca prava stvarne službenosti da poslužno dobro upotrebljava na određeni način i u određenoj meri, a vlasnik poslužnog dobra trpi takvu upotrebu. Negativne službenosti ovlašćuju vlasnika povlasnog dobra da od vlasnika poslužnog dobra zahteva da na poslužnom dobru ne preduzima određene radnje koje su imanentne pravu svojine, a koje su mu uskraćene zbog konstituisanja prava stvarne službenosti.

U tom smislu, i Nacrt Zakonika pravo stvarne službenosti definiše kao “pravo svagdašnjeg vlasnika nepokretne stvari (povlasno dobro) da, za potrebe tog dobra, tuđu nepokretnu stvar (poslužno dobro) upotrebljava na određeni način i u određenoj meri (pozitivna stvarna službenost), zahteva od njenog svagdašnjeg vlasnika da trpi upotrebu povlasnog dobra na određeni način i u određenoj meri koju bi inače imao pravo da zabrani, ili zahteva da poslužno dobro ne upotrebljava na određeni način i u određenoj meri (negativna stvarna službenost)” (čl. 308). Iz ove definicije proizlazi da se zakonodavac opredelio da pravo stvarne službenosti definiše sa aspekta imaooca prava stvarne službenosti, a ne vlasnika poslužne nepokretnosti, polazeći od određenja da je službenost stvarno pravo na tuđoj stvari (*iura in re aliena*).

Međutim, u definiciji pojma stvarne službenosti u Nacrtu Zakonika primetna je izvesna „novina“, jer je predviđeno da se pravo stvarne službenosti može konstituisati i kao ovlašćenje imaooca službenosti da od vlasnika poslužnog dobra zahteva da „**trpi upotrebu povlasnog dobra na određeni način i u određenoj meri, koju bi inače imao pravo da zabrani**“.<sup>8</sup> U našoj zakonodavnoj praksi i pravnoj teoriji ovaj vid prava stvarne službenosti, nije poznat.<sup>9</sup> Ovlašćenje vlasnika povlasne nepokretnosti da od vlasnika poslužnog dobra zahteva da, na određen način i u određenoj meri, trpi upotrebu povlasne nepokretne stvari, upućuje da se radi o vrsti prava negativne stvarne službenosti, pored tzv. klasičnih oblika negativnih stvarnih službenosti: prava vlasnika povlasne nepokretnosti da od vlasnika poslužne nepokretnosti zahteva da svoju kuću ne čini višom (*servitus altius non tollendi*), da zgradu ne čini nižom (*servitus humilium non reddendi*), da zgradi na povlasnom dobru (povlasnoj zgradi) ne oduzima svetlost (*servitus ne luminibus officatur*), da kišnicu ne odvrća od susedove nepokretnosti (*servitus stillicidium non derivare*) itd. Vlasnik poslužne nepokretnosti dužan je, u svim slučajevima, da se uzdrži od njenog korišćenja na određeni način i u određenoj meri, iako bi na to bio ovlašćen da se nije obavezao zasnivanjem prava stvarne službenosti. Nacrt Zakonika, među ovlašćenjima vlasnika povlasne nepokretnosti da, za potrebe svog dobra, od vlasnika poslužnog dobra zahteva da nepokretnost ne

<sup>7</sup> Po tom modelu, pravo stvarne službenosti regulisano je u svim modernim građanskim zakonima.

<sup>8</sup> To nije jedina novina. Značajnu novinu predstavlja pravo službenosti građenja, ali mi nismo u mogućnosti da se u ovom radu bavimo i njome.

<sup>9</sup> To ne isključuje mogućnost ugovora između vlasnika dveju nepokretnosti sa ovom sadržinom, ali ne sa stvarnopravnim dejstvom.



upotrebljava na određeni način i u određenoj meri, posebno izdvaja ovlašćenje da od vlasnika poslužne nepokretnosti zahteva **da trpi upotrebu povlasnog dobra**. Reč je o upotrebi ili korišćenju povlasne nepokretnosti koje vlasnik poslužne nepokretnosti može zabraniti. Vlasnik poslužne nepokretnosti se ovom službenošću može obavezati da će trpeti preterane imisije, odnosno takvo korišćenje susedne nepokretnosti kojim se otežava korišćenje njegove nepokretnosti “preko mere koja je uobičajena s obzirom na prirodu i namenu nepokretnosti i na mesne prilike, ili kojim se prouzrokuje znatnija šteta”.<sup>10</sup> Na primer, obavezuje se da trpi buku koja dolazi sa povlasnog dobra ili svetlost od reklame (službenost trpljenja iluminacije), ili potrese, ili druge vrste škodljivih uticaja koji upotrebu njegovog dobra čine otežanom. Vlasnik poslužne nepokretnosti može se obavezati da će trpeti upotrebu povlasnog dobra u svim slučajevima kada bi, na osnovu susedskog prava, takvo korišćenje mogao zabraniti. On se ugovaranjem prava stvarne službenosti odriče prava da zahteva zabranu korišćenja povlasne nepokretnosti na koje je ovlašćen zakonom ili odlukom državnog organa.

U definicijama pojma prava stvarne službenosti u evropskim građanskim zakonicima, kao ni u zakonima koji su doneti u državama - republikama bivše savezne države SRJ, ovo ovlašćenje titulara službenosti nije posebno navedeno, iako je jasno da se u praksi može sresti. Zbog toga se nameće pitanje da li je reč o novoj vrsti prava stvarne službenosti ili je uvođenje ovog ovlašćenja u sadržinu prava stvarne službenosti bilo potrebno iz posebnih razloga.

U odgovoru na ovo pitanje treba poći od funkcije prava stvarne službenosti. *Osnovna* funkcija prava stvarne službenosti sastoji se u koristi koju povlasna nepokretnost ima od *upotrebe* tuđe (poslužne) nepokretnosti<sup>11</sup>, zbog čega se ovlašćenje imaoca prava stvarne službenosti ne može odvojiti od prava svojine na povlasnom dobru, niti obaveza vlasnika poslužnog dobra od svojine na poslužnom dobru. Korist koju povlasno dobro ostvaruje upotrebom tuđe nepokretnosti (*praedio utilis*) predstavlja pojmovnu pretpostavku pojma stvarne službenosti.<sup>12</sup> Po njoj se pravo stvarne službenosti razlikuje od prava lične službenosti. Zbog raznovrsnosti koristi koja se može ostvariti pravom stvarne službenosti, princip ograničenog broja ovih prava nije ostvariv; stvarne službenosti ne podležu principu *numerus clausus*. Pojedine vrste stvarnih službenosti, koje se regulišu nekim građanskim zakonicima, predstavljaju tipične oblike u kojima se pravo službenosti javlja u praksi. U pojedinim zakonicima, kao i u pravnoj nauci, pribegava se brojnim podelama, od kojih su najznačajnije podele na pozitivne i negativne, poljske i kućne, vidljive i nevidljive, trajne i povremene službenosti, itd.

<sup>10</sup> Vidi, čl. 5. ZOSPO. Zabrana škodljivih uticaja u susedskim odnosima predviđena je i čl. 303. Nacrta Zakonika o pravu svojine i drugim stvarnim pravima.

<sup>11</sup> Založno pravo, koje takođe spada u stvarna prava na tuđoj stvari, zasniva se na prometnoj vrednosti stvari, radi namirenja poveriočevog potraživanja.

<sup>12</sup> Korist koju povlasna nepokretnost ostvaruje konstituisanjem prava službenosti, kao i „svojstvo“ poslužnog dobra da omogući takvu korist, uticala je da broj stvarnih službenosti može biti veliki.

### Sadržina prava stvarne službenosti

Sadržina prava stvarne službenosti menjala se od vremena nastanka do danas. Promene u sadržini prava stvarne službenosti uslovljene su promenom potreba za korišćenjem nepokretnosti. Neke vrste stvarnih službenosti nestaju ili gube na značaju, a nove nastaju. Brojne potrebe koje su se zadovoljavale konstituisanjem prava stvarne službenosti danas gube na značaju zbog promenjenih društvenih prilika (kao što su npr. službenost prolaza na konju preko tuđeg zemljišta), ili zato što su razne vrste korišćenja nepokretnosti uslovljene susedstvom uređene ili susedskim pravom ili brojnim urbanističkim propisima (u gradovima i naseljima gradskog karaktera). Razvoj tehnike, telekomunikacionih i radiodifuznih sistema, kao i raznih instalacija za prenos energija na daljinu, nametnuli su nove potrebe za korišćenjem tuđe nepokretnosti, kao što su postavljanje raznih vrsta antena na tuđoj nepokretnosti, najčešće zgradama, radi prijema TV i drugih signala. Težište prava stvarne službenosti sa zemljišnih službenosti pomerilo se ka gradskim službenostima, što je uslovljeno nedostatkom građevinskog zemljišta i blizinom stambenih zgrada. Stambeni objekti se ili dodiruju ili lepe jedan za drugi, bilo po horizontali ili vertikali. Pravo stvarne službenosti omogućava vlasniku povlasnog dobra da, za potrebe tog dobra, ugovori korišćenje druge, tuđe, nepokretnosti.

Međutim, nekada je upotreba tuđe susedne nepokretnosti neophodna, jer se bez nje ne može uopšte vršiti pravo svojine ili se vrši veoma otežano. Na primer, vlasnik nepokretnosti je ponekad prinuđen da pređe na susedovo zemljište radi hvatanja odbegle životinje, ili da na njemu postavi skele ili druge naprave, radi izvođenja neophodnih radova na svojoj kući, ili da od suseda zahteva da na svom dobru ne izvodi određene radove kojima se ugrožava stabilnost njegovog stambenog objekta itd. U takvim slučajevima, zakon naređuje vlasniku susedne nepokretnosti da dopusti upotrebu svoje nepokretnosti na određeni način, odnosno da se uzdrži od određenih radnji. Skup pravnih normi kojima se regulišu odnosi između vlasnika susednih nepokretnosti kada su upotreba ili uzdržavanje od korišćenja susedne nepokretnosti u određenoj meri i na određeni način neophodni, čini posebnu celinu građanske materije koja se naziva **susedsko pravo**. Na osnovu susedskog prava, vlasnik nepokretnosti može biti obavezan i na preduzimanje određene radnje, npr. da sruši zgradu sklonu rušenju, usled čega može nastati šteta. Ta ovlašćenja (i obaveze) vlasnici susednih nepokretnosti (i jedan i drugi) izvode iz zakona, pa se ona smatraju zakonskim ograničenjima prava svojine. Ona, u većini slučajeva, mogu biti sadržina prava stvarne službenosti, ali ih zakonodavac oktroiše vlasnicima susednih nepokretnosti kada do sporazuma ne dođe, a upotreba (ili uzdržavanje od upotrebe, čak i preduzimanje određenih radnji od strane vlasnika susedne nepokretnosti) susedne nepokretnosti na određeni način i u određenoj meri bude nužna.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Nisu sva susedska ovlašćenja pogodna da budu predmet prava stvarne službenosti. To je slučaj sa ovlašćenjima (i obavezama) vlasnika susednih nepokretnosti u pogledu međa, ograda, zajedničkog

Posebnu vrstu susedskog prava predstavlja ovlašćenje vlasnika nepokretnosti čije je korišćenje, usled imisija koje potiču sa susedne nepokretnosti ili od radnji koje preduzima vlasnik, otežano preko mere koja je uobičajena s obzirom na prirodu i namenu nepokretnosti i mesne prilike, da od vlasnika susedne nepokretnosti zahteva da se uzdrži od takvih radnji ili otkloni izvor škodljivih uticaja. Većina građanskih zakonika reguliše zaštitu od preteranih imisija u okviru susedskog prava.<sup>14</sup> U našem pravu se obaveza vlasnika da se pri korišćenju nepokretnosti uzdržava od radnji i da otklanja uzroke koji potiču od njegove nepokretnosti i kojima se otežava korišćenje drugih nepokretnosti (prenošenje dima, neprijatnih mirisa, toplote, čađi, potresa, buke, oticanje otpadnih voda i sl.) preko mere koja je uobičajena s obzirom na prirodu i namenu nepokretnosti i na mesne prilike, ili kojima se prouzrokuje znatnija šteta, reguliše Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa.<sup>15</sup> Do posebnog uređenja susedskopravnih odnosa došlo je pod uticajem velikih promena u korišćenju nepokretnosti, koje su uslovljene tehničkim i tehnološkim napretkom. Razvile su se delatnosti koje su omogućile najrazličitije načine korišćenja pokretnih i nepokretnih stvari. Kada su u pitanju nepokretnosti, takve mogućnosti su se proširile i svojim vlasnicima donose velike koristi. „Otkrivanje“ novih načina korišćenja stvari došlo je usled nastajanja novih potreba. Međutim, progres je nosio i brojne opasnosti, uopšte uzev, a samim tim i brojne smetnje, značajne opasnosti, oštećenja i neugodnosti po suseda. Neke od njih sused je morao trpeti radi očuvanja dobrosusedskih odnosa, ali su neke prelazile svaku meru i zakonodavac je morao reagovati nizom pravila kojima se utvrđuju obaveze trpljenja, odnosno ovlašćenja na zabranu škodljivih uticaja koji dolaze sa susedne nepokretnosti. Prag tolerancije ili trpeljivosti štetnih ili škodljivih uticaja koji dolaze sa susedne nepokretnosti (bilo od delatnosti kojom se sused bavi ili prosto imaju svoj izvor na njegovoj nepokretnosti) je različit i zavisi od brojnih okolnosti.<sup>16</sup> U odredbama građanskih zakonika najčešće se navode: mesna uobičajenost korišćenja zemljišta, podnošljivost škodljivih uticaja, ekonomski i društveni interesi emitenata i sl. Problem imisija i nije pitanje, strogo uzev, samo susedskih odnosa, budući da škodljivi uticaji potiču od industrijskih

---

zida, drva na međi itd. Međutim, susedska prava u pogledu upotrebe susedne nepokretnosti radi nužnog prelaza, postavljanja instalacija, uzimanja vode i sl., kao i upotreba susedne nepokretnosti radi obavljanja radova na svojoj nepokretnosti mogu predstavljati sadržinu pozitivne, odnosno negativne stvarne službenosti.

<sup>14</sup> Tako § 364. Austrijskog građanskog zakonika, § 906. Nemačkog građanskog zakonika, čl. 684. Švajcarskog građanskog zakonika, čl. 844. Italijanskog građanskog zakonika, čl. 1003. Grčkog građanskog zakonika.

<sup>15</sup> Vidi, čl. 5. st. 1. ZOSPO. Zaštita od preteranih imisija uređena je u okviru Osnovnih načela, jer se potpuna regulativa susedskog prava očekivala u republičkom zakonu. ZOSPO je donet kao savezni zakon.

<sup>16</sup> Tehničko-tehnološki razvoj poslednjih decenija doveo je do daljeg povećanja veoma škodljivih uticaja, koji, pored regulative na planu građanskog prava (to je dovelo do noveliranja § 906. Nemačkog građanskog zakonika), sve više nameću i potrebu za zaštitom na međunarodnom planu. Oni postaju globalni problem.

postrojenja i ugrožavaju širu životnu sredinu i zdravlje ljudi. Ipak, građanskim zakonicima se problem škodljivih uticaja reguliše u meri u kojoj dolazi do konflikta svojinskih ovlašćenja između „susednih“ nepokretnosti.<sup>17</sup> Otuda, vlasnik kome škodljivi uticaji (imisije) otežavaju korišćenje nepokretnosti preko uobičajene mere, može zahtevati od vlasnika susedne nepokretnosti da se uzdrži od radnje koja emituje gasove, čađ, buku, potrese, izaziva neprijatne mirise, prouzrokuje preteranu toplotu, paru, izaziva smetnje na radiodifuznim uređajima i sl., odnosno da ukloni izvor uticaja, da zabrani bavljenje takvom aktivnošću.<sup>18</sup>

Međutim, uvećane mogućnosti „proizvodnje“ škodljivih uticaja koje preko mere otežavaju korišćenje susedne nepokretnosti, otvorile su mogućnost vlasnika susednih nepokretnosti da se sporazumevaju o pragu tolerancije, odnosno trpenju škodljivih uticaja. **Problem škodljivih uticaja koji dolaze sa susedne nepokretnosti, „preneo“ se i na pravo stvarne službenosti.** Otuda i ovlašćenje vlasnika nepokretnosti, čija je upotreba otežana usled škodljivih uticaja koji dolaze sa susedne nepokretnosti da zahteva prestanak „emitovanja“ škodljivih uticaja, može biti, uz naknadu ili bez, predmet prava stvarne službenosti; vlasnik poslužne nepokretnosti se može obavezati da će trpeti takav način korišćenja povlasnog dobra. Takav sporazum može postojati samo između sadašnjih vlasnika dveju nepokretnosti i on je po svojoj prirodi obligacionog dejstva. U slučaju promene vlasnika jedne, odnosno obeju nepokretnosti, ovlašćenje i obaveza prestaju. Sticalac povlasnog dobra nije ovlašćen da od vlasnika poslužne nepokretnosti zahteva trpljenje prekomernih škodljivih uticaja, kao što ni novi vlasnik poslužne nepokretnosti nije obavezan da trpi uticaj škodljivih uticaja sa susedove nepokretnosti. Međutim, namere strana ugovornica mogu biti takve da sporazum ima pravno dejstvo i prema svagdašnjem vlasniku povlasne, odnosno poslužne nepokretnosti. To može biti trajna potreba povlasne nepokretnosti, odnosno delatnosti ili radnji od kojih potiču škodljivi uticaji. Taj efekat vlasnici susednih nepokretnosti mogu postići tako što će pravo na trpenje upotrebe povlasne nepokretnosti na određeni način ili u određenoj meri koju vlasnik poslužne nepokretnosti može, po osnovu susedskog prava da zabrani, upisati u javnom registru (katastru). Vlasnik povlasne nepokretnosti stiče pravo da od vlasnika poslužne nepokretnosti zahteva da trpi upotrebu povlasne nepokretnosti na određeni način i u određenoj meri, što nije ništa drugo do sadržina prava negativne stvarne službenosti. Očigledno je da je ovu vrstu prava stvarne službenosti „otkrio“ savremeni način korišćenja nepokretnosti. Tako se vlasnik poslužne nepokretnosti može obavezati da će trpeti buku koja dolazi sa susedne nepokretnosti (povlasnog dobra) koja nastaje od kupališta izgrađenog na njoj, od radnje kojom se obavlja

<sup>17</sup> Više, Stojanović, D: „Građanskopravna sredstva u borbi protiv zagadjivanja vazduha i vode“, Savremena administracija, Beograd, 1975.

<sup>18</sup> Vlasnik se od štetnih uticaja (od vlasnika koji je prekoračio svoja ovlašćenja) može braniti tužbom za propuštanje (od opasnosti nastupanja štete), za uklanjanje štete (ako je šteta nastupila), kao i tužbom za naknadu štete (po opštim pravilima o naknadi štete).

mlinarska delatnost, perionice, pekare, noćnog kluba ili sportskih takmičenja ili rekreativnih sportova sa terena na povlasnoj nepokretnosti, ili preteranu svetlost koju daje velika svetleća reklama postavljena na zidu povlasne kuće, ili dim i toplota koji dolaze sa povlasne nepokretnosti usled delatnosti kod kojih su ovi uticaji neizbežni itd. Neke od pobrojanih delatnosti na povlasnoj nepokretnosti zahtevaju znatna ulaganja (i povećavaju njenu vrednost), zbog čega vlasnik želi da konstituisanjem prava stvarne službenosti omogući izvesnost u pogledu trajanja takvog stanja, a samim tim i uveća tržišnu (prometnu) vrednosti svoga dobra. Promena vlasnika povlasnog i poslužnog dobra ne bi imala za posledicu promenu stanja zasnovanog pravom stvarne službenosti, čime se ostvaruje pravna sigurnost oba sticajca u pravnom prometu. Istina, ovo pravo se može konstituisati samo u korist sadašnjeg vlasnika povlasne nepokretnosti, i onda se radi o nepravnoj ili neregularnoj stvarnoj službenosti. U Nacrtu Zakonika ova vrsta prava službenosti naziva se stvarno-ličnim službenostima (vidi čl. 341.).

Iako već postoji u praksi, ova vrsta negativne stvarne službenosti nameće izvesne dileme pravnoj teoriji. Potrebno je objasniti šta predstavlja njihov objekt. Ista dilema postojala je sa pojavom i tzv. klasičnih negativnih službenosti. Ona je izazvana shvatanjem sadržine prava svojine. Po ranijim shvatanjima, pravo svojine čini skup tačno određenih ovlašćenja, koja je vlasnik mogao prenositi na ostala lica i na tim „sektorima“ nastajala su stvarna prava na tuđim stvarima (*iura in re aliena*)<sup>19</sup>. Pojam prava svojine, po ovom shvatanju čine: ovlašćenje držanja stvari (*ius possidendi*), pravo korišćenja koje sadrži i pravo upotrebe (*ius utendi*), pravo pribiranja plodova (*ius fruendi*) i pravo raspolaganja (*ius disponendi*).<sup>20</sup> Ako se pođe od takvog shvatanja prava svojine, vlasnik je na druga lica mogao preneti samo neko od tih ovlašćenja i povodom njih su mogla nastati samostalna stvarna prava na tuđoj stvari, pravo stvarne službenosti i založno pravo. Evropski građanski zakonici, međutim, kao i pravna nauka, pravo svojine definišu kao najpotpuniju pravnu vlast povodom stvari, kao jedinstvo ovlašćenja, navodeći pri tome samo neka od tipičnih svojinskih ovlašćenja, kao što su držanje, korišćenje (upotreba i pribiranje plodova) i raspolaganje. Ovo shvatanje suštine svojinske vlasti posledica je prirodnopravne, individualističke teorije po kojoj je svojina izraz slobode pojedinaca, kao osnovnog ljudskog prava. Pravo svojine, kao najpotpunija pravna vlast, regulisano je u Francuskom građanskom zakoniku (čl. 544.), a po uzoru na njega slične definicije sadrže i ostali građanski zakonici koji su kasnije doneti.<sup>21</sup> Ovakvim definisanjem prava svojine napušteno je shvatanje da je svojina skup tačno određenih ovlašćenja. Uzgred, određivanje pojma prava svojine na ovaj

<sup>19</sup> Pored naziva „sektorska“, pominju se i nazivi „limitirana“ i „parcijalna“ prava, što je upućivalo na zaključak da je reč o pravima koja nastaju na delovima svojine.

<sup>20</sup> Isticano je da je takvo shvatanje prava svojine autentično rimsko shvatanje svojine, uprkos izrazu *plena in re potestas* (pravo svojine je potpuna pravna vlast povodom stvari).

<sup>21</sup> Vidi, § 354. Austrijskog građanskog zakonika, § 903. Nemačkog građanskog zakonika, čl. 641. Švajcarskog građanskog zakonika i dr.

način imalo bi za posledicu da prenošenje jednog od njih na drugo lice dovodi u pitanje dalji opstanak pojma svojine. Pored toga, na osnovu ovog pojma prava svojine nije bilo lako objasniti objekt prava negativne stvarne službenosti. Ako se pravo pozitivne stvarne službenosti ustanovljava povodom vlasnikovih ovlašćenja u pogledu držanja, upotrebe ili korišćenja stvari ili, uopšte, povodom nekog ovlašćenja iz jedinstvene pravne vlasti, šta predstavlja objekt prava negativne stvarne službenosti?

Analiza nekih od klasičnih negativnih stvarnih službenosti, kao npr. pravo vlasnika povlasne nepokretnosti da od vlasnika poslužnog dobra zahteva da svoju kuću ne povisuje kako mu ne bi oduzeo vidik ili vazduh, ili da kuću ne snižava iz sličnih razloga, pokazuje da njihov objekt čini ovlašćenje vlasnika poslužne nepokretnosti da ovu ne upotrebljava na određeni način ili u određenoj meri. Bilo je očigledno da svojinska vlast obuhvata ovlašćenja da se stvar koristi ili upotrebljava, ali i ovlašćenja vlasnika da stvar, osim u zakonom predviđenim slučajevima, ne upotrebljava uopšte, ili na određeni način i u određenoj meri. Nevršenje prava svojine je takođe jedno od vlasnikovih ovlašćenja, jer ne može dovesti do gubljenja prava, čak ni kada se stvar nalazi kod drugoga (osim izuzetno, kada su ispunjeni uslovi za sticanje svojine na osnovu sticanja održajem ili od nevlasnika). Otuda, vlasnik može i ovlašćenja nevršenja prava svojine na određeni način i u određenoj meri preneti na drugoga, a da pravo svojine ne bude okrnjeno u kvalitativnom smislu. Ono postaje ograničeno, kvantitativno promenjeno, ali pojam svojine kao pravne vlasti ostaje identičan. Tako se može objasniti pojam prava negativne službenosti i moderna pravna teorija je (u tom smislu i zakonodavstva) složna u tome. Uzgred, zahvaljujući shvatanju prava svojine kao jedinstvene pravne vlasti, pravo službenosti se tretira kao novo pravo, za čiji nastanak, sadržinu i prestanak važe posebna pravila. Štaviše, uvedena je još jedna grupa službenosti, službenosti na svojoj stvari - svojinske stvarne službenosti.<sup>22</sup>

Pravo vlasnika povlasne nepokretnosti da od vlasnika poslužne nepokretnosti zahteva da trpi upotrebu povlasne nepokretnosti je vrsta negativne stvarne službenosti. Za ovu službenost važi sve ono što važi i za ostale negativne stvarne službenosti. Zbog čega je onda zakonodavac morao da ovo ovlašćenje imaoca službenosti posebno ističe u pojmu prava stvarne službenosti? Jasno je da se ovom vrstom prava službenosti ostvaruje bolje (ili uopšte) korišćenje povlasne nepokretnosti. Na taj način je zadovoljen osnovni funkcionalni element prava stvarne službenosti, a to je korist za povlasno dobro. Međutim, ona se ne ostvaruje korišćenjem ili nekorišćenjem poslužne nepokretnosti na određen način i u određenoj meri, zasnovanim na fizičkim, materijalnim svojstvima povlasne nepokretnosti.<sup>23</sup> Pravo stvarne službenosti cilja na upotrebu (ili neupotrebljavanje)

<sup>22</sup> I ostala ograničena stvarna prava na tuđoj stvari mogu se konstituisati na svojoj stvari, hipoteka, pravo građenja, a po nekima i zakup.

<sup>23</sup> Za razliku od založnog prava koje se zasniva na tržišnoj vrednosti založene stvari. Vidi, Rajačić, Č: Stvarno pravo, beleške sa predavanja, Zagreb, 1956. str. 348.

poslužnog dobra na određeni način i u određenoj meri. Kod ove vrste stvarne službenosti, vlasnik poslužne nepokretnosti se ne obavezuje da trpi upotrebu svoje nepokretnosti na određeni način i u određenoj meri, niti da neće upotrebljavati nepokretnost na određeni način i u određenoj meri. Kod tzv. klasičnog prava negativne stvarne službenosti, on se obavezuje da neće zidati stambeni objekat, da neće vršiti nadzidivanje, da neće saditi drveće i sl., preduzimati radnje vezane za svojstva poslužne nepokretnosti. Kod „**imisione**“ **negativne stvarne službenosti** vlasnik se obavezuje da će, za potrebe povlasne nepokretnosti, trpeti škodljive uticaje koji preko uobičajene mere otežavaju korišćenje njegove nepokretnosti. Njegova obaveza nema za objekt neko od ovlašćenja *neposredno vezanih za nepokretnost*, bilo u pogledu upotrebe nepokretnosti ili nevršenja nekih ovlašćenja u pogledu nje. Ona se zasniva na jednom od načina vršenja prava svojine - svojinskog ovlašćenja, koje proizlazi iz susedskog prava i koje se prostire na susedovu nepokretnu stvar. Naime, vlasnik nepokretnosti je ovlašćen (zakonom ili odlukom državnog organa) da od vlasnika susedne nepokretnosti zahteva da se uzdrži od radnji koje prouzrokuju škodljive uticaje koji otežavaju korišćenje njegove nepokretne stvari preko uobičajene mere, odnosno da otkloni izvor imisija.<sup>24</sup> Međutim, on se može odreći tog ovlašćenja i obavezati se da trpi upotrebu susedne nepokretnosti na određeni način i u određenoj meri. *To je, takođe, jedno od specifičnih svojinskih ovlašćenja*, koje može biti objekt prava negativne stvarne službenosti, poput ostalih pozitivnih, odnosno negativnih ovlašćenja koja čine sadržinu prava svojine. Kada se konstituiše službenost koja ovlašćuje svog imaoca da od vlasnika poslužne nepokretnosti zahteva da trpi upotrebu povlasne nepokretnosti na određeni način, on se odriče svojih ovlašćenja u pogledu susedne nepokretnosti (ali povodom svoje nepokretnosti), da od suseda zahteva da se uzdrži od uticaja koji potiču od radnji koje otežavaju korišćenje njegove nepokretne stvari, preko mere koja je uobičajena s obzirom na prirodu i namenu stvari i mesne prilike. Znači, problem je u razumevanju pojma prava svojine, tačnije obima svojinskih ovlašćenja, koji se, pod uticajem krupnih društvenih promena, naročito u sferi novih načina privrednog iskorišćavanja stvari, znatno promenio. Sadržina prava svojine u modernom pravu „opisuje“ puni krug i sa ovlašćenjem da se susedu zabrani emitovanje preteranih škodljivih uticaja. Bez njega bi pravo svojine, zbog uvećanih mogućnosti uticanja na susednu nepokretnost (njihovu škodljivost), često bilo iluzorno. **Zato se ovlašćenja iz susedskog prava smatraju svojinskim ovlašćenjima i uživaju pravnu zaštitu i predmet su „raspolaganja“, kao i ostala svojinska ovlašćenja.**

To je omogućilo vlasnicima susednih nepokretnosti da se o načinima upotrebe susedne nepokretnosti mogu sporazumevati. Pravo tzv. imisione negativne stvarne službenosti u potpunosti korepondira sa jednom vrstom susedskih

<sup>24</sup> On to pravo ne može isticati ako se radnja vrši, odnosno izvor škodljivih uticaja koristi sa dozvolom nadležnog državnog organa ili u okviru opšte korisne delatnosti.

prava na osnovu kojih vlasnik nepokretne stvari može od vlasnika susedne nepokretnosti zahtevati da trpi upotrebu vlasnikove nepokretnosti na određeni način i u određenoj meri.<sup>25</sup> Ova vrsta susedskih odnosa posledica je novih načina korišćenja nepokretnosti, naročito u pravcu obavljanja brojnih delatnosti koje su samo locirane na susedovoj nepokretnosti i čije obavljanje daleko nadmašuje vrednost nepokretnosti, a da za to nije potrebno zadiranje u supstancu poslužne nepokretnosti. Nepokretnost se sve češće koristi, kao što je već rečeno, za obavljanje industrijskih, trgovinskih, sportsko-rekreativnih i drugih delatnosti, koje su praćene bukom, vibracijom, jakim osvetljenjem itd. Odricanjem vlasnika poslužne nepokretnosti da zahteva uzdržavanje od radnji, odnosno izvora škodljivih uticaja koji korišćenje poslužne nepokretnosti otežavaju preko mere koja je uobičajena s obzirom na prirodu i namenu nepokretnosti i mesne prilike, vlasnici povlasnih nepokretnosti mogu obavljati niz korisnih delatnosti, bez kojih se savremeni život ne može ni zamisliti. One postaju izvor prihoda, ne samo vlasnika povlasne, već i poslužne nepokretnosti. Tako i jedan i drugi subjekt u ovom građanskopravnom odnosu nalaze svoj interes, što je suština i ostalih građansko-pravnih odnosa.

Kao i kod ostalih oblika stvarne službenosti, i ove moraju biti određene po obimu i sadržini. Samo na taj način se može štititi pravo svojine vlasnika poslužne nepokretnosti od preteranog ograničavanja, do koga može doći mimo njegove volje. Određivanje sadržine ovlašćenja vlasnika povlasne nepokretnosti, odnosno dozvoljeni način njenog korišćenja, omogućava vlasniku koji je obavezan da trpi takvu upotrebu efikasnu zaštitu od prekoračenja vršenja prava službenosti, kao i pravnu sigurnost u slučaju promene vlasnika.<sup>26</sup> S obzirom na sve izraženije mogućnosti upotrebe nepokretnosti (zemljišta i zgrada) za obavljanje brojnih delatnosti (zbog mogućnosti bavljenja brojnim delatnostima u privatnoj svojini), može se očekivati razvijanje ove vrste negativnih stvarnih službenosti. Zakonodavac je samo naslutio promene do kojih dolazi u korišćenju nepokretnih stvari i ukazao na jedno od sredstava pravne tehnike za njihovo ugovorno rešavanje (znači na korist obe strane), sa stvarnopravnim dejstvom. A pravo stvarne službenosti je oduvek imalo tu svrhu. Utvrđujući ovaj oblik negativne stvarne službenosti, on je samo sledio vrhovni cilj zakonodavca, da mora regulisati sadašnjost, ali stvarati uslove i za dalji razvoj ljudske svakodnevice.

Međutim, i dalje ostaje pitanje da li je postojala potreba za posebnim tretiranjem ovog oblika prava negativne stvarne službenosti, koji opterećuje pojam prava stvarne službenosti. Pri tome, imamo u vidu činjenicu da nijedan od građanskih zakonika ne uređuje pojam stvarne službenosti na ovaj način. Ako

---

<sup>25</sup> Pri tome, treba imati u vidu da se kao subjekti susedskih odnosa, pored vlasnika, mogu javiti i lica koja su ovlašćena da koriste jednu ili drugu nepokretnost, zatim, da postoje izvesni oblici susedskih odnosa koji ne mogu biti predmet službenosti, međe npr. itd.

<sup>26</sup> O tome se mora voditi računa prilikom upisa konkretnog prava stvarne službenosti u javnom registru.



zanemarimo „starost“ građanskih zakonika u Evropi, još uvek nam ostaju noviji zakoni koji upravo regulišu samo materiju stvarnog prava. Tako Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Hrvatske u čl. 186. pravo službenosti reguliše kao pravo vlasnika povlasnog dobra da, za potrebe tog dobra, upotrebljava, na određeni način, poslužno dobro, odnosno da od vlasnika poslužnog dobra zahteva da „propusti određene radnje glede svoje nekretnine koje bi inače imao pravo činiti“.<sup>27</sup> U čl. 730. Švajcarskog građanskog zakonika vlasnik poslužnog dobra se, na osnovu prava službenosti (zakonodavac službenosti definiše kao teret na nepokretnosti, za potrebe druge nepokretnosti - povlasno dobro), obavezuje da trpi da vlasnik povlasnog dobra preduzima izvesne radnje na njegovom dobru ili da se uzdrži od vršenja izvesnih prava koja su svojstvena pravu svojine. Ovlašćenja iz susedskog prava su svojstvena (inherentna) pojmu prava svojine i mogu biti predmet ugovornih odnosa, odnosno slobodne dispozicije vlasnika. Pri tome, on je dužan samo da ne umanjuje prava trećih lica, kao i obaveze koje zakon (ili državni organ) nameće u javnom interesu.

Čini se zato da je zakonodavac pojam prava stvarne službenosti mogao odrediti pomoću ovlašćenja vlasnika povlasnog dobra koja čine sadržinu pozitivnih službenosti, a negativne, ovlašćenjima imaoca prava službenosti da od vlasnika poslužnog dobra zahteva da se uzdrži **od radnji na koje je ovlašćen u pogledu svoga dobra**. Pravo negativne stvarne službenosti bi obuhvatilo kako uzdržavanje od materijalnih radnji na koje je vlasnik poslužne nepokretnosti ovlašćen (nepodizanje zgrade u visinu, npr.), ali i od vršenja prava radi uobičajene upotrebe svoje nepokretnosti, kao što je mogućnost zabrane („škodljive“) upotrebe povlasnog dobra. Možda je zakonodavac imao dileme u pogledu shvatanja pojma radnje kod prava službenosti, pod kojim se uobičajeno podrazumevaju materijalne, faktičke radnje. Kod prava stvarne službenosti, to su radnje prelaženja preko tuđe nepokretnosti, provođenje vode, naslanjanje zida svoje kuće na tuđi zid i sl. Kada su u pitanju negativne stvarne službenosti, onda je reč o nečinjenju, koje se izražava kroz propuštanje da se podigne još jedan sprat na kući, ili ne zasadi visoko rastinje i sl. To se najbolje vidi iz nabrojanja vrsta stvarnih službenosti.<sup>28</sup> U taj pojam se ne bi uklapala obaveza vlasnika nepokretnosti da trpi upotrebu povlasnog dobra na određeni način, odnosno da od vlasnika susedne nepokretnosti - vlasnika povlasnog dobra, ne zahteva da se uzdrži od radnji, odnosno otkloni izvor uticaja, kojima se korišćenje njegove nepokretnosti (zbog škodljivih uticaja) otežava preko mere koja je uobičajena s obzirom na njenu prirodu i namenu, kao i mesne prilike. Obaveza vlasnika poslužnog dobra nema za posledicu uzdržavanje ili trpljenje radnji u pogledu nepokretnosti, već odricanje od prava da zahteva od vlasnika

<sup>27</sup> Vidi i čl. 192. Zakona za sopstvenost i drugi stvarni prava Republike Makedonije. Tako i čl. 198. Nacrta Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH. Na slične definicije pojma prava stvarne službenosti nailazimo i u svim nacrtima kojima je činjen pokušaj kodifikovanja ove materije u našem pravu.

<sup>28</sup> Vidi, § § 476 i 477. Austrijskog građanskog zakonika

povlasnog dobra da se uzdržava od određenih radnji, tj. da otkloni izvor škodljivih uticaja. Reč je o posebnoj vrsti ovlašćenja, odnosno obaveze.

Međutim, i sve navedene radnje koje čine sadržinu prava (pozitivne ili negativne) službenosti su spoljna manifestacija svojinskih ovlašćenja, pa se pravo stvarne službenosti može, sasvim egzaktno, definisati kao ovlašćenje vlasnika povlasne nepokretne stvari da, za potrebe te nepokretnosti (povlasno dobro), tuđu nepokretnu stvar upotrebljava na određeni način (pozitivna stvarna službenost), odnosno da se **uzdrži od upotrebe svojinskih ovlašćenja u pogledu svoje stvari (poslužno dobro), na određeni način i u određenoj meri**. Svojinska ovlašćenja podrazumevaju pravo vlasnika da stvar upotrebljava po svojoj volji (ako time ne povređuje zakon), da je drži, da je upotrebljava, da raspolaže njome, da je ne upotrebljava, ne raspolaže njome, da trpi upotrebu svoje stvari, kao i pravo da sva treća lica isključi od uticaja na stvar. Među ovim ovlašćenjima svakako se nalazi i ovlašćenje vlasnika da zahteva od vlasnika susedne nepokretnosti da mu škodljivim uticajima ne otežava upotrebu stvari preko uobičajene mere, ali i ovlašćenje da trpi takvu upotrebu susedne nepokretnosti, odnosno da se odrekne prava da će zahtevati zabranu takve upotrebe. *Susedska ovlašćenja* su, konačno, stekla status svojinskih, a samim tim postala i predmet slobodne vlasnikove dispozicije, bilo da je sused vlasnik povlasnog ili poslužnog dobra. Ona su, takođe, „ukorijenjena u stvar“ (i kao ovlašćenje i kao obaveza), deluju erga omnes i mogu biti predmet samostalnih stvarnih prava kao što je pravo stvarne službenosti.

Pravo stvarne (negativne) službenosti sa ovom sadržinom može zadovoljavati trajne potrebe, ali biti i ograničenog trajanja, kao i svi drugi oblici prava stvarne službenosti.

*Radmila Kovačević-Kuštrimović*  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

## **NEW DEVELOPMENTS IN THE SUBSTANTIVE CONTENTS OF THE RIGHT OF REAL SERVITUDE IN THE DRAFT CODE ON PROPERTY AND OTHER REAL RIGHTS**

### *Summary*

Among other real rights, *the Draft Code on Property and other Real Rights* regulates the right of real servitude. As the right of real servitude is a real law institute regulated in all legal systems, the legislative work on the Code was not a particularly difficult task for the members of the Committee that designed the Code. The right of real servitude is defined as a right of the pertinent owner of a real property (dominant estate) to use, for the needs of his estate, another person's real property (servient estate) in a specific way and to a specific extent (positive real servitude), requiring from the pertinent owner to suffer the use of the dominant estate in a specific way and to a specific extent which he would otherwise be entitled to prohibit, or requiring that the servient estate not be used in a specific way or to a specific extent (negative real servitude). However, in civil codes the real servitude right is defined as a right of the holder of the servitude to use (for the needs of his own estate) the real property of another in a specific way, whereas the owner of the servient estate is obliged either to suffer such a use or to require from the owner of the servient realty to forbear from using the realty in a specific way, which he would otherwise be entitled to if he had not renounced it by the right of servitude.

Comparing the definitions of the concept of real servitude, we can be noticed the Draft Code concept departs from the usual substantive contents (authorities, rights and obligations) on the real servitude right. It is the authority of the owner of the dominant realty to require (for the needs of his estate) from the owner of the servient realty to suffer the use of the dominant estate in a specific way and to a specific extent. Servitudes of such substantive content are a kind of negative real servitudes. However, strictly speaking, the object (subject matter) of the obligation imposed on the owner of the servient estate is not one of the so-called negative proprietary authorities because the owner of the servient estate is *not* obliged *not* to use his estate in a specific way and to a specific extent. Under this type of servitude, the owner of the servient realty is obliged that he will not require to forbid or forbear from the use of the dominant estate in a specific way and to a specific extent even though he is entitled to do so either by the statutory

law or by the decision of a state body of authority. These are the authorities of the owner of realty to use another person's real property (for the principal needs of the neighbouring relation), or to request from the owner of the neighbouring realty not to use his estate in a specific way. These authorities may be, except in special cases, the object of the right of either positive or negative real servitude. In the above cases, the authorities (and obligations) in the neighbouring relation are related to the use of the servient estate in a specific way, involving the obligation of the owner of the servient estate to forbear from using his estate in a specific way or to a specific extent. However, if the owner of the servient realty is obliged to suffer the use of the neighbouring realty in a specific way, then it is a special kind of real servitude which occurs within the neighbouring relations, pertaining to the harmful effects emanating from the neighboring realty. These harmful emissions (noise, tremors, sewage, stench, ash and other pollutants, etc) which may excessively aggravate the use of the neighbouring property regarding the purpose of using the realty and the local circumstances, which the owner of the real property is not obliged to tolerate. Pursuant to the Draft Code concept of the real servitude right, however, if the use of the owner's real property is aggravated by unusual or excessive emissions, the owner of real property may be obliged to suffer such a use of the dominant realty. The owner of realty is obliged that he shall not exercise any of his proprietary authorities pertaining to the real property (servient estate), which he is otherwise entitled to either under the statutory law or upon the decision of a state authority. By introducing this legal provision, the legislator has recognized and provided for such a possibility taking into account the prospective developments in this area; namely, the reinforcement of private ownership and the expanded scope of real property activities are likely to result in excessive harmful emissions. This legal provision is, therefore, a nice way of regulating neighboring relations relying upon the will of the owners of the neighboring realties. The legal security would be achieved by entering the right of real servitude into the public registers (as a way of acquiring the real servitude right) because such an agreement imposes obligations both on the pertinent owner of the dominant estate and on the owner of the servient estate. Certainly, the obligation to suffer the use of the dominant realty in a specific way may also be contracted as a real-personal servitude, entailing a benefit only for the owner of the dominant real estate.

*Translated by:*  
Gordana Ignjatović, BA

**UDK: 347.252/.26(497.11)**

Miroslav Lazić, vanredni profesor  
Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

## **MODERAN PRISTUP PRAVU LIČNIH SLUŽBENOSTI U PRAVU SRBIJE<sup>1</sup>**

***Apstrakt:** Autor ukazuje na neprimenljivost pravnih pravila iz Srpskog građanskog zakonika o ličnim službenostima. Društvene prilike posle Drugog svetskog rata, potpuno su učinile prevaziđenim predratna pravna pravila, a Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa nije predvideo nijedno pravilo o ovom institutu, osim mogućnosti da može biti ustanovljeno. Zato odredbe o pravu lične službenosti u Nacrtu Zakonika predstavljaju veliki doprinos razvoju stvarnog prava Srbije. Naime, pravom lične službenosti mogu se ostvariti veoma značajni ciljevi - od zbrinjavanja lica kojima je staranje neophodno, pa do rešavanje brojnih pitanja u porodičnim i naslednim odnosima. Celovitost i sistematičnost predloženih rešenja ukazuju na moderan pravni institut, koji će omogućiti ostvarivanje brojnih funkcija ličnih službenosti u privatnom pravu, ali se ne isključuje primena i u javnom pravu. Autor predlaže izvesne dopune nekih rešenja, koja bi doprinela još boljem funkcionisanju ovog prava.*

***Ključne reči:** Lične službenosti – plodouživanje – sadržina – predmet – funkcija - reforma.*

### **I. Stanje građanskog zakonodavstva u Republici Srbiji**

Donošenje Srpskog građanskog zakonika (1844), kao i primena Austrijskog građanskog zakonika u nekim delovima bivše savezne države Jugoslavije, omogućilo je „priključivanje“ jugoslovenskog prava evropsko-kontinentalnom pravnom sistemu. Pripadanje tradicionalom pravom sistemu doprinela je primena pravnih pravila iz ovih zakonika čitav jedan vek. Međutim, socijalistička revolucija je radikalno raskinula sa predratnim pravom, abrogirajući ga i stvarajući novi pravni poredak, za potrebe novog društvenoekonomskog sistema. Pošto novi zakoni nisu mogli biti doneti preko noći, na nove odnose su se primenjivala predratna pravna pravila, uvek kada za to nije bilo izričitih zabrana, ili kada nisu bili doneti novi propisi. Za pravo lične službenosti, za razliku od prava

<sup>1</sup> Rad je rezultat istraživanja na projektu: „Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije“, br. 149043D, Ministarstvo nauke i zaštite životne sredine RS.

stvarne službenost koje je regulisano Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, važila su predratna pravna pravila, iako promenjene društvene prilike (naročito u odnosima između muškarca i žene, kao i u porodici) nisu više omogućavale njihovu primenu (udovički užitek i užitek muža na miraznim dobrima). Ipak, pravo lične službenosti, makar iz istorijskih razloga, proučavano je na pravnim fakultetima i tako održavana tradicija evropsko-kontinentalnog prava.

Međutim, privid o pravu ne može zameniti i samo pravo, kao „živi“, primenljivi sistem pravnih pravila. Socijalistički društveni sistem je, u velikoj meri, derogirao građansko zakonodavstvo, jer su promenjeni društveni odnosi koji su činili podlogu za njihovu primenu. Srbija je prošla, najpre, kroz fazu oduzimanja privatne svojine (nacionalizacija, nepravična eksproprijacija), a zatim kroz proces minimiziranja privatne svojine i privilegovanja društvene i državne svojine. Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa<sup>2</sup> je donet tek 1980. godine, ali on reguliše samo „osnove“ stvarnih prava, a detaljna regulativa je prepuštena republikama. Republički zakoni nikada nisu doneti, iako je urađeno više nacрта.

U međuvremenu, došlo je do raspada Istočnog bloka, a zatim i Jugoslavije, i stvoren je veliki broj nezavisnih država koje su, nakon napuštanja socijalističkog društvenog sistema, započele tranzicioni proces reforme i „vraćanja“ evropskim pravnim tokovima. Tranzicija je pojam koji označava prelazni period iz socijalističkog u kapitalistički društveni sistem, u kome se vrši pretvaranje društvene kolektivne svojine u privatnu svojinu, i transformisanje svih instituta i institucija koji su nastali kao nadgradnja nad društvenom svojinom. U tranzicionim društvima, kao što je i Republika Srbija, najvažnije je prevazići društvene barijere prelaska sa administrativnog privrednog sistema na sistem tržišne privrede. To zahteva kako oblikovanje novog pravnog sistema i usaglašavanje postojećeg sa pravnim modelima demokratskih država, uključujući i pravo EU, tako i promenu društvene svesti. Istovremeno, u ostalim evropskim državama, nakon rušenja Berlinskog zida, stare ideje o širokom ujedinjavanju privrednog i svakog drugog evropskog prostora, ostvaruju se u vidu nove regionalne zajednice evropskih zemalja - Evropske Unije (EU).

Privatizacija i velika društvena raslojavanja, sve više usmeravaju staranje o opstanku i preživljavanju društveno ugroženih kategorija, pre svega starih i nemoćnih lica, privatnoj brizi. Plodouživanje postaje ponovo aktuelan institut, što je potvrđeno i njegovom reafirmacijom, najpre, u oblasti naslednih odnosa, a mnogobrojne mogućnosti primene plodouživanja i u drugim pravnim odnosima, nameću potrebu potpune reforme i sveobuhvatne regulative ovog instituta. U našem pravu, plodouživanje i ostale lične službenosti nemaju društveni značaj i primenu kao u razvijenim evropskim zemljama. Lične službenosti su u dosadašnjem periodu zadržane samo na planu pravne mogućnosti (čl. 60. ZOSPO i

---

<sup>2</sup> Sl. List SFRJ br. 6/80, br. 36/90, Sl. List SRJ, Sl. list br. 29/ 96, od kada se zove Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa.

čl. 4. Zakona o nevažnosti iz 1946. godine), a ne i realnosti, jer je izostalo njihovo detaljno zakonsko regulisanje. Mogućnost konstituisanja ugovornog plodouživanja je izuzetno retko korišćena, više po inerciji običaja u oblasti zbrinjavanja supružnika, nego zbog prednosti i funkcija koje ono ima u uporednom pravu. Zato se može konstatovati da su lične službenosti zapostavljen, maltene zaboravljen, institut u našem pozitivnom pravu i pravnoj praksi.

U Srbiji još uvek nije završen proces tranzicionih reformi. Započeta privatizacija, iako prilično odmakla, nije okončana, niti je izvršena denacionalizacija imovine nepravedno oduzete posle Drugog svetskog rata. Takođe, nije završena pravna reforma privatnog prava, niti je zaokružena donošenjem jedinstvenog građanskog zakonika. Ipak, neki delovi građanske materije uređeni su na moderan način, kao što je slučaj sa obligacionom,<sup>3</sup> porodičnim,<sup>4</sup> kao i sa naslednim odnosima<sup>5</sup>. Doneti su zakoni o registarskoj zalozi<sup>6</sup> i o hipoteci.<sup>7</sup> Međutim, ostala stvarnopravna materija (pravo svojine, susedska prava, stvarne i lične službenosti i dr.) još uvek nije zakonom uređena. U međuvremenu, urađen je Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima koji će biti predmet naše analize u pogledu instituta ličnih službenosti.<sup>8</sup> Takođe, započeo je i rad na izradi jedinstvenog građanskog zakonika Srbije.<sup>9</sup>

## **II. Pojam i vrste ličnih službenosti**

Službenosti su, tradicionalno, podeljene prema titularu koristi koja se ostvaruje pravom službenosti., na stvarne i lične. Osnovna razlika između ličnih i stvarnih službenosti je u pogledu vezanosti za titulara i trajnosti prava. Pravo stvarne službenosti se ustanovljava radi boljeg iskorišćavanja povlasnog dobra - realiter (objektivna korisnost) i zato traju sve dok postoji potreba za takvim korišćenjem, odnosno dok poslužno dobro može omogućiti zadovoljavanje te potrebe. Lične službenosti su konstituisane u korist titulara - personaliter (lična,

<sup>3</sup> Zakon o obligacionim odnosima (ZOO) se u državama nastalim raspadom SR Jugoslavije, primenjuje, sa izvesnim izmenama, kao republički zakon. Međutim, i ZOO sadrži izvesne praznine. Tako su neki ugovori ostali neregulisani (ugovor o poklonu, posluži), kao i neka pitanja na planu odgovornosti (odgovornost za štetu koju je izazvala životinja) ili su sumarno regulisani (odgovornost za štete od stvari sa nedostatkom).

<sup>4</sup> Porodični zakon Republike Srbije donet je 2005. godine, Sl. Glasnik RS, br. 18/2005.

<sup>5</sup> Zakon o nasleđivanju Republike Srbije, „Sl. Glasnik RS“, 46/1995 i 101/2003.

<sup>6</sup> Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, „Sl. Glasnik RS“, br. 57/2003, 67/2005 i 64/2006 ispravka.

<sup>7</sup> Zakon o hipoteci, „Sl. Glasnik RS“, br. 115/2005. a zalaganje pokretnih stvari upisom u registar, Zakonom o založnom pravu na pokretnim stvarima (2004).

<sup>8</sup> Ka novom stvarnom pravu Srbije, Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, Beograd, 2007. U radu je korišćenja konačna verzija Komisije koja je završena jula 2008. godine.

<sup>9</sup> Vlada Republike Srbije, na osnovu člana 33. st. 2. i 3. i člana 43. stav 1. Zakona o Vladi, obrazovala je Komisiju za izradu Građanskog zakonika 2006. godine ("Sl. glasnik RS", br. 104/2006), sa jednogodišnjim mandatom koji je, u međuvremenu, produžen.

subjektivna korist) i vezane su neposredno za njega, tako da traju najduže do njegove smrti. Plodouživanje se prostire na celokupno korišćenje predmeta plodouživanja (sveobuhvatnost), dok stvarne službenosti garantuju samo delimično korišćenje poslužnog dobra. Stvarne službenosti su, za razliku od ličnih, akcesorna prava. Korisnost kod ličnih službenosti je interes titulara koji se subjektivno procenjuje, dok se *korisnost* stvarnih službenosti procenjuje objektivno (*praedio utilis*). Navedene razlike ukazuju da se radi o dva različita pravna instituta koje treba posebno regulisati.

U Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, službenosti su regulisane u okviru jedinstvenog šestog dela, tako što su podeljene na četiri kategorije (čl. 307 Nacrta):

„(1) *Službenosti su stvarne službenosti, stvarno-lične službenosti, službenost građenja i lične službenosti.*

(2) *Plodouživanje, uživanje i stanovanje mogu se zasnovati samo u korist određenog lica (lične službenosti).*

(3) *Službenost građenja može se zasnovati u korist svagdašnjeg vlasnika nepokretne stvari (povlasnog dobra) ili određenog lica.*

(4) *Sve druge službenosti mogu se zasnovati u korist svagdašnjeg vlasnika povlasnog dobra (stvarne službenosti) ili određenog lica (stvarno-lične službenosti)“.*

Iz navedene odredbe se može videti da pisci Nacrta predlažu nekoliko vrsta službenosti. Našu pažnju privukle su odredbe o ličnim službenostima, posebno o pravu plodouživanja i mi ćemo se njima, u ovom radu, baviti.

Međutim, razmatranje prava lične službenosti dovelo nas je do jedne „nove“ kategorije službenosti koje zakonodavac tretira kao stvarno-lične službenosti. U Nacrtu je predviđeno: „pravo stvarno-lične službenosti je pravo lica da, *za svoje potrebe*, tuđu nepokretnu stvar (poslužno dobro) upotrebljava na određeni način i u određenoj meri (pozitivna stvarno-lična službenost), zahteva od vlasnika poslužnog dobra da trpi upotrebu dobra imaoca stvarno-lične službenosti na određeni način i u određenoj meri ili koju drugu njegovu radnju koje bi inače imao pravo da zabrani, ili da zahteva od njega da poslužno dobro ne upotrebljava na određen način i u određenoj meri (negativna stvarno-lična službenost)“.

Ako uporedimo pojam stvarno-lične i stvarne službenosti iz Nacrta, razlika postoji samo u odnosu na titolare u čiju korist su službenosti ustanovljene. Stvarna službenost se konstituiše „za potrebe povlasnog dobra“ (koristi je svagdašnji vlasnik povlasnog dobra), a stvarno-lična službenost se ustanovljava za potrebe određenog lica. Imajući u vidu karakter stvarnih i ličnih službenosti, smatramo da ovo „mešanje“ nije potrebno. Stvaranje stvarne službenosti u korist određenog lica ili za određeni rok trebalo je predvideti kao ugovornu mogućnost, a nije trebalo praviti kombinaciju stvarnih i ličnih službenosti. Ova mogućnost, kao izuzetak,



postojala je i do sada.<sup>10</sup> Jednostavno, radi se o oročenoj stvarnoj službenosti kao mogućem odstupanju od trajnog karaktera ovih prava. Rešenjem iz Nacrta je dobijena jedna neuobičajena, i rogotatna pravna odredba, koja stvara, po pravnoj prirodi, jedan hibridan pravni institut, što nije uloga zakonodavca i funkcija zakonskog teksta. Ne postoji ni praktična potreba za ovakvim regulisanjem oročenih stvarnih službenosti. Smatramo da je rešenje iz čl. 852. OIZ za Knjaževinu Crnu Goru i drugih zakonika, prihvatljivije.

Lične službenosti su pravo plodouživanja (ususfructus), pravo upotrebe (usus) i pravo stanovanja (habitatio). Lične službenosti su stvarna prava koja ovlašćuju titulare na korišćenje tuđe stvari, bez prava na raspolaganje i zahvatanje supstance poslužnog dobra. Konstituisanjem ličnih službenosti svojina se ograničava i raščlanjuje na dva titulara. Npr. usled konstituisanja plodouživanja vlasniku ostaje samo pravo pravnog raspolaganja – „gola svojina“ (nuda proprietas).

Osnovna razlika između plodouživanja i ostalih ličnih službenosti jeste u obimu korišćenja stvari (kvantitativna razlika). Plodouživanje ovlašćuje titulara na sveobuhvatno korišćenje, dok upotreba i stanovanje pružaju pravo na delimično korišćenje poslužne stvari - u obimu potrebnom da se zadovolje potrebe titulara i članova njegove porodice. Ova razlika je uticala da se u nemačkom pravu pravo upotrebe i pravo stanovanja regulišu kao „ograničene lične službenosti“. Obim korišćenja poslužnog dobra uslovio je razlike u pogledu mogućeg ustupanja vršenja. Plodouživalac može svoje pravo vršiti lično ili preko drugog lica (ustupanjem vršenja plodouživanja, davanjem poslužne stvari u zakup itd.), dok uzuar i titular stanovanja mogu svoja prava vršiti samo lično. Ove razlike modifikuju i pojedina ovlašćenja uživaoca. Npr. dok je državina plodouživaoca isključiva i može biti neposredna ili posredna, kod upotrebe i stanovanja postoji pravo na neposrednu sudržavinu uživaoca i vlasnika.

U zakonodavstvima se detaljno reguliše plodouživanje, a na ostale lične službenosti se analogno primenjuju ova pravna pravila. Zato ćemo se u nastavku rada pretežno baviti pravom plodouživanja i ukazati na spefičnosti ostalih ličnih službenosti.

U Nacrtu Zakonika je predviđeno:

*„Pravo ploduživanja je pravo lica da, kao dobar domaćin, odnosno privrednik, potpuno iskorišćava tuđu nepotrošnu stvar, odnosno prenosivo pravo (poslužno dobro), isključujući imaooca poslužnog dobra iz njegovog iskorišćavanja, ne menjajući poslužno dobro ni njegovu namenu“ (čl. 358. Nacrta).*

<sup>10</sup> "Veza stvarnih prava sa određenim fizičkim ili pravnim licem, suštinsko je obeležje po kome se lične službenosti razlikuju od stvarnih, čak i kada se sadržinski poklapaju" - H. Eichler, Institutionen des Sachenrechts, II, Berlin, 1960, str. 602; "Ipak, pomeđaško poslužje može biti vezano i lično za kakvo čeljade - ali to treba da je tako naročito određeno" (čl. 852. OIZ CG); V.: O. Stanković - M. Orlić, Stvarno pravo, Beograd, 1989, str. 310; Čl. 144. st. 3. ABGB i dr.

*„Pravo uživanja je pravo lica da, kao dobar domaćin odnosno privrednik, u meri sopstvenih potreba i potreba uže porodice iskorišćava tuđu nepotrošnu stvar ili prenosivo pravo (poslužno dobro), isključujući imaoca poslužnog dobra iz njegovog iskorišćavanja, ne menjajući poslužno dobro ni njegovu namenu, bez mogućnosti prenosa prava, a, ako je tako ugovoreno, sa mogućnošću prenosa ovlašćenja trećem licu (čl. 404. Nacrta).*

*“Pravo stanovanja je pravo lica da, za potrebu stanovanja, sopstvenu, svoje porodice odnosno članova porodičnog domaćinstva, upotrebljava tuđu stambenu zgradu ili stan (poslužno dobro), bez mogućnosti prenosa prava, a, ako je tako ugovoreno, sa mogućnošću prenosa ovlašćenja trećem licu“ (čl. 405 Nacrta). Za oba prava je predviđena shodna primena pravila o plodouživanju i odredba da se ova prava mogu ograničiti na deo poslužnog dobra“ (čl. 404. Nacrta).*

Plodouživanje je stvarno pravo koje ovlašćuje plodouživaoca na sveobuhvatnu upotrebu i ubiranje plodova sa tuđe stvari, bez prava zahvatanja supstance poslužnog dobra. Ova definicija je opšteprihvaćena u građanskim kodifikacijama i predstavlja izraz Paulusove izreke: "Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia" (Just. Inst. 2, 4). Pravo upotrebe<sup>11</sup> i pravo stanovanja<sup>12</sup> su lične službenosti koje ovlašćuju titulare da koriste poslužno dobro u granicama njihovih potreba (ličnih i porodičnih), bez zahvatanja supstance stvari.

Princip korišćenja poslužne stvari "salva rerum substantia" označava zabranu titularima ličnih službenosti da pravno i faktički raspolažu supstancom stvari. To je posledica osnovne obaveze uživaoca da, nakon prestanka ličnih službenosti, vlasniku vrate „maticu“ stvari. Upravo radi omogućavanja vraćanja očuvane stvari, titularima ličnih službenosti se nameće niz obaveza, uključujući i opštu obaveza postupanja sa stvari kao dobar domaćin. S toga, smatramo da ove obaveze nije trebalo unositi u pojam lične službenosti, jer ga nepotrebno komplikuju, već ih sve regulisati posebnom odredbom. Tako bi se izbeglo da odredba o zabrani promene namene poslužnog dobra iz čl. 358. Nacrta, bude regulisana i odredbom u čl. 365. Nacrta, koja reguliše nedopuštenost samostalne promene namene poslužnog dobra i uslove pod kojima je vlasnik poslužnog dobra to dužan da dopusti. Dovoljno je bilo predvideti da je „plodouživanje pravo lica da potpuno iskorišćava tuđu nepotrošnu stvar, odnosno prenosivo pravo (poslužno dobro), isključujući vlasnika poslužnog dobra iz njegovog iskorišćavanja, uz

---

<sup>11</sup> "Onaj koji koristi plodove neke imovine (po osnovu upotrebe - prim. autora), može od toga da zahteva onoliko koliko mu je potrebno za njegove potrebe i potrebe njegove porodice" (čl. 630. C.c.); Up. § 504. AGZ, § 1090. BGB, § 372. SGZ, čl. 170. OIZ za CG itd.

<sup>12</sup> "Pravo stanovanja svodi se na ono što je potrebno za stanovanje onome kome je ovo pravo konstituisano, kao i njegovoj porodici" (čl. 633. C.c.); Slično: § 521. AGZ; § 1093. BGB; čl. 171. OIZ CG. "Ko ima pravo obitavanja u čijoj kući, onaj može u kući živeti, i što je za obitavanje upotrebiti, tj. ne samo sobe, no i kujnu, tavan, podrum; ali ne i dućane, magazine, ambare, kotarke itd. no zato iziskuje se osobito opredeljenje" (§ 384. SGZ).

obavezu očuvanja suštine poslužnog dobra i vraćanja vlasniku po gašenju prava plodouživanja“.

U Nacrtu, pravo upotrebe je nazvano pravo uživanja, iako se ovaj termin u sudskoj praksi odomaćio za pravo plodouživanja, a postojalo je i zalaganje u pravnoj nauci,<sup>13</sup> da se u našem jeziku termin uživaoci koristi kao opšti naziv za sve titulare ličnih službenosti. Teško je stvoriti terminologiju u duhu našeg jezika, ali bi nazivi za pojedine titulare mogli biti plodouživalac, uživalac (uzuar, upotrebilac) i korisnik (habitant).

Nepраво plodouživanje je posebno regulisano čl. 402. Nacrta:

*„(1) Ako nije drukčije ugovoreno, lice koje je ovlašćeno da potpuno iskorišćava tuđu potrošnu stvar, odnosno stvar namenjenu otuđenju, postaje njen vlasnik, uz obavezu da, po prestanku prava, po svom izboru, njenom ranijem imaoocu pribavi svojinu na drugoj takvoj stvari ili naknadi vrednost koju je stvar imala u času zasnivanja plodouživanja.*

*(2) Lice koje je dobilo novac na plodouživanje, postaje njegov vlasnik, i ulaže ga u sporazumu sa davaocem, uz obavezu da, po prestanku prava, davaocu vrati jednaku vrednost, a u nedostatku sporazuma ulaže ga kao dobar domaćin odnosno privrednik“.*

### III. Sadržina plodouživanja

Sadržinu plodouživanja čine ovlašćenja i obaveze kojima se određuje pravni položaj plodouživaoca u odnosu na vlasnika i treća lica povodom predmeta plodouživanja. Sadržina upotrebe i stanovanja neće biti predmet posebnog izlaganja, jer se radi samo o kvantitativnoj razlici u ovlašćenjima. Ovlašćenja plodouživaoca su: pravo na državinu, pravo na upotrebu, pravo na plodove, pravo raspolaganja i pravo na inventar poslužnog dobra. Broj tih ovlašćenja može biti i proširen sporazumom subjekata. Obaveze plodouživaoca su: vraćanje stvari vlasniku; očuvanje supstance stvari; postupanje sa poslužnim dobrom kao "dobar domaćin"; očuvanje namene stvari; osiguranje poslužnog dobra; snošenje tereta na poslužnom dobru; obaveštavanje vlasnika o ugrožavanju stvari; pružanje garancije za vraćanje poslužne stvari u ispravnom stanju i dr. Ukazaćemo samo na važnija ovlašćenja i obaveza, s osvrtom na ponuđena rešenja u Nacrtu.

#### A. Ovlašćenja plodouživaoca

a) *Pravo na plodove.* Plodouživalac je ovlašćen da sa poslužne stvari ubira plodove (ius fruendi). Plodouživalac ima sveobuhvatno i isključivo pravo na sve vrste plodova, osim ako je drugačije ugovoreno ili proizlazi iz prirode stvari. Plodouživalac ima pravo na plodove koje poslužna stvar daje po prirodi ili prema

<sup>13</sup> V., M. Lazić, Lične službenosti, Niš, 2000, str. 25.

načinu korišćenja. Npr., drvo se može tretirati kao plod šume samo ako je namenjeno redovnoj seči.

Civilni plodovi se stiču "dan po dan", srazmerno trajanju plodouživanja. Plodovi u naturalnom obliku se, uobičajeno, stiču danom odvajanja, do momenta trajanja plodouživanja. U pravnoj teoriji je primećeno da rešenje u pogledu raspodele prirodnih plodova unosi aleatornost, koja je utoliko veća ukoliko je period trajanja plodouživanja kraći, a učestanost odvajanja plodova manja.<sup>14</sup> Da bi se izbegla ova aleatornost koja vodi oštećenju vlasnika ili plodouživaoca, potrebno je i raspodelu naturalnih plodova obračunavati srazmerno trajanju plodouživanja. Na taj način se postiže da se ne vrši podela plodova već njihove vrednosti.

U ponuđenom rešenju u Nacrtu je zadržana tradicionalna podela prema momentu odvajanja prirodnih plodova, ukoliko nije drugačije ugovoreno. „(1) Plodouživaocu pripadaju plodovi poslužnog dobra koji su odvojeni odnosno dospeli za trajanja plodouživanja, ako nije drukčije ugovoreno. (2) Imalac poslužnog dobra može da zahteva naknadu vrednosti plodova koji su rezultat nepravilnog vršenja plodouživanja“ (čl. 362).

U pravu je sporno pitanje kako podeliti plodove i izvršiti naknadu troškova proizvodnje (seme, materijal, rad) ako su plodovi pripali jednom, a troškove je snosila druga strana. Nacrtom je predviđena mogućnost da se može ugovoriti pravo na naknadu troškova plodova u čijem stvaranju nije učestvovao njihov sticalac – vlasnik ili plodouživalac (vid. čl. 363. Nacrta).

b) *Pravo raspolaganja*. Plodouživanje je neprenosivo i nenasledivo pravo vezano za ličnost titulara ("*lično imovinsko pravo*"), što znači da titulari ličnih službenosti nemaju niti pravo faktičkog (da oštete, unište..), niti pravnog raspolaganja (da založe, optereće stvarnim službenostima poslužno dobro, prodaju, poklone, trampe...). Time se sprečava neekonomsko iskorišćavanje poslužne stvari i štiti interes vlasnika, ali i otežava prometljivost ovih prava i ograničava korist koju titular može ostvariti. Za vreme dok je svojina opterećena plodouživanjem, vlasnik i plodouživalac mogu raspolagati potpunom svojinom na poslužnom dobru jedino sporazumno (prodajom ili na drugi način).<sup>15</sup>

Od principa da je plodouživanje nenasledivo pravo treba razlikovati situaciju kada vlasnik odredi ličnosti plodouživalaca sukcesivno, jednog za drugim. Ova mogućnost je predviđena Nacrtom (čl. 369).

---

<sup>14</sup> O. Stanković, Raspodela plodova između vlasnika i plodouživaoca, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1-2/1971, str. 84; Up. F. Terré - Ph. Simler, Droit civil, Les biens, 4 éd, Paris, 1992, str. 528: "Naturalni plodovi stiču se odvajanjem. Pri tome se ne duguje naknada drugome. Ovo pravilo se smatra poštenim jer jednostavno poravnava račune među obojicom. Međutim, ono može dovesti do neekvivalentnosti". Up: čl. 586. C.c.; § 519. AGZ; čl. 158. OIZ CG; čl. 757. Šv.GZ itd.

<sup>15</sup> U francuskom pravu postoje dva slučaja koji omogućavaju plodouživaocu da raspolaze svojinom kao vlasnik. Prvi je ovlašćenje raspolaganja plodouživaoca potrošnim poslužnim stvarima kod nepravog plodouživanja (čl. 587. C.c.). Drugi je ovlašćenje plodouživaoca da raspolaze poslužnim dobrom kada je to izričito ugovoreno ili ako postoji opasnost oštećenja poslužnog dobra.

U pravnoj teoriji se smatra da prenos plodouživanja treba dopustiti uvek kada se time ne ugrožava interes vlasnika.<sup>16</sup> Neprenosivost plodouživanja nije njegova suštinska karakteristika, već samo sredstvo zaštite pravnog položaja vlasnika. U nemačkom pravu se, štaviše, plodouživalac seoskog imanja može ovlastiti da raspolaže inventarom gazdinstva (§ 1059b. BGB). Plodouživanje pravnog lica se pod određenim uslovima može preneti univerzalnom sukcesijom (§§ 1059 a-e BGB).<sup>17</sup>

Ipak, stvarnopravni karakter i samostalnost plodouživanja omogućavaju plodouživaocu određene oblike pravnog raspolaganja. To su: ustupanje vršenja plodouživanja, konverzija plodouživanja u doživotnu rentu i zalaganje plodouživanja. U Nacrtu nije regulisana konverzija, ali je dopušten prenos plodouživanja, davanje u zalogu i u podplodouživanje (čl. 371, 372 Nacrta).

- *Ustupanje vršenja plodouživanja* postoji kada plodouživalac prenese na drugo lice (vršioca) pravo korišćenja poslužnog dobra. Ustupanje može biti izvršeno potpuno ili delimično. Ograničenja se mogu odnositi na pojedine koristi koje daje poslužna stvar, ili na trajanje plodouživanja. Može se izvršiti dobročinnim ili teretnim pravnim poslom između plodouživaoca i vršioca (npr., ustupanjem ili davanjem stvari u zakup<sup>18</sup>).

Ustupanjem vršenja plodouživanja ne stiče se stvarno, već obligaciono pravo pojačano državinom. Zato sticalac ne stupa na mesto plodouživaoca, već mu se "pridružuje" u obligacionom odnosu i stiče sa njim prava i obaveze prema vlasniku; plodouživalac ostaje stvarnopravni titular i garantuje vlasniku za obaveze u pogledu poslužne stvari, a vršilac se pojavljuje kao supstitut plodouživaoca (u Nacrtu je prevedeno da *plodouživalac kao prenosilac prava i sticalac odgovaraju solidarno imaoocu poslužnog dobra ako je prenos izvršen bez njegove saglasnosti* – čl. 371); Trajanje plodouživanja je ograničeno trajanjem prema prvom plodouživaocu kao prenosiocu. Vršenje prava upotrebe i prava stanovanja se ne mogu ustupiti drugom licu (čl. 631. i 634. C. c., § 507. AGZ, § 372. SGZ i dr.), osim uz saglasnost vlasnika poslužne stvari.

- *Konverzija plodouživanja u doživotnu rentu* postoji kada se plodouživanje prenese vlasniku, a zauzvrat se stekne pravo doživotne rente. Stvarno pravo - plodouživanje transformiše se u obligaciono pravo - rentu. Efekti konverzije su dvostruki. Pošto se konverzijom jedno pravo (stvarno) pretvara u drugo (obligaciono pravo), novo pravo, renta, mora biti jednake vrednosti sa pravom plodouživanja. Konverzija je tehnika podele vrednosti poslužnog dobra između plodouživaoca i vlasnika. Konverzijom se uspostavlja "potpuna" svojina.

<sup>16</sup> Vidi L. Marković, op. cit., str. 473. R. Kovačević-Kuštrimović, Plodouživanje i naše pravo, Pravni život, Beograd, 10/1996, str. 107 i dr.

<sup>17</sup> V., W. Schön, Der Nießbrauch an Sachen, Köln, 1992, str. 416; § 1059a. BGB.

<sup>18</sup> U francuskom pravu je dopušteno dati poslužno dobro u zakup samo uz saglasnost vlasnika, a samostalno samo kada se radi o konstituisanju zakupa radi stanovanja. U nemačkom pravu, ako plodouživalac opteretiti plodouživanje zakupom preko vremena trajanja plodouživanja, primenjuju se odredbe za neovlašćeno otuđenje. Vidi F. Baur, op. cit., str. 550.

U našem pravu, predviđena je mogućnost konverzije plodouživanja u doživotnu rentu u naslednim odnosima. "Bračni drug i ostali naslednici uvek mogu sporazumom doživotno uživanje preinačiti u doživotnu rentu" (čl. 30. ZON).<sup>19</sup> Iako Nacrt ne reguliše konverziju, smatramo da je moguća saglasnošću vlasnika i plodouživaoca, odnosno primenom pravila o prenovu (novaciji) ugovora (vid. čl. 348. ZOO).

- *Zalaganje plodouživanja.* Plodouživalac, načelno, ne može založiti pravo plodouživanja, jer je ono neprenosivo (čl. 995. ZOO). Međutim, pravo vršenja plodouživanja može biti predmet zalaganja kao i svako potraživanje. Prestankom plodouživanja gasi se i založno pravo. U slučaju da vlasnik založi poslužnu stvar već opterećenu ličnom službenošću, kod realizacije zaloge lične službenosti imaju prvenstveni rang. Nacrtom je predviđena mogućnost zalaganja plodouživanja, ali će njegovu primenu otežavati procena vrednosti objekata plodouživanja.

- *Podplodouživanje.* Plodouživanje na plodouživanju, nije, načelno, dopušteno. Ipak, Nacrtom je dopuštena i mogućnost da plodouživalac da poslužno dobro na plodouživanje (podplodouživanje, čl. 372). Smatramo da je ova odredba suvišna i da je pravo raspolaganja dovoljno realizovano mogućnošću plodouživaoca da prenese vršenje plodouživanja.

**c) Pravo na inventar stvari je ovlašćenje uživaoca i vlasnika da prilikom konstituisanja lične službenosti zahtevaju popis i procenu vrednosti poslužnog dobra. Inventarom se utvrđuje stanje i vrednost poslužnog dobra (stvar, imovina, vrednost glavnice kapitala). Inventar omogućava vraćanje poslužnog dobra vlasniku u "istom" stanju nakon prestanka službenosti.**

**U Nacrtu je predviđeno: "(1) Plodouživalac i vlasnik poslužnog dobra mogu svagda da zahtevaju da se poslužno dobro popiše i proceni (popis). (2) Ako nije drukčije ugovoreno, trošak prvog popisa snosi plodouživalac ako plodouživanje stiče bez naknade, a inače – obe strane podjednako, dok trošak naknadnog popisa snosi onaj ko zahteva popis, osim ako je druga strana skrivila potrebu za popisom. (3) Imalac poslužnog dobra nije dužan da plodouživaocu preda poslužno dobro u državinu pre izvršenja traženog popisa" (čl. 373).**

## **B. Obaveze plodouživaoca**

Sticanjem prava plodouživanja, plodouživalac (analogno važi i za ostale titulare ličnih službenosti) postaje ovlašćen povodom objekta plodouživanja, ali mu se nameću i neke obaveze. Osnova je obaveza vraćanja poslužne stvari, ali da bi se ona ispunila kako je predviđeno, plodouživalac ima niz obaveza tokom trajanja prava.

---

<sup>19</sup> U francuskom pravu, pravo na zahtevanje konverzije pripada svim naslednicima, osim supružnicima. "Ako se svi naslednici slože i sud odobri, konverzija je obavezna za nadživelog supružnika. Međutim, ostavilac može da ih liši ovog prava". Vidi Ph. Malaurie - L. Aynés, Cours de Droit civil, Les successions, Les libéralité, Paris, 1995, str. 81; Čl. 1094. al. 2 C.c.

a) *Obaveza vraćanja poslužne stvari.* Uživatelj je obavezan da po prestanku prava vrati poslužnu stvar vlasniku. Ako ustupilac plodouživanja nije vlasnik stvari, savestan uživatelj je dužan da stvar vrati ustupiocu, a nesavestan vlasniku.<sup>20</sup> U Nacrtu je predviđeno da „*ako nije drukčije ugovoreno, po prestanku plodouživanja plodouživalac odnosno njegov pravni sledbenik vraća poslužno dobro u popisanom stanju, a ako popis nije izvršen, vraća ga u stanju u kakvom bi bilo da je redovno i na uobičajen način održavano i iskorišćavano u skladu sa njegovom prirodom*“ (čl. 393).

b) *Očuvanje supstance stvari.* Prilikom upotrebe i korišćenja poslužne stvari, plodouživalac ne sme da zahvati supstancu stvari. On je dužan da se uzdrži od „kvarenja“ stvari, bilo prekomernim korišćenjem (npr., iscrpljivanjem zemljišta forsiranim setvama i žetvama), bilo nevršenjem (npr., nekonzervisanjem uređaja itd). Za umanjene vrednosti stvari u granicama pravilne upotrebe stvari, ne odgovara (tako čl. 360. Nacrta).

Od obaveze očuvanja supstance postoje sledeći izuzeci:

- Ako je poslužno dobro nemoguće koristiti bez zahvatanja supstance stvari. Npr., kod plodouživanja šume, stablo se pod određenim uslovima računa kao plod šume; kod plodouživanja na rudniku - minerali i rude se tretiraju kao plodovi itd;

- U slučaju iznenadne bolesti plodonosne stvari. Npr., plodouživaocu se dopušta da iseče celu šumu usled šumske štete od najezde gusenica. U tom slučaju je obavezan da vlasniku naknadi vrednost supstance, ukoliko nisu drugačije ugovorili;

- U slučaju sporazuma kojim se konstituiše plodouživanje sa pravom raspolaganja poslužnom stvari (nepravo plodouživanje).

c) *Postupanje kao dobar domaćin.* Plodouživalac, kao i uživatelj, obavezan je da sa poslužnom stvari postupa kao "dobar domaćin" *ako je fizičko lice*, odnosno kao "dobar privrednik" ako je pravno lice. Ova obaveza je opšta (važi za sve vrste ličnih službenosti) i stalna (deluje dok traje službenost).<sup>21</sup> *Servitus civiliter exercenda est.* Službenost treba koristiti kao savestan građanin. Vlasnik uvek može zahtevati ili takvo postupanje, ili prestanak službenosti.

"Dobar domaćin" (*bonus pater familias*) jeste pravni standard koji zahteva postupanje uživaoca sa poslužnim dobrom koje odgovara postupanju prosečno pažljivog čoveka u sredini vršenja lične službenosti. "Dobar privrednik" je standard za pravno lice u vršenju plodouživanja i podrazumeva pojačanu profesionalnost. Ovo je prosečna pažnja koja može biti veća ili manja u odnosu na pažnju samog vlasnika. Vlasnik može stvar i da ne upotrebljava, a plodouživalac je na to ponekad obavezan (npr., obaveza korišćenja stvarne službenosti da ne bi prestale). I vlasnik se, po pravilu, ponaša kao "dobar domaćin", ali to za njega nije zakonska obaveza, već svrsishodan način vršenja ovlašćenja.

<sup>20</sup> Vidi L. Marković, op. cit., str. 470; § 1055. BGB; čl. 751. Šv.GZ itd.

<sup>21</sup> "Obaveza plodouživaoca da koristi stvar kao dobar domaćin je opšta i tradicionalna obaveza koja dominira svim ostalim", Vidi F. Terré - Ph. Simler, op. cit., str. 536. D. Stojčević, op. cit., str. 174 i dr.

Pravni standard se konkretizuje u sudskoj praksi kroz tretiranje određenih faktičkih (npr., rezidba voćnjaka, melioracioni radovi) ili pravnih (npr., prekid toka roka zastarelosti) radnji plodouživaoca kao dopuštene ili zabranjene, zavisno od uobičajenog ponašanja i vrste poslužnog dobra.

d) *Obaveza očuvanja namene stvari* znači da plodouživalac, pri korišćenju poslužne stvari, treba da održi dosadašnju privrednu namenu poslužne stvari. On ne sme postojeću namenu stvari preinačiti (npr., pretvoriti stan u poslovni prostor ili obrnuto), niti bitno izmeniti kulturu zemlje (npr., pretvoriti oranicu u pašnjak itd.). Ova obaveza je opšta za sve lične službenosti. Ipak, promena privredne namene stvari je dopuštena ako je u korist poslužnog dobra. U Nacrtu je dato prihvatljivo rešenje. "Imalac poslužnog dobra dužan je da dozvoli plodouživaocu promenu poslužnog dobra ili njegove namene, neophodnu za njegovo iskorišćavanje" (čl. 365). U suprotnom, odluku o promeni donosi sud.

e) *Obaveza osiguranja poslužnog dobra*. Uživatelj je obavezan da osigura stvar od onog oblika štete koji se prema vrsti objekta i mesnim običajima smatra uobičajenim. Ovo se odnosi na ugovorno osiguranje, a ne i na slučajevne zakonskog osiguranja. Uobičajenost se ceni prema standardu postupanja "dobrog domaćina" sa takvom vrstom stvari. Npr., kod plodouživanja na kući i šumi obavezno je osiguranje od požara; kod plodouživanja na poljoprivrednom zemljištu obavezno je osiguranje od vremenskih nepogoda itd.

Ako je poslužna stvar već bila osigurana od strane vlasnika, uživatelj je obavezan da nastavi sa plaćanjem iznosa osiguranja ako je takvo osiguranje uobičajeno. Kod upotrebe i stanovanja, troškove osiguranja snose zajednički, srazmerno koristima, vlasnik i titular.

Ovo je oblik osiguranja za tuđi račun. Plodouživalac zaključuje osiguranje u svoje ime, a za račun vlasnika.

f) *Obaveza plaćanja tereta povodom stvari*. Plodouživalac je obavezan da u granicama prihoda sa poslužnog dobra snosi redovne terete, odnosno naknade za stvar i troškove popravke poslužne stvari. Obaveza snošenja tereta se utvrđuje po principu "kome korist, tome i troškovi". Nacrtom je predviđeno da "*plodouživalac vrši tekuće održavanje poslužnog dobra i snosi troškove tog održavanja, a vlasnik poslužnog dobra vrši investiciono održavanje i snosi troškove tog održavanja*" (čl. 381. Nacrta).

g) *Obaveza obezbeđenja poslužnog dobra*. Ova obaveza nije uobičajena, već se koristi kada postoji opasnost ugrožavanja poslužnog dobra i oštećenja interesa vlasnika.

Nacrtom je predviđeno: "*(1) Aktom o zasnivanju plodouživanja, a i docnije sporazumom plodouživaoca i imaooca poslužnog dobra, može se odrediti da plodouživalac dâ obezbeđenje imaoocu poslužnog dobra ili ga položi kod trećeg lica. (2) Imalac poslužnog dobra nije dužan da plodouživaocu preda poslužno dobro u državinu pre davanja određenog obezbeđenja. (3) Vlasnik poslužnog dobra može da zahteva obezbeđenje od plodouživaoca, ako ovaj ni na ponovljeni*



*zahtev ne obavesti o stanju poslužnog dobra, ne omogući pregled odnosno pokazivanje poslužnog dobra ili znatno zanemari druge svoje obaveze, kao i ako postoji opasnost da svojim ponašanjem ugrozi poslužno dobro ili umanjí njegovu vrednost“.*

#### IV. Predmet ličnih službenosti (plodouživanja)

U svim pravnim sistemima, konstituisanje plodouživanja je dopušteno na stvari i pravu. Predmet plodouživanja je najšire postavljen u nemačkom pravu. Plodouživanje može da postoji na stvarima, pravima, imovini i zaostavštini. U drugim pravima, npr. švajcarskom, imovina jeste, ali zaostavština nije predmet plodouživanja.<sup>22</sup>

**U čl. 358. Nacrta je predviđeno da pravo plodouživanja može nastati na tuđoj nepotrošnoj stvari, odnosno prenosivom pravu kao poslužnom dobru. Predmet plodouživanja može biti i imovinskopravna celina. Prema tome, poslužno dobro mogu biti stvari, prava i imovinskopravne celine.**

a) *Stvar kao objekt plodouživanja.* Plodouživanje i upotreba (uživanje) mogu da nastanu na nepotrošnim stvarima, pokretnim i nepokretnim. Pravo stanovanja (habitatío) može da nastane samo na kući i stanu. Konstituisanje plodouživanja isključivo na pokretnim stvarima je izuzetno retko, jer je smanjena mogućnost ili potreba za podelom stvari na supstancu stvari i korist od nje. Zato se samostalno javlja izuzetno, npr. plodouživanje na čamcu ili u okviru plodouživanja na imovini.

Nepotrošne (res non consumptibiles) su one stvari koje svoju korisnost ne iscrpljuju prvom upotrebom, već se mogu upotrebljavati više puta (npr. automobil, stan) ili neograničeni broj puta (npr. zemljište). Potrošne stvari ne omogućavaju ostvarenje svrhe plodouživanja, da upotrebom i ubiranjem plodova zadovolje interes plodouživaoca, a da pri tome bude očuvana suština stvari.<sup>23</sup> Ipak, još od rimskog prava, i na potrošnim stvarima (res consumptibiles) može se konstituisati nepravo plodouživanje (quasi ususfructus).

Predmet plodouživanja može biti i skup stvari koje čine privredno jedinstvo, kao npr. robni lager, biblioteka, stado ovaca.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Član 745. švajcarskog ZGB predviđa da "plodouživanje može biti uređeno na pokretnim stvarima (713), na nepokretnostima (655, 768/1), na pravima ili na imovini (766)"; Slično, čl. 156. 163. i 168. OIZ (na stvari, potraživanju i imovini).

<sup>23</sup> Nemački i Grčki građanski zakonik tretiraju kao potrošne stvari i pokretne stvari namenjene otuđenju. "Potrošne su stvari, u smislu zakona, pokretne stvari koje su namenjene potrošnji ili otuđenju (1). Potrošnim stvarima se smatraju i pokretne stvari koje pripadaju robnom skladištu ili drugoj skupnoj stvari, čija se namenska upotreba sastoji u otuđenju pojedinih stvari" (2) - § 92. BGB.

<sup>24</sup> Plodouživalac na stadu ovaca ima pravo na: mleko, striženje vune, ali i na meso - pravo zahvatanja supstance u određenoj meri. Srodnije je plodouživanju na imovini zbog mogućnosti realne subrogacije, nego nepravom plodouživanju. V., F. Teré - Ph. Simler, Droit civil, Les biens, 4 éd, Paris, 1992, str. 520; Čl. 615, 616. C.c.

b) *Prava podobna da budu objekt plodouživanja* su sva prenosiva imovinska prava na pokretnim i nepokretnim stvarima koja su podobna da se, neposredno ili posredno, mogu koristiti. To su: zakup, realni teret, zemljišni dug, imovinska ovlašćenja iz autorskog i pronalazačkog prava, potraživanja iz hartija od vrednosti, prihodi iz bankarskog i finansijskog posredovanja, pravo na ispunjenje, životna renta, akcije, udeo preduzeća, udeo stvari (u francuskom pravu i na trgovačkom fondu, trgovačkoj radnji, renti, itd.) i druga prava.

**Plodouživanje na potraživanju je dopušteno od Justinijanovog prava.<sup>25</sup> U praksi je najčešće plodouživanje na potraživanju iz hartija od vrednosti. Može biti konstituisano na založnim pismima, zajmovnicama, obligacijama, akcijama, investicijama itd. Plodouživaocu pripadaju kamata, dividenda i drugi civilni plodovi. Sadržina i obim ovog plodouživanja se reguliše kao kod plodouživanja na potraživanju, ali pravo na državinu pripada i vlasniku.<sup>26</sup>**

Predmet plodouživanja ne mogu biti pravne moći jer nemaju samostalni objekt i njihovo korišćenje ne može dati dobit (npr. pravo preče kupovine); neprenosiva neimovinska prava (prava ličnosti) i neprenosiva imovinska prava (npr. lične službenosti), ali se smatra da se na njima može konstituisati pravo korišćenja obligacionopravnog karaktera.<sup>27</sup>

Plodouživanje na pravu plodouživanja je, načelno, nedopušteno, ali se može ustupiti vršenje prava plodouživanja. Zato smatramo da nije trebalo predvideti u Nacrtu da „plodouživalac može pravo plodouživanja dati na plodouživanje - podplodouživanje“ (čl. 372).

c) *Imovinske celine kao predmet plodouživanja.* Nacrtom je predviđena mogućnost sticanja prava plodouživanja na imovinskim celinama. U praksi, to će biti najčešće plodouživanje na imovini. Imovina je skup imovinskih prava određenog subjekta čiji je predmet, posredni ili neposredni, stvar ili novac kao naročita vrsta stvari. Pod plodouživanjem na imovini podrazumevamo

---

<sup>25</sup> D. Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Beograd, 1988, str. 175 : "Prvi je slučaj kada sam dužnik postane plodouživalac. Tada plodouživanje znači oslobađanje dužnika od plaćanja interesa i isplate duga do prestanka plodouživanja. Drugi je, kad neko treći postane plodouživalac potraživanja. Tada je on u istom položaju kao i plodouživalac potrošne stvari..."; O. Stanojević, *Rimsko pravo*, Beograd, 1998, str. 212, navodi primer kada "paterfamilijas ustupi sinu ...uzimanje kamate od novca datog na zajam ili štednju. Sin ne može raspolagati samim potraživanjem, već samo plodovima".

<sup>26</sup> Npr. u nemačkoj praksi je otac, kao imalac hartije od vrednosti, konstituisao plodouživanje u korist sina (S) i kćerke (T) na imenovanim hartijama od vrednosti (založna pisma, zajmovnice, obligacije, deonice, investicije) i deponovao ih na računu banke. Plodouživanje je bilo oročeno, a njegova supruga je to prihvatila u korist maloletne dece. Banka kod koje su deponovane hartije od vrednosti isplaćuje čistu dobit plodouživaocima po obračunu koji vrši Finansijski zavod. V., *Neue Juristische Wochenschrift*, br. 27/77.

<sup>27</sup> F. Baur, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 4, Tübingen..., 1968., str. 574, komentar uz § 1069/2 BGB.

plodouživanje na pojedinim pravima i stvarima koji pripadaju imovini.<sup>28</sup> Plodouživanje imovine može imati za objekt celokupnu ili deo imovine koji obuhvata više tačno određenih stvari i prava. Plodouživanje na imovini važi za pojedina prava i stvari iz imovinske mase i nakon njihovog prelaska u drugu imovinu (npr. prodajom ili poklonom). S druge strane, ne prostire se, automatski, na predmetu ili pravu koji naknadno pripadnu imovini opterećenoj plodouživanjem.

Međutim, predmet plodouživanja mogu biti i imovinske celine kao delovi imovine sa tačno određenom namenom. Npr. trgovačko društvo, robni lage i dr. skupovi stvari i prava povezani u određenu celinu kao deo imovine određenog lica.<sup>29</sup>

Sporno je da li zaostavština može biti predmet plodouživanja. Plodouživanje na zaostavštini je izričito dopušteno u nemačkom pravu i za njega je predviđena shodna primena pravila o plodouživanju na imovini (§1089. BGB). Ono ima samo obligaciono dejstvo.<sup>30</sup> U drugim pravima (npr. francuskom i švajcarskom) sticanje plodouživanja na zaostavštini nije posebno predviđeno, ali se može ustanoviti po analogiji sa plodouživanjem na imovini. Zaostavština je, po sadržini, imovina, samo je privremenog karaktera, jer traje od od smrti ostavioca do deobe zaostavštine. U našem pravu, zaostavštinu čine sva naslediva prava koja su ostaviocu pripadala u trenutku smrti, osim određenih predmeta domaćinstva (čl. 1. st. 2. i 3. ZON). Zaostavština je takođe imovinska celina, te, s toga, može biti predmet plodouživanja prema predloženom rešenju iz Nacrta. Po Zakonu o nasleđivanju, ako je naslednik postavljen pod raskidnim uslovom ili rokom, on ima položaj uživaoca zaostavštine. Plodouživanje na posebnim predmetima iz zaostavštine nastaje tek deobom zaostavštine, kada dobija stvarnopravni karakter i transformiše se u plodouživanje na stvari ili pravu.

## **V. Funkcije i značaj ličnih službenosti**

Lične službenosti su privremena prava. One ostvaruju svoju funkciju u određenom periodu, a zatim se ovlašćenja „vraćaju“ vlasniku poslužnog dobra.

---

<sup>28</sup> L. Marković, *Građansko pravo - Opšti deo i stvarno pravo*, Beograd, 1928, str. 483, navodi da "ustanova užitka na celom imanju postoji kod udovičkog užitka. Užitek na celom imanju raščlanjuje se na skup užitaka u pogledu pojedinih delova imanja. Ali pored ovih... postoje i druga pravila... iz kojih se vidi da se ovaj užitek tretira i kao celina, kao jedan osobeni pravni institut. Ta pravila se naročito odnose na odgovornost uživaoca za dugove sopstvenika imanja. U nemačkom pravu mogu poverioci sopstvenika imanja, ako su im tražbine nastale pre zasnivanja užitka, namiriti se iz predmeta na kojima postoji užitek".

<sup>29</sup> V., O. Stanković, *O imovini i imovinskopravnim celinama u građanskom pravu*, Anali Pravnog fakulteta, Beograd, 6/1992.

<sup>30</sup> "Plodouživanje na zaostavštini ne može nastati sa stvarnopravnim dejstvom", F. Baur: op. cit., str. 580. To ukazuje na tretiranje plodouživanja na zaostavštini kao nepravog plodouživanja koje ima obligacionopravno dejstvo, kao i plodouživanje na imovini.

U Nacrtu je predviđeno da plodouživanje fizičkog lica traje najduže doživotno, ukoliko nije zasnovano za određeno doba godine ili prilike, odnosno sa uslovom ili nalogom i ne može se zasnovati do opoziva (čl. 369. Nacrta). Smatramo da je trebalo dopustiti i mogućnost zasnivanja oročenog plodouživanja. Sporna je dužina trajanja plodouživanja pravnog lica čije trajanje subjektiviteta nije ograničeno. To znači da bi i lične službenosti bile trajne, što bi ugrozilo interese vlasnika. Zato je još u rimskom pravu plodouživanje pravnog lica bilo vremenski oročeno na 100 godina. U savremenom pravu plodouživanje pravnog lica je oročeno, a izuzetno u nekim pravnim sistemima, traje koliko i subjektivitet pravnog lica.<sup>31</sup> U Nacrtu je predviđeno da plodouživanje pravnog lica traje najviše 30 godina i da se može obnoviti, što je dobro rešenje, predloženo i u ranijim nacrtima.

*Čl. 369. Nacrta predviđa: (1) Pravo plodouživanja traje najduže do smrti plodouživaoca, i nije nasledivo, a kada je plodouživalac pravno lice – do njegovog prestanka, ali najduže 30 godina, s mogućnošću obnavljanja uz saglasnost imaoca poslužnog dobra. (2) Pravo plodouživanja mogu imati dva ili više lica, jedno za drugim. (3) Plodouživanje može se zasnovati i samo za određeno doba godine i određene prilike, kao i sa uslovom i nalogom. (4) Pravo plodouživanja ne može se zasnovati kao obična uslužnost ili do opoziva.*

Konstituisanje lične službenosti može biti izvršeno teretnim ili dobročnim pravnim poslom. U pogledu pravnih mogućnosti primene ličnih službenosti, razlikuju se tri osnovna načina korišćenja (strategije):

a) Vlasnik prenosi svojinu na drugo lice, a zadržava pravo lične službenosti. Zadržavanje lične službenosti ima funkciju zbrinjavanja i očuvanja dosadašnjeg standarda života.

b) Prenos prava plodouživanja na drugo lice, a zadržavanje svojine za vlasnika poslužnog dobra. Ovaj način nema veliku primenu u praksi, jer vlasnik, po pravilu, nema pravni interes da zadrži « *golu* » svojinu, osim ako je zadržava za naslednike koristeći naknadu za plodouživanje.

c) Istovremeni prenos - prava plodouživanja na poslužnom dobru jednom licu, a prava svojine drugom (novom vlasniku).

**Ovi načini se mogu i kombinovati sa više lica. Na primer, pravo svojine se prenese detetu, a plodouživanje konstituiše u korist supruge i zadrži za dosadašnjeg vlasnika.<sup>32</sup> U uporednom pravu se, radi očuvanja standarda**

---

<sup>31</sup> U francuskom pravu plodouživanje pravnog lica traje najviše 30 god. (čl. 619. C.c.). U švajcarskom pravu, najviše 100 g. (čl. 749. Šv.GZ); Suprotno, u nemačkom pravu plodouživanje pravnog lica se gasi tek njegovim prestankom (§ 1061. BGB). Po SGZ-u, lična službenost "ako li je dana jednoj zadruzi ili opštini, onda takva traje, dokle god ista zadruza ili opština postoji" (§ 392); Po OIZ za CG najduže 50 godina, osim plodouživanje u korist Kuće koje traje "dok god se ne istraži ili se ne razdijeli" (čl. 169).

<sup>32</sup> Plodouživanje supružnika može biti regulisano kao zajedničko, tako da nakon smrti jednog bračnog druga, drugome pripada celokupno plodouživanje, ili tako da se ono gasi na 1/2. U prvom slučaju,

**života, najčešće koristi zadržavanja plodouživanja na preduzeću, a pravo svojine prenosi na naslednike.<sup>33</sup> Nacrtom je predviđeno da množina plodouživalaca upravlja poslužnim dobrom po odredbama o zajedničkoj svojini, ako nije drukčije ugovoreno (čl. 366).**

Navedenim načinima primene ličnih službenosti mogu se ostvarivati različiti ciljevi, pa shodno tome ovo pravo može vršiti funkciju zbrinjavanja, raspolaganja imovinom, deobe zajedničke svojine, osiguranja i naplate potraživanja, privređivanja itd.

Najčešća primena je u naslednim odnosima, gde lične službenosti vrše funkciju materijalnog zbrinjavanja nadživelog supružnika i srodnika, štiteći ih od nebrige naslednika.<sup>34</sup>

I alimentaciona funkcija (alimenta - lat. ishrana, izdržavanje) podrazumeva korišćenje plodouživanja radi izdržavanja materijalno ugroženih bliskih lica (npr. razvedenog supružnika). U francuskom pravu, plodouživanje je jedno od sredstava izdržavanja razvedenog supružnika, koje se može ustanoviti odlukom suda (čl. 275. C. c.).

Lične službenosti se mogu koristiti i kao sredstvo obezbeđenja i namirenja potraživanja. Trajanje plodouživanja radi obezbeđenja potraživanja je vezano za ličnost plodouživaoca - pod uslovom da se dug ne otplati ranije. Takođe, mogu se koristiti i radi sticanja imovinske koristi (funkcija privređivanja) uz zadržavanje svojine za naslednike. Vlasnik prodajom plodouživanja od svoje investicije očekuje "dvostruk višak vrednosti, jednu vrednost je dobio kao naknadu za plodouživanje, a druga vrednost je "kvazi-izvesna" i nastaje tek prestankom plodouživanja i uspostavljanjem pune svojine".<sup>35</sup> U uporednom pravu je aktuelna prodaja plodouživanja na kompjuterskom programu, preduzeću itd.

Lične službenosti mogu vršiti i druge funkcije. Npr. pri deobi zajedničke svojine, kod dodeljivanja državne zemlje radi naseljavanja određenih krajeva itd. *Funkcije* ličnih službenosti nije moguće unapred predvideti, jer one nastaju ili prestaju zavisno od razvoja društvenih odnosa, tehnoloških dostignuća i potreba pravnih subjekata. Primena ličnih službenosti u uslovima restriktivne socijalne politike države, biće sve značajnija, posebno kod privatnog zbrinjavanja članova porodice, ali i u funkciji privređivanja i raspolaganja privrednim društvima.

---

plodouživaoci imaju pravni položaj zajedničara, a u drugom položaj suplodouživaoca na po 1/2 plodova i drugih koristi, tako da se smrću jednog plodouživaoca ono gasi za njegov udeo.

<sup>33</sup> H. J. Bülow, Nießbrauch an Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, 1986, str. 2; Suprotno, E. A. Ehlers, Übertragung von Einkunftsquellen, Nießbrauch, Freiburg, 1995, str. 25, preporučuje, zbog mnogih nedorečenosti i nejasnosti propisa o plodouživanju na preduzeću, testamentalno određivanje rente iz imovine preduzeća.

<sup>34</sup> U nemačkom pravu, glavni motiv primene plodouživanja kod raspodele imovine je omogućavanje "prekorednog" nasleđivanja. Vid. E. - A. Ehlers, op. cit., N° 66, str. 29.

<sup>35</sup> Opširnije: J. Aulagnier, Usufruit et nue-propriété dans la gestion de patrimoine, Paris, 1994, str. 23; E. A. Ehlers, op. cit., str. 29, N° 66.

\*  
\*       \*  
\*

Lične službenosti su klasičan građanskopravni institut koji je svoju društvenu opravdanost i pravnu regulisanost ostvario još u najstarijim pravnim sistemima (Hamurabijev zakonik, rimsko pravo itd.). Uvećanje broja funkcija koje se mogu ostvariti ustanovljavanjem prava plodouživanja u savremenom pravu, povećava njegov društveni značaj, što zahteva adekvatnu, rekli bi, modernu, pravnu regulativu. Novim Nacrtom Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Srbije, prvi put je potpuno, detaljno i na moderan način regulisano pravo plodouživanje, kao i pravo upotrebe i stanovanja, što će omogućiti afirmaciju ovih prava u našoj praksi.

Smatramo da bi usvajanju ovog Zakonika trebalo da prethodi stručna rasprava o pojedinim rešenjima (zbog brojnih novina i složenosti materije), kako bi pravni praktičari doprineli njegovom poboljšanju. U svakom slučaju, neophodno je da ovaj zakon bude donet što pre, kako bi se višedecenijsko očekivanje potpunog regulisanja stvarnopravne materije okončalo. Zakon o svojini i drugim stvarnim pravima bi predstavljao temelj daljeg razvoja privatnog prava i pravne sigurnosti imovine građana.

Nakon donošenja ovog zakonika (ili zakona), treba celovito urediti građanskopravnu materiju donošenjem jedinstvenog Građanskog zakonika Srbije.

*Miroslav Lazić, LL.D.*  
Associate Professor  
Faculty of Law, University of Niš

## **THE REFORM OF PERSONAL SERVITUDES IN THE SERBIAN LEGISLATION**

### *Summary*

The process of reforming the Serbian legislation in the field of private law is underway. Substantial parts of the civil legislation have been regulated and updated. New acts have been adopted in the areas of family and succession law, including the previously regulated legislation on contracts and torts which has to be subjected to a further reform in some parts. The legislator has also adopted a number of contemporary acts on the registered lien and mortgage but there has not been a comprehensive reform of the real law subject matter (property rights, neighbouring rights, real and personal servitudes, etc). It is also necessary to adopt regulations on the denationalization of property and re-privatization of the building lands. In the meantime, the Serbian legislator has developed the *Draft Code on Property and other Real Rights*, which fully and comprehensively regulates the subject matter. The legislator has also instigated the legislative work on the unified Serbian Civil Code.

In this paper, the author points to some legal solutions pertaining to the institutes of usufruct and personal servitudes as envisaged in *the Draft Code on Property and other Real Rights*. The institute of personal servitudes has been applied in the Serbian judicial practice on the grounds of the legal provisions contained in the Serbian Civil Code of 1844, many of which have been outdated and non-operational for years. In about 50 articles, the Draft Code completely regulates and updates the institute of personal servitudes in compliance with the European-Continental legal solutions, providing for its application in a number of circumstances (particularly in terms of regulating the financial support for the next of kin). The institute of personal servitudes is comprehensively regulated by introducing the possibility to constitute the usufruct right on personal property, by regulating the transfer of the usufruct right (by a lease or a grant agreement to concede the usufruct right), by regulating the specific use of the servient estate, by envisaging the appropriate application of property rules on the formation of the usufruct and the protection of the usufructuary, etc. Providing that the Draft Code is adopted, the Serbian legislation will obtain a modern institute of personal servitudes, including an array of possible applications in a number of private

relations. It will also facilitate the use of personal servitudes in some other acts, where personal servitudes may be envisaged as an instrument for resolving some other private relations in succession, family and real law. This institute is applicable even in some areas of public law.

**Key words:** personal servitudes, usufruct, the subject matter of usufruct, rights and obligations, reform

*Translated by:*  
Gordana Ignjatović, BA



**UDK: 347.239(497.11)**

Radenka Cvetić, vanredni profesor  
Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu

## MESTO PRAVA PREČE KUPOVINE U GRAĐANSKOM ZAKONIKU

***Apstrakt:** U radu se raspravlja o pravnoj prirodi prava preče kupovine: da li se uopšte radi o građanskom subjektivnom pravu ili pravnoj moći, da li je u pitanju stvarno ili obligaciono pravo. U tom smislu opredeljuje se i njegovo mesto u građanskom zakoniku. Razmatrajući pitanje suprostavljivosti ovog prava, tj. njegovog ostvarenja prema trećim licima ističe se značaj kriterijuma savesnosti tih lica. U pogledu prava preče kupovine suvlasnika naglasak je stavljen na potrebu utvrđivanja pravila koje će istovremeno voditi računa o potrebi da se putem ostvarivanja prava preče kupovine pojednostavi suvlasnička zajednica, ali i o činjenici da kada ne postoji kriterijum za njihovo međusobno (opravdano) povlašćivanje, treba omogućiti svima srazmerno prisvajanje udela koji se prodaje.*

***Ključne reči:** stvarno pravo, pravna moć, pravo prvenstva, pravo preče kupovine suvlasnika*

### Umesto uvoda

Svojim opštim izveštajem o jednogodišnjem radu,<sup>1</sup> Komisija Vlade Republike Srbije za izradu Građanskog zakonika informiše najširu stručnu javnost o rezultatu tog rada. Komisija istovremeno otvara niz pitanja, u pogledu sadržine Građanskog zakonika i mogućih regula, uz poziv upućen pravnoj teoriji i praksi da se uključi u stručnu diskusiju u cilju iznalaženja što boljih zakonskih rešenja.

U delu izveštaja koji se odnosi na stvarnopravne odnose otvorena su, pre svega, određena pravno-politička pitanja: svojina na građevinskom zemljištu,<sup>2</sup> uspostavljanje jedinstva prava svojine na zemljištu i zgradi koja se na njemu

---

<sup>1</sup> Objavljen u časopisu *Pravni život* br. 11/2007, tom III, str. 5-407.

<sup>2</sup> Građevinsko zemljište nacionalizovano je 1958. godine. Pravac razvoja i promene izvršene u poslednje dve decenije zahtevaju rešenje i ovog problema. Nasuprot lakoći zauzimanja stava da i građevinsko zemljište treba da bude u privatnoj svojini (uz ustanovljenje određenih izuzetaka), te da treba izvršiti njegovu denacionalizaciju, stoji opravdani strah da bi baš tu moglo biti najviše otpora ili usporavanja reformi, budući da je monopol državne svojine na građevinskom zemljištu uporište političke i finansijske moći određenih društvenih sredina i grupa. Videti više o tome na str. 314-315.

nalazi,<sup>3</sup> sticanje prava svojine na nepokretnostima u javnoj svojini,<sup>4</sup> prava stranaca na nepokretnostima,<sup>5</sup> evidencija nepokretnosti.<sup>6</sup>

Pored ovih pitanja koja je, kako je navedeno, potrebno rešavati ne samo na pravnom već i na političkom planu, otvorena su još neka pitanja u pogledu određenih pravnih instituta vezano za njihovo prihvatanje u našem pravnom sistemu, određenje mesta u građanskom zakoniku (polazeći od njihove pravne prirode) i konkretno normativno uređenje. U tom smislu, ističe se da je potrebno razmotriti uvođenje u naš pravni sistem sledećih instituta: pravo građenja, emfiteuza (nasledni zakup), zemljišni dug, svojine podeljene vremenski (time sharing), kao i odrediti mesto pojedinih instituta u građanskom zakoniku: založno pravo na pokretnim stvarima i potraživanjima (uz isticanje potrebe celovitog uređenja pitanja obezbeđenja potraživanja, kao i određenja spram koncepta hipoteke, naročito u pogledu njene realizacije), pravo retencije (uz razmatranje da li ga i dalje zadržati i na nepokretnim stvarima), pravo preče kupovine.

U pogledu prava preče kupovine konstatuje se da je ugovorno pravo preče kupovine regulisano Zakonom o obligacionim odnosima, dok je zakonsko pravo preče kupovine predviđeno u Zakonu o prometu nepokretnosti.<sup>7</sup> Polazni stav je da u našem novom pravu treba uskladiti ove dve vrste pravila, ali se kao pitanje postavlja da li to učiniti u delu koji se odnosi na Obligaciono pravo ili u delu koji se odnosi na Stvarno pravo.

---

<sup>3</sup> Postavlja se pitanje na koji način to uraditi, jer se denacionalizacijom građevinskog zemljišta dobija drugi vlasnik (umesto države), ali se ne uspostavlja jedinstvo prava svojine na zemljištu i zgradi. Moguća su dva pristupa. Ako se da prednost svojini na zemljištu postojećim vlasnicima zgrada može se priznati pravo građenja (na sto godina) uz pravo preče kupovine zemljišta. Suprotno, favorizovanje svojine na zgradi dovodi do rešenja da se vlasniku zgrade prizna i pravo svojine na zemljištu na kojem se ona nalazi (raniji vlasnici, pre denacionalizacije iz 1958. godine, imali bi pravo na naknadu u novcu). Videti više o tome na str. 315-316.

<sup>4</sup> Takvu mogućnost nalaže ustavna garancija o jednakoj pravnoj zaštiti svih oblika svojine. Videti više o tome na str. 316-317.

<sup>5</sup> Preporuka je da se u pogledu sticanja nepokretnosti izbegne liberalizacija kada se radi o strancima, uz izražavanje bojazni da bi drugačijim pristupom, imajući u vidu malu platežnu moć najvećeg broja građana Srbije, bila stvorena opasnost rasprodaje nacionalnog bogatstva. Videti više o tome na str. 317.

<sup>6</sup> Predlog je da se višedecenijska dilema: zemljišne knjige (zasnovane na katastru zemljišta) ili jedinstvena evidencija nepokretnosti (katastar nepokretnosti) reši na način da se zemljišne knjige zadrže tamo gde postoje, a da novu neproverenu jedinstvenu katastarsku evidenciju treba proveriti na teritoriji gde nema zemljišnih knjiga. Videti više o tome na str. 317-318. Uprkos ličnom stavu o potrebi zadržavanja zemljišnoknjižne evidencije, čini nam se da činjenica da je u ovom momentu uspostavljena katastarska evidencija nepokretnosti na oko 85% teritorije Republike Srbije (završetak se planira do kraja 2010. godine) sama po sebi razrešava navedenu dilemu.

<sup>7</sup> Preciznije rečeno Zakonom o prometu nepokretnosti uređeno je pravo preče kupovine koje po osnovu ovog Zakona imaju suvlasnik nepokretnosti i vlasnik susednog poljoprivrednog zemljišta. Dakle, u Srbiji ne postoje opšta pravila o pravu preče kupovine. Što se tiče zakonskog prava preče kupovine, različiti slučajevi postojanja ovog prava predviđeni su posebnim zakonima kojima se utvrđuje ko je titular i sam postupak ostvarenja prava preče kupovine.

## Pravna priroda i mesto prava preče kupovine u Građanskom zakoniku

Radna grupa koja je izradila tekst *Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima*<sup>8</sup> razrešila je navedenu dilemu, po našem mišljenju, na adekvatan način. Pre argumentacije takvog stava, potrebno je napomenuti da je Izveštaj Komisije Vlade Republike Srbije za izradu Građanskog Zakonika u potpunosti ignorisao činjenicu da postoji tekst koji je izradila Radna grupa formirana od strane Ministarstva finansija i ekonomije.<sup>9</sup> Činjenica je da taj tekst predstavlja pokušaj sveobuhvatnog regulisanja stvarnopravnih odnosa (što je došlo do izražaja i kroz opredeljenje za naziv Zakonik umesto Zakon) i svakako treba da bude barem polazna osnova pri kodifikaciji ove oblasti građanskog prava. Značaj ovog projekta i nužnost njegovog privođenja kraju, bilo u okviru jedinstvenog građanskog zakonika ili zakonika o stvarnom pravu, potenciran je činjenicom da Srbija praktično već više od šezdeset godina,<sup>10</sup> nema kodifikovano stvarno pravo. Posledica toga je da u Stvarnom pravu Srbije postoji problem neregulisanosti, podregulisanosti i neadekvatne regulisanosti.<sup>11</sup>

Shodno principu *numerus clausus*, na samom početku Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima<sup>12</sup> određena su stvarna prava:

1. svojina – pravo svojine, pravo susvojine, pravo zajedničke svojine, pravo etažne svojine,
2. korišćenje utrine i pašnjaka,
3. susedsko pravo – međaško pravo, pravo pristupa, pravo upotrebe susedne nepokretnosti i druga,
4. službenost – stvarna službenost, stvarno-lična službenost, službenost građenja, lična službenost,
5. zakup,
6. realni teret,

<sup>8</sup> Tekst Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, kao i imena članova i saradnika Radne grupe objavljeni su u: *Ka novom stvarnom pravu Srbije – Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima*, Beograd, 2007, izdavači GTZ (Nemačka organizacija za tehničku saradnju) i Ministarstvo pravde Republike Srbije. Predstavljanje Nacrta Zakonika održano je krajem novembra 2007. godine u prisustvu zvaničnika, članova Radne grupe koja ga je izradila i užeg kruga pravničke javnosti.

<sup>9</sup> Dakle, radi se o zvaničnom tekstu, uprkos tome što nije ušao u skupštinsku proceduru.

<sup>10</sup> Tačnije rečeno od 1946. godine, kada je Srpski građanski zakonik, Zakonom o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije, stavljen van snage zajedno sa ostalim propisima koji su važili u Kraljevini Jugoslaviji.

<sup>11</sup> Lista izvora u kojima se nalaze pravila relevantna za stvarnopravne odnose preduga je (videti u: R. Cvetić, *Regulisanje stvarnopravnih odnosa u Srbiji – već viđeno?*, Zbornik radova, Pravni fakultet u Novom Sadu, XL 3/2006, str. 246). Pored toga, u pogledu brojnih značajnih instituta (lične službenosti, pravo građenja, susedska prava, realni tereti, etažna svojina) postoji zakonska praznina, a neki su podregulisani ili, čak, i neadekvatno regulisani (državina, stvarne službenosti, načini sticanja prava svojine).

<sup>12</sup> Član 2 Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima.

7. zaloga – ručna zaloga, registrovana zaloga, ugovorno-sudska zaloga, sudska zaloga, zadržanje, zaloga prava, hipoteka,
8. realni dug,
9. poverena i očekivana svojina,
10. zadržana i očekivana svojina,
11. pravo prečeg sticanja – pravo preče kupovine, pravo prečeg sticanja službenosti građenja, pravo prečeg prisvajanja, pravo prečeg zakupa,
12. pravo na državinu odnosno pritežanje i pravo na zaštitu državine i pritežanja.

Lista je prilično duga, jer je vrlo detaljna, ali se njenim pažljivim čitanjem može uočiti da ne odstupa previše od tradicionalne klasifikacije stvarnih prava. Polazište je da se stvarnim pravom smatra svako građansko subjektivno pravo koje ima *apsolutno dejstvo* (te se kao takvo može suprostaviti svim trećim licima, odnosno tražiti njegovo ostvarenje prema svakome), a za svoj objekt ima *stvar* kao deo materijalne prirode koji nije izuzet iz stvarnopravnog režima, tj. od mogućnosti prisvajanja.

U tom smislu, prepoznatljivo je mesto prava preče kupovine među stvarnim pravima uprkos njegovoj specifičnoj sadržini (ne postoji nikakva neposredna pravna vlast na stvari na koju se odnosi) i činjenici da je pravo preče kupovine po svojoj pravnoj prirodi u suštini pravna moć (preobražajno pravo).

Rasprave o pravnoj prirodi prava preče kupovine koje su vođene u starijoj pravnoj literaturi polazile su od shvatanja da je reč o subjektivnom pravu. Sukob je nastajao po pitanju o kojoj vrsti građanskog subjektivnog prava je reč: stvarnom ili obligacionom pravu. U novije vreme sve više je prisutno mišljenje da se uopšte ne radi o subjektivnom pravu već o tzv. pravnoj moći.<sup>13</sup>

Ako se pođe od opšte prihvaćenog stava da subjektivno pravo predstavlja skup ovlašćenja (pravnih prerogativa, pravnih vlasti) koja pravni subjekt crpi iz objektivnog prava, a koja su mu priznata radi zadovoljenja (zaštite) njegovih interesa, te naspram kojih uvek stoji neka obaveza (tačno određenog lica ili svih trećih lica), jasno je da se pravne moći ne mogu izjednačiti sa subjektivnim

---

<sup>13</sup> Većina teoretičara smatra da izraz *pravna moć* ne razlikuje i ne odvaja pojam koji se njime označava u odnosu na apsolutna i relativna prava (subjektivna prava) za koja se, takođe, može reći da su pravne moći u smislu pravne vlasti (videti O. Stanković u O. Stanković, V. V. Vodinić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1995, str. 108). Tome se može dodati i činjenica da naša pravna terminologija ne pravi razliku između subjektivnog prava i pravne moći, te zbog toga iz sadržine samog odnosa treba u svakom slučaju odrediti da li se radi o subjektivnom pravu ili pravnoj moći (A. Gams, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1985, str. 93). Nazivi koji potpunije izražavaju suštinu pravnih moći su preobražajna prava (videti O. Stanković, *op. cit.*, str. 108, R. Kovačević-Kuštrimović, *Građansko pravo, opšti deo*, Niš, 1997, str. 101) ili pravo oblikovanja odnosno formiranja. U nemačkoj i francuskoj pravnoj teoriji pravne moći se upravo tako i nazivaju: *Gestaltungsrechte* odnosno *droit formateur*. U nemačkoj pravnoj teoriji koristi se i izraz *Rechte des Könnens* (pravo na moć). O pravima oblikovanja videti više sa odgovarajućim upućivanjima: A. Bugnon, *Le droit de préemption agricole*, Lausanne, 1991, str. 17-22.

pravima. Pravne moći su konkretne pravne mogućnosti, priznate zakonom ili pravnim poslom, da se jednostranom izjave volje stvori nova pravna situacija, bez obzira da li se ta novina ogleda u nastanku do tada nepostojećeg pravnog odnosa, ili u ukidanju odnosno poništavanju do tada postojećeg pravnog odnosa, ili u izmeni postojećeg subjektivnog prava.<sup>14</sup>

Kao osnovne distinktivne karakteristike pravne moći u odnosu na subjektivno pravo obično se ističu sledeće: naspram pravne moći, po pravilu, ne stoji obaveza, za njihovo vršenje određuju se prekluzivni rokovi, one nemaju svoj poseban objekt na koji se odnose.<sup>15</sup>

Kada se pravo preče kupovine sagleda kroz navedeni pojam i karakteristike pravnih moći može se zaključiti da se radi o pravu oblikovanja odnosno pravnoj moći, a ne subjektivnom pravu. Imalac prava preče kupovine jednostranom izjavom volje stvara pravni odnos između sebe i vlasnika stvari na koju se pravo preče kupovine odnosi, a koju je vlasnik odlučio da proda. Imaocu ovog prava stoji na raspolaganju određen rok za davanje izjave koja može proizvesti navedeno dejstvo, a bezuspešnim protekom tog roka dolazi do prestanka njegovog prava (prekluzivni rok).<sup>16</sup>

Kod prava preče kupovine stvara se privid postojanja subjektivnog prava zbog toga što naspram navedenog ovlašćenja imaoca ovog prava, stoji obaveza vlasnika stvari da u slučaju njene prodaje njemu ponudi da, pre ostalih, stekne tu stvar.<sup>17</sup> U prilog samo privida subjektivnog prava govori i činjenica da imalac ovog prava možda nikada neće doći u situaciju da iskoristi svoje ovlašćenje, jer je neophodan uslov za njegovo vršenje prodaja stvari na koju se odnosi (o prodaji i uslovima prodaje slobodno odlučuje vlasnik stvari). Ako do prodaje ne dođe ili ako se vlasnik promeni na osnovu poklona, trampe ili nasleđivanja, pravo preče kupovine ostaje bez dejstva.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Zbog toga se smatra da pravo oblikovanja može da postoji samo ako postoji pravni odnos između određenih lica, odnos na koji će uticati ovo pravo. Dakle, ostvarivanje ovih prava pretpostavlja postojanje fundamentalnih subjektivnih prava. U tom smislu pravne moći bi, ako ih uopšte nazivamo pravima, trebalo nazvati sekundarna subjektivna prava (videti S. Krmeta, *Subjektivna prava*, autorizovana odrednica u Enciklopediji imovinskog prava i prava udruženog rada, Beograd, 1978, tom III, str. 198-199).

<sup>15</sup> Videti više o tome u A. Gams, *op.cit.*, str. 92-94. Postojali su pokušaji da se konstruiše poseban objekt preobražajnih prava, a to bi bila sloboda subjekta da gospodari nad svojom voljom (videti J. Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, 1952, str. 172).

<sup>16</sup> Kod zakonskog prava preče kupovine do prekluzije dolazi samo privremeno, jer se pravna moć ovlašćenog lica obnavlja pri svakoj narednoj prodaji (videti M. Orlić, *Zakonsko pravo preče kupovine u našem pozitivnom pravu*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1-2/1970, str. 112).

<sup>17</sup> Isto je i u slučaju tzv. opcije jednog lica da sa drugim licem zaključi ugovor (to drugo lice je obavezno da zaključi ugovor ako imalac opcije izjavi volju u tom smislu). Zato se ističe da se pravo preče kupovine i pravo opcije razlikuju od tzv. čistih pravnih moći (otkaza, odricanja od nasleđa, pobijanja pravnih poslova) naspram kojih ne stoji nikakva i ničija obaveza.

<sup>18</sup> Prema A. Bugnon, *op. cit.*, str. 21, prodaja stvari predstavlja "okidač mehanizma: ona aktualizuje raniju pravnu situaciju i opravdava ostvarivanje pravne moći."

Što se tiče pitanja da li je pravo preče kupovine stvarno ili obligaciono pravo, smatramo da je ispravnije postaviti ga kao pitanje mogućnosti suprostavljanja ovog prava trećim licima (onda kada je već s trećim licem zaključen ugovor o prodaji date stvari, čime je povređeno pravo prvenstva). Zakonsko pravo preče kupovine može se suprostaviti trećem licu koje je postalo vlasnik stvari na koju se ovo pravo odnosi, bez obzira na njegovu savesnost u pogledu postojanja prava preče kupovine, odnosno njegove povrede. Voljno pravo preče kupovine (ono koje je nastalo na osnovu pravnog posla) koje se odnosi na nepokretnosti uknjiženjem dobija navedeno dejstvo.<sup>19</sup> Pitanje suprostavljanja ugovornog prava preče kupovine trećim licima može se rešiti vezano za savesnost tog lica, onako kako je to učinjeno u našem pravu.<sup>20</sup>

Kriterijum suprostavljalivosti<sup>21</sup> je, u suštini, osnov razlikovanja građanskih subjektivnih prava na apsolutna i relativna. Odgovor na pitanje prema kome titular može tražiti ostvarenje svog prava, istovremeno je i odgovor na pitanje dejstva tog prava.

Nacrtom Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima na sledeći način uređena je situacija kada je došlo do povrede prava prvenstva (član 108):

"(1) Ako je stvar punovažnim odnosno rušljivim ugovorom prodana nesavesnom trećem licu bez prethodne ponude imaocu prava preče kupovine, odnosno sa uslovima povoljnijim od sadržanih u ponudi imaocu prava preče kupovine, imalac prava preče kupovine može zahtevati da sud utvrdi da zaključeni ugovor ne proizvodi dejstvo prema tom licu i da namesto kupca on stupa u ugovorni odnos, i preda mu stvar, pod istim uslovima.

(2) Ako ugovor sa trećim licem predviđa činidbe tog lica koje imalac prava preče kupovine ne može da izvrši, imalac prava preče kupovine dužuje prodavcu isplatu njihove vrednosti.

(3) Ako je treće lice bilo savesno, imalac prava preče kupovine može zahtevati naknadu štete od prodavca."

Kada se radi o povredi prava prvenstva u slučaju zakonskog prava preče kupovine, budući da se publicitet ovog prava postiže objavljivanjem (i stupanjem na snagu) zakona kojim se ustanovljava, nema sumnje da imalac prava preče kupovine uvek može ostvariti pravo prekupa. Naime, činjenica da se radi o zakonskom pravu preče kupovine treće lice uvek čini nesavesnim i ono ne može sprečiti ostvarenje prava prekupa imaoca prava preče kupovine pozivajući se da nije znalo za postojanje prava i njegovu povredu. U slučaju povrede prava

---

<sup>19</sup> Smatra se da time dolazi do transformacije jednog obligacionog prava u stvarno pravo. Sam upis nema konstitutivni karakter, ali predstavlja element neophodnog publiciteta da bi se priznalo dejstvo *erga omnes*.

<sup>20</sup> Član 532 Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>21</sup> O pojmu suprostavljalivosti nekog prava videti više u R. Kovačević – Kuštrimović, *Podela građanskih subjektivnih prava na stvarna i obligaciona*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1-2/1988, str. 50-51.

prvenstva proisteklog iz prava preče kupovine koje je nastalo na osnovu pravnog posla, savesnost trećeg lica onemogućava ostvarenje prava prekupa imaoca prava preče kupovine, čime se sankcija za povredu prava prvenstva svodi na pravo na naknadu štete koju može zahtevati od prodavca.<sup>22</sup> Suprostavljivost svim trećim licima prava preče kupovine nastalog na osnovu pravnog posla, može se postići upisom tog prava u odgovarajući javni registar koji se vodi za datu vrstu stvari na koju se odnosi pravo preče kupovine.

### **Suvlasnici kao titulari prava preče kupovine i njihov red prvenstva**

Nacrtom Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima predviđeno je da suvlasnik samostalno raspolaže svojim udelom, a da se to pravo može ograničiti pravom preče kupovine. Pored toga, izričito je propisano da suvlasnik nepokretne stvari ima pravo preče kupovine.

U Republici Srbiji suvlasnik nepokretnosti ima zakonsko pravo preče kupovine od 1998. godine. Nakon dugogodišnjeg argumentovanog pritiska i insistiranja pravne nauke, Zakonom o prometu nepokretnosti<sup>23</sup> predviđeno je opšte pravo preče kupovine suvlasnika pri prodaji suvlasničkog udela bilo koje nepokretnosti. Naime, propisano je da je suvlasnik koji namerava da proda svoj suvlasnički deo dužan da ga prethodno ponudi ostalim suvlasnicima. Između više suvlasnika zainteresovanih za realizaciju prava preče kupovine, prvenstvo se daje suvlasniku sa većim suvlasničkim udelom. Kada se po kriterijumu veličine suvlasničkog udela ne može odrediti red prvenstva, suvlasnik koji prodaje svoj deo nepokretnosti sam odlučuje kome će ga prodati.

Svrha postojanja prava preče kupovine suvlasnika je da dovede do prestanka ili barem pojednostavljenja suvlasničke zajednice. Suvlasnička zajednica počiva na ekonomskim interesima i eventualni lični odnosi suvlasnika nisu presudni za njen nastanak i postojanje. Dakle, radi se o zajednici koja nije trajnog, već prolaznog karaktera – dok postoji ekonomski interes. "Kada njeni okviri počinju da stežu suvlasnike treba im omogućiti da iz nje izađu. Deoba suvlasničke

---

<sup>22</sup> Ovakvo rešenje može se kao pravičnije uporediti sa pravilom koje je sadržano u Austrijskom građanskom zakoniku. Budući da ovaj Zakonik ne poznaje zakonsko pravo preče kupovine, vršenje prava prekupa koje proističe iz ugovornog prava preče kupovine uređeno je na sledeći način: pravo preče kupovine tretira se kao tražbeno pravo, ali se ono u pogledu nepokretnosti upisivanjem u javne knjige može transformisati u stvarno pravo. Ako do toga nije došlo, imalac prava preče kupovine, polazeći od pravne prirode njegovog povređenog prava, može se obratiti samo ranijem vlasniku čije je ponašanje dovelo do te povrede. Pravo svojine koje je treće lice steklo na stvari na koju se odnosi pravo preče kupovine, na taj način u potpunosti ostaje van sfere uticaja imaoca povređenog prava, kojem jedino preostaje da od ranijeg vlasnika (prodavca) zahteva naknadu štete koju je pretrpeo zbog povrede svog prava. Čak i u slučaju da je treće lice bilo nesavesno imalac prava preče kupovine ne može prema njemu isticati svoje pravo. O pravu prekupa u našem i uporednom pravu videti više u R. Cvetić, *Pravo preče kupovine*, Novi Sad, 2002, str. 186-217.

<sup>23</sup> *Sl. glasnik RS*, br. 42/1998.

zajednice je najčešći i najznačajniji put za to, ali se slični rezultati postižu i pravom preče kupovine.<sup>24</sup>

Pravo na deobu veoma dobro štiti suvlasnika, ali ono, ipak, ne može da učini suvišnim pravo preče kupovine suvlasnika. Koliko god je suvlasniku koji prodaje svoj udeo, sa stanovišta ekonomskih interesa, svejedno da li će do novčanog ekvivalenta doći civilnom deobom suvlasničke zajednice ili prodajom udela i kome će ga prodati, jer on određuje uslove prodaje, toliko drugim ili ostalim suvlasnicima, sa stanovišta istih interesa, može biti značajno pribavljanje tog udela.

U tom smislu, najprihvatljivije je opšte pravilo<sup>25</sup> o prioritetu suvlasnika kada ima više ovlašćenih lica.<sup>26</sup> Što se tiče pravila o ostvarivanju prava preče kupovine suvlasnika smatramo da postojeće pravilo sadržano u Zakonu o prometu nepokretnosti nije do kraja dobro izvedeno. Naš zakonodavac, naime, nije usvojio pravilo o mogućnosti prisvajanja svih zainteresovanih suvlasnika srazmerno veličini suvlasničkog udela. Ali, ako je pravilo o favorizovanju suvlasnika sa većim suvlasničkim delom prihvatljivo s aspekta pojednostavljenja suvlasničke zajednice, smatramo da pravilo o izboru kupca (među suvlasnicima) od strane suvlasnika-prodavca, kada se prvenstvo ne može odrediti po veličini suvlasničkih udela, nema nikakvu svrhu sem da stvori privid njegove slobode izbora ugovornog partnera ili da ga eventualno dovede u nezgodnu situaciju.

Na ovom mestu treba razrešiti jedno prethodno pitanje pre zauzimanja konačnog stava. Kada se postavi pitanje u kojoj meri pravo preče kupovine predstavlja ograničenje za vlasnika stvari na koju se to pravo odnosi, prvi odgovor je da su vlasnička ovlašćenja u potpunosti očuvana. Reći da je ograničeno pravo raspolaganja vlasnika stvari protivurečilo bi samom pojmu i konceptu prava preče kupovine, jer njega je moguće realizovati upravo samo onda kada vlasnik vrši ovo svoje ovlašćenje i to na način da potpuno pravno raspolaže sa stvari, otuđujući je prodajom. "Da bismo ispitali dejstva koja ima pravo preče kupovine kao ograničenje svojine, kategorije i koncepti stvarnih prava nam nisu ni od kakve pomoći; moramo pribеći pojmovima obligacionog prava."<sup>27</sup> To ustvari znači ispitati u kojoj meri postojeće pravo preče kupovine ograničava vlasnikovu slobodu ugovaranja. Pravom preče kupovine ne dovodi se u pitanje "početna" sloboda koja podrazumeva neograničeno odlučivanje o tome da li će uopšte doći do zaključenja ugovora i kakvog ugovora. Vlasnik stvari apsolutno je slobodan da zaključi bilo koji pravni posao koji se tiče stvari na koju se odnosi pravo preče kupovine. Ako je njegova odluka da ovu slobodu iskoristi tako što će zaključiti ugovor o kupoprodaji,<sup>28</sup> dolazi na red sloboda koja je ograničena postojećim pravom preče

---

<sup>24</sup> M. Orlić, *op. cit.*, str. 60-61. U istom smislu R. Korleat, *Suvlasništvo i pravo prvokupa na nekretnine*, Odyjetnik, br. 3-4/1971, str. 107 i 110.

<sup>25</sup> Dakle, posebnim propisom se može intervenisati onda kada se proceni da to zahteva opšti interes zbog specifičnosti određene situacije.

<sup>26</sup> Kao što je, na primer, slučaj pri prodaji suvlasničkog udela poljoprivrednog zemljišta.

<sup>27</sup> A. Bugnon, *op. cit.*, str. 27.

<sup>28</sup> U Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima predviđeno je da se sa prodajom izjednačava predugovor o prodaji, zamena ispunjenja, kao i izostala prodaja, ako prodavac protivno



kupovine: sloboda izbora ugovornog partnera. Sloboda vlasnika u pogledu sadržine ugovora neograničena je u tom smislu što on u potpunosti određuje uslove prodaje na koje imalac prava preče kupovine mora pristati ukoliko želi da se koristi svojim pravom prvenstvenog sticanja. To, praktično, znači da je u situaciji kada je imalac prava preče kupovine realizovao svoje pravo, jedino bila ograničena vlasnikova sloboda izbora saugovarača. U situaciji kada imalac prava preče kupovine nije prihvatio ponudu, može se sagledati još jedno ograničenje za vlasnika stvari kao prodavca. Nakon tog momenta vlasnik jeste slobodan da izabere drugu ugovornu stranu, ali više nije apsolutno slobodan da odredi uslove prodaje, jer ne može stvar prodati trećem licu pod uslovima koji su povoljniji od onih koje je nudio imao prava preče kupovine.

Pravo preče kupovine ima za cilj da zaštiti interes određenih lica za pribavljanje određenih stvari, što neminovno dovodi do navedenog ograničenja slobode ugovaranja vlasnika tih stvari. Prema tome, svrhu postojanja prava preče kupovine treba posmatrati s aspekta interesa titulara tog prava. Kada se radi o suvlasnicima kao ovlašćenim licima smatramo da u situaciji kada je više njih zainteresovano za ostvarenje prava preče kupovine, a više ne postoji kriterijum za njihovo međusobno (opravdano) povlašćivanje, treba omogućiti svima srazmerno prisvajanje udela koji se prodaje. Ostavljanje odluke suvlasniku-prodavcu nema smisla s aspekta cilja prava preče kupovine, a ponekad ga prisiljavanje da izvrši izbor može odvratiti od planirane prodaje da biranjem ne bi narušio odnose sa ostalim suvlasnicima.<sup>29</sup>

---

načelu savesnosti i poštenja spreči zaključenje punovažnog ugovora o prodaji (član 100). Da bi se sprečilo izigravanje prava preče kupovine treba izričito zabraniti raskid izvršenog ugovora u cilju osujećenja prava preče kupovine, kao i utvrđenje (delimične) ništavosti ugovaranja koje uslovljava važenje prodaje nevršenjem prava preče kupovine od strane ovlašćenog lica.

<sup>29</sup> Suvlasnici su vrlo često bliski srodnici. Ne treba njihove međusobne odnose ugrožavati prisiljavanjem da se bira između više jednakih. Dovoljno je zamisliti situaciju kada jedan od tri brata želi da proda svoju trećinu i treba da izabere koji će od dvojice braće sa jedankim suvlasničkim udelima biti kupac.

*Radenka Cvetić, LL.D.*  
Associate Professor  
Faculty of Law, University of Novi Sad

## **THE RIGHT OF PRIOR PURCHASE (PRE-EMPTION) IN THE CIVIL CODE**

### *Summary*

If real law is defined as any subjective civil right which has an *absolute effect* and a *property*-related subject matter of a tangible nature which is not exempt from the real law regime, the right of prior purchase (pre-emption) has a distinctive position among real rights in spite of its specific contents (there is no legal dominion and control over the property it pertains to) and the fact that by its legal nature the pre-emption right is essentially a legal power (a transformative right).

The adversary nature of the right of prior purchase (exercised by the right of redemption due to the violation of the priority right) is correlated to the good faith (*bona fide*) of a third party, which is considered as a kind of prior purchase right because nobody can call upon the good faith in case there is a statutory pre-emption right. The most acceptable rule in terms of determining the preferential order of co-owners who are the holders of the prior purchase right is the general rule on the co-owners' priority order in case there are more authorized persons of a different priority order. In case when more co-owners are interested in exercising their pre-emption right and there is no criterion to determine their mutual (justified) preferential position, all co-owners should be enabled to appropriate portions of the property interest which is being sold.

*Translated by:*  
Gordana Ignjatović, BA

**UDK: 347.282(497.11)**

Miloš Živković, asistent

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

## O UVOĐENJU TZV. NEAKCESORNIH ZALOŽNIH PRAVA NA NEPOKRETNOSTIMA U PRAVO SRBIJE\*

### I. Uvod

1. Srpsko građansko pravo, kao što je poznato, od 1945. godine do danas, nije kodifikovano u jednom zakonodavnom aktu (građanskom zakoniku), već je materija modernog građanskog prava (opšti deo, porodično, nasledno, stvarno i obligaciono pravo) kodifikovana nepotpuno, u nekoliko različitih zakona. Ne ulazeći na ovom mestu u detalje, valja reći da je takođe opšte poznato da je, od svih delova građanskog prava, najnepotpunije kodifikovano stvarno pravo,<sup>1</sup> što je posledica prevashodno ideološkog odnosa prema pravu svojine tokom perioda tzv. socijalističke Jugoslavije. Otud je preuređenje stvarnog prava, zapravo, jedan od najbitnijih poslova i najaktuelnije pitanje građanske kodifikacije u Srbiji - velika većina ostalih pitanja predstavljaju tek blaga doterivanja ili upotpunjavanja tekstova koji već postoje, a čiji je izvorni autor, u najvećem broju slučajeva, profesor Mihailo Konstantinović.<sup>2</sup>

2. U proteklih nekoliko godina preduzete su određene zakonodavne aktivnosti kako bi se upotpunilo regulisanje stvarnog prava u pravu Srbije. Tako, 2003. i 2005. godine doneti su posebni zakoni o registrovanoj zalozi pokretnosti i hipoteci, pošto je neodgovarajuća regulativa u vezi s založnim pravom predstavljala gorući problem tranzicionoj srpskoj privredi.<sup>3</sup> Pored toga, u okviru Ministarstva finansija od 2003. godine započeo je rad na nacrtu stvarnopravne kodifikacije, čija je prva faza okončana objavljivanjem Nacrta Zakonika o svojini i

---

\* Ovaj članak nastao je kao rezultat rada na projektu "Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske Unije (pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekt)" koji sprovodi Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> V. od novijih napisa V. Vodinić, "Kodifikovanje stvarnog prava u Srbiji", u *Promene stvarnog prava u Srbiji*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2004, 11 i dalje; Komisija za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije, "Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije - Izveštaj Komisije s otvorenim pitanjima", *Pravni život*, 11/2007 (dalje: "Rad na izradi..."), 81 i 313 i dalje.

<sup>2</sup> *Rad na izradi...*, 66 i dalje.

<sup>3</sup> Pritom je zakon kojim je uređena registrovana zaloga uzet u obzir u radu Komisije za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije, a Zakon o hipoteci nije, već je u obzir uzet nacrt koji je tokom 2004. godine izradio prof. M. Orlić, uz neznatne dorade (ukupno pet novih članova, dva kod namirenja i tri kod prestanka hipoteke amortizacijom potraživanja, uz neka preciziranja u postojećim članovima) - v. *Rad na izradi...*, 320-360.

drugim stvarnim pravima,<sup>4</sup> a druga faza je trenutno u toku u okviru Ministarstva pravde.

3. Pored zakonskog uređenja prava svojine, uključujući posebno režim nepokretnosti (primenu načela *superficies cedit solo*) i etažnu svojinu, uređenje stvarnopravnih obezbeđenja predstavlja veoma značajan deo kodifikovanja stvarnog prava u jednoj tranzicijskoj ekonomiji. Jedno od otvorenih pitanja u tom smislu svakako jeste i pitanje potrebe unošenja neakcesornog založnog prava na nepokretnosti, po uzoru na nemački zemljišni dug (*Grundschild*), u srpsku kodifikaciju.<sup>5</sup> U ovom radu pokušaću da analiziram postojanje potrebe da se jedan ovakav pravni institut unese u pravo Srbije, kroz predavljanje njegovih prednosti i mana. Potom ću pokušati da predstavim i način na koji bi, ako se za to odluči, srpski zakonodavac trebalo da uredi zemljišni dug, uz analizu odredaba Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima o realnom dugu.

4. Da bismo ocenili treba li nam institut poput zemljišnog duga nemačkog prava ili ne, neophodno je, bar u najkraćem, opisati specifičnosti ovog instituta, koji se u Nemačkoj smatra oblikom založnog prava na nepokretnosti. Predviđeni obim ovog rada nalaže da se predavljanje zemljišnog duga svede na najbitnija obeležja, pa valja imati u vidu da će brojna pitanja ostati neobrađena. Razume se, nastojaću da ne propustim da predstavim bilo šta bitno, a pored osnovnih upućivanja na nemačko pravo u obzir ću uzeti i postojeća iskustva iz tranzicionih zemalja koje su usvojile ovaj institut.

## II. Bitna obeležja zemljišnog duga

5. Kao što sam rekao, nemačko pravo zemljišni dug smatra jednim od založnih prava na nepokretnostima (uz hipoteku i rentni dug), koje kao *differentia specifica* odlikuje **neakcesornost**, odnosno činjenica da postojanje obezbeđenog potraživanja nije nužno za postojanje zemljišnog duga. Drugim rečima, radi se o **pravu imaoca zemljišnog duga da iz vrednosti nepokretnosti naplati određenu sumu novca**.<sup>6</sup> U motivima za donošenje BGB objašnjeno je da je posredi samostalno pravo, koje se od hipoteke razlikuje po tome što ne pretpostavlja postojanje tražbine, i koje je "samo sebi svrha".<sup>7</sup>

6. Da bi se pravilno razumeo zemljišni dug, pogotovo za pravnike iz kontinentalnoevropskih zemalja u čijem zakonodavstvu postoji samo (akcesorna)

---

<sup>4</sup> V. *Ka novom stvarnom pravu Srbije - Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima*, Ministarstvo pravde Republike Srbije i Nemačka organizacija za tehničku saradnju (GTZ) GmbH, Beograd 2007. Sudeći prema godišnjem izveštaju o radu, Komisija za izradu Građanskog zakonika RS ovaj tekst uopšte nije uzimala u obzir.

<sup>5</sup> V. *Rad na izradi...*, 319.

<sup>6</sup> V. § 1191 BGB.

<sup>7</sup> V. D. Eickmann u *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6 Sachenrecht*, 4. Auflage, C.H. Beck, Minhen 2004 [dalje: *Münchener Kommentar*], komentar uz § 1191, 2084, Rn 1.

hipoteka, najbolje je poći od hipoteke i prikazivati konkretne razlike koje postoje kod zemljišnog duga. Ovo je posebno važno u Srbiji, pošto u našem pravu (pre svega teoriji) nije sasvim razjašnjena priroda hipoteke, pa tako ima mišljenja da je hipoteka obligacija,<sup>8</sup> a i kod onih koji hipoteku smatraju stvarnim pravom postoje dileme u doslednom sprovođenju takve koncepcije.<sup>9</sup> Hipoteka, shvaćena kao stvarno pravo, predstavlja pravo na unovčenje nepokretnosti (tzv. *Verwertungsrecht*). To je bez sumnje stvarnopravno ovlašćenje,<sup>10</sup> koje je po sadržini pravo vlasti jer objekat (nepokretnost) podvrgava neposrednoj vlasti titulara prava, i koje je snabdeveno pravom sledovanja ("ukorenjeno je u stvari"). Ovo ovlašćenje, kod hipoteke, postoji "radi namirenja obezbeđenog potraživanja", i otud je ona akcesorna, pa se obim prava, konkretno deo novca dobijenog vršenjem stvarnopravnog ovlašćenja unovčenja predmeta hipoteke koji hipotekarni poverilac može da zadrži za sebe, određuje obimom potraživanja koje je hipotekom obezbeđeno (tzv. "akcesornost u obimu").<sup>11</sup> Hipoteka, istini za volju, ima i samostalnu vrednost - to je onaj iznos koji je upisan u javnom registru, i koji zapravo uvek predstavlja maksimalno opterećenje (čak i kad nije posredi tzv. hipoteka na najveći iznos), ali vrednost koju hipotekarni poverilac može zadržati iz iznosa dobijenog unovčenjem nepokretnosti određuje se s obzirom na iznos obezbeđenog potraživanja, a ne na registrovani iznos (koji je, kao što sam napomenuo, uvek "gornja granica" vrednosti koju hipotekarni poverilac može da zadrži). Tako, ako bi iznos obezbeđenog potraživanja bio manji od registrovanog iznosa, hipotekarni poverilac bi mogao dobiti samo taj manji iznos, dok bi ostatak do registrovanog iznosa ili služio za namirenje poverilaca s hipotekom nižeg ranga ili, ako takvih poverilaca nema, ostajao vlasniku nepokretnosti (hiperoha). Ako je iznos obezbeđenog potraživanja veći od registrovanog,<sup>12</sup> poverilac bi mogao da zadrži registrovani iznos, dok bi se za ostatak mogao naplatiti iz ostale imovine dužnika (eventualni višak novca preko registrovanog iznosa i ovde bi pripadao poveriocima nižeg ranga, a u nedostatku ovih vlasniku nepokretnosti kao hiperoha).

<sup>8</sup> V. M. Parivodić, "Predgovor" u *Zakon o hipoteci*, Službeni glasnik, Beograd 2007, 8.

<sup>9</sup> Konkretno mislim na rešenja drugog Nacrta Zakona o hipoteci, objavljenog u *Pravni život*, 10/2004, 39-59, i doradenog nacrta objavljenog u *Rad na izradi...*, 339-360, koja nisu sasvim izričito na poziciji hipoteke kao samo prava unovčenja, već čine izvesne koncesije shvatanju prema kojem je i pravo traženja uključeno u ovlašćenja koja daje hipoteka.

<sup>10</sup> V. izričito, umesto mnogih W. Mincke, *Die Akzessorität des Pfandrechts, Eine Untersuchung zur Pfandrechtskonstruktion in Theorie und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts*, Duncker & Humblot, Berlin 1987, 104.

<sup>11</sup> Valja napomenuti da je akcesornost u obimu jedan od osporavanih pojava oblika akcesornosti u nemačkoj teoriji. Tako, Minke ovde ne vidi dejstvo akcesornosti, ali to nije uzrokovano time što po njemu obim hipoteke ne zavisi od visine obezbeđenog duga, nego zbog posledica njegove doktrinarne postavke u koju se to ne uklapa. V. Mincke, 32 i 105 i dalje.

<sup>12</sup> Do ove situacije može doći iz više razloga - ako nije upisana visina kamate a ona nije naplaćivana duže od 3 godine, ako je kamata docnije povećana bez upisa povećanja u registru itd.

7. Zemljišni dug je, kako to nemački pravnici vole da kažu, "hipoteka bez potraživanja".<sup>13</sup> Reč je, dakle, o ovlašćenju da se proda opterećena nepokretnost i da se iz vrednosti dobijene prodajom zadrži određen iznos. Kako kod zemljišnog duga nema obezbeđenog potraživanja (odnosno, i kada ga ima, nema akcesornosti zemljišnog duga prema obezbeđenom potraživanju), imalac zemljišnog duga (nemačka doktrina ga naziva poveriocem zemljišnog duga, *Grundschuldgläubiger*)<sup>14</sup> ovlašćen je da, u slučaju prodaje predmeta zemljišnog duga radi naplate, zadrži onaj iznos koji je registrovan. Imalac zemljišnog duga ne može taj iznos da naplati iz ostale imovine vlasnika opterećene nepokretnosti, niti može da zahteva od suda da ga obaveže da mu taj iznos isplati, pošto ga zemljišni dug na to ne ovlašćuje - zemljišni dug ovlašćuje ga samo da zahteva prodaju opterećene nepokretnosti radi naplate iznosa zemljišnog duga. Naravno, vlasnik nepokretnosti može isplatiti imaoцу zemljišnog duga registrovani iznos, kako bi sprečio prodaju nepokretnosti, u kom slučaju zemljišni dug postaje svojinski.<sup>15</sup> Zemljišni dug, takođe, ima samostalno regulisanu dospelost, koja nastupa 6 meseci po učinjenom otkazu (koji mogu dati i vlasnik i poverilac zemljišnog duga), ako nije drukčije ugovoreno.<sup>16</sup>

8. Ovako postavljen zemljišni dug postavlja pred pravnika iz države u kojoj taj institut ne postoji niz pitanja. Prvo pitanje je zašto se ovakav zemljišni dug uopšte smatra založnim pravom na nepokretnosti, kad je jasno da nije posredi založno (obezbeđujuće) pravo? Potom, ako se uzme da se ovlašćenje iz zemljišnog duga može koristiti radi obezbeđenja, da li se, kako i u kojoj meri postižu efekti koji se kod hipoteke postižu akcesornošću? Ako tih efekata nema, kako se vlasnik opterećene nekretnine i tzv. obligacioni dužnik štite od mogućnosti dvostrukog namirenja? Odgovor na svako od postavljenih pitanja ujedno otvara nekoliko novih, a posebnu poteškoću predstavlja činjenica da su pravila koja se odnose na zemljišni dug u nemačkoj nastala, zapravo, u poslovnoj i sudskoj praksi, pošto je u BGB zemljišni dug regulisan sasvim šturo, u osam paragrafa, uz upućivanje na shodnu primenu pravila propisanih za hipoteku<sup>17</sup> (koja je regulisana mnogo detaljnije, danas u 80 paragrafa<sup>18</sup>).

---

<sup>13</sup> V. Scholz-Lwowski, *Das Recht der Kreditsicherung*, 7. izdanje, Erich Schmidt Verlag, Berlin 1994, 672, Rn 841.

<sup>14</sup> V. na primer M. Wolf, *Sachenrecht*, 23. izdanje, Verlag C.H. Beck, Minhen 2007, 381, Rn 909.

<sup>15</sup> V. M. Wolf, 386, Rn 924. Ukratko o različitim stavovima u pogledu osnova za ovakvo rešenje vidi K. Schreiber, "Die Grundschuld", *JURA*, 1/2006, 25 i tamo citiranu literaturu. Unošenjem § 1179a BGB, kojim je titularima založnih prava (uključujući zemljišni i rentni dug) slabijeg ranga omogućeno da samostalno zahtevaju brisanje ovakvog svojinskog zemljišnog duga, ovo rešenje izgubilo je praktičnu upotrebljivost, pa se u praksi ovakva posledica obično ugovorom isključuje (plaćanja se vrše u odnosu na ličnu obavezu, a ne na zemljišni dug).

<sup>16</sup> V. § 1193 BGB.

<sup>17</sup> V. § 1192 BGB.

<sup>18</sup> §§ 1113 - 1190, pri čemu su naknadno uneti § 1179a i § 1179b pa je otud ukupan broj 80.

9. Pitanje o (založno) pravnoj prirodi zemljišnog duga u nemačkom pravu prevazilazi obim ovog rada, pa ću se zadržati na tome da istaknem da su razlozi za to, prvo, istorijske prirode, jer je zemljišni dug nastao u XIX veku modifikacijom hipoteke, potom, drugo, praktične prirode, pošto je osnovna praktična svrha zemljišnog duga još pre unošenja u BGB bila obezbeđujuća, i naposljetku, treće, doktrinarne prirode, pošto je u nemačkoj i švajcarskoj doktrini, baš zbog zemljišnog duga i njemu sličnog pisma o dugu (*Schuldbrief*) švajcarskog prava, izmenjeno odnosno prošireno poimanje založnog prava, tako da založno pravo može da obuhvati ne samo prava koja postoje radi obezbeđenja već i prava čija je svrha mobilizacija vrednosti nepokretnosti (kakvi su zemljišni dug i pismo o dugu). U tranzicionim pravima koja su prihvatila zemljišni dug on nije uvek shvaćen kao jedno od založnih prava na nepokretnosti - npr. u Sloveniji on predstavlja poseban deo Stvarnopravnog zakonika iz 2001. godine, odvojen od založnog prava. U svakom slučaju, zemljišni dug nije nužno obezbeđujuće pravo, jer može imati i neku sasvim drugu svrhu, pa se u onim pravima koja zalogu smatraju uvek obezbeđujućim pravom on ne bi mogao svrstati u prava zaloge.

10. Činjenica da zemljišni dug nije nužno i uvek obezbeđujuće pravo, naravno, ne znači da on to ne može da bude, naprotiv. Iako BGB ne govori o tome izričito, nemačka praksa sasvim decidno razlikuje obezbeđujući od neobezbeđujućeg (izolovanog) zemljišnog duga, pri čemu obezbeđujući zemljišni dug (*Sicherungsgrundschuld*) privlači mnogo veću pažnju pošto je ubedljivo najčešći u praksi.<sup>19</sup> Izolovani, neobezbeđujući zemljišni dug pominje se kao puka mogućnost, pošto se njime može činiti poklon, ili izvršiti ulaganje u privredno društvo ili postići kakav drugi cilj. Obezbeđujući zemljišni dug je, pak, onaj koji se daje poveriocu radi obezbeđenja, koji ima obezbeđujuću svrhu (*Sicherungszweck*). Pre nego što krenem dalje u izlaganja o obezbeđujućem zemljišnom dugu, koji je zapravo predmet analize u ovom radu, valja istaći još jednu osobinu zemljišnog duga koju potertava podela na obezbeđujući i izolovani zemljišni dug, a ta je da je **zemljišni dug apstraktan**.<sup>20</sup> Pritom valja napomenuti da se ne radi o apstraktnosti u sticanju zemljišnog duga (apstraktnosti kao jednom od principa nemačkog stvarnog prava),<sup>21</sup> već o apstraktnosti u smislu u kojem je apstraktna npr. menica - zemljišni dug može se upotrebiti za različite svrhe, odnosno kauza zasnivanja zemljišnog duga može da bude različita, i ne vidi se iz samog zemljišnog duga.<sup>22</sup> Tako, zemljišni dug može da bude ulog u privredno društvo, poklon, vid naknade

<sup>19</sup> V. umesto mnogih D. Eickmann u *Münchener Kommentar*, komentar uz § 1191 BGB, 2085, Rn 5-6.

<sup>20</sup> Neki autori neakcesornost nazivaju apstraktnošću - v. K. Schreiber, 22, pa otud treba biti pažljiv u pogledu terminologije u literaturi o nemačkom zemljišnom dugu, pošto je ona dosta neujednačena.

<sup>21</sup> V. o tome opširnije M. Povlakić, "Zemljišni dug u usporednom pravu", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 26, br. 1, Rijeka 2005, 226.

<sup>22</sup> Za razliku od hipoteke, koja je jedno od stvarnih prava koja su "kauzalna", jer zakon propisuje da hipoteka postoji radi obezbeđenja potraživanja, čime se propisuje svrha hipoteke, i zbog čega je ona (po jednom mišljenju) akcesorna.

štete ili način isplate cene, ali najčešće je sredstvo obezbeđenja nekog potraživanja.

11. Jedna od zakonskih podela zemljišnog duga je ona na zemljišni dug u formi pisma i zemljišni dug u formi knjižnog upisa (*Briefgrundschuld* i *Buchgrundschuld*), po analogiji s takvim oblicima hipoteke. U oba slučaja radi se o istovetnom pravu, samo što su pravila o zasnivanju, realizaciji, prenošenju i pouzdanju u upis donekle različita. Suštinski, zemljišni dug u formi pisma, koji je inače pravilo po BGB (knjižni zemljišni dug mora se posebno ugovoriti i kao takav upisati u zemljišne knjige, § 1192 I u vezi s § 1116 I), omogućava lakšu prometljivost zemljišnog duga, pogotovo ako je pismo zemljišnog duga izdato na donosioca, dok je knjižni zemljišni dug nešto teže prenosiv (mada je i kod njega moguće vanknjižno prenošenje, kao i kod drugih knjižnih prava, ako postoji neprekinut niz prenosa od upisanog imaoca do sadašnjeg, i svi prenosi u tom nizu ispunjavaju uslove neophodne za upis). Od podela još valja pomenuti podelu na zemljišni dug u korist drugog (*Fremdgrundschuld*, nesvojinski zemljišni dug) i svojinski zemljišni dug (*Eigentümergrundschuld*, § 1196 BGB), koja je, očigledno, učinjena po kriterijumu pripadnosti, odnosno po tome ko je imalac zemljišnog duga - ako je imalac ujedno i isključivi vlasnik opterećene nepokretnosti, zemljišni dug je svojinski, a ako nije, zemljišni dug je nesvojinski. Za svojinski zemljišni dug, koji može nastati i izvorno na osnovu jednostrane izjave volje vlasnika nepokretnosti, predviđeno je nekoliko posebnih pravila, od kojih je najvažnije ono koje uskraćuje vlasniku opterećene nepokretnosti (ne i stečajnom upravniku ako je vlasnik pravno lice u stečaju, ili zalogoprimcu zemljišnog duga)<sup>23</sup> da zahteva prinudno izvršenje takvog zemljišnog duga, ili da naplati kamate za vreme dok je zemljišni dug svojinski (osim u slučaju prinudne uprave na nepokretnosti).<sup>24</sup>

12. Dakle, zemljišni dug je u praksi najčešće obezbeđujuće pravo, tj. služi za obezbeđenje nekog potraživanja koje poverilac ima prema dužniku (dužnik može biti vlasnik opterećene nepokretnosti ali može biti i treće lice). U čemu se taj obezbeđujući zemljišni dug razlikuje od hipoteke, pošto se u oba slučaja radi o pravu obezbeđenja potraživanja koje se ostvaruje ovlašćenjem prodaje opterećene nepokretnosti i namirenjem obezbeđenog potraživanja iz dobijene cene? Razlikuje se upravo u tome da zemljišni dug nije akcesoran, što će reći da ona dejstva koja su zakonom predviđena kod akcesorne hipoteke kod zemljišnog duga ne nastupaju po samom zakonu. Zemljišni dug postaje obezbeđujući kada između poverioca zemljišnog duga i vlasnika opterećene nepokretnosti bude zaključen ugovor o obezbeđenju (*Sicherungsvertrag*) kojim se utvrđuje da zemljišni dug, zapravo, treba da služi za obezbeđenje nekog poveriočevog potraživanja. Poverilac se tim ugovorom, između ostalog, obavezuje da neće koristiti ovlašćenja iz zemljišnog duga u meri većoj nego što je to potrebno za obezbeđenje potraživanja. Tako, poverilac se obavezuje da će naplatiti samo onoliko koliko mu se duguje iz

<sup>23</sup> V. P. Bassenge u Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62 izdanje, Verlag C.H. Beck, Minhen 2003, komentar uz § 1197, 1552, Rn 2.

<sup>24</sup> V. § 1197 BGB.



obezbeđenog potraživanja, da će zemljišni dug koristiti tek kad to potraživanje dospe (iako se obično ugovara da zemljišni dug dospeva odmah), da zemljišni dug neće pre dospelosti potraživanja koje obezbeđuje prenositi bez saglasnosti vlasnika... Ovo ograničenje, međutim, ne može se upisati u zemljišnu knjigu,<sup>25</sup> i deluje samo *inter partes*, odnosno, kako se to u nemačkoj doktrini obično kaže, "na obligacionoj ravni".<sup>26</sup> Drugim rečima, i obezbeđujući zemljišni dug ostaje neakcesoran, i stvarnopravno ("spolja") posmatrano isti kao i izolovani zemljišni dug - on nastaje, opstaje i prestaje nezavisno od potraživanja, ima svoju posebnu dospelost, različitu od dospelosti potraživanja, može se samostalno preneti na drugog - ali za imaooca zemljišnog duga koji je poverilac i strana u ugovoru o obezbeđenju postoje ograničenja u pogledu vršenja prava, utvrđena upravo tim ugovorom. Suština je u tome da je **obezbeđujući zemljišni dug fiducijarno sredstvo obezbeđenja**,<sup>27</sup> pošto se njegovom imaoocu prenosi više prava nego što on u unutrašnjem odnosu prema vlasniku opterećene nepokretnosti zapravo ima. U nemačkoj se doktrini ovde obično povlači paralela s fiducijarnim prenosom svojine radi obezbeđenja i ustupanjem potraživanja radi obezbeđenja,<sup>28</sup> koji su vrlo razvijeni u nemačkom pravu, a kod kojih se javlja isti fenomen - obezbeđeni poverilac dobija više pravne vlasti nego što mu je neophodno da ostvari obezbeđujuću svrhu svog prava. Tako na mesto zakonom imperativno propisane akcesornosti koja se javlja kod hipoteke dolazi ova "kvaziakcesornost",<sup>29</sup> odnosno "pravnim poslom promenljiva akcesornost".<sup>30</sup>

13. Upravo činjenica da se kod obezbeđujućeg zemljišnog duga odnos između stvarnopravnog ovlašćenja koje sadrži zemljišni dug i obezbeđenog potraživanja reguliše jednim neformalnim ugovorom kakav je ugovor o obezbeđenju, daje obezbeđujućem zemljišnom dugu veliku fleksibilnost. To je, s tačke gledišta zajmodavaca ali i zajmoprimaca, njegova osnovna i presudna prednost u odnosu na hipoteku, zahvaljujući kojoj danas, zapravo, u Nemačkoj banke svoja potraživanja gotovo isključivo obezbeđuju zemljišnim dugom, a ne hipotekom. Ugovor o obezbeđenju ne može se upisati ni u zemljišnu knjigu ni u pismo o zemljišnom dugu, shodno čemu se njegove izmene takođe sprovode vanknjižno, tj. bez potrebe da se sprovodi postupak upisa u zemljišne knjige. Ovo omogućava da se brzo i lako mogu vršiti izmene i zamena obezbeđenog

<sup>25</sup> V. umesto mnogih D. Eickmann u Westermann, *Sachenrecht, Band II Immobiliarsachenrecht*, 6. potpuno izmenjeno i dopunjeno izdanje napisali D. Eickmann i W. Pinger, C. F. Müller, Hajdelberg 1988, 324.

<sup>26</sup> *Ibid.*, str. 323.

<sup>27</sup> To posebno napominje H. Gaberdiel, *Kreditsicherung durch Grundschulden*, 7. prerađeno izdanje, Deutscher Sparkassen Verlag, Štuttgart 2004, 227, Rn 565, i tamo citirani autori.

<sup>28</sup> V. J. Baur-R. Stürner, *Sachenrecht*, 17. prerađeno izdanje, C.H. Beck, Minhen 1999, 515, § 45 II Rn 9.

<sup>29</sup> V. T. Meyer, "Kvaziakcesornost zemljišnog duga u njemačkom pravu", u *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 3, Mostar 2005, 421 i dalje.

<sup>30</sup> Tako Wolf, 396, Rn 950.

potraživanja tokom trajanja zemljišnog duga, dodavanje novih i izuzimanje nekih nenamirenih tražbina iz pokrića, upotreba istog zemljišnog duga za tzv. međufinansiranje, inicijalno ili naknadno sindiciranje kredita, promena poverioca kod refinansiranja, sekjuritizacija obezbeđenih potraživanja na različite načine (kroz izdavanje založnih pisama - *Pfandbrief-a* - ili tzv. MBS), projektno finansiranje, finansiranje izgradnje itd. Neke od ovih operacija nisu moguće kad je reč o hipoteci dok neke jesu, ali uz znatno veće troškove i neizbežne upise u zemljišnu knjigu.<sup>31</sup> To je suština fleksibilnosti i razlog što je zemljišni dug gotovo potpuno istisnuo hipoteku u nemačkoj kreditnoj praksi.

14. Kao što je napred rečeno, "cena" za ovu fleksibilnost je niz potencijalnih problema, koji se mogu podvesti pod naziv "opasnost od dvostruke naplate". Šta se, naime, dešava ako se zasnjuje obezbeđujući zemljišni dug a potraživanje ne nastane (kredit ne bude "valutiran")? Ili ako poverilac, suprotno odredbama ugovora o obezbeđenju, krene u namirenje zemljišnog duga kao da on nije obezbeđujući (kao da je izolovan), ili ako suprotno ugovoru o obezbeđenju ustupi zemljišni dug bez potraživanja trećem licu, pa to treće lice pokrene postupak realizacije? Pošto je i obezbeđujući zemljišni dug zapravo, prema spolja tj. "stvarnopravno", samo običan zemljišni dug (ponavljam, činjenica da je obezbeđujući se ne može upisati tj. biti vidljiva iz zemljišne knjige), on načelno zasniva ovlašćenje koje je nezavisno od obezbeđenog potraživanja (veza je, kao što je objašnjeno, obligaciona). Plaćanje obezbeđenog potraživanja ne znači prestanak obezbeđujućeg zemljišnog duga po samom zakonu, čak ni njegovo pretvaranje u svojinski zemljišni dug, već samo stvara zahtev za povratan prenos zemljišnog duga (*Rückgewähranspruch*). Otud je zamisliva situacija u kojoj vlasnik nepokretnosti, koji je ujedno i dužnik, mora da plati i obezbeđeno potraživanje i da trpi namirenje iz zemljišnog duga (tj. da plati zemljišni dug da bi sprečio namirenje). Nemačko pravo je razvilo posebne mehanizme kako bi se suzila, ako ne isključila, ovakva mogućnost.

15. Ako obezbeđujući zemljišni dug nastane upisom a ne nastane obezbeđeno potraživanje (recimo, zbog poništenja ugovora o zajmu, ili pošto zajam nije isplaćen, "valutiran"), onda otpada kauza ugovora o obezbeđenju (nema šta da se obezbedi). Zemljišni dug je, međutim, punovažno nastao upisom u zemljišnu knjigu na osnovu izjave koju je, ispunjavajući obavezu iz ugovora o obezbeđenju, dao vlasnik opterećene nepokretnosti (princip apstraktnosti u sticanju prava, koji je opšti princip nemačkog stvarnog prava). Pošto je osnov za davanje izjave na kojoj se zasniva zemljišni dug ugovor o obezbeđenju, koji zbog prestanka kauze prestaje da postoji, nastali zemljišni dug postoji u korist svog imaooca bez osnova, i vlasnik opterećene nepokretnosti ima prema imaoocu zemljišnog duga zahtev iz sticanja bez

---

<sup>31</sup> Detaljnije o prednostima kod praktične primene v. G. Schleiffer, *Länderbericht Deutschland*, u O. Stöcker (Red.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, Band I, vdp, Berlin 2006, 106 i dalje.

osnova (§ 812 BGB).<sup>32</sup> Otud, ako imalac zemljišnog duga pokrene postupak realizacije, može mu se suprotstaviti prigovor iz neosnovanog obogaćenja ili prigovor izostanka isplate, koji trajno otklanjaju njegov zahtev za realizaciju zemljišnog duga. Slična situacija nastaje i kada je obezbeđeno potraživanje konačno isplaćeno u celosti, jer u ovom potonjem slučaju za davaoca obezbeđenja (vlasnika opterećene nepokretnosti) nastaje zahtev za povratni prenos. Ako bi imalac zemljišnog duga pokušao da, pored potraživanja, naplati i zemljišni dug, onda bi vlasnik nepokretnosti mogao da mu suprotstavi prigovor obaveze povratnog prenosa, koji takođe trajno otklanja osnovanost zahteva za realizaciju zemljišnog duga. Najopštije rečeno, imajući u vidu da je izvorni poverilac obezbeđujućeg zemljišnog duga strana u ugovoru o obezbeđenju, njemu druga strana u tom ugovoru (po pravilu to je vlasnik opterećene nepokretnosti) može staviti sve prigovore koji iz njega potiču.<sup>33</sup> Među njima je, dakle, u pogledu prigovora obezbeđujući dug "gotovo akcesoran". Problem nastaje u slučaju prenosa zemljišnog duga, samostalno ili sa obezbeđenim potraživanjem, što može da se dogodi i povredom obaveze iz ugovora o obezbeđenju.

16. Načelno posmatrano, prigovori iz ugovora obezbeđenju su lični prigovori, i oni se mogu isticati samo prema strani ugovornici iz tog ugovora. Međutim, shodnom primenom § 1157 S 1 BGB, imajući u vidu da su i prigovori iz ugovora o obezbeđenju "prigovori protiv zemljišnog duga", vlasnik opterećene nepokretnosti može suprotstaviti ove prigovore sticaocu zemljišnog duga, pod uslovom da ovaj nije stekao zemljišni dug u dobroj veri.<sup>34</sup> Ako je, pak, zemljišni dug stečen u dobroj veri, vlasnik opterećene nepokretnosti ne može suprotstaviti prigovore sticaocu zemljišnog duga, već mu ga mora isplatiti, a za naknadu time prouzrokovane štete može se obratiti svom saugovaraču iz ugovora o obezbeđenju (prenosiocu) koji je prekršio svoju obavezu. Pitanje o kojem se dosta raspravlja u nemačkoj doktrini i praksi jeste kada se smatra da je sticalac zemljišnog duga u dobroj veri. Prvo, nije sporno da je sticalac nesavestan ako je prigovor zabeležen u zemljišnu knjigu - iako se u zemljišnu knjigu ne može upisati da je zemljišni dug obezbeđujući, obligacioni prigovori koji proističu iz ugovora o obezbeđenju mogu (§ 833 BGB)<sup>35</sup>, i na taj način dobijaju suprotstavljivost *erga omnes*. Ako prigovor nije zabeležen u zemljišnoj knjizi, potrebno je da su činjenice na kojima se prigovor zasniva već nastupile, te da sticalac zna za njihovo nastupanje, pošto nije

<sup>32</sup> Tako D. Eickmann u *Münchener Kommentar*, komentar uz § 1191 BGB, 2088, Rn 15-16. Mišljenje je opšte kad je reč o situaciji u kojoj ugovor o obezbeđenju ne nastane ili naknadno prestane, a kad je reč o situaciji u kojoj ne nastane obezbeđeno potraživanje, postoji i stav da nije reč o kondikciji već o zahtevu za povratni prenos. U efektu, iako je osnov prema ova dva stava različit, nema razlike.

<sup>33</sup> V. C. Clemente, *Recht der Sicherungsgrundschuld*, 4. prerađeno izdanje, RWS Verlag, Keln 2008, 301, Rz 736.

<sup>34</sup> V. umesto mnogih *Ibid.*, 302, Rz 740.

<sup>35</sup> Tako izričito D. Eickmann u *Münchener Kommentar*, komentar uz § 1191 BGB, 2104, Rn 95.

dovoljno tek saznanje da je ustupljeni zemljišni dug obezbeđujući.<sup>36</sup> Na ovaj način, položaj vlasnika opterećene nepokretnosti kod obezbeđujućeg zemljišnog duga značajno je popravljen, i značajno su umanjene opasnosti koje inherentno sa sobom nosi ovaj oblik obezbeđenja potraživanja, kao fiducijaran. Doduše, zamisliva je situacija u kojoj se mora isplatiti i zemljišni dug i obezbeđeno potraživanje, ali valja imati na umu da je u tom slučaju naspram onog ko je dva puta platio stoji, kao obveznik naknade štete, davalac zajma, kao strana u (prekršenom) ugovoru o obezbeđenju, a taj davalac zajma je u nemačkoj praksi obično banka, koja je solidan i likvidan dužnik. Ova preostala opasnost daje povoda predlozima da se, u slučaju uključivanja zemljišnog duga u pravne sisteme tranzicionih zemalja, on rezerviše samo za banke i druge kreditne institucije kao dozvoljene titulare ovog prava.<sup>37</sup>

17. Pored ovih pitanja, u vezi s obezbeđujućim zemljišnim dugom obično se postavljaju još neka (primera radi, o tome kada se isplata računa kao isplata obezbeđenog potraživanja a kada kao isplata zemljišnog duga, pošto su posledice različite, kao i pitanje mogućnosti raspolaganja zahtevom za povratni prenos zemljišnog duga, koji predstavlja vrednost za sebe i sl.), međutim ovde se njima neću detaljnije baviti zbog toga što smatram da, iako značajna i zanimljiva, nisu od presudnog značaja za odmeravanje argumenata za i protiv unošenja instituta sličnog zemljišnom dugu u pravo Srbije.

### III. Treba li Srbiji zemljišni dug

18. Iz gornjeg kratkog prikaza jasne su dve stvari - da je zemljišni dug fleksibilno sredstvo obezbeđenja koje omogućava zajmodavcu, po pravilu banci, da na jednostavan, brz i jeftin način uređuje odnos između obezbeđenog potraživanja i zemljišnog duga koji služi njegovom obezbeđenju, i da, s druge strane, fiducijarni karakter zemljišnog duga, tj. činjenica da je veza između zemljišnog duga i obezbeđenog potraživanja obezbeđena samo na obligacionoj ravni, postavlja pred primenjivače prava, pre svega sudove, znatno veće zahteve radi ostvarenja zaštite interesa zajmoprimca/vlasnika opterećene nepokretnosti. Polazeći od ovakvih zaključaka, trebalo bi proceniti koliko je navedena fleksibilnost potrebna domaćim zajmodavcima, i koliko je domaće pravosuđe u stanju da se nosi s inherentnim opasnostima zemljišnog duga po dužnika, tj. vlasnika opterećene nepokretnosti. Naravno, odgovor na oba pitanja u značajnoj meri zavisi od načina na koji bi zemljišni dug bio transplantiran u pravo Srbije, ali će o ovome biti reči tek docnije.

---

<sup>36</sup> V. detaljnije C. Clemente, 302-307, Rz 740-751. Nešto drugačije D. Eickmann u *Münchener Kommentar*, komentar uz § 1191 BGB, 2102-2104, Rn 90-95a, prema čijem mišljenju je za neke prigovore dovoljno da sticalac zna da je zemljišni dug obezbeđujući, dok se za ostale (većinu) traži da zna za konkretne činjenice koje daju pravo na prigovor.

<sup>37</sup> V. D. Medić, "Zemljišni dug kao neakcesorno pravo obezbeđenja potraživanja", u *Pravni život*, br. 10/2006, 610. U tom smislu, mada ne izričito, M. Povelakić, 234 u vezi s 252.

19. Čini se da zemljišni dug danas, ako bismo pitali banke kao tipične zajmodavce, uopšte nije potreban u Srbiji. Banke su bile zabrinute zbog neadekvatne regulacije hipoteke, i to prevashodno zbog dugog postupka namirenja i nemogućnosti hipotekovanja neuknjiženih objekata, i ta dva problema su, na praktično sprovediv način, rešena Zakonom o hipoteci iz 2005. godine.<sup>38</sup> Hipotekarni krediti, doduše, još uvek ne postoje u čistoj formi, ali to je pre svega posledica normativne aktivnosti centralne banke a ne odluka poslovnih banaka.<sup>39</sup> Sad, neki dalekovidiji bankari u Srbiji već razmišljaju o refinansiranju odobrenih hipotekarnih kredita, i pominje se sekjuritizacija kao jedno od rešenja tog problema.<sup>40</sup> S druge strane, postoje upozorenja da sekjuritizacija nije pravi izlaz, pogotovo imajući u vidu pogodnost ulaganja u hartije od vrednosti izdate u postupku sekjuritizacije velikom finansijskom krizom koja je od sredine 2007. godine pogodila tzv. *sub-prime* tržište hipoteka u SAD, koja je do danas prouzrokovala milijarde dolara gubitaka za banke i druge investitore. U tom smislu se ističu prednosti založnog pisma (*Pfandbrief*), onako kako je razvijeno u nemačkoj praksi, pošto su nemačka založna pisma ostala gotovo sasvim nepogođena finansijskom krizom u SAD.<sup>41</sup> Istini za volju, i sekjuritizacija i založna pisma moguća su i uz korišćenje potraživanja obezbeđenih hipotekom i uz korišćenje onih obezbeđenih zemljišnim dugom. Razlika je u tome što se refinansiranje vrši brže, lakše i jevtinije kad je potraživanje obezbeđeno zemljišnim dugom. Pored toga, valja imati na umu da je postojeća kreditna aktivnost u Srbiji, zapravo, u početnom stadijumu, prvoj post-tranzicionoj fazi, koju karakteriše velika glad za hipotekarnim kreditima i otud snažan razvoj primarnog hipotekarnog tržišta (pod njim podrazumevam odobravanje hipotekarnih kredita krajnjim korisnicima). Složenije finansijske operacije - međufinansiranje, sindiciranje kredita i sl. zasad su nepoznate kod nas, i u praksi se obično van Srbije odvijaju svi složeniji aspekti finansiranja projekata koji se dešavaju na teritoriji Srbije (po pravilu u Londonu kao najbližem svetskom finansijskom centru), dok se samo onaj primarni aspekt - konačno davanje zajma i upis hipoteke u korist lokalnog zajmodavca - odvijaju u Srbiji. To, s jedne strane, onemogućava aktivnije učešće lokalno prikupljenog kapitala u ovim operacijama i, s druge strane, jedan deo bankarskog profita za transakcije u Srbiji seli van Srbije (ovom prilikom ne ulazim u analizu sigurnosti takvih finansijskih konstrukcija, koje su do danas srazmerno retke a još nijedna, srećom, nije "pošla po zlu", tako da njihova sigurnost nije

<sup>38</sup> Domašaj te sprovedivosti još uvek nije praktično proveren, ali ovde neću ulaziti u analizu ovog pitanja.

<sup>39</sup> Pod čistim hipotekarnim kreditom podrazumevam kredit obezbeđen hipotekom koji se daje primaocu nezavisno od njegovih mesečnih primanja, kreditne sposobnosti itd.

<sup>40</sup> Vidi Nacrt Zakona o sekjuritizaciji potraživanja od 15. februara 2008. godine koji je pripremila NBS na [http://www.nbs.yu/export/internet/latinica/20/nacrti/zakon\\_sekjuritizacija.pdf](http://www.nbs.yu/export/internet/latinica/20/nacrti/zakon_sekjuritizacija.pdf).

<sup>41</sup> V. o tome prezentaciju finansijskog konsultanta K. Jeckel-a na [http://www.ubs-asb.com/s/Download/Klaus\\_Jeckel.ppt](http://www.ubs-asb.com/s/Download/Klaus_Jeckel.ppt).

stavljena pred pravi test). Ne treba gubiti iz vida ni činjenicu da je dosad, tokom prvih nekoliko godina tranzicije u Srbiji, bankama u Srbiji bilo povoljnije da novac pribavljaju od svojih roditeljskih banaka u inostranstvu, jer je kapitala bilo puno i bio je srazmerno jeftin, tako da nije bilo preke potrebe za razvoj instrumenata koji bi na optimalniji način iskoristili postojeći kapital u Srbiji (ma kako delovalo da je taj kapital mali). Ova se situacija promenila od finansijske krize u SAD i kapital je sada oskudan i srazmerno skup, pa potreba za optimalnim korišćenjem lokalnih rezervi kapitala raste. Uostalom, čak i da nije tako, razvijanje mehanizama koji će na što optimalniji način iskorišćavati postojeći kapital u Srbiji ne može škoditi. Prednosti zemljišnog duga za uspostavljanje tzv. sekundarnog hipotekarnog tržišta (sekuritizacija, založna pisma), koje, ako je verovati zakonomernostima tranzicije u zemljama koje su je prošle pre Srbije, predstavlja sledeći korak razvoja bankarkog sistema u ovom segmentu, kao i rast potrebe da se postojeći kapital što optimalnije iskoristi, govore ipak u prilog tome da ne treba olako odbaciti mogućnost uvođenja instituta sličnog zemljišnom dugu u srpsko pravo. Rizik da bi zemljišni dug ostao mrtvo slovo na papiru i kad bi ušao u stvarnopravnu (ili šire, građansku) kodifikaciju u Srbiji bez sumnje postoji. Primer Turske, koja je preuzela švajcarski ZGB i OR, a u kojoj se pismo o dugu (*Schuldbrief*), koje u Švajcarkoj predstavlja preovlađujuće založno pravo na nepokretnosti, uopšte ne koristi u praksi,<sup>42</sup> opominje nas na to. Međutim, istorijat primene zemljišnog duga u sâmoj Nemačkoj pokazuje da nije naodmet imati u kodifikaciji institut za kojim možda ne postoji preka potreba u trenutku donošenja kodifikacije, ako je vrlo verovatno da će ta potreba u budućnosti nastati, jer kodifikacija se donosi za jedan duži vremenski period i ne menja se lako. U Nemačkoj je sukob "pristalica hipoteke" i "pristalica zemljišnog duga" bio izražen tokom rada na donošenju BGB krajem 19. veka, i iz teksta kodifikacije jasno je da su zagovornici hipoteke pobedili, pošto je zemljišni dug uređen sa deset puta manje paragrafa. Hipoteka je vladala u nemačkoj privrednoj praksi sve do početka sedamdesetih godina prošlog veka, kada praktična potreba za fleksibilnijim obezbeđenjem raste i kada banke u značajnijoj meri počinju da se okreću zemljišnom dugu. Danas je, u praksi, hipoteka sasvim iščezla iz opštih uslova kreditnog poslovanja banaka, pošto ju je zemljišni dug potpuno potisnuo. Drugim rečima, i kada bi klijent od banke tražio da mu kredit obezbedi hipotekom, to bi bilo praktično nemoguće, pa je hipoteci ostalo samo srazmerno malo područje obezbeđenja privatnih, od pojedinaca odobrenih zajmova.

20. Odgovor na prvo pitanje otud bi mogao da bude da je institut poput zemljišnog duga u perspektivi potreban srpskoj kreditnoj praksi, tj. bankama u Srbiji. Njegove prednosti mogle bi povoljno uticati na smanjenje ukupnih

<sup>42</sup> U Turskoj se primenjuje samo hipoteka. *Schuldbrief* i *Gült*, kao neakcesorne forme založnih prava na nepokretnosti koje poznaje ZGB, uopšte se ne primenjuju u turskoj praksi. Doduše, u novije vreme postoje tendencije da se postojanje neakcesornih založnih prava u turskom zakonodavstvu "aktivira", posebno u kontekstu refinansiranja hipotekarnih kredita.

transakcionih troškova kod kredita i povećati konkurentnost srpske privrede i stepen privrednog aktiviranja postojećeg kapitala u Srbiji.

21. Pitanje sposobnosti lokalnog pravosuđa u tranzicionoj zemlji da na odgovarajući način reaguje na potencijalne opasnosti koje po davaoca obezbeđenja stvara zemljišni dug izaziva zabrinutost.<sup>43</sup> Nema sumnje da je adekvatna zaštita stvarnog i ličnog dužnika jedan od najvažnijih uslova pravilnog funkcionisanja zemljišnog duga u praksi.<sup>44</sup> Pravnicima u Srbiji zemljišni dug je potpuno nepoznat institut, a ideja neakcesornog založnog prava stvara zabunu. Isto je i sa fiducijarnim pravnim poslovima, na koje se u našoj pravnoj praksi ne gleda blagonaklono kao u Nemačkoj.<sup>45</sup> Nedostatak odredaba o zaštiti potrošača u obligacionom pravu, te generalno nepoznavanje novijih tekovina u ovoj pravnoj oblasti od strane srpskog pravništva takođe ne obećava da će zemljišni dug biti odgovarajuće primenjen ako bude unet u naše pravo. Opasnost, držim, postoji u dva pravca - i u smislu otpadanja zaštite koja je u nemačkoj sudskoj praksi obezbeđena za stvarnog i ličnog dužnika, ali, i još više, u pružanju prevelike zaštite dužnicima zbog ukorenjene predstave o akcesornosti obezbeđenja i tradicionalne naklonosti dužnicima, koja bi anulirala prednosti zemljišnog duga nad hipotekom i obesmisllila njegovo uvođenje. Ne sporeći volju i sposobnost sudija i drugih profesionalaca u pravosuđu da se usavršavaju uprkos veoma velikim zahtevima koji se pred njih postavljaju, jasno je da se ne može očekivati da će jedan tako radikalno nov institut, koji zahteva izmenu nekih pravnih dogmi koje su davno ukorenjene u Srbiji, preko noći naći odgovarajuću primenu. Lutanja prakse su, otud, neizbežna, i svakako bi ih u početku bilo. Međutim, smatram da bi bilo uvredljivo za srpsko pravosuđe reći da ono ne bi moglo da se brzo osposobi da na odgovarajući način primenjuje institut poput zemljišnog duga. Povećan broj stručnih radova koji bi bili posvećeni ovoj temi, kao i nekoliko seminara na kojima bi sudije bile upoznate s specifičnostima zemljišnog duga i očekivanjima koja se u tom pogledu pred njih postavljaju, bili bi sasvim dovoljni da se razvoj pokrene u dobrom pravcu. Naravno, ovome bi u značajnoj meri doprinelo i odgovarajuće zakonodavno regulisanje zemljišnog duga, o čemu će ubrzo biti više reči.

22. Otud smatram da bi, iako je zabrinutost opravdana, srpsko pravosuđe u srazmerno kratkom roku moglo da se osposobi da na odgovarajući način primenjuje odredbe o zemljišnom dugu u sudskoj praksi, pogotovo ako bi tome pridonosio način regulisanja zemljišnog duga.

---

<sup>43</sup> Tako, za Bosnu i Hercegovinu, D. Medić, 612, M. Povlakić, 253.

<sup>44</sup> Treba imati u vidu i da se u Nemačkoj ova lica štite i posredstvom pravila o zaštiti potrošača, koja su tamo veoma razrađena a u Srbiji gotovo da ne postoje.

<sup>45</sup> V. na primer kratak pregled novije prakse u Z. Petrović, "Fiducijarni prenos prava vlasništva u praksi sudova Republike Srbije", u *Budimpeštanski simpozijum - Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope*, Temmen, Bremen 2003, 216-217.

#### IV. Kako regulisati zemljišni dug u Srbiji?

23. Kao što je već rečeno, zemljišni dug je u Nemačkoj regulisan putem svega osam paragrafa BGB, što znači da su se pravila koja se odnose na ovaj institut razvila u poslovnoj i sudskoj praksi, kojoj je konačan oblik i utemeljenje dala pravna doktrina. Ovakva situacija nije sprečila razvoj zemljišnog duga u Nemačkoj. Otud bi se moglo pomisliti da je dovoljno primeniti isti recept - predvideti nekoliko specifičnih odredbi uz upućivanje na shodnu primenu pravila o hipoteci, osim onih čija je pretpostavka akcesornost, i pravni transplant bi, u zakonodavnom pogledu, bio gotov. Tako je učinio slovenački zakonodavac prilikom donošenja Stvarnopravnog zakonika,<sup>46</sup> pošto se na zemljišni dug odnosi svega devet članova kodifikacije (192 do 200), uz upućivanje na pravila o hipoteci koja se mogu primeniti imajući u vidu posebne odredbe o zemljišnom dugu (čl. 193). Ovo se, izgleda, slovenačkom zakonodavcu činilo kao sigurnije nomotehničko rešenje.<sup>47</sup> Slično je uradio i mađarski zakonodavac, kad je izmenama Građanskog zakonika iz 1997. godine vratio ranije postojeću samostalnu (neakcesornu) zalogu u pravni sistem Mađarske.<sup>48</sup> Međutim, rezultati nisu potvrdili ispravnost ovakvog pristupa. Koliko mi je poznato, zemljišni dug u Sloveniji nije u praksi zastupljen ni približno očekivanjima.<sup>49</sup> Kad je reč o Mađarskoj, prema nekim podacima manje od pola odsto od svih založnih prava na nepokretnosti čini samostalna zaloga,<sup>50</sup> a čak i oni autori koji se pozitivno odnose prema ovom institutu priznaju da mu je domen primene ograničen samo na određenu vrstu transakcija (kreditiranje uz refinansiranje od hipotekarnih banaka, i to u cilju izgradnje).<sup>51</sup> Može biti da odabrana nomotehnika nije jedini razlog ovakvog stanja u praksi Slovenije i Mađarske, ali svakako je bolje, prilikom uvođenja ovakvog instituta, pokušati s izričitom kodifikacijom pravila koja su u međuvremenu, od donošenja BGB, iskristalisana u nemačkoj praksi. U tom smislu sasvim se slažem sa iznetim stavom da je, prilikom uvođenja zemljišnog duga u pravni sistem zemlje u kojoj su neakcesorna založna prava na nepokretnostima nepoznanica, "hiper-reguliranost bolja nego hipo-reguliranost".<sup>52</sup> Podrobno regulisanje zemljišnog duga

---

<sup>46</sup> Uradni list R. Slovenije br. 87/2002, stupio na snagu 1.1.2003. godine.

<sup>47</sup> Tako, priznajući doduše da ni takav pristup nije bez problema, T. Keresteš, "Zemljišni dug u novom stvarnopravnom uređenju Republike Slovenije", u *Budimpeštanski simpozijum - Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope*, Temmen, Bremen 2003, 137.

<sup>48</sup> V. § 269 Građanskog zakonika Mađarske. Više o ovome v. A. G. Botos, "Länderbericht Ungarn", u O. Stöcker (Red.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, Band I, vdp, Berlin 2006, 403 i dalje, kao i M. Povlakić, 249 i dalje.

<sup>49</sup> Informaciju o tome da je broj zemljišnih dugova u praksi gotovo zanemarljiv mi je, septembra 2007. godine, usmeno preneo mariborski profesor Matjaž Tratnik na okruglom stolu o fleksibilnosti založnih prava na nepokretnostima u Evropi. O očekivanjima v. T. Keresteš, 146.

<sup>50</sup> V. podatak kod M. Povlakić, 250 fn. 246.

<sup>51</sup> V. A. G. Botos, 407.

<sup>52</sup> Tako M. Povlakić, 253.



potrebno je kako radi približavanja ovog instituta poslovnoj praksi tako i radi olakšavanja ispunjavanja zadataka koje ovaj institut postavlja pred pravosuđe. U pogledu ovog potonjeg, sudovima će van svake sumnje biti lakše da primenjuju zakonska pravila koja se odnose neposredno na zemljišni dug nego da, poput nemačkih sudova, godinama praksu grade na shodnoj primeni pravila o hipoteci. Zbog toga ne čudi da noviji pokušaji unošenja zemljišnog duga u pravne sisteme tranzicionih zemalja optiraju za ovakav pristup. Tako je učinjeno u jednom zakonodavnom nacrtu koji ima za cilj uvođenje zemljišnog duga u pravo Poljske, u kojem je zemljišnom dugu posvećeno punih 25 članova,<sup>53</sup> a tako čini i srpski nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima iz 2007. godine (dalje: Nacrt), koji pod nazivom realni dug predviđa neakcesorno založno pravo na nepokretnosti, regulišući ga u čak 49 članova (uključujući tu i jedan član o rentnom dugu), bez upućivanja na primenu pravila o hipoteci.

24. Analiziraću ukratko odredbe Nacrta o realnom dugu. Analiza neće biti detaljna zbog toga što mi je poznato da se uveliko radi na drugoj verziji teksta, i da će ona sadržavati određene promene u odnosu na ovu prvu kad je reč o realnom dugu.

25. Pre svega, valja napomenuti da Nacrt ne ubraja realni dug u založna prava, već ga, sistematizacijski, stavlja u poseban deo, posle dëla koji reguliše zalogu a pre dëla koji je naslovljen "Druga prava obezbeđenja". Čini se da je time učinjen pokušaj da se potcrta kako razlika realnog duga od založnih prava, odnosno njegova neakcesornost, tako i činjenica da se očekuje da se realni dug u praksi najčešće koristi kao obezbeđujuće pravo (jer se nalazi između uvek obezbeđujuće zaloge i drugih prava obezbeđenja). Ovakvo sistematizacijsko opredeljenje imalo je za posledicu veliki broj odredaba o realnom dugu, jer su se pisci Nacrta očigledno opredelili da, po cenu ponavljanja nekih odredbi gotovo doslovno, izbegnu upućivanje na shodnu primenu pravila predviđenih za hipoteku. U tom smislu je preporuka da se realni dug iscrpno reguliše odredbama koje se na njega neposredno odnose, a ne shodnom primenom drugih odredaba, u potpunosti poštovana.

26. U sadržinskom smislu, sasvim je vidljivo da je nemački zemljišni dug služio kao uzor za odredbe o realnom dugu, mada postoje i odstupanja i drugi uticaji. Tako, pominju se izričito i knjižni realni dug i realni dug u obliku pisma (s tim što pretpostavka ne ide u korist duga s pismom, koji se mora posebno ugovoriti), potom svojinski realni dug (dok je realni dug svojinski, vlasnik kao u Nemačkoj ne može da traži prinudno izvršenje), zajednički realni dug. Neakcesornost realnog duga propisana je u posebnom članu, pod rubrumom "Nezavisnost" (čl. 601. Nacrta). Realni dug ne odstupa bitno od svog nemačkog

<sup>53</sup> Nemačku verziju ovog predloga v. u O. Stöcker (Red.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, Band I, vdp, Berlin 2006, 334-347 (objavljeno kao dopuna nacionalnom izveštaju za Poljsku). Treba napomenuti da, iako je predviđeno 25 članova koji se bave zemljišnim dugom, u pojedinim pitanjima i dalje postoji upućivanje na pravila o hipoteci - recimo, o obimu opterećenja i zaštiti.

uzora ni kod odredaba o predmetu realnog duga, o dužniku realnog duga (koristi se termin "dugodavac"), kao ni kod odredaba o iznosu realnog duga, koji je suma novca izražena u domaćoj ili stranoj valuti (čl. 598. Nacrta). Odstupanja postoje pre svega u izričitom pominjanju obezbeđujućeg realnog duga (u članovima 602., 614., 620., 622. st. 2. i 3. te čl. 630. st. 2. i 8. Nacrta) i u odredbama o pismu realnog duga (čl. 621. Nacrta, gde je vidljiv uticaj slovenačkog prava).

27. U pogledu regulisanja obezbeđujućeg realnog duga, može se staviti nekoliko zamerki, iako je sveukupno posmatrano posredi uspešan pokušaj da se stavovi nemačke prakse pretoče u zakonske odredbe. Prvo, u čl. 602. st. 1. pokazuje se problematičnim upotreba reči "usloviti", jer ovaj termin ima specifično pravnotehničko značenje (uslov kao modifikacija pravnog posla). Čini se da je reč "usloviti" ovde upotrebljena u smislu "učiniti zavisnim", tj. "akcesornim" (reč je o kvaziakcesornosti na osnovu pravnog posla), pa bi bilo bolje izvršiti redakciju odredbe u tom smislu. Krupnu razliku u odnosu na nemačko pravo predstavlja mogućnost upisa obezbeđujuće svrhe realnog duga u javni registar (čl. 602. st. 1. i 2.), pri čemu je predviđeno da takvo pravo i dalje ostane realni dug, iako je *de facto* upisom ostvarena akcesornost. Čini se da je svrsishodnije predvideti da se u takvom slučaju realni dug pretvara u hipoteku, jer akcesorni realni dug nema razlog postojanja u sistemu stvarnih prava koje već poznaje hipoteku.<sup>54</sup> Onaj imalac realnog duga (Nacrt koristi termin "dugoprimac") koji zna da je realni dug obezbeđujući može se naplatiti iz realnog duga samo do visine obezbeđenog potraživanja (čl. 602. st. 4.), što nije netačno ali nije ni precizno, imajući u vidu da položaj imaoca zemljišnog duga u Nemačkoj u ovoj situaciji zavisi od prigovora koje mu vlasnik opterećene nepokretnosti može suprotstaviti. Otud bi ovu odredbu trebalo tumačiti zajedno s odredbom koja određuje domašaj prigovora iz ugovora o obezbeđenju (prigovore u vezi s obezbeđenim potraživanjem), što nas dovodi do još jedne primedbe na uređenje obezbeđujućeg realnog duga. Dugodavac može, prema čl. 630. st. 2 *in fine* Nacrta, dugodavcu istaći prigovore u vezi s potraživanjem, bez ikakvih daljih kvalifikacija. Da li je intencija autora Nacrta bila da se svi prigovori uvek mogu istaći, ili je, kao u nemačkom pravu, ovo pravilo korigovano načelom pouzdanja u zemljišne registre i načelom sigurnosti pravnog prometa, nije jasno. Zato držim da bi ovde trebalo biti sasvim precizan, pa bi se čl. 602. st. 4. mogao brisati, ili preformulisati na način koji pokazuje da pravilo važi ako dugodavac može istaći odgovarajuće prigovore. S druge strane, mogućnost isticanja prigovora trebalo bi urediti na manje apsolutan način (pretpostavljam da je sadašnje uređenje uzrokovano željom da se umanjí opasnost dvostruke naplate), jer ovako neograničena mogućnost isticanja prigovora značajno šteti sigurnosti pravnog prometa i mora biti ograničena načelom pouzdanja u registar i načelom

<sup>54</sup> U suštini istovetnu primedbu daju i U. Drobniĝ (U. Drobniĝ) i K. Jesel-Holst (K. Jessel-Holst) u svom mišljenju o Nacrtu - vidi U. Drobniĝ-K. Jesel-Holst, "Mišljenje o Nacrtu srpskog Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima (iz 2006)", u *Ka novom stvarnom pravu Srbije - Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima*, 166-167.

savesnosti. Drugim rečima, isticanje prigovora bilo bi moguće kad su oni zabeleženi u javnom registru, kao i kad nisu a dugoprimac zna da je realni dug obezbeđujući, odnosno zna za postojanje činjenica koje daju povod za osnovan prigovor. Pažnju zaslužuju i odredbe čl. 614. Nacrta o prenosu obezbeđujućeg zemljišnog duga. Čini se da su one dobro pogodile ono što je uobičajeno i što će se u praksi najčešće dešavati (da se obezbeđujući realni dug prenosi zajedno s obezbeđenim potraživanjem), pa je ta situacija postavljena kao dispozitivno pravilo, od kojeg je moguće odstupiti. Isto važi i za odredbe o isplati obezbeđujućeg realnog duga i posledici te isplate po potraživanje predviđene čl. 622. Nacrta. Naposljetku, čini se da bi u čl. 620. Nacrta bilo potrebno precizirati da isplatom obezbeđenog potraživanja realni dug postaje svojinski tek realizacijom zahteva za povratni prenos, a ne automatski, kako je sada napisano.

28. Što se odredbe o pismu realnog duga tiče (čl. 621. Nacrta), valja primetiti da je po ugledu na slovenačko pravo ovom pismu dato svojstvo hartije od vrednosti po naredbi i izvršne isprave. Čini se da je ovakvo naslanjanje na slovenačko pravo ovde umesno.

## V. Zaključak

29. Na osnovu izvedene analize, čini se da bi uvođenje instituta nalik nemačkom zemljišnom dugu u pravo Srbije moglo biti korisno, ako se to učini na odgovarajući način. Odgovarajući način bi podrazumevao regulisanje zemljišnog duga zakonskim odredbama u kojima bi bila fiksirana suština rešenja do kojih je došla nemačka praksa i doktrina, a ne kopiranje nomotehnike BGB u vezi s zemljišnim dugom. Ovo je posebno važno ako se imaju u vidu opasnosti inherentne fiducijarnom karakteru obezbeđujućeg zemljišnog duga, pošto je za tranzicionu državu neobično važno da detaljnim i jasnim zaštitnim odredbama nadomesti nedostatak razvijenog opšteg prava zaštite potrošača. Ako bi se uvođenje instituta nalik zemljišnom dugu učinilo na način koji se preporučuje, opasnosti koje sobom nosi ovaj institut bile bi svedene na minimum. U suprotnom, opasnosti koje se kriju u ovom institutu i mogućnost zloupotrebe i pogrešno usmerene prakse govorili bi protiv unošenja zemljišnog duga u srpsko pravo. Ako bi pomenute opasnosti bile otklonjene preciznim regulisanjem, najgori scenario bio bi slučaj da taj institut ne nađe širu primenu u praksi i da odredbe o zemljišnom dugu ostanu samo "mrtvo slovo na papiru" i promašen pravni transplant. Drugim rečima, tada uvođenje zemljišnog duga ne bi proizvelo nekakve negativne posledice - kao što je rečeno, u Turskoj već gotovo pun vek postoje odredbe o *Schuldbrief*-u i *Gült*-u koje se ne primenjuju, ali to tamo nije nanelo nikakvu štetu. S druge strane, sasvim se osnovano može pretpostaviti da bi zemljišni dug polako našao mesto u praksi banaka i drugih kreditodavaca u Srbiji, imajući u vidu njegove prednosti u odnosu na hipoteku. Možda je istina da većina onih koji se bave kreditnom ekonomijom danas ne vidi neposredno postojeću potrebu za uvođenjem fleksibilnog i

neakcesornog sredstva obezbeđenja na nepokretnosti. Manjina koja gleda dalje u budućnost već sada vidi koristi koje bi se od toga mogle izvući, i ako kreditna praksa u Srbiji bude išla sličnim putem kao kreditna praksa u zemljama koje su u tranziciju ušle ranije, ta manjina će biti u pravu. Ne treba zaboraviti da je zemljišni dug, u sâmoj Nemačkoj, jedva uspeo da "preživi" i postane deo građanske kodifikacije krajem 19. veka, da bi tek u drugoj polovini 20. veka doživeo punu afirmaciju, pošto je kreditna praksa tek tada došla na nivo na kojem su prednosti zemljišnog duga u odnosu na hipoteku bile neporecive i vrlo značajne. Zato, iako nema garancija da će ga praksa odmah prihvatiti, smatram da je potrebno uvesti institut sličan zemljišnom dugu nemačkog prava u građansko pravo Srbije. Ako se to učini na pravi način, od tog uvođenja neće moći da nastane nikakva šteta, a vrlo je verovatno da će nastati značajna korist.

30. Odredbe Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima iz 2007. godine o realnom dugu predstavljaju vrlo dobru osnovu za unošenje instituta sličnog zemljišnom dugu u srpsko pravo. Sistemacijsko mesto u kodifikaciji, kao i većina odredaba o realnom dugu, već u samom Nacrtu su na zadovoljavajućem nivou. Poboljšanja su, čini se, ipak neophodna kad je reč o odredbama koja se odnose na obezbeđujući realni dug. Zato valja očekivati da će drugi nacrt ovog zakonskog projekta, na kojem se trenutno radi, sadržati poboljšana rešenja koja se odnose na situaciju u kojoj se realni dug konstituiše radi obezbeđenja.

*Miloš Živković, LL.M.*  
Teaching Assistant,  
Faculty of Law, University of Belgrade

## **ON INTRODUCING THE NON-ACCESSORY LIEN RIGHTS ON REALTY INTO THE SERBIAN LEGISLATION**

### *Summary*

In comparison to the other branches of civil law, the existing legal provisions on real law have not been comprehensively and completely regulated. Apart from the property rights, the most significant area of real law includes the security rights (real guarantees). Although there have been efforts in the past few years to develop a legal framework for regulating real guarantees, one of the remaining questions in the real law codification has been the issue of introducing the so-called non-accessory lien rights into the Serbian legal system which would be modeled after the German institute of non-accessory land debt (*Grundschild*).

Land debt is an institute of property law which is in Germany included in the lien rights on realty. Even though it may serve a number of other purposes, in the legal practice the land debt is most commonly used as a guarantee right. The principal features of this real right are its abstract and non-accessory nature, as well as the fiduciary character of a real guarantee secured by means of the land debt. Due to these distinctive characteristics, land debt is a more flexible means of securing debt claims in comparison to mortgage, for which reason it is extensively used by banks (as the most common creditors). However, this institute concurrently implies certain risks which are not pertinent to mortgage (principally due to the accessory nature of mortgage). The flexibility of land debt is reflected in the fact that the securing purpose of the land debt is specified in an informal contract which is not entered into the public register; being subject to the parties' mutual agreement, such a contract can be changed or modified without any legal formalities and further expenses. On the other hand, there is a major risk that the debtor might be subjected to settling the debt twice: first, on the grounds of the secured debt claim and, second, on the grounds of the land debt. It may occur if the creditor of the land debt has acted in bad faith, disposing of the land debt in a manner that is contrary to the provisions set forth in the mutual agreement on the purpose of a real guarantee, in which case the non-accessory land debt is transferred to a *bona fide* third party.

The German judicial practice has developed a series of special rules aimed at overcoming these risks. The owner of an encumbered realty is entitled to submit pleas and grievances to the title-holder of the land debt; these pleas are to prevent a

possible abuse by paying the same debt twice. In Germany, the institute works reasonably well. However, another problem may be a possible introduction of the German land debt institute into the Serbian legislation. As this institute is a development of the German business and judicial practice, there is no comprehensive and conclusive body of legal rules which could be simply (and properly) translated into the Serbian language and applied. For this reason, providing that there is a general agreement on introducing this institute into the Serbian legislation, it seems necessary that this institute should be regulated more thoroughly in order to make the rules developed in the German practice a legitimate part of the Serbian legislation. Another approach involves simply copying the nomotechnics of the BGB, which has been applied in Slovenia but has not yielded significant results. Therefore, the approach applied in the Serbian *Draft Code on Property and other Real Rights* seems to be much more appropriate.

The author believes that the land debt should be introduced into the Serbian civil legislation even though there may not be an immediate or pressing need for such an institute. However, the real need for such an institute is almost certain to occur in a relatively near future (due to the refinancing of credits, the secondary market, the process of securitization, and the secured letters of credit), particularly considering the entire history of introducing the land debt into the BGB and the subsequent changes this institute has gone through in the German practice.

*Translated by:*  
Gordana Ignjatović, BA

**UDK: 347.65/.68(497.11)**

Nataša Stojanović, vanredni profesor, i  
Novak Krstić, saradnik u nastavi,  
Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

## NEKA ZAPAŽANJA O ZAKONSKOM I NUŽNOM NASLEĐIVANJU U REPUBLICI SRBIJI DE LEGE LATA I DE LEGE FERENDA<sup>1</sup>

***Apstrakt:** Predmet pažnje autora u radu jesu pojedina rešenja iz domena zakonskog i nužnog nasleđivanja u važećim nasledno-pravnim propisima. Ne osporavajući vrednost i kvalitet zakonskog teksta u delu koji se odnosi na nasleđivanje na osnovu zakona, autori argumentovano ukazuju na opravdanost izmena i dopuna pojedinih zakonskih rešenja i na potrebu unošenja novih pravila, kako bi se nasledno-pravni propisi još više približili socijalnom realitetu.*

***Ključne reči:** važeći nasledno-pravni propisi, intestatsko nasleđivanje, imperativno nasleđivanje.*

### Uvodne napomene

Zakon o nasleđivanju Republike Srbije iz 1995. godine<sup>2</sup> u domenu zakonskog i nužnog nasleđivanja ima niz pravila koja su neposredno za uzor imala rešenja sadržana u Zakonu o nasleđivanju Republike Srbije iz 1974. godine,<sup>3</sup> a posredno u saveznom Zakonu o nasleđivanju iz 1955. godine.<sup>4</sup>

Pojedina rešenja, međutim, predstavljaju novinu u odnosu na ranije važeće zakonske tekstove.

Bez pretenzija da sagledamo sva pravila sadržana u ZNRS koja se odnose na intestatsko i imperativno nasleđivanje, u radu činimo pokušaj da fokusiranjem svoje pažnje na pojedina od rešenja, ukažemo na njihove prednosti i nedostatke, neophodnost usaglašavanja sa porodično-pravnim propisima i stepen prilagodivosti potrebama socijalnog realiteta.

---

<sup>1</sup> Rad je rezultat istraživanja na projektu "Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije", br. 149043D, koji finansira Ministarstvo nauke i zaštite životne sredine.

<sup>2</sup> "Sl. glasnik RS", br. 46/1995, 101/2003. U produžetku rada biće korišćena i skraćenica ZNRS.

<sup>3</sup> "Sl. glasnik SRS", br. 52/1974, 1/1980, 25/1982, 48/1988.

<sup>4</sup> "Sl. list FNRJ", br. 20/1955; "Sl. list SFRJ", br. 19/1965, 42/1965. U daljem tekstu rada biće upotrebljena i skraćenica SZN.

## **1. Ukratko o osnovnim načelima na kojima je izgrađeno zakonsko i nužno nasleđivanje u Republici Srbiji**

Pravila zakonskog i nužnog nasleđivanja u Republici Srbiji utemeljena su na sledećim principima: ograničenom broju pravno relevantnih činjenica koje imaju odlučujući uticaj na konstrukciju zakonskog nasleđivanja, ravnopravnosti u nasleđivanju univerzalnih sukcesora, suženom krugu potencijalnih zakonskih naslednika i uzajamnosti u nasleđivanju.

Krvno srodstvo sa ostaviocem jeste stub-nosač zakonskog i nužnog nasleđivanja, ali i neki drugi oblici veza sa ostaviocem imaju značajnu ulogu u njegovom kreiranju. Reč je o građanskom srodstvu i bračnoj vezi sa ostaviocem.<sup>5</sup> Osim ove tri odlučujuće pravno relevantne činjenice, na konstrukciju pravila zakonskog i nužnog nasleđivanja mogu imati uticaja: poreklo i namena dobara koja čine ostavinsku masu zaostavštine,<sup>6</sup> državljanstvo naslednika,<sup>7</sup> imovinske prilike naslednika, njihova (ne)sposobnost za privređivanje, vrednost zaostavštine, dužina trajanja bračne zajednice,<sup>8</sup> socijalna pomoć koju je ostavilac primao<sup>9</sup> itd.

Domaće pravo karakteriše i ravnopravnost u nasleđivanju svih zakonskih i nužnih naslednika, bez obzira na to: da li su oni istog ili različitog pola, da li su u pitanju bračni ili vanbračni srodnici i nezavisno od toga da li nasleđuju domaći ili inostrani državljani. Srpski zakonodavac samo čini odstupanje u pogledu nasleđivanja nepokretnosti na teritoriji naše države, jer zahteva ispunjenje uslova nasledno-pravnog reciprociteta.<sup>10</sup>

Važeći nasledno-pravni propisi u Republici Srbiji, iako u odnosu na ZNRS iz 1974. godine proširuju krug zakonskih naslednika na ostaviočeve pretke, i dalje ne dozvoljavaju, kao mogućnost, pozivanje na nasleđe svih pobočnih srodnika.<sup>11</sup> U sferi nužnog nasleđivanja taj krug krvnih srodnika koji mogu biti nužni naslednici je još uži.<sup>12</sup> Srpski zakonodavac za polaznu osnovu u kreiranju zakonskog, pa i nužnog nasleđivanja, uzima parentelarno-linearni sistem grupisanja krvnih srodnika. Dakle, po ugledu na ovaj oblik parentelnog sistema,<sup>13</sup> vrši se raspored

---

<sup>5</sup> Za zakonsko nasleđivanje videti čl. 8, st. 1 ZNRS. Za nužno nasleđivanje videti čl. 39, st. 1 i 2 ZNRS.

<sup>6</sup> Videti čl. 1, st. 3, čl. 26 i čl. 234 ZNRS.

<sup>7</sup> Videti čl. 7 ZNRS.

<sup>8</sup> Videti čl. 23, čl. 31, čl. 38 i čl. 39, st. 2 ZNRS.

<sup>9</sup> Videti čl. 118, st. 3 Zakona o socijalnoj zaštiti i obezbeđivanju socijalne sigurnosti građana ("Sl. glasnik RS", br. 36/1991, 79/1991, 33/1993, 53/1993, 67/1993, 46/1994, 48/1994, 52/1996, 29/2001, 84/2004, 101/2005 – drugi zakon i 115/2005).

<sup>10</sup> Videti čl. 82b Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa ("Sl. list SFRJ", br. 6/1980, 36/1990; "Sl. list SRJ", br. 29/1996; "Sl. glasnik RS", br. 115/2005 (drugi zakon)).

<sup>11</sup> Uporediti čl. 9, st. 1 ranije važećeg ZNRS i čl. 8, st. 1 novog ZNRS.

<sup>12</sup> Videti čl. 39 ZNRS.

<sup>13</sup> Treba imati u vidu da prema ZNRS parentelarno-linearni sistem grupisanja srodnika doživljava preobražaj u parentelarno-graduelni sistem, počev od četvrtog zakonskog naslednog reda. Pri tom,



krvnih srodnika u zakonske i nužne nasledne redove. U odnosu na zakonsko nasleđivanje, u sferi nužnog nasleđivanja pravo predstavljanja (*ius representationis*) je ograničenog domašaja u primeni,<sup>14</sup> a pravo priraštaja se primenjuje, ali u modifikovanom obliku.<sup>15</sup>

Zakon o nasleđivanju Republike Srbije iz 1995. godine, za razliku od ranije važećeg zakonskog teksta, sada potencira uzajamnost u nasleđivanju. Suština ovog načela ogleda se u tome da sva ona lica koja mogu naslediti ostavioca, istovremeno predstavljaju subjekte kojima bi i sam ostavilac bio potencijalni zakonski naslednik. Obim primenljivosti ovog načela je ograničen u sferi nužnog nasleđivanja, s obzirom na ograničenost kruga krvnih srodnika koji mogu biti u položaju nužnih naslednika.

## **2. Zakonsko nasleđivanje**

### **a) Krug potencijalnih univerzalnih i singularnih sukcesora mortis causa u sferi zakonskog nasleđivanja**

Važeći nasledno-pravni propisi u Republici Srbiji, u odnosu na ZNRS iz 1974. godine, predviđaju neograničen broj zakonskih naslednih redova, omogućavajući praktično većem broju naslednika – krvnih srodnika da se pozovu na nasleđe. Novina o proširenom krugu zakonskih naslednika zapravo sastoji se u neograničenoj primeni prava predstavljanja u trećem zakonskom naslednom redu i mogućnosti pozivanja na nasleđe rodonačelnika četvrtog, petog i ostalih naslednih redova.

Iako se rešenjem o pozivanju na nasleđe svih ostaviočevih predaka dosledno poštuje princip uzajamnosti u nasleđivanju, ono neće, po našem mišljenju, imati širu primenu u praksi iz najmanje tri razloga: jer sloboda zaveštajnih raspolaganja može u bitnom da "poremeti" zakonski red pozivanja na nasleđe, jer se suprotstavlja biološkim zakonitostima, s obzirom na vremensku omeđenost ljudskog života, i što naslednicima četvrtog, petog i ostalih naslednih redova prethodi čitav niz univerzalnih sukcesora određenog ostavioca.<sup>16</sup> Istražena praksa Opštinskog suda u Nišu, za period 2002–2007. godine, upravo to i potvrđuje.<sup>17</sup> Zbog toga smatramo da je nasledno-pravnu vokaciju krvnih srodnika

---

parentelarno-graduelni sistem ne primenjuje se u punom obimu, već je ograničen samo na rodonačelnike određenog zakonskog naslednog reda.

<sup>14</sup> To se nedvosmisleno vidi, uzimajući u obzir subjekte koji mogu činiti drugi i treći zakonski i nužni nasledni red.

<sup>15</sup> Na to upućuje sadržina čl. 40, st. 3 ZNRS.

<sup>16</sup> O opravdanosti pozivanja na nasleđe daljih rodonačelnika ostavioca videti opširnije kod: O. Anitić – Z. Balinovac, Komentar Zakona o nasleđivanju, Beograd, 1996, str. 123-124.

<sup>17</sup> Istraživanja su, naime, pokazala da je, na uzorku od 500 predmeta, u navedenom vremenskom periodu, pravilo bilo raspoređivanje zaostavštine na osnovu zakona (u svega 9 slučajeva zaostavština se raspoređivala na osnovu zaveštanja), i da su se na nasleđe uglavnom pozivali naslednici prvog

trebalo ograničiti na one srodnike koji čine treći zakonski nasledni red.

Mada je novim Ustavom Republike Srbije<sup>18</sup> vanbračna zajednica ustanovljena kao ustavna kategorija i izjednačena sa brakom,<sup>19</sup> a Porodičnim zakonom<sup>20</sup> vanbračni partneri, u pravima i dužnostima, u potpunosti izjednačeni sa supružnicima,<sup>21</sup> u nasledno-pravnoj sferi ona još uvek predstavlja činjenicu koja nema nikakvog uticaja na zakonsko nasleđivanje.

Savremena prava vanbračnu zajednicu sagledavaju kao nov institucionalni okvir zajednice žene i muškarca, i normativno oblikuju njena dejstva. Potreba za njenim regulisanjem proizašla je iz činjenice da su se obrasci porodičnog života drastično izmenili poslednjih decenija, i da je vanbračna zajednica postala veoma čest i popularan vid zajedničkog života dva lica različitog pola. Ipak, naš zakonodavac prenebregao je činjenicu da lice koje je godinama, pa i decenijama živelo u vanbračnoj zajednici sa preminulim partnerom, koje je bilo u dubokim emotivnim odnosima sa njim i njegov istinski životni saputnik, treba da bude i njegov zakonski naslednik.

Sagledavajući postojeće tendencije u nasledno-pravnoj regulativi savremenih evropskih zakonodavstava,<sup>22</sup> a uzimajući u obzir i to da je kod nas u porodično-pravnoj sferi vanbračna zajednica izjednačena sa brakom, nameće se potreba da do izjednačavanja dođe i u domenu nasledno-pravnih odnosa.

Norme koje se odnose na nasleđivanje supružnika analogno trebalo bi da se primenjuju i na vanbračne partnere, uz uvažavanje specifičnosti koje vanbračne zajednice sobom nose. Dakle, vanbračni partner mogao bi biti naslednik prvog i drugog zakonskog naslednog reda, a isključivao bi iz nasleđa ostaviočeve srodnike koji čine treći i ostale nasledne redove. Odrebe ZNRS koje se tiču mogućnosti povećanja naslednog dela supružnika takođe mogle bi biti primenjene i na vanbračne partnere.<sup>23</sup> Svakako, vanbračnom partneru trebalo bi priznati i pravo na predmete domaćinstva manje vrednosti koji služe za zadovoljavanje svakodnevnih potreba.

---

zakonskog naslednog reda (u 368 slučajeva). Raspodela zaostavštine naslednicima drugog zakonskog naslednog reda bila je zastupljena u relativno malom broju predmeta (ukupno 32 slučajeva), a naslednici trećeg zakonskog naslednog reda nisu se uopšte pozivali na nasleđe. Samo u jednom slučaju naslednici trećeg zakonskog naslednog reda bili bi pozvani na nasleđe (videti rešenje Opštinskog suda u Nišu, O. br. 828/06), ali je zbog nepostojanja zaostavštine, postupak za raspravljanje zaostavštine obustavljen. U ostalim predmetima ili je došlo do obustavljanja ostavinskog postupka ili do njegovog prekida. Izvor: Arhiva Opštinskog suda u Nišu.

<sup>18</sup> "Sl. glasnik RS", br. 83/2006.

<sup>19</sup> Videti čl. 62, st. 5 srpskog Ustava.

<sup>20</sup> "Sl. glasnik RS", br. 18/2005. U produžetku rada biće korišćena i skraćenica PZRS.

<sup>21</sup> Videti čl. 4, st. 2 PZRS.

<sup>22</sup> Videti npr. čl. 8, st. 2 Zakona o nasleđivanju Republike Hrvatske ("N. novine", br. 48/2003, 163/2003) i čl. 10, st. 2 Zakona o nasleđivanju Republike Slovenije ("Ur. list SRS", br. 15/1976, 23/1978; "Ur. list RS", br. 17/1991, 13/1994, 82/1994, 117/2000, 67/2001, 83/2001, 73/2004).

<sup>23</sup> Primena čl. 26 ZNRS na vanbračne partnere ne bi mogla doći u obzir, budući da je bitna odlika vanbračnih zajednica njena trajnost.

Srpski zakonodavac, za razliku od rešenja sadržanog u Građanskom kodeksu Rusije, činjenici već datog izdržavanja, od strane ostavioca u korist određenog lica, u konstrukciji zakonskog nasleđivanja ne pridaje nikakav značaj.<sup>24</sup> Isto tako, pružano izdržavanje od strane drugih lica, u korist ostavioca, nema uticaja na raspored njegove zaostavštine. Paradoksalnost i nepravičnost ovog rešenja posebno dolazi do izražaja kada su u pitanju očuh i maćeha, s jedne strane, i pastorki, s druge strane, kao posebna kategorija tazbinskih srodnika, između kojih, na osnovu odredaba Porodičnog zakona Republike Srbije i pod određenim uslovima, postoji uzajamna dužnost izdržavanja.<sup>25</sup> Da li u slučaju otvaranja nasleđa nekog od pobrojanih tazbinskih srodnika, ukoliko i dalje postoji potreba za izdržavanjem ili je ona naknadno nastala, teret izdržavanja prevaliti na državu ili pak rasporediti zaostavštinu umrlog na način kojim bi se zaštitili interesi tazbinskog srodnika kome je izdržavanje potrebno. Smatramo da porodična solidarnost mora doći do izražaja i u sferi nasleđivanja, a jedan od mogućih načina za njenu realizaciju jeste upravo pozivanje na nasleđe pastoraka, očuha i maćeha ostavioca. Uslov je da je ostavilac za života tazbinskom srodniku davao izdržavanje, i da i posle otvaranja nasleđa postoji potreba za tim, ili je njemu tazbinski srodnik pružao izdržavanje. Pri tom, nasledno-pravni položaj pastorka bio bi identičan prvostepenom potomku ostavioca, a pravna pozicija u sferi zakonskog nasleđivanja očuha ili maćeha odgovarala bi onoj koju imaju roditelji ostavioca.<sup>26</sup>

Porodični zakon Republike Srbije, po ugledu na rešenja sadržana u ranije važećim porodično-pravnim propisima, omogućava majci (bračnog ili vanbračnog) deteta da zahteva od njegovog oca izdržavanje za vreme od tri meseca pre porođaja i godinu dana posle porođaja.<sup>27</sup> Pri tom, ovaj vid alimentacije zakonodavac u Republici Srbiji ne uslovljava postojanjem braka, vanbračne zajednice ili bilo kakvog drugog modela zajednice života, već samo nedostatkom sredstava za život majke deteta.

Pretpostavimo da je majka deteta ispunila uslov za dobijanje potrebnog izdržavanja, ali da u međuvremenu otac – dužnik izdržavanja umre. Dosledno poštujući slovo zakona da izdržavanje prestaje smrću poverioca ili dužnika izdržavanja,<sup>28</sup> sledi da majka deteta gubi pravo na potrebna sredstva za obezbeđenje svoje i egzistencije svog deteta. Ovako, očigledno nepravično rešenje, mora biti dopunjeno posebnom odredbom u ZNRS, kojom se slično nemačkom

<sup>24</sup> Videti čl. 1148 Građanskog kodeksa Rusije (SZRF № 49 ot 03. 12. 2001.). Za bliže pojašnjenje ovog člana videti kod V. O. Gavrilov, *Komentariji k razdelu V časti GKRF, Nasledstvennoe pravo*, S. Peterburg, 2003, str. 106-108.

<sup>25</sup> Videti čl. 159 PZRS.

<sup>26</sup> Mogućnost pozivanja na nasleđe pastoraka, očuha, maćeha, ali i snahe, svekra, svekrve, zeta, tašte i tasta, pod određenim uslovima propisuje i makedonski zakonodavac. U tom pravcu videti čl. 29 Zakona o nasleđivanju Republike Makedonije ("Sl. vesnik na RM", br. 47/1996).

<sup>27</sup> Videti čl. 297 Zakona o braku i porodičnim odnosima Republike Srbije ("Sl. glasnik SRS", br. 22/1980, 24/1984, 11/1988; "Sl. glasnik RS", br. 22/1993, 25/1993, 35/1994, 46/1995) i čl. 153 PZRS.

<sup>28</sup> Videti čl. 167, st. 1, tač. 2 PZRS.

pravu,<sup>29</sup> majci deteta obezbeđuje izdržavanje iz zaostavštine umrlog oca, ukoliko su ispunjeni uslovi, propisani PZRS.

Ne manji problem u praksi, sličan prethodno navedenom, predstavljaće i slučajevi izdržavanja članova porodične zajednice<sup>30</sup> od strane ostavioca, koji nemaju nasledno-pravnu vokaciju da ga naslede. Smatramo da je tu korisno prihvatiti rešenje nemačkog zakonodavca kojim se takvim licima (osim, naravno, vanbračnog partnera, pastoraka, očuha i maćehe za koje je predložen drugačiji put zaštite njihovih imovinsko-pravnih interesa) omogućava da u roku od trideset dana od otvaranja nasleđa ostavioca dobijaju izdržavanje iz njegove zaostavštine, uz mogućnost da u tom istom periodu koriste ostaviočev stambeni prostor i predmete domaćinstva.<sup>31</sup>

#### **b) Promene u veličini naslednih delova naslednika prvog zakonskog naslednog reda**

Važeći nasledno-pravni propisi u Republici Srbiji nastavljajući pravni kontinuitet svog prethodnika, ZNRS iz 1974. godine, predviđaju, u cilju zaštite imovinskih interesa dece ostavioca, mogućnost povećanja njihovog naslednog dela. Za takvu korekciju u veličini naslednih delova naslednika prvog zakonskog naslednog reda potrebno je ispunjenje tri uslova: da barem jedan prvostepeni potomak ostavioca nije i dete nadživelog supružnika, da je njegova imovina veća od dela zaostavštine koji bi dobio nasleđujući umrlog supružnika i da sud, uzimajući u obzir okolnosti konkretnog slučaja, nađe da je povećanje naslednog dela dece opravdano.<sup>32</sup>

Zakon o nasleđivanju Republike Srbije iz 1995. godine, za razliku od ranije važećeg zakonskog teksta koji je nadležnom sudu dodelio čisto računsku funkciju, sada sud stavlja u kreativnu poziciju, omogućavajući da na osnovu brižljivog ispitivanja stanja stvari u konkretnoj životnoj situaciji, odluči da li je opravdano povećati nasledni deo dece ili ne. Povećani stepen kreativnosti suda u Republici Srbiji pruža i rešenje zakonodavca da nadležni sud može povećati deo dece do dva puta, a ne kao ranije samo dva puta.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Nemački zakonodavac, dodatno štiteći interese začetog, a nerođenog (bračnog ili vanbračnog) deteta ostavioca, propisuje pravo na izdržavanje njegove majke iz zaostavštine umrlog oca sve do porođaja. Videti par. 1963. Nemačkog građanskog zakonika. Za potrebe ovog rada korišćen je tekst Bürgerliches Gesetzbuch, na sajtu: <http://www.dejure.org/gesetze/BGB/html>

<sup>30</sup> Pravno-tehnički izraz "članovi porodične zajednice" bliže je pojašnjen u čl. 195, st. 2 PZRS i on podrazumeva sve krvne, tazbinske i adoptivne srodnike supružnika, odnosno vanbračnih partnera koji zajedno sa njima žive.

<sup>31</sup> Videti par. 1969 Nemačkog građanskog zakonika.

<sup>32</sup> Videti čl. 9, st. 3 ZNRS.

<sup>33</sup> Uporediti čl. 9, st. 3 važećeg ZNRS sa čl. 12 ranije primenjivanog ZNRS.

Ono što se može zameriti srpskom zakonodavcu, kada je reč o ovom rešenju,<sup>34</sup> jeste da ne određuje jasno da li o povećanju naslednog dela ostaviočevih prvostepenih potomaka sud vodi računa po službenoj dužnosti ili na zahtev ovlašćenih lica. Mišljenja smo da buduća redakcija zakonskog teksta mora iznedriti jedno preciznije rešenje u pravcu da do povećanja naslednog dela dece ostavioca može doći isključivo na zahtev prvostepenog potomka ostavioca kome supružnik ostavioca nije roditelj. Ako je reč o deci ostavioca koji su pod posebnom zaštitom zakona jer su maloletna ili su punoletna, ali nesposobna da se sama brinu o svojim pravima i interesima, na sudu je da, polazeći od sadržine čl. 4 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije,<sup>35</sup> njihove zakonske zastupnike upozori na prava koja im pripadaju na osnovu čl. 9, st. 3 ZNRS.<sup>36</sup>

Sasvim sigurno, rešenje sadržano u čl. 9, st. 3 ZNRS zaslužuje pun respekt jer pruža dodatnu pravnu zaštitu nasledno-pravnim interesima dece ostavioca koji nisu istovremeno i potomci nadživelog supružnika. Srpski zakonodavac, po našem mišljenju, neopravdano ne uzima u obzir činjenicu da i ostali naslednici prvog zakonskog naslednog reda mogu biti, zbog podele zaostavštine na jednake delove, u nepovoljnoj imovinsko-pravnoj poziciji, jer ih dodatno "opterećuju" njihove ukupne imovinske prilike, nesposobnost za privređivanje, zdravstveno stanje, uzrast, nemogućnost zaposlenja itd. Upravo zbog toga smatramo da bi, po ugledu na regulativu drugog zakonskog naslednog reda, valjalo razmotriti mogućnost unošenja u tekst Zakona pravilo o promenama u veličini naslednih delova naslednika prvog intestatskog naslednog reda.

#### **v) Promene u velični naslednih delova naslednika drugog zakonskog naslednog reda**

Važeći propisi o nasleđivanju, ostajući verni pravnoj tradiciji utemeljenoj SZN, predviđaju mogućnost povećanja naslednog dela supružnika i roditelja ostavioca usled nedostatka nužnih sredstava za život.<sup>37</sup> Za razliku od rešenja sadržanih u SZN i ranije važećem ZNRS,<sup>38</sup> kojima je omogućeno povećanje naslednih delova supružnika i roditelja ostavioca samo u svojinskom obliku, ZNRS iz 1995. godine propisuje, kao pravilo, mogućnost povećanja naslednog dela ovih subjekata u formi doživotnog uživanja.

<sup>34</sup> O razlikama u tumačenju dela čl. 9, st. 2 ZNRS opširnije videti kod O. Antić – Z. Balinovac, op. cit., str. 132; I. Babić, Komentar Zakona o nasleđivanju, Beograd, 2005, str. 50; V. Todorović – R. Kulić, Nasledno pravo i vanparični postupak u praksi, Beograd, 1996, str. 42; S. Vuković, Komentar Zakona o nasleđivanju i Zakon o vanparničnom postupku (deo o ostavinskom postupku), sa sudskom praksom, registrom pojmova i obrascima, Beograd, 2003, str. 45.

<sup>35</sup> "Sl. glasnik SRS", br. 24/1982, 48/1987; "Sl. glasnik RS", br. 46/1995 (drugi zakon) i 18/2005 (drugi zakon).

<sup>36</sup> Tako i M. Kreč – Đ. Pavić, Komentar Zakona o nasleđivanju sa sudskom praksom, Zagreb, 1964, str. 38.

<sup>37</sup> Videti čl. 23, čl. 31 ZNRS, čl. 28 i čl. 29 SZN.

<sup>38</sup> Videti čl. 23 i čl. 24 ranije primenjivanog ZNRS.

Uvođenjem plodouživanja u sferu nasleđivanja zakonodavac u Republici Srbiji ublažava nedostatke rešenja sadržanih u nasledno-pravnim propisima koji su ranije važili i prilagođava ih socijalnom realitetu. Ustanovom doživotnog uživanja se, s jedne strane, neposredno štite imovinski interesi rodonačelnika drugog zakonskog naslednog reda, jer oni posle smrti svog potomka mogu dospeti u lošiju materijalnu poziciju, a s druge strane, njome se sprečava da krvni srodnici ostavioca koji čine drugi zakonski nasledni red, u slučaju nedostatka nužnih sredstava za život na strani nadživelog supružnika, izgube zauvek deo zaostavštine.<sup>39</sup>

Prema slovu zakona, roditeljima ostavioca pripada i pravo da na ime povećanja svojih naslednih delova, zahtevaju i sticanje celokupne zaostavštine, kada je njena vrednost tako mala da bi njenom podelom sa drugim naslednicima roditelji zapali u oskudicu.<sup>40</sup> Da li bi jedan od roditelja ostavioca, uz ispunjenje zakonom propisanih uslova, imao pravo na ovu privilegiju? Sudeći prema zakonskoj stilizaciji čl. 31, st. 4 ZNRS moglo bi se zaključiti da takva mogućnost postoji samo u korist oba roditelja ostavioca koji žive zajedno. Mišljenja smo da nema valjanog opravdanja ne dozvoliti posebno ocu ili majci ostavioca, ukoliko su ispunjeni uslovi za povećanje naslednog dela, da zahtevaju i celokupnu zaostavštinu u svojinu.

Zakonodavac u Republici Srbiji predviđa, pored mogućnosti povećanja naslednog dela supružnika, i smanjenje naslednog dela supružnika ostavioca u korist roditelja i njihovih potomaka, pod određenim uslovima. Naime, da bi došlo do određene korekcije u veličini naslednih delova zakonskih naslednika drugog zakonskog naslednog reda potrebno je da više od polovine zaostavštine ostavioca čine nasleđena dobra, da zajednica života između ostavioca i supružnika nije trajala duže vreme i da neko od naslednika zahteva smanjenje naslednog dela supružnika. Ukoliko su ispunjeni propisani uslovi, nasledni deo preživelog supružnika može biti, prema slovu zakona, smanjen do četvrtine zaostavštine.<sup>41</sup>

Ovakvim rešenjem zakonodavca se, s jedne strane, omogućava očuvanje dobara starine u širokoj porodičnoj zajednici ostavioca, a s druge strane, umanjuju štetne posledice zaključenja brakova iz računa.<sup>42</sup>

Važeći nasledno-pravni propisi u Republici Srbiji pak omogućavaju nadživelom supružniku izbor između smanjenog naslednog dela zaostavštine u svojinu (1/4) ili povećanog naslednog dela zaostavštine na uživanje (1/2).<sup>43</sup> Direktna posledica izjave supružnika ostavioca o izboru doživotnog uživanja jeste i postojanje neraspoređenog dela zaostavštine, tzv. svojinskog viška. Kome pripada

<sup>39</sup> Tako i S. Svorcan, *Nasledno pravo*, Kragujevac, 1998, str. 160.

<sup>40</sup> Videti čl. 31, st. 4 ZNRS.

<sup>41</sup> Videti čl. 26, st. 1 ZNRS.

<sup>42</sup> Tako i O. Antić – Z. Balinovac, *op. cit.*, str. 169-170; S. Svorcan, *Sticanje svojine i plodouživanja putem nasleđivanja – Nasledno-pravni položaj bračnog druga*, *Pravni život*, br. 10/1996, str. 103.

<sup>43</sup> Videti čl. 28 ZNRS.

taj deo zaostavštine? Srpski zakonodavac ništa izričito ne propisuje. U pravnoj literaturi već su se iskristalisala nekoliko rešenja u pravcu razrešenja ovog spornog pitanja. Prema jednom mišljenju, koje se bliže ne argumentuje, pomenuti višak zaostavštine pripada, uz primenu prava priraštaja, svim naslednicima drugog zakonskog naslednog reda ili samo onima koji su istakli zahtev za smanjenje naslednog dela.<sup>44</sup> Pojedini autori smatraju da ako svi naslednici koji in concreto nasleđuju zahtevaju smanjenje naslednog dela supružnika, a on da izjavu o izboru doživotnog uživanja na polovini zaostavštine, taj višak pripada svima njima. Ukoliko pak samo jedan od naslednika zahteva smanjenje naslednog dela supružnika, njegova izjava o izboru dela zaostavštine na uživanje povlači za sobom, kao posledicu, pripadanje svojinskog viška supružniku, jer nasledni deo ostalih naslednika koji nisu tražili smanjenje ne sme da trpi opterećenje supružnikovim pravom plodouživanja.<sup>45</sup> Nasuprot izloženim razmišljanjima, postoje teoretičari koji smatraju da je u takvom slučaju najcelishodnije rešenje da se neraspoređeni deo zaostavštine dodeli naslednicima koji traže smanjenje naslednog dela supružnika.<sup>46</sup>

Očigledna neusaglašenost stavova u teoriji o ovom aktuelnom pitanju može biti pogodno tle za različito postupanje sudova u identičnim procesnim situacijama, pa samim tim i nejednak tretman stranaka u postupku. Zbog toga, smatramo preko potrebnim regulisanje ove pravne situacije.

Budući da nadživeli supružnik izborom većeg dela zaostavštine na plodouživanje, umesto manjeg dela u svojinu, praktično oslobađa svoju 1/2 svojinskih pretenzija, proističe da je ona u celini slobodna za nasleđivanje, te stoga bi taj deo zaostavštine trebalo podeliti svim naslednicima drugog zakonskog naslednog reda koji nasleđuju u konkretnom slučaju, bez obzira da li su tražili smanjenje naslednog dela supružnika ili ne. Favorizovanje naslednika koji su zahtevali smanjenje naslednog dela supružnika u odnosu na one koji nisu ne smatramo opravdanim, jer se smanjenje naslednog dela supružnika na 1/4 zaostavštine i dobijanje 1/2 zaostavštine na uživanje međusobno isključuju.

Povlašćen položaj naslednika koji zahteva smanjenje naslednog dela supružnika treba da ostane samo u situaciji kada se nadživeli supružnik ne opredeli za doživotno plodouživanje dela zaostavštine. Pri tom, taj zahtev za smanjenje naslednog dela supružnika koristi samo onom nasledniku koji je i tražio promenu u veličini njegovog naslednog dela. U Zakonu nema odgovora na pitanje kako rasporediti slobodni deo zaostavštine posle smanjenja naslednog dela supružnika, ako nekoliko naslednika ili svi zahtevaju smanjenje? Izmene i dopune zakonskog teksta moraju obuhvatiti ovakve, realno moguće situacije. Mišljenja smo da u

<sup>44</sup> I. Babić, op. cit., str. 78

<sup>45</sup> O. Antić – Z. Balinovac, op. cit., str. 183-185.

<sup>46</sup> S. Svrocan, Nasledna prava bračnog i vanbračnog partnera, Kragujevac, 1999, str. 105-106; D. Đurđević, Smanjenje naslednog dela supružnika u drugom naslednom redu do jedne četvrtine, Pravni život, tematski broj "Pravo i ljudske vrednosti", tom II, br. 10/2001, str. 167-170.

takvom slučaju slobodan deo zaostavštine treba da pripadne naslednicima koji su zahtevali smanjenje naslednog dela supružnika, poštujući osnovna pravila podele zaostavštine u drugom zakonskom naslednom redu.

Ono što svakako može biti kamen spoticanja u praksi, po našem mišljenju, jeste da li kad god supružnik dobije alikvotni deo zaostavštine na plodouživanje<sup>47</sup> odgovara za ostaviočeve dugove?

Na terenu zaveštajnog nasleđivanja zakonodavac u Republici Srbiji je, kod ograničenja nasledno-pravnih ovlašćenja uslovom, rokom ili nalogom, to rešio tako što je propisao da zakonski naslednik, kod odložnog uslova ili roka, odnosno zaveštajni naslednik postavljen pod raskidnim uslovom ili rokom, odgovaraju za ostaviočeve dugove, isporuke i naloge samo pravima iz zaostavštine.<sup>48</sup> Odgovornost cum viribus hereditatis, međutim, logično ne može doći do punog izražaja jer navedeni subjekti imaju samo pravo plodouživanja, koje ih ograničava u raspolaganju dobrima iz zaostavštine.

Smatramo da je najpravičnije, po interese onih koji stiču po nasledno-pravnom osnovu zaostavštinu određenog ostavioca u svojinu i na uživanje, i najsigurnije, po interese ostaviočevih poverilaca, prihvatiti rešenje da plodouživalac direktno odgovara za ostaviočeve dugove, u vrednosti stečenih prihoda, umanjjenih za obezbeđenje minimuma njegovih egzistencijalnih potreba.<sup>49</sup>

Zakon o nasleđivanju Republike Srbije takode ne pruža odgovor na pitanje da li plodouživalac treba da učestvuje u namirenju nužnog dela, ostavljenih isporuka i naloga? Poštujući zakonom utvrđeni redosled namirenja ovlašćenih lica iz zaostavštine, propisan čl. 41, st. 1 ZNRS, proističe da srpski zakonodavac plodouživaoca posebno ne uzima u zaštitu i da bi on morao, u vrednosti svojih prihoda, da učestvuje u namirenju nužnih naslednika, isporukoprimalca, korisnika naloga itd. Razlozi pravičnosti, međutim, nalažu da se, kao i kod isplate ostaviočevih dugova, plodouživalac kome je to pravo priznato zbog nedostatka nužnih sredstava za život, zaštiti do nivoa obezbeđenja egzistencijalnog minimuma iz zaostavštine.

### **3. Nužno nasleđivanje**

#### **a) Krug nužnih naslednika**

U skladu sa predloženim krugom subjekata koji bi imali nasledno-pravnu vokaciju u nasleđivanju određenog ostavioca, po pravilima redovnog zakonskog

---

<sup>47</sup> Takva situacija u sferi zakonskog nasleđivanja postoji i kada usvojilac iz nepotpunog usvojenja nasleđuje usvojenika. Videti čl. 38 ZNRS.

<sup>48</sup> Videti čl. 125, st. 2 i čl. 128, st. 2 ZNRS.

<sup>49</sup> Takav je stav i francuske sudske prakse, kada supružnik dobija deo zaostavštine na plodouživanje. Videti Cass. 1re civ., févr, 1999: Bull. I, n°58; JCP 2000. I. 211, obs. H. Perinet – Marquet. Navedeno prema M. Grimaldi, Droit civil, Successions, Paris, 2001, str. 579, nap. br. 159.



nasleđivanja, u sferi imperativnog nasleđivanja, pozivali bi se na nasleđe vanbračni partner i određeni tazbinski srodnici ostavioca. Vanbračni partner ostavioca, kao nužni naslednik, nasleđivao bi pod istim uslovima kao i ostaviočev supružnik, a pastorak, maćeha i očuh, uz ispunjene dodatnih uslova koji se traže za braću i sestre ostavioca.

### **b) Veličina nužnog dela**

Važeći nasledno-pravni propisi u Republici Srbiji, za razliku od ZNRS iz 1974. godine,<sup>50</sup> nužni deo posmatraju isključivo kroz prizmu individualnog nužnog dela. Otuda, srpski zakonodavac i ne koristi izraze "kolektivni nužni deo" i "raspoloživi deo zaostavštine". De facto, ove pravne tvorevine i dalje postoje, jer, s jedne strane, ono čime ne može raspolagati zaveštalac jeste zbir pojedinačnih nužnih delova (skupni, kolektivni nužni deo), a ono čime može raspolagati, bez ograničenja, jeste tzv. raspoloživi deo zaostavštine.

Nema sumnje, zakonodavac u Republici Srbiji je dovoljno jasan u pogledu određivanja veličine nužnog dela, precizirajući da on, zavisno od nužnog naslednika o kome je reč, dobija 1/2, odnosno 1/3 zakonskog naslednog dela. U Zakonu, međutim, nema odgovora na pitanje da li sva povećanja i smanjenja naslednog dela u prvom i drugom zakonskom naslednom redu imaju bilo kakvog uticaja na veličinu nužnog dela. I dok, recimo, makedonski zakonodavac propisuje da na veličinu dela nužnog naslednika nemaju nikakvog uticaja moguće korekcije u veličini zakonskih naslednih delova,<sup>51</sup> srpski zakonodavac o tome ćuti. Takva pravna praznina, sasvim sigurno, može, od strane domaćih sudova, biti na dva načina protumačena, u prilog ili protiv uticaja povećanja odnosno smanjenja naslednih delova zakonskih naslednika na pravni volumen nužnog dela. Da bi se izbegla šarolikost u postupanju sudova u takvim slučajevima, potrebno je u zakonski tekst ugraditi rešenje da se prilikom određivanja nužnih delova uzimaju u obzir moguća povećanja ili smanjenja zakonskih naslednih delova, budući da se nužni deo uvek određuje od pojedinačnog zakonskog naslednog dela.<sup>52</sup>

### **v) Pravna priroda prava na nužni deo**

Važeći nasledno-pravni propisi u Republici Srbiji, u odnosu od ZNRS iz 1974. godine, menjaju pravnu prirodu prava na nužni deo, određujući da je ono sada načelno obligaciono-pravne prirode.<sup>53</sup> Ovo pravilo može biti korigovano, kako voljom samog zaveštaoca, izraženom u zaveštanju, tako i odlukom suda, na zahtev

---

<sup>50</sup> Videti čl. 26 ranije važećeg ZNRS.

<sup>51</sup> Videti čl. 32, st. 2 Zakona o nasleđivanju Republike Makedonije.

<sup>52</sup> Tako i S. Svorcan, Komentar Zakona o nasleđivanju sa sudskom praksom, Kragujevac, 2004, str. 120.

<sup>53</sup> Upporediti čl. 27 ranije važećeg ZNRS i čl. 43, st. 1 ZNRS koji je sada u primeni.

nužnog naslednika.<sup>54</sup>

Pravo na nužni deo obligacionog karaktera podrazumeva da je nužni naslednik poverilac posebne vrste, koji svojim prisustvom ne komplikuje upravljanje i raspolaganje nasledstvom i ne učestvuje u deobi nasledstva. "Prirodna posledica" ovakvog ovlašćenja jeste i poštovanje ostaviočeve izjave poslednje volje, izražene u zaveštanju, i nedovođenje u pitanje (ne)savesnosti zaveštajnog naslednika, isporukoprimca ili poklonoprimca, kao u slučaju povrede prava na nužni deo stvarno-pravnog karaktera, prilikom redukcije zaveštajnih raspolaganja i vraćanja poklona.<sup>55</sup> S obzirom na mnogobrojne prednosti obligacione prirode prava na nužni deo, u odnosu na stvarno-pravnu prirodu ovog ovlašćenja, ostaje nejasno zašto srpski zakonodavac nije obezbedio potraživanje nužnog naslednika.<sup>56</sup> Mišljenja smo da na postojeću pravnu prazninu analogno treba primeniti pravilo u slučaju deobe isplatom.<sup>57</sup>

Iako srpski zakonodavac dozvoljava nužnom nasledniku da zahteva preobražaj svog prava na nužni deo, on ne određuje rok u kome on to može zahtevati. Ova pravna praznina, kako je već to predloženo u teoriji,<sup>58</sup> treba da bude popunjena tako da ovde važe isti rokovi, kao i kada nužni naslednik traži namirenje nužnog dela, u slučaju povrede ovog ovlašćenja.

Diskutabilno je da li zaveštajni naslednici imaju pravo, ukoliko nužni naslednik traži namirenje svog nužnog dela u novčanom obliku, da zahtevaju preobražaj obligaciono-pravnog karaktera njegovog ovlašćenja u nasledno-pravni. U pravnoj literaturi srećemo mišljenje, koje nema pokrića u zakonskom tekstu, da bi i ovakvu opciju valjalo prihvatiti u interesu zaštite zaveštajnih naslednika.<sup>59</sup>

### **g) Određivanje obračunske vrednosti zaostavštine**

Da bi se utvrdilo koliko nužnom nasledniku, u konkretnom slučaju, pripada na ime namirenja nužnog dela, kao i da li je on povređen ili ne, potrebno je odrediti obračunsku vrednost zaostavštine. Važeći propisi o nasleđivanju, bez dubljeg kritičkog sagledavanja stvari, preuzeli su iz ZNRS iz 1974. godine rešenje sadržano u čl. 28, st. 4, uključujući i deo odredbe koji se odnosi na to da u ovu računsku kategoriju ulaze i pokloni koji su učinjeni zakonskim naslednicima.

---

<sup>54</sup> Videti čl. 43, st. 2 i 3 ZNRS.

<sup>55</sup> O prednostima pravne prirode prava na nužni deo kao obligacionog prava, detaljnije videti kod O. Antić – Z. Balinovac, op. cit., str. 231-232; I. Babić, Pravna priroda prava na nužni deo – Glosa povodom rešenja Zakona o nasleđivanju, Zbornik radova "Novine Zakona o nasleđivanju Srbije", Kragujevac, 1998, str. 45-47; R. Račić, Pravna priroda prava na nužni deo, Zbornik radova "Novine Zakona o nasleđivanju Republike Srbije", Kragujevac, 1998, str. 107-114.

<sup>56</sup> Tako i S. Svrocac, Komentar....., str. 129-130.

<sup>57</sup> Videti čl. 232 ZNRS.

<sup>58</sup> O. Antić – Z. Balinovac, op. cit., str. 235-236.

<sup>59</sup> S. Svrocac, Komentar....., str. 126.

Ova zakonska formulacija može biti izvorište mnogobrojnih sporova, jer njena nejasnoća može biti protumačena od strane sudova šire, da su u pitanju pokloni učinjeni svim zakonskim nasljednicima, bez obzira na to da li su oni pozvani na nasleđe ili ne, i uže, da je reč o poklonima koji su darovani samo zakonskim nasljednicima koji in concreto nasleđuju. Sasvim je očigledno da jedno ili drugo tumačenje slova zakona može imati i te kakvog uticaja na pravni volumen obračunske vrednosti zaostavštine, pa samim tim i vrednost pojedinačnih nužnih delova, te je zbog toga potrebno tačno precizirati na koje se zapravo zakonske naslednike misli.<sup>60</sup>

Osim ovih poklona, čistoj vrednosti zaostavštini, prema slovu zakona, dodaju se i pokloni koje je ostavilac učinio licima koja ne pripadaju krugu zakonskih naslednika u poslednjoj godini života.<sup>61</sup> Iako ovo pravilo doprinosi potpunijoj zaštiti nužnih naslednika u namirenju nužnog dela, viši nivo efikasnosti svakako bio bi postignut uzimanjem u obzir poklona učinjenih trećim licima u dužem vremenskom periodu (npr. tri, pet godina).<sup>62</sup>

#### **d) O nasledivosti prava na nužni deo**

Da li je pravo na nužni deo nasledivo? Za razliku od ZNRS iz 1974. godine koji se nije izjašnjavao u pravcu (ne)nasledivosti prava na nužni deo,<sup>63</sup> važeći nasledno-pravni propisi određuju da je pravo na nužni deo nasledivo samo za naslednike potomka ili usvojenika, koji nije zahtevao namirenje svog nasledno-pravnog ovlašćenja, precizirajući pri tom da to pravo oni mogu realizovati u roku od šest meseci od njegove smrti.<sup>64</sup>

Iako ovo rešenje predstavlja kvalitativan pomak u odnosu na ranije važeće propise o nasleđivanju, ono sadrži notu nepravličnosti jer omogućava da neko ko

---

<sup>60</sup> Potrebnu preciznost, u tom pogledu, uneli su hrvatski i slovenački zakonodavac. Zakon o nasleđivanju Hrvatske (čl. 71, st. 3) jasno određuje da u obračunsku vrednost zaostavštine ulaze odgovarajući pokloni koji su darovani svim zakonskim nasljednicima, bez obzira na nasledno-pravnu vokaciju. Nasuprot ovom rešenju, Zakon o nasleđivanju Slovenije (čl. 28, st. 4) određuje da u ovu računsku kategoriju ulaze samo pokloni onih zakonskih naslednika koji u konkretnom slučaju nasleđuju.

<sup>61</sup> Videti čl. 48, st. 4 ZNRS.

<sup>62</sup> Takvo rešenje, primera radi, sadrži Nemački građanski zakonik koji u par. 2325 propisuje da u obračunsku vrednost zaostavštine ulaze pokloni koji su učinjeni u poslednjih deset godina pre otvaranja nasleđa umrlog, bez obzira na to ko su poklonoprимci. Nasuprot tome, makedonski zakonodavac rešenjem, sadržanim u čl. 33, st. 4 Zakona o nasleđivanju, da u obračunsku vrednost zaostavštine ulaze samo pokloni (nezavisno od toga kome su darovani), učinjeni u poslednja tri meseca života ostavioca, obezbeđuje niži stepen zaštite interesa nužnih naslednika.

<sup>63</sup> Međutim, sudska praksa je slovo zakona, sadržano u čl. 40 tumačila isključivo u pravcu nenasledivosti prava na nužni deo. Videti npr. odluku Vrhovnog suda Jugoslavije, Rev-1387/65; odluku Vrhovnog suda Srbije, Gž-3851/66; odluku Vrhovnog suda Srbije, Rev. 465/86. Navedeno prema S. Vuković, op. cit., str. 96-97.

<sup>64</sup> Videti čl. 60, st. 2 ZNRS.

možda uopšte ne ispunjava uslove da bude ostaviočev naslednik, stekne deo njegove zaostavštine, a da istovremeno neko ko je univerzalni sukcesor ostavioca bude uskraćen u tome, jer nije naslednik potomka ili usvojenik ostavioca.

Zbog toga, smatramo da ako je već srpski zakonodavac krenuo putem nasledivosti prava na nužni deo, trebao je barem takvu mogućnost da predvidi za potomke svakog nužnog naslednika, koji je umro neostvarivši pravo na nužni deo. Uslov bi bio da ti isti potomci mogu biti nužni naslednici.<sup>65</sup>

#### **đ) Odnos raspolaganja u dozvoljene svrhe i nužnog dela**

Zakon o nasleđivanju Republike Srbije iz 1995. godine, kao i njegov prethodnik, Zakon o nasleđivanju iz 1974. godine, jasno određuju da zaveštalc može raspolagati u društveno-korisne svrhe i celokupnom svojom zaostavštinom.<sup>66</sup> Otuda, kao neminovno, nameće se pitanje da li nužni naslednici, u takvoj situaciji, mogu da zaštite svoje nasledno-pravne pretenzije prema ostaviočevoj zaostavštini? Iz sadržine pomenutog zakonskog rešenja ne može se sa sigurnošću zaključiti da li je zakonodavac dao prioritet zaveštaočevoj volji ili nužnim naslednicima. Međutim, deo formulacije čl. 49 ZNRS koji precizira da u obračunsku vrednost zaostavštine ne ulaze "pokloni učinjeni u dobrotvorne i druge opšte-korisne svrhe", nameću zaključak da je srpski zakonodavac, ipak, prioritet dao raspolaganjima u dozvoljene svrhe na osnovu zaveštanja, a na štetu interesa nužnih naslednika.

Sasvim je jasno da se ova zaveštajna raspolaganja ne mogu izjednačiti sa ostalim raspolaganjima za slučaj smrti, jer se njima ostvaruju društveno-korisni ciljevi. Otuda i izjava poslednje volje zaveštaoca da svojom zaostavštinom doprinese progresu društvene zajednice i svog naroda, ima posebnu težinu i vrednost u odnosu na interese pojedinaca, pa makar to bili i nužni naslednici. Izuzetak bi trebalo predvideti jedino za nužne naslednike koji su maloletni ili punoletni, ali trajno nesposobni za privređivanje i bez nužnih sredstava za život. Na taj način bila bi, s jedne strane, ostvarena svrha nužnog nasleđivanja, a s druge strane, u pretežnom delu ispoštovana ostaviočeva volja.

#### **e) Isključenje iz nasleđa**

U odnosu na ranije važeće nasledno-pravne propise, isključenje iz nasleđa je, u ZNRS iz 1995. godine, kao posebna vrsta građansko-pravne kazne koju može prema bilo kom nužnom nasledniku primeniti zaveštalc izjavom poslednje volje, pretrpelo značajne promene u regulisanju, u delu koji se odnosi na njegove uzroke.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> Slično rešenje je sadržano u čl. 44, st. 2 Zakona o nasleđivanju Republike Makedonije.

<sup>66</sup> Videti čl. 118, st. 1 važećeg ZNRS i čl. 82, st. 1 ranije primenjivanog ZNRS.

<sup>67</sup> Uporediti čl. 42 ranije važećeg ZNRS i čl. 61 ZNRS koji je sada u primeni.

Ako ostavimo po strani činjenicu da će formulacija uzroka isključenja iz nasleđa, zbog svoje pravno-tehničke nepreciznosti biti, ili već jeste, izvorište mnogobrojnih sporova, jer se može interpretirati u više pravaca,<sup>68</sup> ostaje nejasno zašto srpski zakonodavac insistira na tome da uzrok isključenja mora da postoji ne u vreme sastavljanja zaveštanja, već u vreme otvaranja nasleđa. Na ovaj način praktično omogućava se kažnjavanje za nedopušteno ponašanje koje će možda uslediti u vreme smrti zaveštaoca, što je sa aspekta pravne sigurnosti neprihvatljivo. Zbog toga, smatramo da je ispravnije rešenje sadržano u ZNRS iz 1974. godine.<sup>69</sup> Jedino kod uzroka isključenja iz nasleđa koji se sastoji u kontinuiranim aktivnostima nužnog naslednika (grubo ili uvredljivo ponašanje prema ostaviocu, i odavanje neradu i nepoštenom životu), treba insistirati na njegovom postojanju i u vreme sačinjavanja zaveštanja i u vreme otvaranja nasleđa.

Važeći nasledno-pravni propisi u Republici Srbiji ne određuju, poput Austrijskog građanskog zakonika,<sup>70</sup> kao uslov punovažnosti isključenja nužnog naslednika, navođenje uzroka zbog koga se vrši razbaštinjenje. Zakonodavac samo preporučuje navođenje uzroka isključenja, ali ne obavezuje. Navođenje uzroka isključenja iz nasleđa je od velike važnosti za ostvarenje namere zaveštaoca da se određeni nužni naslednik razbaštini, s obzirom na to da uzrok isključenja ne mora i, po pravilu, nije poznat zainteresovanim licima koji se pozivaju na uzroke isključenja i koji moraju, u slučaju spora, dokazivati njihovu osnovanost. Zbog toga smatramo da bi po ugledu na rešenje sadržano u Nemačkom građanskom zakoniku<sup>71</sup> i Zakonu o nasleđivanju Republike Hrvatske<sup>72</sup> trebalo predvideti da uzrok isključenja iz nasleđa mora da bude naveden u zaveštanju.

### **Zaključna razmatranja**

Srpski zakonodavac u Zakonu o nasleđivanju nizom jasnih i uglavnom pravno-tehnički preciznih formulacija uređuje zakonsko i nužno nasleđivanje.

Pri tom, većina od tih pravila, budući da su za uzor imala odredbe sadržane u saveznom Zakonu o nasleđivanju i ranije važećem republičkom Zakonu o nasleđivanju, potvrdila su svoju opravdanost i višedecenijski kontinuitet u primeni na našim prostorima.

---

<sup>68</sup> O različitim shvatanjima smisla i domašaja čl. 61 ZNRS opširnije videti kod S. Svorcan, *Komentar...*, str. 160-162; O. Antić, *Nasledno pravo*, Beograd, 2007, str. 183-187; N. Stojanović, *Isključenje iz nasleđa po novom Zakonu o nasleđivanju Republike Srbije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 1996-1997, str. 176-183.

<sup>69</sup> Videti čl. 43, st. 2 ranije važećeg ZNRS.

<sup>70</sup> Videti par. 771 Austrijskog građanskog zakonika. Za potrebe rada korišćen je Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch 1811 (ABGB) idF. BGBl. 1996/759 und BGBl.1997/6

<sup>71</sup> Videti par. 2336, st. 1 Nemačkog građanskog zakonika.

<sup>72</sup> Videti čl. 86, st. 1 Zakona o nasleđivanju Republike Hrvatske.

Pojedina rešenja iz domena intestatskog i imperativnog nasleđivanja, međutim, po našem mišljenju, ne odgovaraju potrebama socijalnog realiteta, a druga, zbog svojih nedostataka ili nedorečenosti srpskog zakonodavca u regulisanju pojedinih, u životnoj svakodnevnici realno mogućih situacija, mogu biti ili već jesu pogodno tle za različito postupanje sudova u identičnim procesnim situacijama i, samim tim, nejednak tretman stranaka u postupku.

Zbog toga, smatramo da će kvalitetu zakonskog teksta, u delu posvećenom intestatskom nasleđivanju, u značajnoj meri doprineti sledeće izmene i dopune: suženje kruga zakonskih naslednika, zaključno sa trećim intestatskim naslednim redom; priznanje prava nasleđa, pod određenim uslovima, vanbračnom partneru, pastorku, maćehi i očuhu; uvođenje mogućnosti izdržavanja iz zaostavštine za određene kategorije subjekata; poboljšanje nasledno-pravne pozicije supružnika, kao naslednika prvog zakonskog naslednog reda i potomaka ostavioca, osim dece koju zakon već dovoljno štiti; preciziranje da kada supružnik kao naslednik drugog zakonskog naslednog reda izabere umesto smanjenog naslednog dela u svojinu, plodouživanje na većem delu zaostavštine, neraspoređene deo zaostavštine u svojinskom obliku pripada svim zakonskim naslednicima koji u konkretnom slučaju nasleđuju, kao i propisivanje odgovornosti za ostaviočeve dugove i dugove otvorenog nasleđa supružnika, kao plodouživaoca, u vrednosti stečenih prihoda, umanjениh za obezbeđenje minimuma egzistencijalnih potreba.

U sferi nužnog nužnog nasleđivanja izmene i dopune Zakona o nasleđivanju mogu ići u pravcu: priznanja, pod određenim uslovima, prava na nužni deo vanbračnom partneru, pastorcima, maćehi i očuhu; formulisanja posebnog rešenja o uticaju povećanja ili smanjenja zakonskih naslednih delova na veličinu nužnog dela, kao i obezbeđenja, na odgovarajući način, potraživanja nužnog naslednika. Osim toga, buduća redakcija zakonskog teksta mogla bi biti praćena: otklanjanjem nepreciznosti slova zakona o tome koji sve pokloni ulaze u obračunsku vrednost zaostavštine; pružanjem potpunije zaštite nužnim naslednicima, uzimanjem u obzir poklona učinjenih trećim licima u dužem vremenskom periodu od propisanog; pravičnijim uređenjem pitanja nasledivosti prava na nužni deo; bližim normativnim oblikovanjem odnosa raspolaganja u dozvoljene svrhe i nužnog dela, i unošenjem posebnog pravila o obaveznom navođenju uzroka isključenja iz nasleđa u zaveštanje.

*Prof. Nataša Stojanović, LL.D.*  
Associate Professor  
*Novak Krstić, Teaching Assistant*  
Faculty of Law  
University of Niš

## **SOME NOTICES ABOUT LEGAL SUCCESSION AND SUCCESSION OF EXIGENT SHARE**

### *Summary*

The subject of the authors attention in this paperwork are certain solutions within the Legal Succession and the Succession of Exigent Share in current hereditary regulations. Without denying a value and a quality of the legal text in the part which refers to intestate succession, the authors point out, with arguments, that the changes and supplements of some legal solutions can be justified and there is a need of introducing some new rules in order to bring hereditary regulations closer to social reality.

**Key words:** current hereditary regulations, Intestate Succession, Exigent Share Succession.

NEKA ZAPAŽANJA O ZAKONSKOM I NUŽNOM NASLEĐIVANJU...

---



UDK: 347.44:339.54

Prof. dr Aleksandar Ćirić

Doc.dr Predrag Cvetković

## BITNA POVREDA UGOVORA U OPŠTIM IZVORIMA MEĐUNARODNOG PRIVREDNOG UGOVORNOG PRAVA\*

### 1. Uvodne napomene

Analiza pojma i karakteristika bitne povrede ugovora ima za cilj da, uzimajući ovaj institut kao paradigmu procesa razvoja obligacionog prava (pri čemu se ovaj proces od strane pojedinih autora, ne sasvim neopravdano, naziva „komercijalizacija građanskog prava“), ukaže na pravni značaj i uslove postojanja bitne povrede ugovora u savremenim izvorima međunarodnog privrednog ugovornog prava.<sup>1</sup>

Sam rad struktuiran je na sledeći način: najpre se, u cilju opredeljenja okvira istraživanja, kao prethodno pitanje definiše pojam opštih izvora međunarodnog privrednog ugovornog prava i njihov međusobni odnos. Centralni deo rada posvećen je pojmu bitne povrede ugovora kao ključnog instituta na kome se bazira sistem sankcija za kršenje ugovornih obaveza kod međunarodnih poslovnih transakcija u režimu ovih izvora. Formulisan kao pravni standard, najpre

\* Rad je nastao u okviru Projekta br. 149043D, koji finansira Ministarstvo nauke i zaštite čovekove okoline Republike Srbije i prezentovan je na međunarodnom naučnom skupu „Aktuelna pitanja građanske kodifikacije“, održanom na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu 20. 05. 2008. godine.

<sup>1</sup> Primetna je tendencija da se akademska pravna zajednica Republike Srbije u sve većoj meri angažuje u analizi opštih izvora međunarodnog privrednog ugovornog prava (više o ovim izvorima videti *infra* tač. 1. 1. ovog rada). Skromno zapažanje koautora je da zastoj u razvoju takvog angažovanja, nastao tokom poslednje decenije XX veka, više ne postoji (vredno je napomenuti da je upravo prošla decenija, istovremeno period kako pune ekspanzije prihvatanja i primene navedenih dokumenata, tako i temeljnog interesovanja prestižne jurisprudencije za njihova rešenja). Niz radova i respektabilan broj monografija domaćih autora koji se bave navedenom materijom hrabri i ukazuje na postojanje značajne akademske grupacije čiji je predmet istraživanja upravo savremeno privredno ugovorno pravo sa elementom inostranosti (tzv. nova „*lex mercatoria*“). Videti npr: Ćirić, Aleksandar/ Đurović, Radomir, „*Međunarodno trgovinsko pravo- posebni deo*“, Niš, 2005; Draškić, Mladen/ Stanivuković, Maja, „*Ugovorno pravo međunarodne trgovine*“, Službeni list SCG, Beograd, 2005; Varadi, Tibor/Bordaš, Bernardet/Knežević, Gaša/ Pavić, Vladimir, „*Međunarodno privatno pravo*“, 9. izdanje, 2007, str. 424; Pavić Vladimir/ Đorđević, Milena, „*Primena Bečke konvencije u praksi Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije*“, Pravo i privreda br. 5-8/2008, str. 572-616. Temelje mnogim od navedenih i drugih istraživanja, ne samo u domaćoj, već i u stranoj pravnoj literaturi, postavila je prof. dr Jelena Vilus svojom, sada već čuvenom monografijom „*Komentar Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*“ (Informator, Zagreb, 1981). Rad prof. Vilus na unifikaciji međunarodnog privrednog ugovornog prava jeste vodič i podsticaj onom delu pravničke zajednice koji se bavi navedenom materijom.

u Konvenciji UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (u daljem tekstu i: Bečka konvencija; BK), a potom i u UNIDROIT načelima međunarodnih trgovačkih ugovora (eng. „*UNIDROIT Principles on International Commercial Transactions*“; u daljem tekstu i: UCP), te Načelima evropskog ugovornog prava (eng. *Principles on european contract law*“; u daljem tekstu i: PECL), institut bitne povrede ugovora predmet je intenzivnog interesovanja kako akademskih krugova, tako i praktičara koji navedeni institut tumače prilikom rešavanja sporova nastalih povodom konkretnih poslovnih odnosa.<sup>2</sup>

Analiza odredbe člana 25. Konvencije kojom se definiše pojam bitne povrede ugovora, praćena je izlaganjima o korespondentnim normama UCP i PECL. Ova analiza predstavlja pokušaj da se pregledom relevantnih akademskih razmatranja i praktičnih tumačenja ovog instituta pokuša apstrahovanje pravca njegove primene kao pravnog standarda<sup>3</sup>.

### 1. 1. Opšti izvori međunarodnog privrednog ugovornog prava

Kodifikacija i harmonizacija međunarodnog privrednog ugovornog prava svojom dinamikom i suštinom ključni su procesi izgradnje pravnih pravila međunarodnog prometa robom, uslugama i novcem.<sup>4</sup> U oblasti ugovornog prava, po kriterijumu širine regulisanja i tendencije razvoja intenziteta primene **najznačajniji rezultat ovih procesa je nastanak opštih izvora međunarodnog privrednog ugovornog prava: UNIDROIT načela i Načela evropskog ugovornog prava. Ovi izvori svojom sadržinom, suštinom i funkcijom predstavljaju ekvivalent opšteg dela obligacionog prava nacionalnih pravnih sistema. Navedeni izvori se, međutim, ne mogu u potpunosti razumeti niti se njihova rešenja mogu efikasno interpretirati bez poznavanja pravila sadržanih u Bečkoj konvenciji, koja im je prethodila.** Konvencija je, uređujući ugovor o međunarodnoj prodaji robe, postavila osnov za nastanak UCP i PECL,

<sup>2</sup> Više o Bečkoj konvenciji i njenom odnosu sa drugim opštim izvorima međunarodnog privrednog ugovornog prava videti u: Ćirić, Aleksandar/Cvetković, Predrag, „*Međunarodno trgovinsko pravo - stručni eseji*“, Niš, 2001. godina, str. 166-180.

<sup>3</sup> Standardi kao metod regulisanja međunarodnih poslovnih odnosa imaju izuzetan značaj. Njihova specifična težina veća je nego u nacionalnim zakonodavstvima. Razlog tome su sledeće činjenice: međunarodno poslovno pravo bazirano je na iskustvu, „širokim potezima“, te „jednako sluša koliko i govori“; potom, međunarodne organizacije koje donose dokumente čiji je cilj regulisanje međunarodnih ekonomskih odnosa (bilo da su u formi „*ius conventionis*“, bilo izvori „mekog normativiteta“-e. „*soft law*“) imaju reaktivni pristup u odnosu na potrebe „međunarodne zajednice trgovaca“; na kraju, arbitraže i sudovi razvijaju dalje ove standarde na način koji je u „duhu“ dokumenata. Takav pristup ne bi bio moguć kada bi norme međunarodnog poslovnog prava bile formulisane striktno i bez ostavljanja dovoljno široke „margine za tumačenje“. Videti više u: Kronke, Herbert, „*The UN Sales Convention, The UNIDROIT Contract Principles and the Way Beyond*“, *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25, 2005-2006, str. 451-465, na strani 459.

<sup>4</sup> Više o razlici između kodifikacije i unifikacije videti u: Draškić, Mladen/Stanić, Maja, op. cit, str. 17-37.

koji su njena rešenja nadgradili, ali ih i neretko koristili kao inspiraciju za razvoj novih koncepcija. Imajući u vidu napred navedeno, razmatranje o UCP i PECL ni u kom slučaju ne može biti potpuno ukoliko se iz njega eliminiše značaj rešenja Bečke konvencije.<sup>5</sup>

1.1.1. **Bečka konvencija je** „tipičan predstavnik vrste” kada se radi o regulisanju međunarodnih poslovnih odnosa metodom zvanične unifikacije i kreiranjem dokumenta sa karakterom *ius conventionis*. Po tempu prihvatanja (stupanje na snagu nakon pet godina u čak 34 države) Konvencija predstavlja primer bez presedana u istoriji unifikacije i harmonizacije međunarodnog trgovinskog prava.<sup>6</sup>

Značaj Bečke konvencije je nesumnjiv. Njenim donošenjem su, u ključnim pitanjima, prevaziđene podele koje su ometale međunarodnu trgovinu. U užem smislu, prihvaćena je i primenjuje se bez obzira na karakteristike nacionalnih pravnih sistema i njihovu pripadnost određenoj pravnoj civilizaciji (anglosaksonskoj ili kontinentalnoj). U širem smislu, Konvencija je prethodnica UCP i PECL, i otvorila je put za dokumente koji svojom sadržinom pretenduju da formiraju opšti deo međunarodnog privrednog ugovornog prava. Kao i u svakom pravnom dokumentu, u njoj se mogu naći namerno ostavljene praznine ili pravni standardi, ostavljeni tumačenju sudova i arbitraža. Ukupno gledano, Konvencija je opravdala svoje postojanje, uzimajući u obzir okolnosti u kojima je nastala. Njome je izvršena najviša moguća integracija različitih koncepcija u nezavisni i funkcionalni sistem regulisanja međunarodne prodaje.

<sup>5</sup> Dinamika nastanka navedenih izvora (Bečka konvencija usvojena je 1980. godine; UCP 1994. a PECL 1998. godine) identična je sa razvojem opšteg dela obligacionog prava nacionalnih pravnih sistema. Naime, opšti deo nacionalnih obligacionih legislativa nastao je na bazi pravnog regulisanja ugovora o prodaji kao osnovnog pravnog izraza ekonomskog zakona vrednosti. O ovoj dinamici videti više u: Jankovec, Ivica, „*Transformacija cene kao elementa ugovora o prodaji*“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 1976. Slično i: Magnus, Ulrich, „*General Principles of UN Sale Law, Rabels Zeitschrift for foreign and international Private Law*“, Vol. 59, Issue 3-5, str. 16: „Unifikacija trgovačkog prava, barem ona sa izgledom na uspeh, mogla je da započne samo sa ujednačavanjem pravila za regulisanje ugovora o prodaji kao osnovnog instrumenta robnog prometa“.

<sup>6</sup> Videti: Kronke, op. cit, str. 452. Prema podacima sa web stranice Komisije UN za međunarodno trgovinsko pravo (www.uncitral.org), broj država koje su Konvenciju ratifikovale je 70. Bivša SFRJ ratifikovala je Konvenciju 27. marta 1985. godine („Sl. List SFRJ, dodatak „Međunarodni ugovori” br. 10/84). Indikator o broju rešenih sporova jeste činjenica da je u reprezentativnoj bazi sudskih i arbitražnih odluka donetih primenom Bečke konvencije (www.unilex.info) sadržan tekst 726 takvih odluka. Kada je reč o primeni Konvencije na pravnom prostoru Republike Srbije, u prilog rastućeg značaja Konvencije navodi se činjenica da je u poslednjih 7 godina Spoljnotrgovinska arbitraža pri Privrednoj komori Republike Srbije donela preko 80 odluka u kojima su njene odredbe korišćene u cilju rešavanja konkretnih arbitražnih sporova. Više o ovome videti u: Pavić, Vladimir/Đorđević, Milena, „*Primena Bečke konvencije u arbitražnoj praksi Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije*”, Pravo i privreda br. 5-8/2008, str. 572-616. Reč je o prvoj iscrpnoj i fundiranoj analizi primene Konvencije u domaćoj arbitražnoj praksi.

1. 1. 2. Dok je konvencijsko pravo bilo pogodna forma uređivanja jednog ugovora međunarodnog prometa (prema kriterijumu učestalosti najznačajnijeg), identičnu metodologiju nije bilo moguće primeniti u slučaju međunarodnog regulisanja opšteg dela međunarodnog privrednog ugovornog prava. Osnovni razlog za ovakav razvoj jeste činjenica da konvencije, po pravilu, predstavljaju kompromis nacionalnih pravnih sistema. Kompromisna priroda konvencijskog prava neophodna je za postizanje kritičnog broja ratifikacija kojim se uslovljava stupanje na snagu konvencije u pitanju. Upravo je u tome potencijalna slabost unifikovanja i harmonizacije putem konvencijskog prava: ono često nije ništa više od **pravnog ekvilibrijuma sa dvosmislenim (eklektičkim) pravilima koja se u praksi retko primenjuju**. Da bi se takva situacija izbegla, **pravници su izabrali alternativu: stvaranje autonomnog skupa pravnih regula čija se obaveznost ne zasniva na njihovom prihvatanju od strane država, već na funkcionalnoj prilagođenosti sadržine ovih dokumenata potrebama svetske poslovne zajednice. Prihvatanje ovog metodološkog pristupa omogućilo je nastanak dokumenata poput UNIDROIT načela i Načela evropskog ugovornog prava**. Ovi dokumenti sadrže pravila za čije usvajanje odlučujući kriterijum nije bio, kao kod stvaranja *ius conventionis*, konstruisanje kompromisnih rešenja koja će države prihvatiti kao relevantne izvore regulisanja međunarodne poslovne prakse. Umesto toga, oni promovišu, posmatrano kroz potrebu za efikasnim i sigurnim odvijanjem međunarodnog prometa, pravno najcelishodnije koncepcije. Za primenu UNIDROIT načela i Načela evropskog ugovornog prava nije potrebno da njihova pravila, poput konvencijskih, budu zvanično prihvaćena od strane država. Ovi akti trebalo bi da se primenjuju zahvaljujući snazi njihovih rešenja i autoritetu institucija u okviru kojih su nastali.

**UNIDROIT načela međunarodnih trgovačkih ugovora (UCP)**, usvojio je je Institut za unifikaciju privatnog prava u Rimu 1994. godine.<sup>7</sup> Namenjeni su regulisanju međunarodnih poslovnih transakcija. U radu na UCP konsultovane su vlade 56 zemalja, pravnici i poslovni ljudi širom sveta.

Prvo izdanje UCP iz 1994. godine sadržalo je 119 članova, podeljenih na Preambulu i sedam poglavlja. Godine 2004. izašla je nova verzija UCP sa ukupno 185 članova podeljenih u 10 poglavlja.<sup>8</sup> Svaki član povezan je sa komentarom. Komentar predstavlja sastavni deo UCP i sadrži objašnjenja i hipotetičke primere za moguću primenu Načela.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Rad na donošenju UCP započeo je 1971. godine. Tada je formirana Komisija koju su činili: Rene David, Clive M. Schmitthoff i Tudor Popescu. Prvi je bio predstavnik anglosaksonske pravne civilizacije, drugi kontinentalnih pravnih sistema, a treći prava socijalističkih zemalja.

<sup>8</sup> Na svojoj 84. sesiji održanoj 2005. godine Savet UNIDROIT-a formirao je novu radnu grupu koja radi na trećoj ediciji Načela. Više informacija videti na: <http://www.unidroit.org/english/workprogramme/study050/main.htm>

<sup>9</sup> Tekst UCP i komentar na više svetskih jezika dostupni su na web stranica: [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org). Pun tekst Načela dostupan je na web stranici UNIDROIT-a ([www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)). O karakteristikama UCP videti više u: Vilus, J, Načela međunarodnih trgovinskih ugovora, *Pravni život*, 11/98, str. 413-429.

UCP nemaju prirodu *ius conventionis*, s obzirom da njihova primena nije uslovljena prihvatanjem od strane država. Obavezni su samo ako ih strane izaberu kao merodavno pravo za njihov ugovor.<sup>10</sup> Oni su kompletan pravni dokument koji treba da služi: a) kao uzor za nacionalne legislative;<sup>11</sup> b) kao sredstvo za popunjavanje pravnih praznina u slučajevima kada strane nisu odredile nadležno pravo, ili kada konvencije i merodavno pravo nemaju rešenje za konkretno pitanje;<sup>12</sup> i c) kao podsetnik učesnicima u međunarodnom prometu za pitanja koja se njihovim ugovorom imaju urediti, uz mogućnost preuzimanja svih ili samo pojedinih rešenja UCP.

Ove karakteristike UCP posledica su nove metodologije kojom su se redaktori služili prilikom njihovog donošenja. Oni nisu rezultat apstrahovanja opštih pravila iz velikog broja postojećih normi nacionalnih zakona, već napora da se iz opšteg pristupa izvedu teorijski utemeljeni principi primenljivi u praktičnom diskursu. U tom cilju, prilikom rada na njihovom tekstu u obzir su uzeti kako određeni pravni sistemi, tako i međunarodni dokumenti, kao što je Bečka konvencija.<sup>13</sup>

Uspeh UCP zavisio je od sledećih faktora: kompatibilnosti njihovih odredbi sa potrebama međunarodne poslovne zajednice, predvidljivosti rezultata u primeni i potencijalu za smanjenje koštanja zaključenja i izvršenja međunarodnih transakcija. Bez namere da se ulazi u dublju analizu ispunjenja navedenih uslova, podatak da su se sudije i arbitri u više od 150 sudskih i arbitražnih odluka pozivali na odredbe UCP, govori da su Načela prihvaćena od tzv. „svetske zajednice trgovaca” kao relevantan izvor uređivanja međunarodnih poslovnih transakcija.<sup>14</sup>

---

Lista učesnika koji su radili na tekstu UCP dostupna je na: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/matchup/general-observations.html>.

<sup>10</sup> "Načela će se primeniti samo kada ga strane proglase pravom nadležnim za regulisanje njihovog ugovora" (čl. 2. Preambule UCP).

<sup>11</sup> Videti čl. 6. Preambule UCP.

<sup>12</sup> Videti čl. 4. Preambule UCP.

<sup>13</sup> Kreatori UCP su u većini slučajeva pratili rešenja Bečke konvencije. U slučajevima kada regulisanje određenog pitanja ne pokazuje simptome "trilog kompromisa" ili anahronosti, UCP ne teže originalnosti po svaku cenu. Međutim, mogu se identifikovati odstupanja od pojedinih, po značaju ključnih, članova Konvencije. Jedno od takvih odstupanja, okarakterisano (sa mnogo preterivanja) kao "spektakularno" (Kronke, op. cit, str. 456) jeste proširivanje generalne obaveze postupanja u dobroj veri kako u predugovornoj fazi tako i kroz čitav tok ugovora (videti član 1. 7. UCP). Sa druge strane, član 7. 1. Konvencije, koji utvrđuje kriterijume primene načela dobre vere (savesnosti i poštenja) nije izričito predvideo primenu ovog načela i na fazu pregovora: to su učinili sudovi i arbitraže koji su primenjivali navedeni član BK za utvrđivanje predugovorne odgovornosti kod međunarodne prodaje robe. UCP su ovakvu tendenciju samo detektovali i formulisali je u svom tekstu. O primeni principa "dobre vere" u Konvenciji videti više u: Cvetković, Predrag, "Tumačenje ugovora o međunarodnoj prodaji robe: uloga načela savesnosti i poštenja i problem "međunarodne interpretacije"', Pravo i privreda br. 5-8/01, str. 966-979.

<sup>14</sup> Podatak naveden prema: Kronke, op. cit, str. 455. UCP bili su primenjivani na široku paletu ugovornih instrumenata (prodaja, ugovor o delu, ugovori o građenju, distribuciji, potom ugovori o vlasničkim promenama preduzeća-preuzimanja i spajanja itd.). Kao primer širine primene UCP, može

UNDIROIT načela i Konvencija primer su plodne koegzistencije „dinamičkog” (UCP) i „statičnog” (Konvencija) instrumenta. Sudovi i arbitraže dobili su mogućnost da kritičko sagledavaju rešenja Konvencije u svetlu UCP načela kojima se modifikuje režim ustanovljen Konvencijom, bilo novim tumačenjima, bilo uređivanjem pitanja koja, sticajem okolnosti, vremena i forme njenog donošenja nisu mogla biti regulisana Konvencijom.<sup>15</sup> Pri tome, napredak UCP u odnosu na Konvenciju nije rezultat razlika u kvalitetu rada njihovih kreatora, već u u prirodnoj evoluciji transnacionalnog poslovnog prava i činjenici da nezavisni eksperti (kreatori UCP) „*per definitionem*” imaju više „hrabrosti” u odnosu na pregovarače koji učestvuju na međunarodnim konferencijama (poput one na kojoj je usvojen tekst Konvencije). Odgovornost ovih pregovarača prema njihovim političkim nalogodavcima često je faktor autocenzurisanja sopstvenih kreativnih potencijala za iznalaženje najcelishodnih rešenja.<sup>16</sup>

**Principe evropskog ugovornog prava (PECL)** objavila je Komisija za evropsko ugovorno pravo. Deo I PECL je publikovan 1995. godine. Potom je 1999. godine Komisija objavila revidirani deo I i novi deo II Principa. Godine 2003. Komisija je predstavila deo III PECL, koji je sadrži, između ostalog, nova pravila za slučajeve kada na strani dužnika i/ili poverioca ima više lica; uređuje se i institut zastarelosti, uslovi zamene dužnika itd.<sup>17</sup>

PECL sadrže pravila i načela koja su refleksija uobičajenih shvatanja o rešavanju problema ugovornog prava unutar Evrope. Svrha principa je da služe kao: baza za kasniju formulaciju Evropskog građanskog zakonika; pravni vodič za

---

se uzeti model ugovora COVISINT (sistem elektronskog tržišta za snabdevanje delovima automobilske industrije, u kome učestvuju korporacije poput Daimler-Chrysler-a, Ford-a, General Motors-a, Nissan-a, Peugeot-a i Renault-a; videti [www.covisint.com](http://www.covisint.com)). Ovaj ugovor upućuje na primenu UNIDROIT načela. Primer je karakterističan jer se radi o ugovorima u kojima učestvuju akteri sa približno jednakom pregovaračkom snagom, pri čemu su njihovi “pravni koreni” u četiri različita pravna sistema (Nemačka, SAD, Japan, Francuska).

<sup>15</sup> Ovaj proces svoj osnov ima u preambuli UCP; videti *supra* napomenu 12.

<sup>16</sup> Primer “preformulisanja” rešenja Konvencije u cilju dobijanja na konciznosti jesu odredbe UCP o višoj sili (čl. 7. 1. 7) i pravu na obeštećenje u slučaju kršenja ugovora (čl. 7. 4. 1). UCP sadrže i rešenja o pitanjima koja nisu uređena Konvencijom, kao što je predugovorna odgovornost (čl. 2. 1. 15. i 2. 1. 16) i zastarelost (čl. 10. 1. -10. 11). Ima ideja da se UCP od izvora sa karakterom „mekog normativiteta” konvertuju u „*ius conventionis*” (videti: Lando, Ole, „*CISG and its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law*”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 53, 2005, str. 379-400, na strani 383.). Sa druge strane, ima i jednako zasnovanih mišljenja da bi se time uklonila fleksibilnost kao jedna od osnovnih prednosti UCP u odnosu na Konvenciju (videti: Berger, Claus, “*Creeping Codification of the Lex Mercatoria*”, *Kluwer Law International*; 1<sup>st</sup> edition, 1999).

<sup>17</sup> Istorijat donošenja PECL počinje 1976. godine, kada je profesor Ole Lando predložio donošenje "Evropskog jednoobraznog trgovačkog zakonika". Komisija za evropsko ugovorno pravo (nazvana "Lando" Komisija, u čast njenog osnivača) ustanovljena je 1982. godine, uz podršku Evropske komisije. „Lando” Komisija sastavljena je od eksperata koji nisu istupali kao delegati svojih vlada, već kao pojedinci sa etabliranim naučnim i stručnim autoritetom. Pun tekst PECL dostupan je na internet adresi: <http://www.ufsia.ac.be/-estorme.cecl.html>.

organe Evropske unije; osnov za formulisanje pravila ugovornog prava država članica Unije; pravila koja će se primenjivati pred sudovima za međunarodne trgovačke ugovore koji se sklapaju na unutrašnjem tržištu Unije. PECL se, u skladu sa principom autonomije volje, mogu primenjivati i kao merodavno pravo koje su ugovarači izabrali.

PECL se primenjuju kako na "domaće" evropske ugovore (ugovore koji se sklapaju između trgovaca unutar jedne od zemalja članica EU), tako i na „transevropske“ ugovore (ugovore koji se sklapaju među trgovcima koji pripadaju različitim državama članicama EU). PECL se takođe primenjuju ne samo na trgovačke, već i na potrošačke ugovore. Pravila PECL mogu se primeniti i onda kada su se ugovorne strane saglasile da će njihov ugovor biti uređen u skladu sa "opštim pravnim principima" ili principima "*lex mercatoria*."<sup>18</sup> Pored toga, rešenja PECL mogu služiti kao pravo za popunjavanje pravnih praznina, ukoliko pravni sistem koji se primenjuje na ugovor u pitanju nema odgovarajuće rešenje.<sup>19</sup> Suštinski uticaj rešenja Konvencije vidljiv je u odredbama PECL.<sup>20</sup>

## 2. Pojam bitne povrede ugovora: ciljevi i karakteristike

*“Povreda ugovora koju čini jedna strana smatraće se bitnom ukoliko se njome prouzrokuje takva šteta drugoj strani da je suštinski lišava onoga što je opravdano očekivala od ugovora, izuzev ako takvu posledicu nije predvidela strana koja čini povredu, niti je može predvideti razumno lice istih svojstava u istim okolnostima” (član 25. Bečke konvencije).*

Institut bitne povrede ugovora je „zid nosač“ Bečke konvencije kada se radi o sistematizaciji pravnih sredstava koja stoje na raspolaganju ugovoru vernoj strani.<sup>21</sup> **On je kriterijum razlikovanja uslova primene redovnih sredstava na raspolaganju oštećenoj strani (nadoknada štete i smanjenje cene), i radikalnih mera kao što je izjavljivanje raskida.**<sup>22</sup> Ovu funkciju institut bitne povrede ugovora realizuje kroz utvrđivanje pretpostavki čije je ispunjenje neophodno da bi oštećena strana mogla da izjavi raskid ugovora **bez ostavljanja naknadnog roka**

<sup>18</sup> Videti član 1. 101. st. 3. pod a). PECL. Istovetnu odredbu u Preambuli (čl. 3.) sadrže UCP.

<sup>19</sup> Videti član 1. 101. st. 4. PECL. Istovetnu odredbu imaju i UCP (čl. 4. Preambule).

<sup>20</sup> Više o ovom uticaju, kao i o međusobnom odnosu UCP, PECL i Bečke konvencije, videti više u: Cvetković, Predrag, *“Unifikacija opšteg dela Međunarodnog privrednog ugovornog prava”* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, Pravni fakultet, 1999. – Br. 38-39 (1998-1999), str. 210-224.

<sup>21</sup> Videti: *“Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sale Convention”*, Cesare Massimo Bianca & Michael Joachim Bonell eds., Milan (1987), str. 205 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb25.html>).

<sup>22</sup> Posledica bitne povrede ugovora je ovlašćenje jedne od strana da raskine ugovor (čl. 49 i 64 BK). Koncept se koristi da se utvrde kriterijumi raskida u situacijama kada je došlo do neizvršenja ugovora, (čl. 51. BK), potom kod anticipatornog raskida ugovora (čl. 72. BK) i raskida ugovora sa uzastopnim isporukama (čl. 73 BK).

**za ispunjenje obaveze strani koja je prekršila ugovor.**<sup>23</sup> Načelno govoreći, ukoliko je povreda ugovora bitna, druga strana ovlašćena je da odmah raskine ugovor. U suprotnom, može zahtevati samo nadoknadu štete, odnosno, u određenim okolnostima, izvršenje ugovora.<sup>24</sup> Pravo na raskid postoji i kada povreda ugovora nije bitna, ali je uslovljeno različitim zahtevima Konvencije.<sup>25</sup>

**Dva su uslova postojanja bitne povrede:**

- a) lišavanje druge strane onoga što je suštinski očekivala od ugovora<sup>26</sup>, i
- b) da je strana koja je povredu izvršila mogla predvideti da se njome druga strana suštinski lišava onoga što je opravdano očekivala od ugovora, ili da je suštinsko lišavanje moglo predvideti razumno lice istih svojstava u istim okolnostima kao i strana koja čini povredu.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> Videti: *El-Saghir, Hossam, "Fundamental breach: Remarks on the manner in which the Principles of European Contract Law may be used to interpret or supplement Article 25 CISG"*; July 2000 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp25.html>).

<sup>24</sup> Videti: Ziegel, S. Jakob/Samson, Claude, "Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods", July 1981, str. 23 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/articles/english2.html>).

<sup>25</sup> Videti npr. čl. 47. i čl. 64. BK.

<sup>26</sup> Više o ovom uslovu videti više *infra* tač. 2. 1. ovog rada

<sup>27</sup> O ovom uslovu videti više *infra* tač. 2. 2. ovog rada. Kada se radi o koncepcijama nacionalnih pravnih sistema, **englesko pravo** deli sve uslove (odredbe) ugovora na *conditions* and „*warranties*“. „*Condition*“ je odredba čija sadržina je "srž", svrha ugovora. „*Warranties*“ nisu suštinski, već samo dopunski uslovi koji služe ostvarenju glavne svrhe ugovora. Kršenje „*warranties*“ ne daje oštećenoj strani pravo da ugovor raskine, već je samo ovlašćuje na naknadu štete. **Italijansko pravo** predviđa da se ugovor ne može raskinuti ukoliko je neispunjenje jedne od strana od malog značaja, s obzirom na interes druge strane. *A contrario*, ugovor se može raskinuti kada je neizvršenje od velikog značaja za drugog ugovarača, s obzirom na njegov interes. U **francuskom pravu**, prihvatanje ili odbijanje zahteva za raskid ugovora je u diskreciji sudije. **Germsanska prava, poput austrijskog ili nemačkog**, sadrže pravila za raskid ugovora zbog neizvršenja pojedinih ugovornih obaveza. Ona ne poznaju jedinstvene koncepte poput podele na „*warranties*“ i „*conditions*“ (englesko pravo), odnosno mali ili veliki značaj neizvršenja (italijansko pravo). Umesto toga, strane imaju pravo raskida ugovora zbog tzv. "kvalifikovanog kašnjenja", odnosno situacije kada izvršenje nije učinjeno u ugovorom određeno vreme, pri čemu je u samom ugovoru naznačeno da neizvršenje obaveze u naznačenom roku dovodi do gubitka interesa poverioca za ispunjenjem ugovora u celini. Kada je reč o **srpskom** (nekada jugoslovenskom) pravu, u Skicama za Zakonik o obligacijama i ugovorima našla je potvrdu tendencija izražena u Haškom jednoobraznom zakoniku (čl. 10), da se sve povrede ugovora podele na bitne i nebitne, uz priznavanje prava na raskid samo u slučaju postojanja bitne povrede ugovora. Tekst Skica za Zakonik o obligacijama objavljen je u knjizi "Mihailo Konstantinović, Obligacije i ugovori, Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima", edicija Klasici jugoslovenskog prava, Beograd, 1996, str. 67. Prema čl. 95. st. 1. Skica, "povreda ugovora je bitna ako je strana koja je povredila ugovor znala, ili je morala znati, u vreme zaključenja ugovora, da razumno lice istog svojstva, kad bi bilo u istoj situaciji u kojoj je bila druga strana, ne bi zaključilo ugovor da je bilo predvidelo tu povredu i njena dejstva". Zakon o obligacionim odnosima, međutim, nije prihvatio ovako postavljenu konstrukciju. Umesto toga, Zakon jedino sankcioniše situaciju kada je vreme ispunjenja obaveze bitan sastojak ugovora: ukoliko dužnik u tako određenom roku ne ispuni svoju obavezu, ugovor se raskida po samom zakonu (videti st. 1. i st. 4. čl. 125. Zakona o obligacionim odnosima).



UNIDROIT načela i Načela evropskog ugovornog prava prihvatili su osnovnu ideju člana 25. Konvencije. UNIDROIT načela (čl. 7. 3. 1. 2) impliciraju „okolnosti koje su relevantne za određivanje da li je, u datim okolnostima, neizvršenje obaveze takvo da se može smatrati „bitnim neizvršenjem“, i to pre svega: a) da neizvršenje suštinski lišava poverioca onoga na šta je bio ovlašćen da očekuje na osnovu ugovora, izuzev ako dužnik nije predvideo i nije mogao razumno da predvideti takav rezultat (refleksija člana 25. Konvencije); b) striktno izvršenje obaveze koja nije ispunjena od suštinskog je značaja za ugovor; c) neizvršenje je namerno ili nemarno; d) neizvršenje daje poveriocu razlog da veruje da ne može da se pouzda u izvršenje budućih obaveza; e) dužnik će trpeti prekomerni gubitak kao rezultat pripreme ili izvršenja, ako je ugovor raskinut.

Razlog za navođenje ovih okolnosti je da se spreči da se ugovor raskine i kada je povreda nematerijalna ili prosto od minornog značaja (videti Komentar uz član 7. 3. 1. UCP).

Načela evropskog ugovornog prava (čl. 8:103 PECL) definišu tri alternativno definisana slučaja u kojima se ima smatrati da je neizvršenje obaveze (eng. „non-performance“) bitno. Pored prihvatanja koncepcije člana 25. Konvencije (neizvršenje je bitno kada u znatnoj meri lišava oštećenu stranu onoga što je imala pravo da očekuje prema ugovoru, izuzev ukoliko druga strana nije predvidela i nije mogla razumno predvideti takvo lišavanje), PECL utvrđuju još dva slučaja postojanja bitnog neizvršenja:

Prvi slučaj je kada striktno poštovanje obaveze predstavlja suštinski razlog njegovog nastanka;

Drugi slučaj kada se smatra da je neizvršenje obaveze bitno jeste ukoliko je neispunjenje namerno i oštećenoj strani pruža osnov da veruje da ne može da se osloni da će druga strana ispuniti svoje buduće obaveze.

**Postoji suštinski i teleološki identitet Konvencijom predviđenih uslova za postojanje bitne povrede ugovora (termin BK) i bitnog neizvršenja ugovornih obaveza ( prema terminologiji UCP i PECL). Razlika u terminima (bitna povreda- eng. „*fundamental breach*“ i bitno neizvršenje-eng. „*fundamental non-performance*“) stoga nije od značaja za sistematizaciju uslova čije je ispunjenje pretpostavka za utvrđivanje postojanja bitne povrede ugovora.** Uzimajući navedene tvrdnje kao premisu (identitet suštine i cilja korespondentnih odredbi BK, UCP i PECL), u nastavku će biti analizirani uslovi postojanja bitne povrede ugovora u navedenim dokumentima.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Razlika, očigledno sasvim namerna, postoji i u nemačkim verzijama navedenih tekstova („*Wesentliche Nichterfüllung*“ u UCP i PECL; „*Wesentliche Vertragsverletzung*“ u Bečkoj konvenciji). I u prevodu UNIDROIT načela i Načela evropskog ugovornog prava na srpski jezik („*Načela evropskog ugovornog prava*“, prevodilac Vera Gligorijević, Beograd, ECPD, 2003; „*UNIDROIT Načela međunarodnih trgovinskih ugovora*“, ECPD, Beograd, 2003) koristi se izraz „bitno neizvršenje“, dok se u prevodu Bečke konvencije koristi izraz „bitna povreda“ ugovora. U daljem izlaganju ovi termini će se koristiti kao sinonimi.

## 2. 1. Uslovi postojanja bitne povrede ugovora: suštinsko lišavanje i ugovorno očekivanje

Uvođenje suštinskog lišavanja kao uslova postojanja bitne povrede ugovora, novina je koju je Konvencija uvela u odnosu na Haški jednoobrazni zakon o prodaji telesnih pokretnih stvari (ULIS). S obzirom da je reč o novom kriterijumu, u teoriji i praksi primene Konvencije postavilo se pitanje kako interpretirati ovaj uslov bitne povrede ugovora kao pravnog standarda.

Nedoumica je trojaka.

Najpre, pitanje je šta se smatra lišavanjem ugovoru verne strane?

Potom, kada postoji suštinsko lišavanje?

Treće, kada je lišavanje suštinsko u kontekstu ugovornih očekivanja oštećene strane?

**2. 1. 1. Konvencija ne sadrži definiciju termina lišavanje (eng. „detriment“), niti daje primere za to. U takvim okolnostima, komentatori su zauzeli različita tumačenja pojma „lišavanje“.<sup>29</sup> U odsutvu precizne definicije, čini se da termin mora biti interpretiran u svetlu legislativne istorije Konvencije i njene nameravane primene.**

Legislativna istorija člana 25. Konvencije pokazuje da se tokom ovog procesa razvila rasprava o slabostima ULIS kriterijuma za definisanje instituta bitne povrede ugovora. Indikacija za širu primenu pojma lišavanja može se naći u pripremnim dokumentima koji su prethodili Konvenciji. Prema ovim dokumentima, „lišavanje“ nije samo nanošenje štete niti je jednako šteti. Argument za ovu tvrdnju je sadržina člana 74. Konvencije, kojim se daje mogućnost nadoknade štete čak i kada ne postoji bitna povreda ugovora: ekonomski gubitak koji je pretrpela oštećena strana, dakle, nije neophodno jedini odlučujući element za odlučivanje da li je bitna povreda nastupila.<sup>30</sup> Štaviše, lišavanje ne mora ni da ima materijalni karakter. Reč je pre svega o „pravnom lišavanju“, koje se razlikuje od „faktičkog“, materijalnog lišavanja: lišavanje može nastupiti i kada nije naneta materijalna šteta (npr, prodavac nije ispunio obavezu da pakuje robu ili da je osigura, ali je ona stigla bezbedno do mesta opredeljenja; ukoliko je, međutim, kupac izgubio mogućnost da je preproda, postoji lišavanje onoga što je mogao da očekuje od ugovora).

Lišavanje se, dakle, mora interpretirati u širem smislu: sprečeno je ostvarenje svrhe ugovora i ugovoru verna strana nema interes za njegovu izvršenje.

---

<sup>29</sup> Videti više u: *Jafarzadeh, Mirghasem, "Buyer's Right to Withhold Performance and Termination of Contract: A Comparative Study Under English Law, Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980, Iranian and Shi'ah Law"* (2001) (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/jafarzadeh1.html>).

<sup>30</sup> Videti: *Graffi, Leonardo, "Case Law on the Concept of 'Fundamental Breach' in the Vienna Sales Convention": Revue de droit des affaires internationales / International Business Law Journal*(2003) No. 3, 338-349 (Forum Européen de la Communication) Paris, na strani 339-340; (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html>).

Konsekventno tome, postoji interes te strane da ugovor raskine. Mada se u poslovnim odnosima materijalna šteta najčešće koristi kao kriterijum za definisanje da li je ugovor ispunjen ili nije, kod bitne povrede ugovora u smislu člana 25. Konvencije (i korespodentnih odredbi UCP i PECL) šteta nije suštinski kriterijum.<sup>31</sup> Upravo suprotno: ukoliko je nadoknada štete adekvatno sredstvo za eliminisanje posledica neizvršenja obaveze jedne od ugovornih strana, to je indikacija da ne postoji lišavanje u smislu člana 25. Konvencije, pa samim tim ni uslovi za postojanje bitne povrede ugovora.

**2. 1. 2. Kriterijum „lišavanja“ je kompleksan i ne dozvoljava statično interpretiranje. Za definisanje njegovog postojanja u cilju utvrđivanja bitne povrede ugovora od ključnog je značaja „stepenovanje“ ovog kriterijuma. Član 25 Konvencije (kao i korespodentni članovi UCP i PECL) gradaciju realizuju uvođenjem zahteva suštinskog lišavanja, kao relevantnog stepena lišavanja u cilju utvrđivanja postojanja bitne povrede ugovora.** Dakle, da ne bi svako lišavanje bilo razlog za raskid ugovora zbog postojanja bitne povrede,<sup>32</sup> bilo je neophodno ustanoviti stepen lišavanja: ono, prema izričitoj diktiji BK (a potom i u UCP i PECL) mora biti suštinsko. Prilikom rada na Konvenciji bio je identifikovan problem objektivizacije kriterijuma suštinskog lišavanja. To je postignuto vezivanjem uslova suštinskog lišavanja za ono što je ugovoru verna strana od ugovora mogla očekivati: lišavanje je suštinsko ukoliko se iz komparacije „lišavanja“ i očekivanja te strane može zaključiti da je ona izgubila interes za izvršenjem ugovora: ukoliko je to slučaj, postoji bitna povreda ugovora u smislu odredbi Konvencije, UCP i PECL.

**2. 1. 3. Gore navedeno otvara novo pitanje: kojim kriterijumima definisati ugovorna očekivanja oštećene strane, koja su ključna za determinisanje sadržine suštinskog lišavanja kao uslova za nastupanje bitne povrede ugovora?**

U teoriji se ispunjenost uslova iz člana 25. Konvencije (prisutan i u korespodentnim odredbama UCP i PECL) utvrđuje tzv. „testom ugovornih očekivanja“ (eng. „*Contractual Expectations Test*“). Ovaj test ima dve težišne tačke. Prva je da izvor legitimnih ugovornih očekivanja mora biti sam ugovor, a ne

<sup>31</sup> Videti: Lorenz, Alexander, "Fundamental Breach under the CISG", June 1998 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lorenz.html>). Ovakvi stavovi teoretičara podržani su u odlukama sudova i arbitraža koji su primenjivali Bečku konvenciju. Videti: *Judgment by Oberlandesgericht [Appellate Court] Frankfurt, Germany, 17 September 1991; No. 5 U 164/90* (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/910917g1.html>); *Judgment by Zivilgericht [Civil Court] Basel-Stadt, Switzerland, 1 March 2002; No. P 1997/482* (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020301s1.html>); *Judgment by Landgericht [District Court] Saarbrücken, Germany, 2 July 2002; No. 8 O 49/02* (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020702g1.html>).

<sup>32</sup> Raskid je „ultima ratio“ i ima se primenjivati samo izuzetno; ugovori u međunarodnom i poslovnom prometu ne zaključuju se da bi se raskidali, već da bi bili ispunjeni; reč je o primeni načela „in favorem contractus“, u funkciji opšteg načela opštih izvora međunarodnog ugovornog prava.

samo subjektivni osećaj oštećene strane. Drugo, ne samo izričiti ugovorni uslovi, već i ustanovljena praksa između strana, običaji i druge odredbe Bečke konvencije (odnosno UCP i PECL, ukoliko se radi o ugovoru za koji su ovi dokumenti *lex contractus*), mogu se smatrati izvorom za utvrđivanje sadržine legitimnih očekivanja. Postojanje suštinskog lišavanja od legitimnih, ugovorom utvrđenih očekivanja mora biti zasnovano na samom „korenu ugovora” (cilju, svrsi, osnovu obavezivanja).<sup>33</sup>

Iz gore navedenog vidljivo je da, bez obzira što Bečka konvencija ne sadrži dodatne kriterijume definisanja suštinskog lišavanja kao pretpostavke postojanja bitne povrede ugovora, razgraničenje suštinskog od „perifernog” lišavanja (koje ne daje osnov za zaključak o postojanju bitne povrede ugovora) nije ostavljeno suverenoj proceni sudije ili arbitra, već se mora izvršiti analizom ugovornih odredbi, kao i okolnosti na koje upućuju odredbe Konvencije (običaji, praksa ustanovljena između strana). UCP i PECL idu korak dalje u definisanju kriterijuma razdvajanja suštinskog od „nebitnog lišavanja”, utvrđujući da će se smatrati da je povreda ugovora bitna ukoliko je namerna ili je plod nemarnosti (videti čl. 7. 3. 1. 2 UCP i čl. 8. 103. PECL).

## 2. 2. Uslovi postojanja bitne povrede ugovora: predvidljivost suštinskog lišavanja

2. 2. 1. Čak i kada je oštećena strana uspešno dokazala da je izvršena povreda imala dejstvo suštinskog lišavanja ugovornih očekivanja, takvo dokazano lišavanje ne mora bezuslovno značiti postojanje bitne povrede ugovora. **Naime, ukoliko druga strana nije predvidela niti bi razumno lice u istoj situaciji kao strana koja čini povredu moglo predvideti takve posledice, nema uslova za postojanje bitne povrede ugovora.** Da bi strana koja čini povredu ugovora sprečila da se njena povreda smatra bitnom, potrebno je da se posledice takve povrede kvalifikuju kao **nepredvidljive. Reč je o tzv. „uslovnoj klauzuli“ iz definicije bitne povrede ugovora u opštim izvorima međunarodnog privrednog ugovornog prava: odgovor da li je povreda ugovora bitna ili ne, pored posledica te povrede, zavisi i od njihove predvidljivosti za stranu koja krši ugovor.**<sup>34</sup> Posledica uvođenja uslovne klauzule u sistem definisanja bitne povrede ugovora je da, u situacijama kada suštinsko lišavanje druge ugovorne strane predstavlja iznenađenje, **strana koja je izvršila povredu može sprečiti da se njena povreda ugovora kvalifikuje kao bitna dokazujući nepredvidivost takve posledice.** Razlog uvođenja uslovne klauzule leži u potrebi očuvanja balansa

<sup>33</sup> Ziegel, S. Jakob, “*International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*”, Juris Publishing, Matthew Bender (1984), *Jacob S. Ziegel in Galston & Smit ed.*, Ch. 9, str. 9-14: (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ziegel6.htm>). Osnov ovakvog stava je član 9. st. 1. Konvencije („Strane su vezane običajima sa kojima su se složile, kao i praksom uspostavljenom među njima“). Videti i čl. 1. 9. PECL i čl. 1:105. PECL.

<sup>34</sup> Videti: čl. Konvencije, čl. 7. 3. 1. (2) a) UCP i čl. čl. 8. 103 (b) PECL.

interesa ugovornih strana. Pretpostavlja se da strana koja je u znanju mogućih dalekosežnih posledica kršenja ugovora za drugu ugovornu stranu, neće zaključiti ugovor ili će učiniti pojačane napore da spreči njegovo kršenje. Stoga, bitnost povrede u smislu opštih izvora međunarodnog privrednog ugovornog prava zavisi ne samo od njenih posledica već i od njihove predvidljivosti za stranu koja je tu povredu učinila. Ustanovljavanje predvidljivosti posledica povrede kao pretpostavke postojanja bitne povrede ugovora primorava savesnu stranu da prilikom zaključenja ugovora drugoj ugovornoj strani stavi na znanje posledice eventualnog neizvršenja.<sup>35</sup>

**Neuralgičnost pitanja predvidljivosti nastupanja suštinskog lišavanja kao pretpostavke postojanja bitne povrede ugovora, same strane mogu isključiti jasnim definisanjem kriterijuma za postojanje takve povrede.** Kada ugovor izričito utvrđuje da je izvršenje određene obaveze od suštinskog značaja, ostaje malo prostora da se dokaže da je povreda takve obaveze proizvela nepredvidljivo suštinsko lišavanje. *Vice versa*, ukoliko ugovor nije jasan u pogledu definisanja određene povrede ugovora kao bitne, otvoren je prostor za različita tumačenja.<sup>36</sup>

2. 2. 2. Ima stavova da uslov predvidljivosti usvojen u relevantnim odredbama BK, UCP i PECL nosi opasnost da strana koja krši sporazum, neosnovano tvrdi da je posledica suštinskog lišavanja druge strane od legitimnih, na ugovoru zasnovanih očekivanja za nju bila nepredvidljiva. Ova mogućnost sprečava se lociranjem **tereta dokazivanja o nepredvidljivosti posledice kršenja ugovora na ugovarača koji je povredu izvršio.**

Pitanje dokazivanja nepredvidljivosti štete nastale kršenjem ugovora (pri čemu je ova nepredvidljivost u funkciji eliminisanja kvalifikacije povrede ugovora kao bitne u smislu člana 25 Konvencije), ima proceduralni i materijalni aspekt.

**U proceduralnom smislu,** teorija je iz člana 25. Konvencije implicirala, a sudska i arbitražna praksa prihvatila da je teret dokazivanja na strani koja ugovor krši, u skladu sa latinskom sentencom "*Onus probandi incumbit ei qui dicit*".<sup>37</sup> strana koja krši ugovor mora dokazati da nije predvidela suštinsko lišavanje druge ugovorne strane onoga što je ova mogla legitimno očekivati od ugovora.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Analogno rezonovanje prisutno je i u članu 74. Konvencije kojim se utvrđuje visina nanete štete: "Naknada štete za povredu ugovora koju je počinila jedna strana ravna je pretrpljenom gubitku i izmakloj dobiti, nastalim za drugu stranu kao posledica povrede ugovora. Ova naknada ne može biti veća od gubitka koji je strana koja je povredila ugovor predvidela ili je morala predvideti u trenutku zaključenja ugovora kao moguću posledicu povrede ugovora, s obzirom na činjenice koje su joj tada bile poznate ili morale biti poznate". Korespondentne odredbe sadrže i UCP (čl. 7. 4. 4) i PECL (čl. 9:503 PECL). O mogućnosti da se „predvidljivost” veže i za informacije koje je strana koja čini povredu dobila i nakon zaključenja ugovora, videti više *infra* u tač. 2. 2. 3. ovog rada.

<sup>36</sup> Videti: *Graffi, Leonardo, op. cit.*, str. 340.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Ovakvom lociranju tereta dokazivanja prethodi dokazivanje oštećene strane da je pretrpela suštinsko lišavanje u smislu člana 25. Bečke konvencije (isto važi i kada se radi o tumačenju korespondentnih odredbi UCP i PECL). Videti *supra* tačku 2.1. ovog rada.

**Materijalni aspekt dokazivanja nepredvidljivosti** je dvojak. Naime, iz člana 25. Konvencije (i iz korespodentnih odredbi UCP i PECL), može se izvesti zaključak da uslov predvidljivosti sadrži **subjektivni** (strana koja je prekršila ugovor mora dokazati da nije anticipirala suštinsko lišavanje druge ugovorne strane od onoga što je mogla očekivati od ugovora) i **objektivni element** (strana koja je prekršila ugovor mora dokazati da takvu posledicu ne bi predvidelo razumno lice u istim okolnostima kao i strana koja krši ugovor).<sup>39</sup> Sud ili arbitraža imaju, dakle, zadatak da test predvidljivosti sprovedu kako iz subjektivne perspektive strane koja krši ugovor, tako i kroz prizmu objektivne perspektive razumnog trgovca iste vrste u istim okolnostima kao strana koja krši ugovor.

**Subjektivni i objektivni aspekt testa predvidljivosti kumulativno su postavljeni.** Povreda ugovora, čak i kada je dovela do suštinskog lišavanja druge ugovorne strane od onoga što je mogla od ugovora očekivati, neće biti kvalifikovana kao bitna jedino ukoliko je dokazano da je takvo lišavanje bilo nepredvidljivo primenom kako subjektivnog, tako i objektivnog kriterijuma.

**Subjektivni test predvidljivosti suštinskog lišavanja kao preduslova za utvrđivanje postojanja ili nepostojanja bitne povrede ugovora, zavisi od okolnosti konkretnog slučaja, sadržine ugovora, pregovora i prakse ustanovljene između strana.**<sup>40</sup> Osnovano se, međutim, može pretpostaviti da će strana koja je povredila ugovor koristiti mogućnost da se pozove na nepredvidljivost suštinskog lišavanja (merenu subjektivnim testom). Kako nije moguće utvrditi da li je tvrdnja o razlogu nepredvidljivosti lišavanja istinita ili ne, bilo je neophodno uvesti objektivni test predvidljivosti suštinskog lišavanja. Na taj način, personalni kvaliteti strane koja krši ugovor gube odlučujući značaj za utvrđivanje postojanja uslova predvidljivosti: ovo utvrđivanje mora uključiti korišćenje objektivnih kriterijuma. **Objektivni test zasnovan je na standardu razumnog lica, istih svojstava i u istim okolnostima kao i strana koja krši ugovor.**

U prilog kumulativnog karaktera primene objektivnog i subjektivnog testa govori analiza hipotetičkog slučaja, koji može nastati i u praksi: vešti poslovni

<sup>39</sup> Uvođenje standarda „razumnog lica” ima za cilj eliminisanje mogućnosti da se strana koja krši ugovor pozove na shvatanje lica koje su intelektualno, profesionalno i moralno ispod standarda ponašanja u međunarodnoj trgovini (s tim u vezi videti čl. 7. 1. Konvencije, koji predviđa da „prilikom tumačenja ove Konvencije vodiće se računa o njenom međunarodnom karakteru...“; dakle prednost mora biti data međunarodnim, a ne standardima uže primene). Istovremeno, mogućnost da strana koja krši ugovor dokaže da fiktivni trgovac (razumno lice istih svojstava u istim okolnostima kao i strana koja je prekršila ugovornu obavezu) ne bi predvideo da takvo kršenje ima za posledicu „suštinsko lišavanje“ druge ugovorne strane, rizik je koji oštećena strana mora da snosi prema Konvenciji, UCP i PECL.

<sup>40</sup> Videti: Koch, Robert, "The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)": Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1998, Kluwer Law International (1999), str. 229 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koch.html>).

čovjek može da predvidi više nego što bi to moglo da predvideti razumno lice u istim okolnostima. Tada se štetnik ne može kriti iza procene “in abstracto”, odnosno iza standarda znanja “razumnog o lica iste vrste i u istim okolnostima” o predvidljivosti suštinskog lišavanja. **Ipak, razlozi pravičnosti zahtevaju da se tada na oštećenu stranu prenese teret dokazivanja tvrdnje da je strana koja krši ugovor imala sposobnost predviđanja nastupanja suštinskog lišavanja iznad nivoa uspostavljenog standardom „razumnog lica istih svojstava i u istim okolnostima” kao i strana koja je učinila povredu ugovorne obaveze**

Kriterijum shvatanja „razumnog lica” dopunjen je sa još dva elementa.

**Prvi elemenat je da se radi o licu „istih svojstava”** kao što je i strana koja krši ugovor. O ispunjenju ovog kriterijuma u funkciji prosuđivanja o predvidljivosti suštinskog lišavanja, sudovi i arbitraže trebalo bi da odlučuju konstruišući hipotetičko ponašanje trgovca u istoj vrsti poslovnih odnosa.<sup>41</sup> Pri tome, za prosuđivanje relevantna je ne samo ustanovljena poslovna praksa i standardi, već i ukupno socio-ekonomsko okruženje, uključujući i religiju, jezik itd. Što je viši nivo minucioznosti i više relevantnih elemenata uključeno u prosuđivanje o primeni standarda razumnog lica „istih svojstava”, to će lakše sud ili arbitraže, aplikacijom navedenog kriterijuma (standard razumnog lica „istih svojstava”), moći da zaključe o predvidljivosti suštinskog lišavanja strane verne ugovoru.

Drugi element kojim se dopunjuje standard razumnog lica, a u cilju opredeljivanja predvidljivosti suštinskog lišavanja kao pretpostavke postojanja bitne povrede ugovora, jesu **„iste okolnosti”** sa stranom koja krši ugovor. U prosuđivanju o postojanju identiteta okolnosti, uzimaju se u obzir često dinamične a retko statične okolnosti globalnih, regionalnih i nacionalnih tržišta, politička klima, pravni okvir, u najkraćem „najširi spektar relevantnih činjenica u relevantno vreme”.<sup>42</sup>

**2. 2. 3. Kontraverzno pitanje tzv. “uslovne klauzule” definicije bitne povrede ugovora iz člana 25. Konvencije je vreme predvidljivosti suštinskog lišavanja ugovoru verne strane od legitimnih na ugovoru zasnovanih očekivanja (lišavanja nastalog kao posledica povrede koju čini druga ugovorna strana).** Sam član ne daje kriterijume u kom će se momentu prosuđivati

<sup>41</sup> Opredeljivanje nepredvidljivosti suštinskog lišavanja primenom standarda razumnog lica „istih svojstava” biće preciznije ukoliko se procena vrši analizom shvatanja lica u istom sektoru trgovine: standard „razumnosti” može zahtevati viši nivo pažnje u jednom, nego u drugom sektoru poslovnih odnosa.

<sup>42</sup> Na ovom mestu vredno je napomenuti da je osnov za ovakvo shvatanje član 8. st. 3. Konvencije: Prilikom utvrđivanja namere jedne strane ili shvatanja koje bi imale **razumno lice**, vodiće se računa o svim relevantnim okolnostima slučaja uključujući njihove pregovore, praksu koju su strane međusobno uspostavile, običaje i svako docnije ponašanje strana. Videti i čl. 4. 3. UCP. O komparaciji člana 8. st. 3. Konvencije i korespondentne odredbe člana 5:101 PECL videti više u: Stanivukovic, Maja, *Editorial remarks on the manner in which the PECL may be used to interpret or supplement CISG Article 8*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp8.html#mj>

o predvidljivosti suštinskog lišavanja: u vreme zaključenja ugovora, ili u vreme kada je povreda učinjena.<sup>43</sup> Iz pripremljenih dokumenata Konvencije (fr., *travaux préparatoires*) može se zaključiti da je ovo propuštanje namerno, sa ciljem da se sudovima i arbitražama dozvoli da o tome odlučuju prema okolnostima konkretnog slučaja.<sup>44</sup>

U odsustvu jasnog opredeljenja Konvencije, iskristalisala su se dva pristupa.

**Prvi pristup je da je opravdano utvrđivanje momenta zaključenja ugovora kao relevantnog trenutka za definisanje predvidljivosti suštinskog lišavanja od strane ugovarača koji krši ugovor, a u cilju definisanja uslova za postojanja bitne povrede ugovora.** Ovakav stav zastupaju, između ostalih, Schlechtriem i Ziegel: "Ugovor u kojem isporuka nije obavezna ne može da bude pretvoren u transakciju gde je vreme od značaja samo na osnovu toga što je prodavac kasnije saznao da je kupac sebe obavezao da proda robu u određeno vreme".<sup>45</sup> Ziegel intepretira test predvidljivosti u članu 25. Konvencije upućujući na analognu primenu njenog člana 74. koji ovaj test koristi u cilju definisanja visine nadoknade štete.<sup>46</sup> Čini se da je ovo i preovlađujući stav sudske i arbitražne prakse.<sup>47</sup>

**Drugi pristup je da se, pored vremena zaključenja, o predvidljivosti suštinskog lešavanja kao relevantnom kriterijumu za utvrđivanje postojanja bitne povrede ugovora, prosuđuje i na osnovu okolnosti koje su postojale u vreme nakon zaključenja ugovora.** Kod ovog drugog pristupa, postoje nijanse u stavovima.

Pojedini autori, tako, smatraju da bi bilo opravdano da se predvidljivost procenjuje ne samo prema okolnostima koje su postojale u vreme zaključenja ugovora, već i korišćenjem informacija nakon tog trenutka. Ovo bi bilo u skladu sa principom dobre vere, predviđenim Konvencijom.<sup>48</sup> U drugim radovima se sloboda odlučivanja o ovom pitanju ostavlja sudovima i arbitražama.<sup>49</sup>

<sup>43</sup> Ovo pitanje se ne otvara kada se radi o vremenskom lociranju sadržine „legitimnih ugovornih očekivanja“: to je vreme zaključenja ugovora.

<sup>44</sup> Videti: *Flechtner, M. Harry*, "Remedies Under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U.C.C.": 8 *Journal of Law and Commerce* (1988), str. 53-108 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flecht.html>).

<sup>45</sup> Videti: *Slechtriem, Peter*, *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods* str. 60 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem.html>).

<sup>46</sup> Naknada štete za povredu ugovora koju je počinila jedna strana ravna je pretrpljenom gubitku i izmakloj dobiti koji su usled povrede nastali za drugu stranu. Ova naknada ne može biti veća od gubitka koji je strana koja je povredila ugovor predvidela ili je morala predvideti u trenutku zaključenja ugovora kao moguću posledicu povrede ugovora, s obzirom na činjenice koje su joj tada bile poznate ili morale biti poznate (videti čl. 74. Konvencije).

<sup>47</sup> Videti npr: *Judgment by Oberlandesgericht [Provincial Court of Appeal] Düsseldorf, Germany 24 April 1997; No. 6 U 87/96.* (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970424g1.html>).

<sup>48</sup> Videti: *Graffi, Leonardo*, *op. cit.*, str. 341.

<sup>49</sup> Videti: *Fritz Enderlein & Dietrich Maskow*, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oceana Publication (1992), str. 116 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>)



Iz palete stavova da se o predvidljivosti suštinskog lišavanja, kao pretpostavci za postojanje bitne povrede ugovora, ima suditi ne samo u odnosu na tu predvidljivost u momentu zaključenja ugovora, već i kasnije, po svojoj argumentovanosti izdvaja se pristup Honnold-a. Ovaj autor u svom komentaru tvrdi da **informacija koju je strana koja je prekršila ugovor primila isuviše kasno (izvršenje je već započeto) ne može biti argument za tvrdnju da je suštinsko lišavanje druge ugovorne strane bilo predvidljivo: pretpostavljena primena uslovne klauzule člana 25 (predvidljivosti suštinskog lišavanja kao uslov postojanja bitne povrede ugovora) je da se omogući strani koja krši ugovor da obrati pažnju na detalje izvršenja ugovora koje bez takve informacije ne bi mogla anticipirati na drugi način.** U takvom slučaju vreme zaključenja ugovora ostaje relevantan momenat predvidljivosti suštinskog lišavanja. Ipak, Honnold dopušta i izuzetke od ovog principa, to jest “pomeranje” momenta predvidljivosti na momenat nakon zaključenja ugovora, samo do vremena kada su pripreme u svetlu izvršenja već počele ili je trebalo da počnu: *“Ukoliko, na primer, kod prodaje potrošačkih dobara kupac odmah nakon zaključenja ugovora obavesti proizvođača da je neophodno da pakovanje sadrži određene podatke bez kojih ova roba ne može biti predmet dalje preprodaje, što ovom zahtevu daje suštinski značaj, kršenje ovog zahteva biće osnovano smatrano bitnom povredom ugovora”*.<sup>50</sup>

### 3. Zaključna razmatranja

Analiza karakteristika instituta bitne povrede ugovora u opštim izvorima međunarodnog privrednog ugovornog prava (Konvenciji UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe; UNIDROIT načelima međunarodnih trgovačkih ugovora i Načelima evropskog ugovornog prava) pokazuje da je reč o primeru zdravog, na razumnom kompromisu zasnovanog usaglašavanja koncepcija kontinentalne i anglosaksonske pravne civilizacije. Ovo usaglašavanje rezultiralo je stvaranjem koncepcije koja ima karakter „sui generis“ rešenja u odnosu na poznate pristupe nacionalnih pravnih sistema. Ova teza potvrđena je *mutatis mutandis* prihvatanjem rešenja Bečke konvencije iz 1980. godine u UNIDROIT načelima te Načelima evropskog ugovornog prava. Institut bitne povrede ugovore „ključ“ je čitanja i interpretacije sistema sankcija za povredu ugovornih obaveza kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe (što je slučaj kod Bečke konvencije), odnosno međunarodnih trgovačkih transakcija (kod UNIDROIT načela), te intra-evropskih transakcija (Načela evropskog ugovornog prava). Ovu funkciju institut bitne povrede ugovora realizuje kroz utvrđivanje pretpostavki čije je ispunjenje

<sup>50</sup> Videti: *Honnold, O. John, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed., Kluwer Law International, The Hague (1999), str. 208 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho25.html>).

neophodno da bi oštećena strana mogla da izjavi raskid ugovora **bez ostavljanja naknadnog roka za ispunjenje obaveze strane koja je ugovor prekršila**. Takav značaj čini ga zidom nosačem u strukturi gore navedenih dokumenata i zahteva odgovarajuću pažnju pravne nauke.

Definicija bitne povrede ugovora (odnosno bitnog neizvršenja, kako se institut nominuje u UNIDROIT načelima i Principima evropskog ugovornog prava) morala je imati karakter pravnog standarda. Njome se nisu mogle definisati sve okolnosti relevantne za procenjivanje ispunjenja uslova za utvrđivanje postojanja ovog instituta. Načelo *in favorem contractus*, kojim je prožeta Konvencija (ali i UCP i PECL), uslovilo je da se značenje bitne povrede ugovora tumači restriktivno: očuvanje ugovora i ograničavanje prava na raskid su pravno politički *ratio* koji stoji iza načina definisanja instituta i njegove uže interpretacije od strane sudova i arbitraža. Savesno procenjivanje uslova postojanja bitne povrede ugovora mora uzeti u obzir sve okolnosti slučaja, ponajpre: težinu posledica povrede ugovora (suštinsko lišavanje druge ugovorne strane na ugovoru zasnovanih legitimnih očekivanja); prirodu prekršene obaveze (da li se radi o obavezi koja se smatra bitnim elementom ugovora ili ne); mogućnost kupca da na drugi način koristi robu ili je proda. Gore navedene faktore nije uvek moguće egzaktno utvrditi. Stoga, strane koje teže da u svoj ugovorni odnos uvedu viši nivo pravne sigurnosti, mogu isključiti primenu Konvencije ili redefinisati odredbu člana 25. i uslove njegove primene (ova mogućnost tim pre postoji kod PECL i UCP, koji imaju karakter izvora „mekog normativiteta“). Time bi se, *prima facie*, značajno smanjila kontroverza primene instituta bitne povrede ugovora. Redefinisanje ili isključenje primene instituta bitne povrede, međutim, nosi opasnost poremećaja brižljivo građene ravnoteže unutar dokumenata koji predstavljaju opšte izvore međunarodnog privrednog ugovornog prava. Stoga bi se umesto navedenog pristupa strane mogle odlučiti da preko svojih pravnih savetnika formulišu ugovorne odredbe na način koji će im omogućiti visoki stepen prediktabilnosti mogućih rezultata sudske ili arbitražne procene.

Bilo bi pretenciozno sa ovog mesta apelovati da se rešenja, pre svega Zakona o obligacionim odnosima, sagledaju i preformulišu u skladu sa tendencijama prisutnim u opštim izvorima međunarodnog privrednog ugovornog prava. Međutim, ima mesta zalaganju da se analizi ovih izvora posveti dužna pažnja akademskih krugova. Takvo zalaganje daće plodove vrlo brzo, tim pre što se radi o dokumentima koji se već danas mogu smatrati delom naše poslovne, a samim i tim i pravne svakodnevnice.

Aleksandar Ćirić  
Predrag Cvetković

## BITNA POVREDA UGOVORA U OPŠTIM IZVORIMA MEĐUNARODNOG PRIVREDNOG UGOVORNOG PRAVA

### Rezime

Pojam i karakteristike instituta bitne povrede ugovora u opštim izvorima međunarodnog privrednog ugovornog prava (Konvenciji UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe; UNIDROIT načelima međunarodnih trgovačkih ugovora i Načelima evropskog ugovornog prava) pokazuju da je reč o primeru zdravog i na razumnom kompromisu zasnovanog usaglašavanja koncepcija kontinentalne i anglosaksonske pravne civilizacije. Ovo usaglašavanje rezultiralo je stvaranjem koncepcije koja ima karakter „sui generis“ rešenja u odnosu na poznate pristupe nacionalnih pravnih sistema. Ova teza potvrđena je *mutatis mutandis* prihvatanjem rešenja Bečke konvencije iz 1980. godine u UNIDROIT načelima te Načelima evropskog ugovornog prava.

Definicija bitne povrede ugovora (odnosno bitnog neizvršenja, kako se institut nominuje u UNIDROIT načelima i Principima evropskog ugovornog prava) morala je imati karakter pravnog standarda. Iz odredbi navedenih dokumenata, apstrahuju se dve grupe uslova postojanja bitne povrede ugovora: **a)** suštinsko lišavanje druge strane onoga što je suštinski očekivala od ugovora i **b)** da je strana koja je povredu izvršila **mogla predvideti** da se njome druga strana suštinski lišava onoga što je opravdano očekivala od ugovora, ili da je suštinsko lišavanje moglo predvideti razumno lice istih svojstava u istim okolnostima kao i strana koja čini povredu. Definisane bitne povrede ugovora u Konvenciji, UCP i PECL u formi pravnog standarda otvorilo je prostor za njegovu kreativnu interpretaciju. Iz analize dostupnih tumačenja, zaključuje se da su arbitri u procenjivanju ispunjenja uslova postojanja bitne povrede ugovora, bili vođeni dvojakim pristupom: a) uslovi za raskid ugovora, a samim tim i uslovi postojanja bitne povrede ugovora, imaju se tumačiti restriktivno, u skladu sa principom *in favorem contractus*: raskid ugovora bez ostavljanja naknadnog roka moguć je, dakle samo kao izuzetno pravno sredstvo na strani ugovarača vernog ugovornim odredbama; b) uvažavanje prirode međunarodnog privrednog ugovornog prava koje „sluša jednako koliko i govori“, odnosno, kreira ekvilibrijum između onoga što je realna potreba poslovnog života, sa jedne, te neophodnosti očuvanja koherentnosti pravnog sistema koji se na ugovore primenjuje, sa druge strane (u ovom slučaju opštih izvora međunarodnog privrednog ugovornog prava). Arbitraže, kao procesno-pravni segment međunarodnog trgovinskog, pa i međunarodnog privrednog ugovornog prava,

moraju uvažavati činjenicu da su njegovi izvori bazirani ne samo na načelu „apstrahovanja zajedničkih principa” (pristup „*de lege lata*“), već i na potrebi stvaranja celishodnog pravnog sistema koji anticipira budući, dokazano dinamičan razvoj međunarodnih privrednih odnosa (pristup „*de lege ferenda*“). Tumačenje odredbi opštih izvora međunarodnog privrednog ugovornog prava o bitnoj povredi ugovora, dakle, ide u pravcu eliminisanja mogućnosti nastanka pravne „ortodoksije”, uz ostavljanje slobode interpretacije u skladu sa okolnostima konkretnog slučaja.

Ključne reči: bitna povreda ugovora, Bečka konvencija, UCP, PECL, raskid ugovora.

*Aleksandar Ciric, LL.D*  
*Predrag Cvetkovic, LL.D*

## **FUNDAMENTAL BREACH OF CONTRACT IN GENERAL SOURCES OF INTERNATIONAL CONTRACT LAW**

### ***RÉSUMÉ***

The analysis of the definition and the main characteristics of the “fundamental breach of contract” institute in the general part of international contract law (UN Convention on International Sale of Goods-CISG; UNIDROIT Principles on International Commercial Transactions-UCP; Principles on European Contract Law-PECL) shows that this term as the legal tool is the example of well founded and reasonable compromise between the conflicted approaches of two main legal civilization: common law and civil law.

Based on the coordinated and balanced approach, the “fundamental breach” concept has the “sui generis” character in comparison with the approaches of national legal systems. This thesis is fully confirmed with the *mutatis mutandis* acceptance of CISG rule into the set of rules established by UCP and PECL.

The definition of fundamental breach of contract (or “fundamental non-performance”, as the term used in UCP and PECL) has to be in the form of legal standard. From the relevant norms of abovementioned documents, two set of conditions for “fundamental breach of contract” could be derived: a) “substantial deprivation” of one party of what he is entitled to expect under the contract, and b) party in breach did foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would have foreseen such a result.

The definition of fundamental breach of contract in CISG, UCP and PECL in the form of legal standard opened the field for the creative interpretation. From the analysis of available interpretation issued by academics, as well by courts and arbitral tribunals, it could be concluded that those interpretation have twofold approach: a) firstly, the conditions for termination of contract and, consequently, the conditions for establishing the fundamental breach of contract, should be interpreted restrictively, according to the principle “in favorem contractus”: the termination of contract is possible without fixing the additional period of time for the party in breach to cure the breach is last resort for the aggrieved party; b) secondly, interpretation should appreciate the character of international contract law character, which “listens as much as it talks” and establishes the balance between the real need of business circles and necessity to preserve the coherency of legal system applicable to the contract (in this case the system established by the general sources of international contract law)

Arbitral tribunals and courts, as the procedural segment of international contract law, must respect the fact that the documents in which this set of international rules is contained, are based not only on the “de lege lata” approach, but also on the approach “de lege ferenda” (the creation of fully operational set of legal rules which anticipates future development of international economic relations and intends to cover this development in legal sense).

The interpretation of CISG, UCP and PECL rules regarding the “fundamental breach of contract” (“fundamental non-performance”) develops accordingly to the direction which eliminate the possibilities of establishment the “legal orthodoxy” in the application of this institute, and leaves the freedom of creative approach to the courts and arbitrators, according to the particular features of relevant case.

Key words: fundamental breach of contract (fundamental non-performance); CISG; UCP; PECL; termination of contract.

**UDK: 347.44:347.74(430)**

Michael Wietzorek, Erlangen.<sup>1</sup>

Faculty Friedrich-Alexander,

University Erlangen, Nurnberg, Germany

## **PRIVATAUTONOMIE UND ALLGEMEINE BEDINGUNGEN IN VERTRÄGEN ZWISCHEN UNTERNEHMEN**

**Apstrakt:** Cilj rada je analiza različitih stavova kako pravnih teoretičara, tako i praktičara, u odnosu na kontrolu opštih uslova privrednih ugovora od strane pravosudnih organa Savezne Republike Nemačke. Interpretacija određenih zakonskih odredbi Nemačkog građanskog zakonika (BGB)-a kao i činjenica da nemački sudovi, a posebno Vrhovni sud, u ovom smislu ne uvažavaju u dovoljnoj meri razliku između ugovora u privredi i potrošačkih ugovora, razlozi su zbog kojih se u ugovornoj praksi nemačkih privrednika, kao merodavno pravo za ugovore zaključene putem opštih uslova poslovanja privrednih subjekata često bira pravo Švajcarske. Autor kritički analizira relevantne norme zakonodavstva Savezne Republike Nemačke i poredi ih sa korespondentnim pravilima zakonodavstava Bosne i Hercegovine, Bugarske, Crne Gore, Hrvatske, Makedonije, Slovenije i Srbije. Zaključci i zapažanja autora mogu biti od koristi u procesu nastanka budućeg Građanskog zakonika Republike Srbije, pre svega prilikom kreiranja pravila o ugovorima zaključenim na osnovu opštih uslova poslovanja privrednih subjekata.

**Ključne reči:** Opšti uslovi poslovanja; trgovački ugovori; nastanak dužničko-poverilačkih odnosa; unutrašnja kontrola ugovora.

### **I. Einleitung**

„Unternehmen können Verträge nicht frei gestalten – Gerichte unterziehen immer mehr Vereinbarungen zwischen Firmen einer Inhaltskontrolle“ berichtete die Frankfurter Allgemeine Zeitung,<sup>2</sup> und auch bei deutschen Unternehmen setzt sich die Ansicht durch, dass die derzeitige Anwendung des Rechts der Allgemeinen

---

<sup>1</sup> Michael Wietzorek ist Studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Mathias Rohe, M.A., RiOLG a.D. an der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

<sup>2</sup> FAZ vom 11. Oktober 2006.

Geschäftsbedingungen (AGB) auf Verträge zwischen Unternehmen nicht interessen- und praxisgerecht sei.<sup>3</sup> In der deutschen juristischen Literatur ist hierüber in den letzten drei Jahren ein (wissenschaftlicher) Schlagabtausch ausgebrochen. Die Hauptakteure sind auf der einen Seite Prof. Dr. *Friedrich Graf von Westphalen*<sup>4</sup> und der Bundesgerichtshof (BGH) und auf der anderen Seite Prof. Dr. *Klaus Peter Berger*,<sup>5</sup> gestützt von namhaften Anwälten der Siemens AG.<sup>6</sup> Die Problematik geht soweit, dass deutsche Unternehmen zunehmend bei internationalen Sachverhalten statt deutschem Recht das Recht der Schweiz vereinbaren. Manche Autoren sprechen von einer „Flucht ins Schweizer Recht“<sup>7</sup> und sehen sogar den Standort Deutschland durch die derzeitige Anwendung des AGB-Rechts gefährdet, da sich auch ausländische Unternehmen mit der durch die deutsche Rechtsprechung erheblich erschwerten Risikoeinschätzung nicht anfreunden können werden.<sup>8</sup> Hintergrund des gegenwärtigen Meinungsstreits ist eine bereits seit langer Zeit – vielleicht sogar, seit dem es AGB gibt – geführte Diskussion darüber, welche Maßstäbe das befassende Gericht an die Inhaltskontrolle von AGB in Verträgen zwischen Unternehmen zu legen hat. Eine gewisse Tradition in dieser Diskussion hat auch die Universität Erlangen-Nürnberg: Bereits 1977 plädierte der Erlanger Prof. Dr. *Johann Georg Helm* für eine differenzierte Behandlung von AGB in den Anwendungsbereichen gegenüber Kaufleuten und Nichtkaufleuten.<sup>9</sup> Der vorliegende Beitrag soll die Rechtslage und die derzeitige Rechtsprechung, ihre Folgen für die Praxis und die laufende Debatte über diese Thematik darstellen. Kernpunkt der hier vorgestellten Diskussion soll dabei sein, dass der BGH bei der Inhaltskontrolle von AGB nicht sinnvoll zwischen Unternehmer/Unternehmer-Verträgen (sogenannte business-to-business Verträge oder b2b-Verträge) und Unternehmer/Verbraucher-Verträgen (sogenannte

---

<sup>3</sup> *Lischek/Mahnken*, Vertragsverhandlungen zwischen Unternehmen und AGB – Anmerkungen aus der Sicht der Praxis, ZIP 2007, 158, 163.

<sup>4</sup> Siehe z.B. *Graf von Westphalen*, 30 Jahre AGB-Recht – Eine Erfolgsbilanz, ZIP 2007, 149 ff.

<sup>5</sup> Z.B. *Berger*, Abschied von der Privatautonomie im unternehmerischen Geschäftsverkehr?, ZIP 2006, 2149 ff.

<sup>6</sup> *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158 ff.; *Hobeck*, Anmerkung zu ICC-Schiedsspruch vom 29. Januar 2001 (Schiedsverfahren Nr. 10279), SchiedsVZ 2005, 108, 112; *Brachert/Dietzel*, Deutsche AGB-Rechtsprechung und Flucht ins Schweizer Recht, ZGS 2005, 441.

<sup>7</sup> *Brachert/Dietzel*, ZGS 2005, 441; *Hobeck*, SchiedsVZ 2005, 108, 112.

<sup>8</sup> Statt vieler *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158, 163.

<sup>9</sup> *Helm*, Zur Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Verwendung gegenüber Kaufleuten, BB 1977, 1109, 1109. Sprach man früher von Kaufleuten und Nichtkaufleuten, so ist heute von Unternehmern und Verbrauchern die Rede. Verbraucher ist gem. § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Unternehmer sind gem. § 14 Abs. 1 BGB natürliche oder juristische Personen oder rechtsfähige Personengesellschaften, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handeln. Diese Definition gilt allerdings nur in Verbraucher/Unternehmer-Situationen; der „Unternehmer“ im Werkvertragsrecht der §§ 631 ff. BGB ist nicht mit dem des § 14 Abs. 1 BGB identisch.



business-to-customer Verträge oder b2c-Verträge) differenziert. In einem anschließenden Schritt wird rechtsvergleichend dargestellt, wie das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Bosnien-Herzegowina, Bulgarien, Kroatien, Makedonien, Montenegro, Serbien und Slowenien geregelt ist und ob aufgrund der Regelungen und Erfahrungen in diesen Ländern und in Deutschland Handlungsbedarf für den serbischen Gesetzgeber bei der Erstellung des zukünftigen Zivilgesetzbuches besteht. Der vorliegende Beitrag soll dabei lediglich einen kleinen Beitrag zu einem bestimmten Aspekt des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im neuen serbischen Zivilgesetzbuch leisten. Nicht berücksichtigt werden hier beispielsweise die ebenfalls wichtigen Regelungsmaterien der *battle of forms*<sup>10</sup> oder der geltungserhaltenden Reduktion von AGB.<sup>11</sup>

## II. Die Entwicklung des Rechts der AGB in Deutschland

AGB sind eine Folgeerscheinung der industriellen Revolution des 19. Jahrhunderts, welche die Standardisierung und Typisierung früher einzeln ausgehandelter Verträge mit sich brachte. Die Diskussion über die Notwendigkeit, das Recht der AGB gesetzlich zu regeln, begann im Jahre 1935 mit der Monographie „Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ von *Ludwig Raiser* und endete im Jahre 1977 mit dem Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.<sup>12</sup> Bis zu diesem Zeitpunkt fand eine Inhaltskontrolle von AGB durch die Gerichte über die allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit der §§ 138 und 242 BGB<sup>13</sup> statt, und die Rechtsprechung entwickelte ihre – nicht immer einheitlichen – Grundsätze hierzu.<sup>14</sup>

Das Recht der „Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen“ ist heute in §§ 305-310 BGB geregelt. AGB sind gem. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrages stellt. Dabei ist es gem. § 305 Abs. 1 S. 2 BGB gleichgültig, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Bestimmungen in AGB unterliegen einer Inhaltskontrolle durch

---

<sup>10</sup> Dazu z.B. *Berger*, Einbeziehung von AGB in B2B-Verträge, ZGS 2004, 415, 419 f.

<sup>11</sup> Dazu z.B. *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, Köln, 10. Auflage 2006, § 305c Rn. 102.

<sup>12</sup> *Raiser*, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bad Homburg vor der Höhe 1935; siehe auch BT-Drucks. 7/3919, S. 9 ff.

<sup>13</sup> Während das Reichsgericht hauptsächlich auf § 138 BGB abstellte, nahm der BGH eine Inhaltskontrolle über § 242 BGB vor; so *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Heidelberg 1977, § 9 Rn. 5.

<sup>14</sup> BT-Drucks. 7/3919, S. 10.

das Gericht; sie sind gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, wobei sich eine solche unangemessene Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB auch daraus ergeben kann, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. In § 308 f. BGB ist jeweils ein Katalog mit Klauseln enthalten, die in AGB unwirksam sind – während in ersterem Paragraph eine Wertungsmöglichkeit besteht, ist diese in letzterem nicht gegeben. AGBs liegen gem. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind. § 310 Abs. 1 S. 1 BGB sieht eine Unterscheidung zwischen b2b- und b2c-Verträgen vor. Satz 1 zufolge finden § 305 Abs. 2 und 3 und die §§ 308 und 309 BGB keine Anwendung auf AGB, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. § 307 Abs. 1 und 2 BGB finden insoweit Anwendung, als dies zur Unwirksamkeit von in §§ 308 f. BGB genannten Vertragsbestimmungen führt. In § 310 Abs. 1 S. 2 BGB heißt es am Ende: „auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen“.

Das heutige Recht basiert auf dem Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) von 1977. Das AGBG wurde „in letzter Minute“ von einem Verbraucherschutzgesetz zu einem allgemeinen, auch den b2b-Verkehr erfassenden Schutzgesetz erweitert, was durch die „rechtspolitische Fragwürdigkeit des Kaufmannsbegriffs“ und die „Schutzbedürftigkeit der Masse der Vollkaufleute“ begründet wurde.<sup>15</sup> In der Begründung des AGBG heißt es somit auch, dass die im Gesetz geregelten grundlegenden und übergreifenden Schutzvorschriften für die Gesamtheit des bürgerlichen Vertragsrechts gelten sollen, obgleich der Schutz der Verbraucher gegenüber unangemessenen AGB ein vorrangiges rechtspolitisches Anliegen sei.<sup>16</sup> Es müsse jedoch – so heißt es weiter – beachtet werden, dass der kaufmännische Rechtsverkehr wegen der dort herrschenden Handelsbräuche, Usancen, Verkehrssitten und der „zumeist größeren rechtsgeschäftlichen Erfahrung der Beteiligten“ auf eine stärkere Elastizität der für ihn maßgeblichen Normen angewiesen sei als der Rechtsverkehr mit dem Letztverbraucher.<sup>17</sup> In der Begründung heißt es an anderer Stelle, dass die Bedürfnisse des Geschäftsverkehrs zwischen Gewerbetreibenden der verschiedenen Produktions-, Vertriebs- und Leistungsstufen zu differenziert seien, um „sie [...] mit den Anforderungen des Rechtsverkehrs mit dem Letztverbraucher auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen.“<sup>18</sup> Weiterhin heißt es, dass Risikoverlagerungen, die sich in einem Vertrag

---

<sup>15</sup> So *Berger*, ZIP 2006, 2149, 2151, der dort seinerseits für diese Aussagen in Fn. 24 auf *Ulmer*, in: Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, 1974, H8, H21 ff. verweist. Hiervon berichtet auch *Ulmer* selbst in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 310 Rn. 9.

<sup>16</sup> BT-Drucks. 7/3919, S. 14.

<sup>17</sup> BT-Drucks. 7/3919, S. 14.

<sup>18</sup> BT-Drucks. 7/3919, S. 23.

mit einem Letztverbraucher als unangemessene Benachteiligung des Kunden erweisen, im kaufmännischen Geschäftsverkehr tragbar sein können, weil sie dort im Zusammenhang mit einer Vielzahl von Geschäften zwischen den Vertragsparteien zu sehen seien und durch Vorteile anderer Art ausgeglichen werden können, die dem privaten Letztverbraucher bei einmaligem Vertragsabschluss über eine einmalige Leistung nicht zuteil werden. Allerdings könne im Einzelfall auch bei einem kaufmännischen Rechtsgeschäft eine Klausel den Vertragspartner derart benachteiligen, dass sie unwirksam ist.<sup>19</sup>

Die im AGBG und im heutigen deutschen Recht vorgesehene Differenzierung zwischen Unternehmern und Verbrauchern beruht auf dem Grundsatz, dass man gleiches gleich und ungleiches ungleich behandeln soll. Dieser Grundsatz findet im Handelsrecht Ausdruck dadurch, dass Kaufleute immer dann anders als Nichtkaufleute zu behandeln sind, wenn die zugrunde liegenden Sachverhalte sich für Kaufleute und Nichtkaufleute anders darstellen.<sup>20</sup> Zwar konnte man 1935 keine Aussage darüber treffen, wie die Gerichte mit diesem Grundsatz in Hinblick auf die Kontrolle des Inhalts von AGB umgehen würden, da erstmals 1956 der Bundesgerichtshof AGB einer offenen richterlichen Inhaltskontrolle unterwarf.<sup>21</sup> *Raiser* differenzierte an mehreren Stellen zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten. So stellt er beispielsweise fest, dass ein Kaufmann, der täglich mehrere Geschäfte der gleichen Art tätigt, über mehr Erfahrung in Bezug auf diese Geschäfte verfügt als ein Nichtkaufmann, der vielleicht zum ersten Mal ein derartiges Geschäft tätigt<sup>22</sup> und dass eine Überwälzung gewisser Gefahren auf den Kunden ein anderes Gesicht habe, wenn sie innerhalb des Großhandels oder zwischen verschiedenen Produktionsstufen der Industrie vorgenommen werde als wenn sie einem kleinen Einzelhändler, Handwerker oder dem letzten Verbraucher zugemutet werde.<sup>23</sup>

Die Integration des AGBG in das BGB war erklärtes Ziel der Reform des Schuldrechts von 2002, um die Einheit desselben zu gewährleisten und zu stärken.<sup>24</sup> Speziell das AGBG habe sich seit seinem Inkrafttreten zu einer zentralen Materie des Schuldrechts entwickelt und überlagere und ergänze die einschlägigen Regelungen des BGB in erheblichen Teilen. Der Entwurf der Bundesregierung zum Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts sah vor, dass der bisherige § 24 AGBG fast wörtlich in § 310 Abs. 1 BGB übernommen werden sollte.<sup>25</sup> In seiner Stellungnahme zu diesem Entwurf<sup>26</sup> gab der Bundesrat zu bedenken, dass durch

---

<sup>19</sup> BT-Drucks. 7/3919, S. 43 f.

<sup>20</sup> So zum Beispiel in den Vorschriften über Handelsgeschäfte der §§ 343 ff. HGB.

<sup>21</sup> So *Heinrichs/Löwe/Ulmer*, Zehn Jahre AGB-Gesetz, Köln 1987, S. V; gemeint ist BGH, Urt. v. 29. 10. 1956 – II ZR 79/55 (OLG Hamm), BGHZ 22, 90.

<sup>22</sup> *Raiser*, S. 205.

<sup>23</sup> *Raiser*, S. 286.

<sup>24</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 79.

<sup>25</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 160.

<sup>26</sup> BT-Drucks. 14/6857, S. 17.

den Gesetzesentwurf die Überprüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen vor allem zu Gunsten der Käufer oder Werkbesteller verschärft werde und die Gefahr bestehe, dass eine gleichartige Verschiebung der Gewichte auch zwischen Unternehmen herbeigeführt werde. Allerdings sei für das b2b-Geschäft kein entsprechendes Schutzbedürfnis vorhanden wie für das b2c-Geschäft und es bestehe kein Anlass, bislang zulässige AGB nunmehr für unzulässig zu erklären. Der Bundesrat schlug vor, in § 310 Abs. 1 BGB eine entsprechende Formulierung aufzunehmen, welche die geringere Schutzbedürftigkeit bei Verträgen zwischen Unternehmen hervorgehoben hätte. Die Bundesregierung<sup>27</sup> hielt eine solche Formulierung nicht für geboten, da es sich bereits aus § 310 Abs. 1 des Regierungsentwurfes (und damit auch des heutigen BGB) ergebe, dass beiderseitige Handelsgeschäfte flexibleren Prüfungskriterien unterliegen als Verbrauchergeschäfte. Der Gesetzgeber erkannte somit während der Schuldrechtsreform an, dass zwischen b2b- und b2c-Verträgen zu differenzieren sei.<sup>28</sup>

### III. Die Rechtsprechung des BGH

*Berger* zufolge wurde und wird das eben aufgezeigte, vom Gesetzgeber wiederholt zum Ausdruck gebrachte Gebot einer differenzierenden Inhaltskontrolle von AGB vom BGH vielfach ignoriert.<sup>29</sup> Im Jahre 1976 – also noch vor Inkrafttreten des ABGB – hat der BGH eine Entscheidung getroffen:<sup>30</sup> Dieser Entscheidung zufolge wende der BGH seine Grundsätze zur richterlichen Inhaltskontrolle in gleicher Weise auf Kaufleute, Nichtkaufleute und Verbraucher an, da derjenige, der Verträge nur nach seinen AGB abschließt, das dispositive Recht durch eine von ihm geschaffene Regelung ersetze und damit die Möglichkeit seines Vertragspartners verkürze, seine Interessen wahrzunehmen und auf den Inhalt des Vertrages Einfluss zu nehmen. Einem solchen Vertragspartner bliebe nur noch die Freiheit, den Vertrag überhaupt abzuschließen, nicht aber, bei seiner Gestaltung mitzuwirken. Die einseitige Ersetzung der dispositiven, gesetzlichen Regelungen durch AGB könne nur dann wirksam sein, wenn die AGB eine dem Gesetz vergleichbare Güterabwägung enthalten und keine der Billigkeit widersprechende, missbräuchliche Verfolgung einseitiger Interessen auf Kosten des Geschäftspartners bedeuten. Einseitige und unbillige Geschäftsbedingungen würden häufig aus wirtschaftlicher Überlegenheit und größerer Geschäftserfahrung eines Vertragspartners herrühren – eine solche Ungleichheit der Geschäftspartner sei auch zwischen Kaufleuten anzutreffen, weswegen es nicht sachgerecht sei, zwischen den Beteiligten zu differenzieren. Das Gericht hat diese Linie auch nach

---

<sup>27</sup> BT-Drucks. 14/6857, S. 54.

<sup>28</sup> *Berger*, ZIP 2006, 2149, 2151.

<sup>29</sup> *Berger*, ZIP 2006, 2149, 2151 f.

<sup>30</sup> BGH, Urteil vom 7. 7. 1976 - IV ZR 229/74 (München), NJW 1976, 2345.

Inkrafttreten des AGBG und nach der Schuldrechtsreform bis heute fortgesetzt.<sup>31</sup> Hier sollen exemplarisch zwei Hauptprobleme bei der Anwendung des deutschen AGB-Rechts aufgezeigt werden, welche die Weichen in einem späteren Rechtsstreit stellen könnten: dies sind das „Stellen“ und das „Aushandeln“ von AGB. Die Entscheidung, ob bestimmte Vertragsbedingungen AGB sind, kann den Ausgang eines Rechtsstreits entscheiden.<sup>32</sup> Nicht näher eingegangen wird auf die folgende Problematik: Viele der in §§ 308 f. BGB enthaltenen Klauselverbote sind allein auf den Verbraucherschutz zugeschnitten;<sup>33</sup> ihnen kommt jedoch der Rechtsprechung des BGH zufolge generell Indizwirkung auch für die unangemessene Benachteiligung von Unternehmern zu,<sup>34</sup> wodurch die Inhaltskontrolle im b2b-Geschäft weitgehend derjenigen im b2c-Geschäft entspricht.

Vertragsbedingungen werden nur dann AGB und unterliegen einer AGB-Kontrolle durch die Gerichte, wenn sie „gestellt“ wurden. Zweifel bei der Auslegung von AGB gehen gem. § 305c Abs. 2 BGB zu lasten des Verwenders. Aus § 305 Abs. 1 BGB folgt, dass „Verwender“ die Vertragspartei ist, die der anderen bei Abschluss eines Vertrages AGB stellt. In der internationalen Praxis bei Vertragsverhandlungen wird dem potenziellen Vertragspartner ein Vertragsentwurf übersandt und den folgenden Verhandlungen zu Grunde zu legen. Dabei kommen oft Standardverträge zum Einsatz, die das jeweilige Unternehmen entweder selbst entworfen oder anhand eines Mustervertrages entwickelt hat.<sup>35</sup> Jedenfalls diejenigen Vertragsbedingungen, die in diesem ersten Vertragsentwurf enthalten sind, gelten dann als von der einen Vertragspartei gestellt und Zweifel bei deren Auslegung gehen zu Lasten dieser Partei. *Rabe* hat bereits 1987 sinngemäß angemerkt, dass man nichts besseres tun könne als keine eigenen Bedingungen zu übersenden, sondern lieber auf die Bedingungen des Vertragspartners zu warten.<sup>36</sup> In der Praxis führt dies heute dazu, dass keine der beteiligten Parteien der jeweils anderen Partei einen Vertragsentwurf übersenden möchte und vernünftigerweise auch nicht kann. Das wiederum führt dazu, dass man selbst bei unstreitigen und von beiden Seiten gewollten Vertragsklauseln keine vorformulierten Sätze verwendet, sondern sich mit dem zukünftigen Vertragspartner gemeinsam an einen Tisch setzen und in kreativer literarischer Arbeit ein Vertragswerk zu Papier bringen müsste.

<sup>31</sup> *Berger*, ZIP 2006, 2149, 2152.

<sup>32</sup> Vgl. *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158, 163.

<sup>33</sup> *Berger*, ZIP 2006, 2149, 2150 m.w.N.

<sup>34</sup> Z.B. BGH, Urt. v. 8. 3. 1984 – VII ZR 349/82 (OLG Hamm), ZIP 1984, 968 ff. mit Anmerkung von *Graf von Westphalen*, ZIP 1984, 970 f.; BGH, Urt. v. 25. 10. 1995 – VIII ZR 258/94 (LG Frankfurt a.M.), NJW 1996, 389, 389; BGH, Versäumnisurt. v. 28. 10. 2004 – VII ZR 385/02 (OLG Schleswig), NJW-RR 2005, 247, 248.

<sup>35</sup> Für internationale Bauvorhaben haben sich z.B. die Musterverträge der Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils (FIDIC) etabliert.

<sup>36</sup> *Rabe*, Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf den kaufmännischen Verkehr, NJW 1987, 1978, 1979.

Ob eine bestimmte Vertragsbedingung dann tatsächlich keine AGB darstellt, richtet sich danach, ob diese Vertragsbedingung „ausgehandelt“ wurde.<sup>37</sup> Der Begriff „aushandeln“ ist im Gesetz nicht näher bestimmt und muss somit durch die Gerichte ausgelegt werden.<sup>38</sup> Der Rechtsprechung des BGH zufolge erfordert Aushandeln mehr als Verhandeln.<sup>39</sup> Von einem Aushandeln könne nur dann gesprochen werden, wenn der Verwender zunächst den in seinen AGB enthaltenen „gesetzesfremden Kerngehalt“, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Der Verwender müsse sich deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären. In aller Regel schließe sich eine solche Bereitschaft auch in erkennbaren Änderungen des vorformulierten Textes nieder; allenfalls unter besonderen Umständen könne ein Vertrag auch dann als Ergebnis eines „Aushandelns“ gewertet werden, wenn es schließlich nach gründlicher Erörterung bei dem gestellten Entwurf verbleibe. Wozu diese Rechtsprechung führt, soll an einem konkreten Beispiel aufgezeigt werden: Dem Gesetz zufolge haftet der Lieferant für alle Schäden. Diese Haftung wird in Verträgen zwischen Industrieunternehmen üblicherweise beschränkt oder für bestimmte Schäden gänzlich ausgeschlossen.<sup>40</sup> Über solche Regelungen wird bei Vertragsverhandlungen normalerweise nicht diskutiert, sie werden vorformuliert in den Vertrag aufgenommen und sind somit AGB.<sup>41</sup> Der Inhaltskontrolle des deutschen AGB-Rechts halten solche Klauseln häufig nicht stand.<sup>42</sup> Daher müssen Haftungsbeschränkungsklauseln, um wirksam zu sein, mit dem Vertragspartner ausgehandelt werden. Legt man die Kriterien der eben genannten Rechtsprechung an die Haftungsbeschränkungsklauseln an, so müsste deren Verwender diese deutlich und ernsthaft zur Disposition stellen. *Hobeck* zufolge kann der Verwender gerade dazu aber nicht bereit sein, da diese Regelungen im Grundsatz für ihn unverzichtbar sind.<sup>43</sup> Damit ist ein Ausschluss oder eine Beschränkung der Haftung durch vorformulierte Vertragsbedingungen nicht möglich. *Rabe* hat bereits 1987 gefordert, an das „Aushandeln“ unter Kaufleuten andere Maßstäbe zu legen.<sup>44</sup> Demnach müsse es von der konkreten Situation abhängen, ob etwas ausgehandelt sei. Die konkrete Situation werde von den Verhandlungspartnern bestimmt; Kaufleute verhandeln untereinander anders

---

<sup>37</sup> Vgl. *Berger*, AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, BB 2007, 2137, 2137.

<sup>38</sup> Ausführlich dazu *Berger*, ZIP 2006, 2149, 2150.

<sup>39</sup> BGH, Urt. v. 23. Januar 2003 – VII ZR 210/01 (Berlin), NJW 2003, 1805, 1807.

<sup>40</sup> *Hobeck*, SchiedsVZ 2005, 112.

<sup>41</sup> *Hobeck*, SchiedsVZ 2005, 112.

<sup>42</sup> Zu den Einzelheiten *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 307, Rn. 269.

<sup>43</sup> *Hobeck*, SchiedsVZ 2005, 108, 112.

<sup>44</sup> *Rabe*, NJW 1987, 1978, 1979.

als ein Kaufmann mit einem Endverbraucher, wobei es in Verhandlungen unter Kaufleuten auch diverse Variationsmöglichkeiten gebe.

Folgender fiktiver, aber durchaus möglicher Beispielsfall soll dies verdeutlichen: Das einzige Produkt, das ein kleines Unternehmen mit etwa zehn Mitarbeitern herstellt und vertreibt, sind Mikrochips für Steuerungsanlagen. Diese kosten in der Herstellung etwa 20 Cent und werfen einen ebenso hohen Gewinn ab; das Unternehmen lebt von den hohen Absatzzahlen. Nun wird ein solcher Chip in die Steuerungsanlage eines mehrere Millionen Euro teuren Kraftwerks eingebaut. Aufgrund eines nachweisbaren Konstruktionsfehlers fällt der Chip aus, legt die Steuerungsanlage und somit das ganze Kraftwerk lahm – ein Schaden in Höhe von mehreren hunderttausend Euro entsteht. Ein Schaden, den das kleine Unternehmen ohne eine wirksame Haftungsbeschränkungsklausel allein tragen muss und der es vielleicht sogar in den Ruin treiben wird. Verständlich, dass das kleine Unternehmen auf eine Haftungsbeschränkung bestehen wird.

Die Rechtsprechung des BGH führt für den unternehmerischen Geschäftsverkehr zu einem erheblichen Mehraufwand. Sie zwingt Unternehmer dazu, oftmals in mehreren Ordnern bis ins letzte Detail die Verhandlungen über Verträge mit Kunden zu dokumentieren und aufzubewahren, nur um eventuell in einem späteren Gerichtsverfahren beweisen zu können, dass sie nicht Verwender einer bestimmten Klausel war oder dass diese Klausel „ausgehandelt“ wurde. Dies gilt sogar für solche Klauseln, die bei Vertragsschluss für beide Parteien akzeptabel sind, da im Streitfall eine für eine der Parteien unliebsam gewordene Klausel mit der Behauptung, sie sei nicht ausgehandelt worden, relativ leicht für unwirksam erklärt werden kann. Eine weitere Folge zeigt sich bei Verhandlungen über das anwendbare Recht: Normalerweise würde jede Partei zunächst ihr Heimatrecht vorschlagen, und man könnte sich letztlich in einem Kompromiss auf das Recht eines neutralen dritten Staates einigen. Während die nicht-deutsche Partei selbstverständlich und völlig nachvollziehbar ihr Heimatrecht als „erstes Angebot“ nennen wird, tendieren deutsche Verhandler derzeit eher dazu, schon zu Beginn der Verhandlungen das Recht eines neutralen Drittstaates mit einer ihrer Meinungen nach sinnvollerem AGB-Recht vorzuschlagen. Dies bringt die deutsche Partei in eine schlechtere Verhandlungsposition und führt obendrein bei den potenziellen Vertragspartnern zu Verwunderung über die regelrechte „Abneigung“ gegenüber dem „eigenen“ Recht. Während man im internationalen Bereich die Vereinbarung des Rechts eines Drittstaates wohl relativ leicht erreichen können wird, ist dies im nationalen Bereich nicht so ohne weiteres möglich: kleinere und mittelständische Unternehmen werden es häufig vorziehen, bei Inlandsverträgen auch rechtlich im Inland zu bleiben. Sie scheuen den Aufwand und die Kosten, um bei einer „innerdeutschen“ Streitigkeit z.B. Schweizer Juristen zu beschäftigen. Schließlich bleibt der Ausweg in die Schiedsgerichtsbarkeit, von der sich die Parteien eine sachgerechtere Differenzierung zwischen b2b- und b2c-Verträgen erhoffen.<sup>45</sup> Dies

---

<sup>45</sup> Und dies wohl zurecht dürfen, vgl. z.B. Internationaler Schiedsgerichtshof der ICC, Zwischen und Teilschiedsspruch vom 29. Januar 2001 – Schiedsverfahren Nr. 10279, SchiedsVZ 2005, 108 ff.

rechnet sich allerdings auch erst bei Streitigkeiten ab einem bestimmten Streitwert.<sup>46</sup>

Welches Ausmaß der oben genannte, derzeitige Meinungsstreit mittlerweile annimmt und vor allem auch, welche Lösungswege die einzelnen Autoren vorschlagen, lässt sich hier nicht in der nötigen Tiefe darstellen; das ist in der umfangreichen Literatur zu diesem Thema bereits ausführlich geschehen.<sup>47</sup> Es ist jedoch mitunter recht spannend, diesen Streit über die verschiedenen Aufsätze der Beteiligten hinweg zu verfolgen. Im Jahr 2001 veröffentlichte Berger einen Beitrag, in dem er für eine Neuorientierung bei der Auslegung des Begriffs „aushandeln“ plädierte<sup>48</sup> und im Jahr 2004 einen ausführlicheren Beitrag zur Einbeziehung von AGB in b2b-Verträge allgemein.<sup>49</sup> Daraufhin kam ein kurzer Beitrag von *Brachert* und *Dietzel*, der erstmals von einer „Flucht ins Schweizer Recht“ und einer Gefährdung des Standortes Deutschland durch die AGB-Rechtsprechung sprach.<sup>50</sup> *Graf von Westphalen*<sup>51</sup> bezeichnete den Vorwurf „von Anwälten und Hochschullehrern“ in einem Beitrag 2006 als immer wieder überraschend und sah als gerechte und angemessene Lösung der Problematik „die Beseitigung der Vertragsfreiheit zugunsten zwingenden Rechts innerhalb der Verteilerkette vom Hersteller bis zum Verbraucher“.<sup>52</sup> Darauf reagierte *Berger*, der *Graf von Westphalens* Vorstoß – zu Recht – als Fehlentwicklung bezeichnete.<sup>53</sup> *Graf von Westphalen* nahm direkt Stellung zu *Berger* und merkte an, dass dessen Kritik „mit reichlicher Verspätung jetzt nach 30 langen Jahren“ komme und dass die Tagespraxis, in der durch Einkaufs-AGB des Kunden häufig zu Lasten des Lieferanten das Haftungsprofil drastisch ausgedehnt werde, „der Wissenschaft

---

<sup>46</sup> Vgl. nur „Schedule of Costs“ (effective 11 May 2007) des LCIA, abrufbar im Internet unter [www.lcia.org](http://www.lcia.org).

<sup>47</sup> Vgl. z.B. *Langer*, Haftungsausschluss und Haftungsbegrenzung gegenüber Unternehmen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, WM 2006, 1233, 1236 f. zu den Haftungsausschlüssen. Eine Auswahl an Literatur m. w. N. stellen die in der vorliegenden Arbeit zitierten Werke dar.

<sup>48</sup> *Berger*, Aushandeln von Vertragsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr, NJW 2001, 2152 ff.

<sup>49</sup> *Berger*, ZGS 2004, 415 ff.

<sup>50</sup> *Brachert/Dietzel*, ZGS 2005, 411.

<sup>51</sup> *Graf von Westphalen* ist einer der aktivsten Wissenschaftler auf dem Gebiet des AGB-Rechts, was sich in seinen zahlreichen, seit Anbeginn des AGBG veröffentlichten Werken widerspiegelt. Eine Auswahl: *Graf von Westphalen*, Eigenschaftszusicherungen – Haftungsbegrenzungen und Haftungsfreizeichnungen in kaufmännischen AGB-Klauseln, DB 1978, 2061; *Graf von Westphalen*, Produkthaftung – Haftungsfreizeichnung und Haftungsfreistellung nach dem AGB-Gesetz, NJW 1979, 838; *Graf von Westphalen*, Die Nutzlosigkeit von Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbeschränkungsklauseln im kaufmännischen Verkehr, DB 1997, 1805; *Graf von Westphalen*, AGB-Recht ins BGB – eine erste „Bestandsaufnahme“, NJW 2002, 12; *Graf von Westphalen*, Nach der Schuldrechtsreform – Neue Grenzen für Haftungsbeschränkungs- und Haftungsfreizeichnungsklauseln, BB 2002, 209.

<sup>52</sup> *Graf von Westphalen*, Zwingendes Recht v. Vertragsfreiheit, ZGS 2006, 81.

<sup>53</sup> *Berger*, ZIP 2006, 2149, 2150.



weitestgehend nicht geläufig“ sei.<sup>54</sup> Die Aussage, dass etwas seit 30 Jahren auf bestimmte Art und Weise gemacht wird, ist für sich genommen noch keine Aussage über die Qualität dieser Praxis, allenfalls ein Indiz – das soll hier nur am Rande erwähnt werden. Wichtiger ist, dass auch vor gut 30 Jahren und schon damals unter anderem in Kritik an *Graf von Westphalen* angemerkt wurde, dass im Gesetz ein Ansatzpunkt für die differenzierte Behandlung von AGB gegenüber Kaufleuten und Nichtkaufleuten liege und dass die Grundgedanken des Verbraucherschutzes zwar auch bei Geschäften zwischen Kaufleuten von Bedeutung sein können, jedoch nicht die typische Situation kennzeichnen.<sup>55</sup> Diese Kritik kam damals von *Helm* – nicht von *Berger*, der am 1. Juni 1977 immerhin seinen 16. Geburtstag feierte. Auf den Beitrag von *Graf von Westphalen* reagierten im direkten Anschluss an diesen *Lischek* und *Mahnken*, die als Praktiker insbesondere auf die Lage aus der Sicht der Praxis eingingen.<sup>56</sup> Die Weiterentwicklung dieser Diskussion bleibt spannend.

#### IV. Rechtsvergleichende Betrachtungen

Nachdem nun die Problematik im deutschen Recht umrissen wurde, soll rechtsvergleichend das Recht in Bosnien-Herzegowina, Bulgarien, Kroatien, Makedonien, Montenegro, Serbien und Slowenien dargestellt und analysiert werden. Als Ergebnis dieser Analyse soll ein Vorschlag für eine Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im neuen Zivilgesetzbuch der Republik Serbien gemacht werden. Wie eben dargestellt wurde, hat man sich in Deutschland dazu entschieden, das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowohl in b2b- als auch in b2c-Verträgen in einem einheitlichen Gesetz zu regeln (mit den dargestellten Ausnahmen für den b2b-Verkehr). In Bosnien-Herzegowina, Bulgarien, Kroatien, Makedonien, Montenegro, Serbien und Slowenien ist man einen anderen Weg gegangen. In den genannten Rechtsordnungen finden sich in den jeweils geltenden Verbraucherschutzgesetzen mehr oder weniger ausführliche Regelungen über unwirksame Klauseln in Verbraucherverträgen, die sich jeweils an der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen<sup>57</sup> orientieren.<sup>58</sup> Diese Gesetze, die lediglich dem

---

<sup>54</sup> *Graf von Westphalen*, ZIP 2007, 149, 149.

<sup>55</sup> *Helm*, BB 1977, 1109, 1109.

<sup>56</sup> *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158 ff.

<sup>57</sup> EG-Amtsblatt vom 21. April 1993 Nr. L 95, S. 29.

<sup>58</sup> In Bosnien-Herzegowina im *Zakon o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini*, Službeni Glasnik BiH 17/02 (dort in Art. 111 ff.); in Bulgarien im *Zakon za zaštita na potrebitelite*, Dăržaven Vestnik (DV) 99 vom 9. 12. 2005 (dort die Bestimmungen über *neravnopravni klauzi v potrebitelski dogovori* in Art. 143 ff.); in Kroatien im *Zakon o zaštiti potrošača*, Narodne Novine (NN) 79 vom 30. 7. 2007 (dort die Bestimmungen über *nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima* in Art. 96 ff.); in Makedonien im *Zakon za zaštita na potrošuvачite*, Služben Vesnik na Republika Makedonija (SV) 63/2000 vom 29. 7. 2000 (dort die Bestimmungen über *nepravedni klauzuli* in Art. 22 ff.); in

Verbraucherschutz dienen und nicht auf Verträge zwischen Unternehmern anwendbar sind, sollen hier nicht in allen Einzelheiten betrachtet werden. Bemerkt werden soll nur, dass der Schutz der Verbraucher vor missbräuchlichen Klauseln in den jeweiligen Ländern unterschiedlich ausfällt und auch von der deutschen Regelung abweicht.<sup>59</sup> Im Vordergrund steht an dieser Stelle vielmehr, wie das Recht der Allgemeinen Bedingungen und die Kontrolle derselben durch die staatlichen Gerichte im allgemeinen Schuldrecht geregelt sind.

Im bulgarischen Recht sind sowohl im *Zakon za zadälženijata i dogovorite* (ZZD)<sup>60</sup> und dem *Tärgovski Zakon* (TZ)<sup>61</sup> Bestimmungen über *obšti uslovija* enthalten; in Art. 16 ZZD und Art. 298 TZ. Beide Artikel enthalten einen Absatz darüber, dass Individualabreden den allgemeinen Bedingungen vorgehen (Art. 16 Abs. 2 ZZD bzw. Art. 298 Abs. 3 TZ). In Art. 16 Abs. 3 ZZD findet sich eine Bestimmung über die Abänderung von AGB bei Dauerschuldverhältnissen, und in Art. 298 Abs. 2 TZ eine Bestimmung über die Einbeziehung von AGB bei Verträgen, die der Schriftform bedürfen. Wenn der Antrag allgemeine Bedingungen enthält, so ist die Annahme gem. Art. 16 Abs. 1 ZZD wirksam, wenn sie eine schriftliche Bestätigung der allgemeinen Bedingungen enthält. Im Handelsrecht werden von einem Kaufmann festgelegte AGB gem. Art. 298 Abs. 1 Nr. 1 TZ ebenso durch eine schriftliche Annahmeerklärung der andern Vertragspartei verbindlich. Eine Ausnahme findet sich in Art. 298 Abs. 1 Nr. 2 TZ: Demnach werden AGB auch dann verbindlich, wenn die andere Vertragspartei auch Kaufmann ist und Kenntnis von den AGB hatte oder haben musste und sie nicht unverzüglich bestritten hat. In Bulgarien ist also jede der drei möglichen Konstellation (b2b, b2c, c2c) in einem eigenen Gesetz geregelt. Eine Regelung darüber, ob und in welcher Intensität die Gerichte eine Inhaltskontrolle durchführen, fehlt in den beiden hier diskutierten Gesetzen.<sup>62</sup> Konsequenterweise fehlt auch eine Behandlung der Inhaltskontrolle von AGB in der dem Autor zur Verfügung stehenden Sekundärliteratur.<sup>63</sup> Die auffindbare Rechtsprechung beschäftigt sich auch nicht mit der Inhaltskontrolle, sondern mit der

---

Montenegro gibt es derzeit ein *Nacrt zakona o zaštiti potrošača Crne Gore*, das in Art. 65 ff. Bestimmungen über *nepošteni odredbi u potrošačkim ugovorima* enthält; in Serbien im *Zakon o zaštiti potrošača*, Službeni Glasnik (SG) 79/2005 (dort die Bestimmungen über *tipski ugovori* in Art. 44 f. und über *zaštita ekonomskih interesa potrošača* in Art. 11 ff.); in Slowenien im *Zakon o varstvu potrošnikov*, Uradni List (UL) 20/1998 vom 13. 3. 1998 (dort die Bestimmungen über *pogodbene pogoji* in Art. 22 ff.);

<sup>59</sup> Vgl. zum Recht in Bosnien-Herzegowina (aus der deutschsprachigen Literatur) *Pürner*, Gesamtstaat Bosnien und Herzegowina: Gesetz über den Verbraucherschutz, WiRO 2004, 145, 146 ff.

<sup>60</sup> DV 275 vom 22. 10. 1950, zuletzt geändert durch DV 92 vom 13. 11. 2007.

<sup>61</sup> DV 48 vom 18. 6. 1991, zuletzt geändert durch DV 104 vom 11. 12. 2007.

<sup>62</sup> In Art. 145 *Zakon za zaštita na potrebitelite* sind Kriterien für die Inhaltskontrolle vorgegeben, die denen im sogleich zu diskutierenden hrZOO ähneln.

<sup>63</sup> Vgl. z. B. *Goleva*, Obligacionno Pravo, Sofija, 2. Aufl. 2006, S. 37 bzw. *dies.*, *Tärgovsko Pravo – Kniga Vtora*: *Tärgovski Sdelki*, Sofija 2006, S. 21 f.

Einbeziehungskontrolle von AGB.<sup>64</sup> Es ist somit anzunehmen, dass eine Inhaltskontrolle von AGB – ähnlich wie vor 1977 in Deutschland – nur über die allgemeine Schranke des Vertragsrechts in Art. 12 ZZD stattfindet, der die Parteien dazu verpflichtet, beim Führen von Verhandlungen und beim Schließen von Verträgen gewissenhaft (*dobrosvestno*) zu handeln; ansonsten schulden sie Ersatz.

Im ehemaligen Jugoslawien war das Recht der Schuldverhältnisse seit 1. Oktober 1978 im *Zakon o obligacionim odnosima* (ZOO)<sup>65</sup> – einem Bundesgesetz – geregelt. Dieses galt nach dem Zusammenfall Jugoslawiens in den jeweiligen Nachfolgestaaten fort; in Serbien bis heute.<sup>66</sup> Das jugoslawische Recht – und somit auch das heutige serbische Recht – kannte keine Unterscheidung in „Bürgerliches Gesetzbuch“ und „Handelsgesetzbuch“ wie in Bulgarien oder Deutschland, sondern regelte die schuldrechtlichen Beziehungen einheitlich in einem Gesetz. *Slobodan Perović* zufolge gelten die Regeln des ZOO grundsätzlich gleichermaßen für die Beziehungen zwischen juristischen Personen als auch für die Beziehungen zwischen natürlichen Personen sowie die Beziehungen zwischen juristischen und natürlichen Personen.<sup>67</sup> Nur dann, wenn es die Natur einer konkreten Frage erfordere, seien besondere Vorschriften für eine der genannten Gruppen von Beziehungen vorgesehen. *Perović* erkannte an, dass es gewisse Eigenheiten der Verträge in der Wirtschaft erfordern, in bestimmten Fällen besondere Regeln vorzusehen.<sup>68</sup>

Die Grundlage für die Gestaltung von Verträgen durch Allgemeine Bedingungen findet sich bereits in Art. 20 f. ZOO. Dieser legt fest, dass die Parteien ihre Schuldverhältnisse anders regeln können, als es das ZOO bestimmt, soweit aus dessen Bestimmungen oder aus dessen Sinn nichts anderes hervorgeht. Weiterhin sind die Parteien eines Schuldverhältnisses gem. Art. 21 Abs. 1 ZOO verpflichtet, im Rechtsverkehr im Rahmen der *dobri poslovni običaji* (etwa: die guten geschäftlichen Sitten) zu verfahren. Aus Art. 21 Abs. 2 ZOO geht schließlich hervor, dass auf Schuldverhältnisse – im Gesetz nicht näher definierte – Usancen Anwendung finden, sofern die Parteien dies vereinbart haben oder aus den Umständen hervorgeht, dass die Parteien deren Anwendung gewollt haben. Bestimmungen über Allgemeine Bedingungen von Formularverträgen (*Opšti uslovi formularnih ugovora*) im Besonderen finden sich in Art. 142 f. ZOO. Art. 142 ZOO zufolge ergänzen allgemeine Bedingungen, die von Seiten einer Vertragspartei bestimmt werden, die zwischen den Parteien im selben Vertrag festgesetzten besonderen Vereinbarungen und verpflichten in der Regel ebenso wie diese, und das unabhängig davon, ob sie in dem Vertragsformular enthalten sind

<sup>64</sup> Vgl. z.B. *AS pri BTPP*, Rešenje po VAD No. 59/01, postanoveno na 9. 11. 2001.

<sup>65</sup> Veröffentlicht in Službeni List SFRJ 29/1978.

<sup>66</sup> Zuletzt geändert durch Službeni List SCG 1/2003.

<sup>67</sup> Vgl. *S. Perović*, Die Kodifikation des Obligationenrechts in Jugoslawien, AcP 182 (1982), 293, 298.

<sup>68</sup> Vgl. *S. Perović*, AcP 182 (1982), 293, 298.

oder ob sich der Vertrag auf sie bezieht. Sie müssen in der üblichen Weise bekannt gemacht werden und verpflichtet eine Vertragspartei nur, soweit sie ihr im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt waren oder bekannt hätten sein müssen. Im Falle einer Unstimmigkeit zwischen allgemeinen Bedingungen und besonderen Vereinbarungen gelten letztere. Art. 143 ZOO regelt die Inhaltskontrolle von allgemeinen Bedingungen durch das Gericht. Nichtig sind demnach diejenigen Bestimmungen allgemeiner Bedingungen, die gegen den Zweck des abgeschlossenen Vertrages oder gegen die guten geschäftlichen Sitten verstoßen, und zwar auch dann, wenn die allgemeinen Bedingungen, die sie enthalten, von einem zuständigen Organ genehmigt wurden. Das Gericht kann die Anwendung einzelner Bestimmungen allgemeiner Bedingungen verbieten, welche der anderen Partei das Recht auf Klageerhebung nehmen, auf deren Grundlage sie (die Partei, Anm. d. Übers.) ihre Rechte aus dem Vertrag oder Fristen verliert, oder die ansonsten unrechtmäßig oder übermäßig hart gegen sie (die Partei, Anm. d. Übers.) sind.

In Kroatien wurde das ehemalige jugoslawische ZOO am 1. Januar 2006 durch das neue *Zakon o obveznim odnosima* (hrZOO) ersetzt.<sup>69</sup> Bereits vor der Verabschiedung des hrZOO wurde Art. 143 ZOO in der kroatischen Literatur kritisiert: dieser sei aufgrund seiner übermäßig großen Verallgemeinerungen und bestimmter Widersprüche und Zweifel eine relativ schwache Hilfe für die Gerichte bei der Kontrolle allgemeiner Bedingungen.<sup>70</sup> In Art. 295 Abs. 2 bis Abs. 5 hrZOO wurden dann doch die Bestimmungen des Art. 142 ZOO inhaltlich übernommen. Art. 295 Abs. 1 hrZOO enthält eine Definition des Begriffs *opći uvjeti* (allgemeine Bedingungen), die inhaltlich weitgehend § 305 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB entspricht. Die Inhaltskontrolle durch das Gericht ist in Art. 296 hrZOO ausführlicher geregelt als in Art. 143 ZOO. Gem. Art. 296 Abs. 1 hrZOO sind nunmehr diejenigen allgemeinen Bedingungen nichtig, die gegen das „Prinzip der Gewissenhaftigkeit und Ehrlichkeit“ verstoßen, die offensichtlich ein Ungleichgewicht in den Rechten und Pflichten einer Partei verursachen oder die das Erreichen des Vertragszwecks gefährden. Diese Vorschrift findet gem. Art. 296 Abs. 3 hrZOO keine Anwendung auf Regelungen in allgemeinen Bedingungen, deren Inhalt aus geltenden Vorschriften übernommen oder über die vor Vertragsschluss im Einzelnen verhandelt<sup>71</sup> wurde und auf deren Inhalt die andere Partei währenddessen ebenso wie auf die Bestimmungen über den Gegenstand und den Vertragswert Einfluss nehmen konnte – soweit dies klar, verständlich und leicht ersichtlich ist. In Art. 296 Abs. 2 hrZOO ist festgelegt, dass das Gericht bei der Beurteilung der Nichtigkeit bestimmter Regelungen in allgemeinen Bedingungen sämtliche

<sup>69</sup> NN 35 vom 17. 3. 2005, zuletzt geändert durch NN 41 vom 9. 4. 2008.

<sup>70</sup> Petrić, O nepravičnim klauzulama općih uvjeta ugovora u pravu Europske Unije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu 2002, 59 ff.

<sup>71</sup> Das kroatische „pregovarati“ lässt sich sowohl mit „verhandeln“ als auch mit „aushandeln“ übersetzen.

Umstände vor und während des Vertragsschlusses, die rechtliche Natur des Vertrages, die Art der Waren oder Dienstleistungen, die übrigen Bestimmungen des Vertrages sowie die Bestimmungen der mit dem Vertrag verbundenen Verträge beachten muss.

In Makedonien und in Slowenien wurde das jugoslawische ZOO ebenfalls ersetzt: In Makedonien durch das *Zakon za obligacionite odnosi* (mkZOO) vom 5. 3. 2001<sup>72</sup> und in Slowenien durch das *Obligacijski Zakonik* (siZOO) vom 11. 10. 2001.<sup>73</sup> Regelungen über die allgemeinen Bestimmungen von Verträgen (mk: *Opšti uslovi na dogovorot*; si: *Splošni pogoji pogodbe*) finden sich in Art. 130 f. mkZOO bzw. Art. 120 f. siZOO. Die dort getroffenen Regelungen unterscheiden sich sowohl inhaltlich als auch im Wortlaut kaum von denen in Art. 142 f. ZOO – mit der Ausnahme, dass Art. 131 Abs. 1 mkZOO von den guten Sitten (*dobri običaji*) im Gegensatz zu den „guten geschäftlichen Sitten“ im serbischen bzw. im slowenischen Recht (in Art. 121 Abs. 2 siZOO heißt es *dobri poslovni običaji*) spricht. Ob sich daraus Unterschiede in der Auslegung der Vorschriften durch die Gerichte des jeweiligen Staates ergeben, ist dem Verfasser nicht bekannt.

In Bosnien-Herzegowina (BiH) wurde am 16. 6. 2003 ein *Nacrt zakona o obligacionim odnosima* (baZOO)<sup>74</sup> veröffentlicht, das bisher noch nicht als Gesetz verabschiedet wurde. Dieser Entwurf wurde von einer Arbeitsgruppe unter der Leitung der GTZ ausgearbeitet, der neben sechs Experten aus der *Federacija Bosne i Hercegovine* und acht Experten aus der *Republika Srpska* auch *Slobodan Perović* aus Belgrad und *Helmut Rüßmann* von der Universität des Saarlandes angehörten. Der erste Entwurf enthielt – was die Vorschriften über AGB anging – eine sehr stark an die §§ 305 ff. BGB angelehnte Formulierung. Während in Art. 184 ff. des endgültigen Entwurfes die Tradition und vor allem die Terminologie des ZOO etwas mehr Einfluss gefunden haben (weggefallen ist z.B. das Erfordernis des „Aushandelns“), wurde dennoch grundsätzlich die Struktur des deutschen Rechts an dieser Stelle beibehalten – also eine gemeinsame Regelung von b2c- und b2b-Verträgen, mit bestimmten Ausnahmen für letztere.

Montenegro hat am 24. 3. 2008 ebenfalls ein *Nacrt zakona o obligacionim odnosima* (cgZOO) veröffentlicht.<sup>75</sup> Art. 137 f. cgZOO entsprechen den Art. 142 f. ZOO. Allerdings enthält Art. 136 cgZOO eine Begriffsdefinition: Mit einem sogenannten *ugovor po pristup* (etwa: Vertrag durch Beitritt) bzw. einem Formularvertrag regelt eine Partei im Voraus Bestandteile und Bedingungen eines Vertrages durch allgemeine und feststehende Angebote (so die Legaldefinition von allgemeinen Bedingungen), und die andere Partei tritt lediglich den auf diese Weise gemachten Bedingungen bei.

---

<sup>72</sup> Veröffentlicht in SV 18 vom 5. 3. 2001.

<sup>73</sup> Veröffentlicht in UL 83 vom 25. 10. 2001, zuletzt geändert durch UL 97 vom 24. 10. 2007.

<sup>74</sup> Abrufbar im Internet unter <http://ruessmann.jura.uni-sb.de/BiH-Project/>.

<sup>75</sup> Abrufbar im Internet unter [www.gom.cg.yu/files/1206364598.doc](http://www.gom.cg.yu/files/1206364598.doc).

Eine Sonderregelung für Verträge zwischen Unternehmen ist nach dem geltenden serbischen Recht vom Gesetz her nicht vorgesehen. Möglich ist allerdings trotzdem nach der Struktur des derzeitigen ZOO eine Differenzierung zwischen b2b- und b2c-Verträgen. Man könnte eine solche Differenzierung beispielsweise durch eine unterschiedliche, auf den Einzelfall angepasste Auslegung der Begriffe „unrechtmäßig“ bzw. mehr noch des Begriffs „übermäßig hart“ durch die Gerichte erreichen. Zu den Bestimmungen des ZOO über die Allgemeinen Bedingungen (bzw. zu den jeweiligen Bestimmungen in den Gesetzen der anderen Staaten) scheint es nach der bisherigen, naturgemäß eingeschränkten Erkenntnis des Autors des vorliegenden Beitrags nur wenig Rechtsprechung zu geben,<sup>76</sup> so dass nicht ersichtlich ist, ob eine solche Differenzierung tatsächlich vorgenommen wird.

### V. Notwendigkeit einer Neuregelung im serbischen Recht?

Das ehemalige jugoslawische – und damit auch das geltende serbische – Recht der allgemeinen Bedingungen, wie es in Art. 142 und Art. 143 ZOO enthalten ist, scheint sich bewährt zu haben. Dies zeigt sich nicht zuletzt dadurch, dass die Vorschrift mehr oder weniger unverändert auch in den Neukodifizierungen in Slowenien, Makedonien und Montenegro weiterhin enthalten ist (bzw. sein wird) und dass trotz einer inhaltlich insgesamt grundlegenden (bevorstehenden) Neuregelung wenigstens die Terminologie des ZOO in Kroatien und BiH beibehalten wurde. Der Gesetzgeber sollte grundsätzlich vorsichtig dabei sein, bewährte Regelungen unkritisch durch vollständig neue, womöglich aus einer anderen Rechtsordnung stammende Vorschriften zu ersetzen.<sup>77</sup> Bei Art. 295 f. hrZOO gewinnt man den Eindruck, dass der kroatische Gesetzgeber vom deutschen BGB beeinflusst worden sein könnte: Die Definition der Allgemeinen Bedingungen in Art. 295 Abs. 1 hrZOO scheint dem Wortlaut nach § 305 Abs. 1 S. 1 BGB entnommen zu sein. Art. 296 Abs. 3 hrZOO erweckt sogar den Eindruck, dass der kroatische Gesetzgeber die Diskussionen über das „stellen“ und „aushandeln“ von AGB berücksichtigt hat. Für eine Differenzierung zwischen b2b- und b2c-Verträgen scheint Art. 296 Abs. 2 hrZOO zu plädieren.

In BiH würde durch den derzeitigen Entwurf des baZOO die bisherige Zweiteilung zwischen „Verbraucherschutz“ und allgemeinem Schuldrecht aufgegeben werden, was grundsätzlich nicht bedenklich ist, da man auch bei einer

---

<sup>76</sup> Der Autor beruft sich hierbei auf *Pürner*, WiRO 2004, 145, 146 (dort Fn. 13), der sich seinerseits auf *Blagojević/Krulj*, Kommentar Zakona o obligacionim odnosima, Beograd 1980 und *Gorenc*, Zakon o obveznim odnosima sa komentarom, Zagreb 1998 beruft. Die einzige Entscheidung zum Recht der AGB, die der Autor auffinden konnte, ist *Županijski sud u Koprivnici*, Gž. 2267/07-2 vom 28. 12. 2007, abrufbar im Internet unter [www.zupsudkc.hr/Praksa-gz-2267-07.html](http://www.zupsudkc.hr/Praksa-gz-2267-07.html) - die einen anderen Aspekt des AGB-Rechts diskutiert.

<sup>77</sup> Ausführlich zu diesem Themenkreis *Kranjc*, Probleme der Übernahme ausländischer Rechtssätze in nationale Rechtssysteme, WiRO 1993, 409 ff.

„Transplantation“ einer gewissen Regelungsmaterie in ein anderes Gesetz die bisherige Rechtsprechung und Lehre beibehalten kann.<sup>78</sup> Die Übernahme bestimmter Rechtssätze aus dem Ausland ist auch meist nur eine Übernahme des Wortlautes und nicht zwangsläufig auch der begleitenden Rechtslehre und Rechtsprechung, was auf die Dauer zu einer eigenen Entwicklung der übernommenen Rechtssätze führen wird.<sup>79</sup> Einen neuen Gesetzestext zu schaffen kann auch nur eine der Voraussetzungen sein, eine gewisse Rechtspraxis zu etablieren – neue Formulierungen bedeuten nicht zwangsläufig auch einen inhaltlichen Wandel.<sup>80</sup> Sollte man sich in Kroatien und eventuell später in BiH auch auf die Rechtsprechung des BGH und die Lehre in Deutschland beziehen, so sollte dies in jedem Fall mit der aufgrund der Kontroverse in Deutschland gebotenen Kritik geschehen.

Das derzeitige serbische Recht – insbesondere Art. 143 ZOO i.V.m. Art. 21 ZOO – ermöglicht bereits eine Differenzierung zwischen b2b- und b2c-Verträgen, wenn auch nicht explizit. Dies setzt voraus, dass auch die Gerichte das ZOO in diesem Sinne auslegen. Die weitgehend unveränderte Beibehaltung der bisherigen Regelungen über die Kontrolle von AGB in Bulgarien über die allgemeinen Schranken des Vertragsrechts und mehr noch die bewusste Entscheidung zur Beibehaltung der Regelungen des ZOO in Makedonien, Montenegro und Slowenien bei der Neufassung der jeweiligen Gesetze zeigen, dass eine Neuregelung nicht unbedingt zwingend ist. Es wird für eine Berücksichtigung der in Deutschland gemachten Erfahrungen in der Regel genügen, die befassten Richter hinreichend mit der Problematik vertraut zu machen. Dazu könnte man beispielsweise in die Gesetzesmaterialien – oder auch später in die Kommentare zum neuen Recht – klare Hinweise auf die Problematik und die Diskussionen in Deutschland aufnehmen. Auch sollte man sich nicht dort neue Probleme schaffen, wo es bisher keine Probleme gibt. Möchte man dennoch nach außen hin zeigen, dass man die Diskussionen in Deutschland verfolgt hat und hierzu Stellung bezieht, könnte man in das bisherige Recht folgende Absätze neu einfügen:

---

<sup>78</sup> Als Beispiel hierfür sei das Recht der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Bulgarien genannt, dass vom *Graždanski Procesualen Kodeks* in den *Kodeks na međunarodno častno pravo*, DV 42 vom 17. 5. 2005, „gewandert“ ist; dies führt mitunter auch zur Änderung von Verweisungsnormen in anderen Gesetzen, vgl. das bei *Wietzorek*, Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Bulgarien – unter Berücksichtigung ausländischer Schiedssprüche und Urkunden, *eastlex* 2007, 120, 122 dargestellte und jetzt in Art. 51 Abs. 3 *Zakon za međunarodnija tãrgovski arbitraž*, DV 59 vom 20. 7. 2007, bereinigte Problem.

<sup>79</sup> Dazu mit vielen Nachweisen aus der Rechtsgeschichte *Kranjc*, *WiRO* 1993, 409, 410 f. Angemerkt sei aber auch, dass beispielsweise in der griechischen Literatur die Entwicklungen der Rechtsprechung des BGH und der Lehre in Deutschland verfolgt werden und ihren Niederschlag finden. Auch in der österreichischen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung ist die Berücksichtigung (nicht zwangsläufig die Übernahme) entsprechender Entwicklungen in Deutschland üblich.

<sup>80</sup> So *Kranjc*, *WiRO* 1993, 409, 410.

Art. 142 Abs. 5 ZOO könnte etwa in Zukunft lauten:

**Bei der Beurteilung, ob allgemeine Bedingungen oder besondere Bestimmungen im Sinne der Nr. 4 dieser Vorschrift vorliegen, hat das Gericht zu berücksichtigen, ob die jeweiligen Klauseln das Ergebnis von Verhandlungen zwischen den Parteien sind, welchen Verlauf diese Verhandlungen genommen haben und ob im Ergebnis eine Partei den Vertragsinhalt im Ganzen unter Ausschluss der anderen Partei bestimmt hat.**

**Art. 143 Abs. 3 ZOO könnte in etwa so gestaltet sein:**

Bei der Beurteilung, ob eine einzelne Bestimmung in allgemeinen Bedingungen nichtig im Sinne des Absatzes 1 dieser Vorschrift ist oder ob die Anwendung einzelner Bestimmungen allgemeiner Bedingungen im Sinne des Absatzes 2 dieser Vorschrift durch das Gericht zu verbieten ist, müssen in angemessener Weise alle Umstände des Vertragsschlusses berücksichtigt werden, insbesondere die Üblichkeit bestimmter Klauseln in bestimmten Handelsbranchen, die Erfahrung der Parteien mit vergleichbaren Geschäften, das Verhandlungsgleichgewicht zwischen den Parteien sowie das Verhältnis zwischen dem Preis und dem Verzicht auf einzelne Bestimmungen.

International tätige, deutsche Unternehmen wollen in ihren Rechtsbeziehungen interessengerechte Klauseln verwenden, die mit hinreichender Sicherheit auch vor Gericht halten; die notwendige Flexibilität und die damit verbundene Berechenbarkeit bieten die Rechtsordnungen anderer Staaten und die internationalen Schiedsgerichte.<sup>81</sup> Wenn das serbische Recht und vor allem die serbischen Gerichte also bei der Inhaltskontrolle von AGB sinnvoll nach den genannten Kriterien differenzieren, könnte dies die Attraktivität des serbischen Rechts und damit des Standortes Serbien für deutsche Unternehmen fördern. Serbien könnte dadurch an einem sich herausbildenden europäischen Konsens teilhaben, der zwar in jedem Land etwas unterschiedlich ausfällt,<sup>82</sup> jedoch den ernsthaften Versuch erkennen lässt, hinreichend zwischen b2b- und b2c-Verträgen und auch innerhalb der b2b-Verträge zu differenzieren. Bleibt zu hoffen, dass auch der BGH sich diesem Konsens anschließen wird.

---

<sup>81</sup> Brachert/Dietzel, ZGS 2005, 441.

<sup>82</sup> Als Beispiel sei hier Art. 235 des *Boek 6* des niederländischen *Burgerlijk Wetboek* genannt; dazu Berger/Kleine, BB 2007, 2137, 2140.



*Michael Weitzorek, LLB*  
Junior Assistant,  
Faculty Friedrich-Alexander,  
University Erlangen, Nurnberg, Germany

### **PRIVATE AUTONOMY AND GENERAL CONDITIONS IN CONTRACTS BETWEEN BUSINESS ENTITIES**

**Keywords:** Allgemeine Geschäftsbedingungen – b2b - Verträge – Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse – Inhaltskontrolle von Verträgen

**Key words:** general trade conditions, contracts, liabilities of business entities, control of contract contents

#### *Summary*

This paper is a summary of a discussion among German scholars and legal practitioners on the control of the general standards in the German judicial practice. The interpretation of certain legal provisions of the German Civil Code (BGB) and the fact that the German courts (especially BGH) do not clearly distinguish between the business-to-business contracts and the business-to-customer agreements significantly contribute to the overall legal insecurity and slow down the development of German companies. For this reason, some legal professionals suggest that it might be better to allow for the provisions of the Swiss legislation to be applied in case of business-to-business contracts. The author provides a critical analysis of this discussion, comparing the German legislation with the legal provisions in Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Montenegro, Croatia, Macedonia, Slovenia and Serbia. In conclusion, the author offers a suggestion on how the Serbian legislator may avoid these problems in the codification of the prospective Serbian Civil Code.



**S A O P Š T E N J A**

## SAOPŠTENJA

---

**Анатолий Гусев,**

заместитель декана юридического факультета  
Новгородского государственного университета  
имени Ярослава Мудрого, преподаватель кафедры  
государственно-правовых дисциплин (Российская Федерация)

### **К ВОПРОСУ О РОЛИ КОНСТИТУЦИОННЫХ (УСТАВНЫХ) СУДОВ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ В ЗАЩИТЕ ПРАВ ГРАЖДАН, ОБЕСПЕЧИВАЕМЫХ НОРМАТИВНЫМИ АКТАМИ СОЦИАЛЬНО-ЭКОНОМИЧЕСКОЙ НАПРАВЛЕННОСТИ**

В соответствии со ст. 72 Конституции Российской Федерации в совместном ведении Российской Федерации и её субъектов находится трудовое, семейное, жилищное, земельное законодательство.

Следует отметить, что за весь период существования конституционными (уставными) судами неоднократно рассматривались дела о проверке соответствия конституциям (уставам) субъектов Российской Федерации нормативных актов, регулирующих гражданские, земельные, жилищные и трудовые правоотношения. По таким делам принимались различные решения, юридический смысл которых сводился к признанию оспариваемых нормативных актов соответствующими либо противоречащими конституциям (уставам) субъектов Федерации полностью или в отдельной части. В этой связи конституционные (уставные) суды, как «негативные» законодатели, оказывали определённое влияние на дальнейшее развитие в субъектах Федерации сферы жилищного или земельного законодательства, затрагивающего, в частности, права и свободы человека и гражданина.

Таким образом, само по себе признание конституционным (уставным) судом того или иного нормативного акта (отдельной его нормы) противоречащим конституции (уставу) субъекта Российской Федерации влекло необходимость устранения компетентным органом власти соответствующего пробела в конкретном нормативном акте. В последующем это приводило к совершенствованию механизма правового обеспечения прав граждан, направленного на улучшение жилищных условий, процедуры владения, пользования и распоряжения земельным участком и т. д.

Конституционными (уставными) судами субъектов Российской Федерации принято 10,3% решений по делам о нарушениях прав граждан проводимой на региональном уровне социальной политикой и защитой на этой основе социально-экономических прав граждан.

9,2% от общей массы принятых конституционными (уставными) судами решений касается издания в субъектах Российской Федерации нормативных правовых актов, направленных на регулирование земельных и налоговых правоотношений и связанных с установлением, введением и взиманием земельного налога. К примеру, правовые позиции по таким делам содержатся в одном определении Конституционного Суда Республики Бурятия, четырёх постановлениях и одном определении Конституционного Суда Республики Карелия, одном постановлении и семи определениях Уставного суда Калининградской области, одном постановлении и трёх определениях Уставного Суда Свердловской области.

Интересно также и то, что в практике конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации по делам о защите прав граждан применялись нормы европейского права, то есть практика Европейского Суда по правам человека.

Так, Конституционный Суд Республики Карелия в одном из решений позиционировал, что учёт государственными и иными органами публичной власти неравенства жизненных условий через дифференциацию оплаты сверхнормативного жилья и коммунальных услуг является одним из способов обеспечения равноправия и социальной справедливости в правовом социальном государстве. На это, по мнению Суда, сориентирована и практика Европейского суда по правам человека, который в решении «Национальный профсоюз полиции Бельгии против Бельгии» постановил, что равенство нарушено, если различие не имеет никакого объективного и разумного оправдания. Если такое оправдание существует, то оно должно быть оценено с точки зрения цели и эффективности рассматриваемой меры, с учетом принципов, которые превалируют в демократическом обществе.

Как видно, конституционные (уставные) суды субъектов Российской Федерации осуществляют защиту прав и свобод человека и гражданина, оказывают определённое влияние на процесс нормотворчества. Такой подход интересен не только с теоретической стороны, но и важен с практической точки зрения. В связи с этим целесообразно продолжить процесс создания в субъектах Российской Федерации конституционных (уставных) судов с целью упорядочения системы нормативных актов субъектов Федерации, принимаемых по вопросам совместного ведения.

**Марина Трофимова,**

кандидат юридических наук, доцент,  
заведующая кафедрой гражданского процесса  
Новгородского государственного университета имени  
Ярослава Мудрого (Российская Федерация)

### **О НЕОБХОДИМОСТИ УНИФИКАЦИИ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, РЕГУЛИРУЮЩЕГО ПЕРЕСМОТР НЕ ВСТУПИВШИХ В ЗАКОННУЮ СИЛУ СУДЕБНЫХ ПОСТАНОВЛЕНИЙ**

В современный период в России создана своеобразная, не имеющая аналогов в мировой юридической практике система пересмотра судебных постановлений.

Введение в России института мировых судей и особенности их деятельности потребовали дополнения судебной системы России еще одним звеном, осуществляющим вторичное рассмотрение дела по существу судом вышестоящей инстанции. Российский законодатель избрал модель апелляционного обжалования, несколько отличную от классического содержания апелляционной инстанции. Кроме того, действующий ГПК РФ сохранил институт кассационного производства, а также возможность обжалования вступивших в законную силу судебных постановлений в порядке надзора.

Анализ действующего зарубежного гражданского процессуального законодательства, изучение научных трудов зарубежных и отечественных авторов позволяет утверждать, что классическая модель обжалования судебных постановлений представляет собой двойное обжалование: сначала обжалование не вступившего в законную силу судебного решения – в апелляционную инстанцию, затем – вступившего в законную силу решения суда – в кассационную (ревизионную) инстанцию.

Отечественный законодатель избрал другую модель: апелляция и кассация в российском гражданском процессе выступают в качестве альтернативных, исключających друг друга форм пересмотра решений, не вступивших в законную силу. Апелляция служит для пересмотра решений мировых судей; кассация предназначена только для проверки решений федеральных судов.

Однако, процессуальные нормы, закрепляющие порядок кассационного обжалования судебных постановлений, позволяют сделать вывод, что современная кассация представляет собой неполную апелляцию.

В АПК РФ, напротив, решение арбитражного суда, не вступившее в законную силу, может быть обжаловано в суде апелляционной инстанции, а вступившее в законную силу – в суде кассационной инстанции. Причем по своим признакам апелляция в арбитражном процессе является кассацией в процессе гражданском.

Если обратиться к уголовному процессу, то в соответствии с УПК РФ приговор суда апелляционной инстанции также может быть обжалован в суд кассационной инстанции (ст.ст. 354, 371 УПК РФ).

Такая непоследовательность законодателя в формировании системы обжалования судебных постановлений не позволяет сформировать единое понимание апелляции и кассации в процессуальной науке.

Представляется, что наиболее правильным подходом должно стать закрепление единого апелляционного порядка для обжалования решений и определений мирового судьи и судьи районного (городского) суда, поскольку существующий в настоящее время подход законодателя не обеспечивает равенства граждан, обращающихся за судебной защитой к мировому судье и в районный (городской) суд. Поэтому было бы последовательным распространить апелляционный порядок рассмотрения жалоб на судебные акты районных (городских) судов общей юрисдикции, принятые ими по первой инстанции.

Пересмотр всех гражданских дел, вне зависимости от того, кто постановил решение: мировой судья или федеральный суд, во второй инстанции по правилам полной апелляции обеспечил бы разрешение споров по одним и тем же положениям закона.

Наиболее логичным было бы установление единого порядка обжалования всех судебных постановлений (актов судов общей юрисдикции по гражданским делам, приговоров по уголовным делам, постановлений арбитражных судов), который включал бы в себя две пересматривающие инстанции: апелляционную (при обжаловании не вступивших в законную силу судебных постановлений) и кассационную (при обжаловании вступивших в законную силу судебных постановлений).