

**Проф. др Бранко Мораит**

**ЗБИРКА РАДОВА**

**40 година наставно-научног дјеловања**



**Проф. др Бранко Мораит**

**ЗБИРКА РАДОВА**  
**40 година наставно-научног дјеловања**

Бања Лука, 2016. година

*Аутор:*

Проф. др Бранко Мораит

*Издавач:*

ЈУ Службени гласник Републике Српске

*За издавача:*

Драган Веселиновић

*Рецензенти:*

Проф. др Абедин Бикић

Проф. др Илија Бабић

*Техничко уређивање:*

Горан Зеленбаба

*Дизајн корица:*

Марко Келечевић

*Лектор:*

Славица Бајагић

*Штампа:*

ЈУ Службени гласник Републике Српске

*За Штампарију:*

Боро Лубурић, дипл. граф. инж.

*Тираж:*

150 примјерака

**САДРЖАЈ**

Рецензија I.....	6
Рецензија II.....	9
Предговор.....	7
Увод у облигационо право.....	9
Право у одговорности.....	39
Заштита људског достојанства у облигационом праву.....	53
О моралности уговорног права.....	67
Аутономија личности <i>sine qua non</i> грађанског законика.....	86
Актуелности грађанскоправне заштите права на слободу и осталих права личности.....	102
Специфичности накнаде штете по Закону о заштити од клевете.....	135
Права личности и медијске слободе.....	145
Правни живот и хармонизација Закона о облигационим односима.....	156
Кодификација грађанског права као допринос владавини права.....	171
О предмету и методу стварања Грађанског законика Републике Македоније.....	185
Кодификовање грађанског права у Републици Српској.....	196
О Преднацрту грађанског законика Републике Србије.....	209
Мирење и/или посредовање.....	219
Арбитражно рјешавање спорова у Босни и Херцеговини.....	230
Списак објављених научних и стручних радова (библиографија).....	244

Др Абедин Бикић, редовни професор Правног факултета у Сарајеву

## РЕЦЕНЗИЈА

рукописа проф. др Бранка Мораита ЗБИРКА РАДОВА

Рукопис проф. др Бранка Мораита има 272 страница, фонт 11 Times New Roman, нормалног прореда. Састоји се из: предговора, садржаја, петнаест делова, библиографије и биографије.

Рукопис садржи петнаест посебних цјелина, чланака, који су претходно изложени као запажени реферати на научним скуповима. За ову збирку намјенски је написан први чланак, УВОД У ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО, у којем излаже појам, предмет, метод и значај Облигационог права однос Облигационог права и сродних дисциплина Грађанског права према другим гранама приватног права и појединим гранама јавног права, затим изворе и литературу из Облигационог права, основе настанка облигација и основна начела.

Радови који су изложени у овом рукопису тематски су одређени око двије централне теме: прва је везана за основна питања облигационог права, заправо основна начела и њихову разраду. То су питања одговорности у Облигационом праву, достојанству личности, моралности уговорног права и заштити личних права или права личности.

Друга сфера ауторовог излагања је везана за питања из општег дијела грађанског права, реafirмацију кодификаторског рада на подручју облигационог права и грађанског права као основне правне области приватног права, те питање хармонизације домаћег права с правом ЕУ. Ово питање је актуелно с обзиром на процесе придруживања ЕУ и друштвено-политичких одређења земаља из региона.

У раду ПРАВО У ОДГОВОРНОСТИ аутор излаже актуелни осврт на дио Преднацрта грађанског законика Републике Србије за подручје грађанскоправне одговорности и алтернативна рјешења из наведеног Преднацрта, односно дефиниције правних института: - кривице, штете, опасне ствари, опасне дјелатности, проширење законских рјешења о одговорности за проузроковану штету, предвиђање права привредних субјеката и других правних лица на новчану накнаду штете због повреде пословног угледа и новине у области накнаде неимовинске штете у случају повреде заштићених права личности.

Слиједи чланак ЗАШТИТА ЉУДСКОГ ДОСТОЈАНСТВА У ОБЛИГАЦИОНОМ ПРАВУ, у којем аутор промовише достојанство као правну вриједност и његово мјесто и значај у правној теорији, правном систему и правним порецима земаља региона. У раду О МОРАЛНОСТИ УГОВОРНОГ ПРАВА проблематизује се вјечно питање односа моралног и правног, и реafirмише улога морала у праву. У чланку АУТОНОМИЈА ЛИЧНОСТИ

SINE QUA NON ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА, аутор понавља своје тезе да кодификатори грађанског права полазиште за одређивање садржаја грађанске кодификације морају пронаћи у институтима који почивају на аутономији воље, односно приватној аутономији.

У чланку АКТУЕЛНОСТИ ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ПРАВА НА СЛОБОДУ И ОСТАЛИХ ПРАВА ЛИЧНОСТИ обрађују се актуелна питања остваривања права на накнаду нематеријалне штете у новчаном облику и тешкоће на које реализација те идеје наилази у правној теорији али већином у судској пракси. Под насловом СПЕЦИФИЧНОСТИ НАКНАДЕ ШТЕТЕ ПО ЗАКОНУ О ЗАШТИТИ ОД КЛЕВЕТЕ аутор излаже специфичности рјешења Закона о заштити од клевете у Босни и Херцеговини и њихову усклађеност са рјешењима Закона о облигационим односима. У чланку ПРАВА ЛИЧНОСТИ И МЕДИЈСКЕ СЛОБОДЕ аутор контрастира права личности и људска права под налетом слободе медија и њихове необуздане жеље да гледаоцима и читаоцима открију најситније детаље из приватног живота познатих личности не хајући за посљедице које ће сензационалистички изазвана медијска пажња изазвати на оклеветана и озлојеђена лица. Аутор поставља питање: да ли је реформисана законска регулатива и декриминализација клевете адекватан одговор на ову дилему?

Другу сферу ауторовог интересовања обухватају чланци о хармонизацији домаћег права са правом ЕУ, кодификовању као методу нормирања грађанскоправних односа, пројекту македонске кодификације грађанског права и кодификовању грађанског права у Босни и Херцеговини. Аутор није заобишао ни актуелна питања алтернативног рјешавања спорова путем мислења/посредовања и арбитраже.

Рукопис проф. др Бранка Мораита ЗБИРКА РАДОВА посвећен је највећим дијелом теоријско-правним проблемима којима се аутор бавио у оквирима Облигационог права, научне дисциплине којој је проф. др Бранко Мораит посветио цијели свој радни вијек. Ово је репрезентативан исјечак из повеликог опуса аутора, о чему свједочи приложени списак објављених радова. Пригодан избор радова који је извршио аутор даће подстрека знатижељном читаоцу да се упозна и са другим занимљивим радовима и стајалиштима која заступа аутор овог вриједног монографског рукописа.

Стога рецензент има част и задовољство да издавачу предложи:  
да се рукопис проф. др Бранка Мораита ЗБИРКА РАДОВА

ШТАМПА

У Сарајеву, 23.11.2016. године

Рецензент

Dr Abedin Bikić, redovni profesor



Др Илија Бабић, редовни професор Факултета за европске правно-политичке студије у Новом Саду, Универзитет ЕДУКОНС

## РЕЦЕНЗИЈА

рукописа проф. др Бранка Мораита ЗБИРКА РАДОВА

Рукопис проф. др Бранка Мораита има 272 страница, фонт 11 Times New Roman, нормалног прореда. Састоји се из: предговора, садржаја, петнаест делова, библиографије и биографије.

Проф. др Бранко Мораит је из мноштва чланака (већим делом су наведени у библиографији, на крају рукописа) издвојио оне који су претежно настали у последњој деценији његовог рада. Из ових научних радова - чланака проистиче да је аутор истраживао и расправљао о важним питањима из скоро целокупне области материјалног Грађанског права (тј. из облигационог права, општег дела грађанског права и породичног права), али и Грађанског процесног права.

Сваки од ових петнаест делова је посебан чланак, раније изложен као реферат. За ову збирку аутор је посебно припремио обимнији први рад УВОД У ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО. У раду аутор синтетички излаже појам, предмет, метод и значај Облигационог права, однос Облигационог права и сродних дисциплина Грађанског права према другим гранама приватног права и појединим гранама јавног права. Осим тога, он наводи и анализира изворе облигационог права у формалном смислу, истиче важнију литературу из Облигационог права, објашњава основе настанка облигација и основна начела.

Уводни карактер има и рад проф. др Бранка Мораита О МОРАЛНОСТИ УГОВОРНОГ ПРАВА. У раду се истиче да је вечно живо питања односа морала и права и да је нужна реafirмација улоге морала у праву. Данас је, наиме, примена моралних правила занемарена не само у теорији него и у пракси судова. Примена моралних норми неретко може бити Аријаднина нит за излазак из лавиринта облигационих прописа.

Остали чланци у ЗБИРЦИ РАДОВА могу се сврстати у три групе. Прва група обухвата драгоцене и актуелне радове о кодификацијама Грађанског права уопште, о онима које су донесене или које су у фази припреме, и то: АУТОНОМИЈА ЛИЧНОСТИ SINE QUA NON ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА; ПРАВНИ ЖИВОТ И ХАРМОНИЗАЦИЈА ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА, КОДИФИКАЦИЈА ГРАЂАНСКОГ ПРАВА КАО ДОПРИНОС ВЛАДАВИНИ ПРАВА, О ПРЕДМЕТУ И МЕТОДУ СТВАРАЊА ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ, КОДИФИКОВАЊЕ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ, и О ПРЕДНАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.



У овим радовима аутор оправдава доношење кодификације Грађанског права у Републици Српској и Републици Србији и подробно критички анализира поједина решења Преднацрта грађанског законика Републике Србије. Наиме, важећи закони нису уједначени и не регулишу све грађанскоправне односе. У протеклим деценијама десиле су се драматично нагле промене у техници и технологији, али и у сфери права. Кодификација прати потребе живота, систематски и уједначено регулише грађанскоправне односе те је, по мишљењу аутора, она потребна и корисна.

Друга група радова посвећена је правима личности а обухвата следеће чланке: ЗАШТИТА ЉУДСКОГ ДОСТОЈАНСТВА У ОБЛИГАЦИОНОМ ПРАВУ; АКТУЕЛНОСТИ ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ПРАВА НА СЛОБОДУ И ОСТАЛИХ ПРАВА ЛИЧНОСТИ; СПЕЦИФИЧНОСТИ НАКНАДЕ ШТЕТЕ ПО ЗАКОНУ О ЗАШТИТИ ОД КЛЕВЕТЕ; ПРАВА ЛИЧНОСТИ И МЕДИЈСКЕ СЛОБОДЕ. Наведени радови излажу, истражују и расправљају о правима личности (укључујући, у теорији и пракси, запостављено право на људско достојанство). Посебна пажња посвећена је грађанскоправној одговорности због повреде права личности. Потпуније истраживање аутора о овом институту је оправдано јер се одговорност у Грађанском праву најчешће своди на накнаду материјалне и нематеријалне штете. Расправљање о правима личности (правима на личним добрима) данас постаје све значајније како се многоструко умножавају могућности њихове повреде и злоупотребљавају медијске слободе. Аутор је продубљено анализирао питања која намећу права личности и за њих аргументовано дао уверљиве одговоре.

У трећу групу радова сврставају се два чланка из домена процесних питања везана за алтернативно решавање спорова путем мирења, односно посредовања и арбитраже, и то: МИРЕЊЕ И /ИЛИ ПОСРЕДОВАЊЕ И АРБИТРАЖНО РЈЕШАВАЊЕ СПОРОВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ.

На крају рукописа аутор је навео списак објављених радова и кратку биографију.

ЗБИРКА РАДОВА др Бранка Мораита, познатог професора Облигационог права на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци, који је својим вишедеценијским радом изградио и унапредио науку Облигационог права на Факултету, по својој свеобухватности, актуелности, дубинској и промишљеној анализи правних проблема и предлозима за њихово решавање, представља значајан и драгоцен допринос науци Грађанског права, а посебно Облигационог права. Ово дело је, међутим, само делимична ретроспектива ауторовог прегалаштва у оквирима Облигационог права, научне дисциплине којој је проф. др Бранко Мораит посветио цео свој радни век. Рецензент жали што, осим наведених, аутор у ЗБИРКУ РАДОВА није уврстио и један број веома добрих ранијих радова.

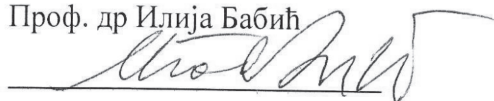
Рецензент има част и прилику да издавачу предложи:  
да се рукопис проф. др Бранка Мораита ЗБИРКА РАДОВА

ШТАМПА

У Београду, 22. новембра 2016.

Рецензент

Проф. др Илија Бабић



A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ilija Babić', written over a horizontal line.

## ПРЕДГОВОР

Збирком текстова коју даје на увид јавности аутор жели обиљежити четрдест година наставно-научног рада на предмету Облигационо право на универзитетским студијама права.

Овим ретроспективним избором желим изразити захвалност сретним околностима које су ме навеле да се бавим научно-наставним радом у области права. За одређење на пут бављења правном науком дугујем захвалност своје оцу Сократу, који ме је упутио и охрабрио да на томе истрајем. Овом приликом желим изразити поштовање својим учитељима, професорима Богдану Лози, Љубиши Милошевићу и Слободану Перовићу, који су одиграли кључну улогу у мом научном раду и развоју, као и професору Радовану Хрњазу, утемељитељу правног студија у Бањој Луци.

Избор радова за ову прилику определијиле су техничке погодности које пружају текстови припремљени у електронској форми. Радови који су овдје сабрани претежно су реферати изложени на правничким скуповима, који су увијек лијепе прилике за размјену идеја и енергије међу правницима из теорије и праксе. На тим скуповима, нарочито Копаоничкој школи природног права, његовано је слободоумно и критичко мишљење о друштвеним и правним појавама, што остаје стално надахнуће свакоме ко на овим просторима жели да се бави научно-теоријским радом у праву. Бављење науком и едукацијом у правној области је привилегија али и обавеза, а уједно и еликсир који научном раднику пружа задовољство и осјећај снаге и младости. Трагање за истином и правдом несагледив је процес, радни наслов бескраја.

Вјерујем да сам се руководио критеријумима које је за просвјетног радника, поводом дана учитеља, 5. октобра, у једном телевизијском разговору истакао познати професор бањалучке гимназије Тихомир Левајац: да је стручан и суверен у свом предмету, да је добар педагог који зна када треба наградити, а када опоменути ученика и да је добар човјек, јер то ђаци непогрешиво инстинктивно препознају. Ова три услова за доброг наставника морају увијек постојати кумулативно. Ако ма који не постоји, неће бити доброг наставника.

Надам се да ћу и овако скромним избором текстова указати на пресјек интелектуалних преокупација у актуелним транзиционим временима чији смо савременици, прилике и вријеме када су настајали и правно-филозофске идеје које смо слиједили и афирмисали.



## УВОД У ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО<sup>1</sup>

### 1. Појам, предмет, метод и значај Облигационог права

Облигационо право је грана приватног права која уређује и штити облигационе односе. Облигациони односи су правни односи између двије стране, повјерилачке и дужничке, у којима повјерилац има тражбину, односно потраживање, заправо субјективно грађанско право на основу којег је овлашћен да захтијева од дужника неко понашање које има имовински карактер, а дужник је обавезан да изврши захтијевано понашање и тако угаси облигациони однос или постане и одговоран за неизвршење или неуредно извршење своје обавезе ако поступи супротно садржају облигације. Облигационо право је грана Грађанског права у оквиру Приватног права.

С једне стране посматрано, облигационо право је грана позитивног права, дио правног система једне државе, јер је то скуп правних норми прописаних законом које регулишу облигационе односе субјеката права. С друге стране, Облигационо право је грана правне науке која се научним методама бави истраживањем, научном критиком и подучавањем.<sup>2</sup>

Облигационо право, у објективном смислу, јесте скуп правних норми садржаних у законском акту. Под облигационим правом се подразумијева и облигационо право у субјективном смислу. Оно се поистовјећује са: тражином, потраживањем, понекад и са облигацијом, а ријеч је о субјективном грађанском праву, које припада једном титулару и садржи овлашћење и захтјев, односно тужбу у материјалном смислу.

Сваки аутор уџбеника из облигационог права настоји понудити праву дефиницију овог наслова. Тако нпр. проф. Антић наводи: *Облигационо право је део грађанског права, којим се уређују правни односи дуговања и потраживања (облигациони односи). Као наука, Облигационо право изучава правни промет међу живима (inter vivos), пренос имовинских права који се одиграва између две одређене стране, повериоца и дужника. (...) Облигацио-*

---

<sup>1</sup> Овај рад је скраћена верзија рада под истим насловом објављеног као глава прва у уџбенику: проф. др Бранка Мораита, Облигационо право, „Сomesgrafika“ Бања Лука, 2010., стр. 9-51.

<sup>2</sup> Као грана позитивног права означавамо облигационо право малим почетним словом, а као научну дисциплину Облигационо право пишемо великим почетним словом.

но право изучава настанак, дејство и престанак облигација.“<sup>3</sup> Професор Бикић наводи: У објективном смислу облигационо право представља скуп правних норми којима се регулирају облигациони односи између одређених субјеката, односно пријелаз добара из имовине једног у имовину другог лица. Облигационо право у објективном смислу постоји независно од воље субјеката права.“<sup>4</sup>

У нашем језику нема посебног назива за субјективно облигационо право, као у другим језицима.<sup>5</sup> Субјективно право је признато од стране објективног права, тј. закона. Говори се и да облигационо право представља „динамику“ грађанскоправних односа, јер се њиме оправдава прелаз права с једног лица на друго. У поређењу с том карактеристиком, стварна права су „статика“ грађанскоправних односа, јер једном стечена остају везана за свога титулара који тада има овлашћење према ствари да је посједује, користи и њоме располаже. Стварно право штити статистику присвајања, а облигационо право штити динамику промета, прелаза добара и права с једног субјекта на други. Облигационо право правно оправдава, легализује, прелаз добара из имовине једног у имовину другог лица, а служи и успостављању (реституцији или накнади) поремећене имовинске равнотеже. Оно, у надградњи привредних односа, интерпретира економску динамику робно-новчаних односа, као и правично санирање поремећених вриједности које припадају субјектима права према нормама објективног права.

## 1.1. Предмет облигационог права

Предмет облигационог права, у објективном смислу, јесу облигациони односи, који се, у свакодневном правничком аргоу, најчешће називају облигације.

Дефинише се да су облигациони односи (облигације) правни односи између двије стране тако да на свакој страни односа може бити више лица, да на једној страни (на којој може стајати и више субјеката) постоји повјерилац, који има субјективно облигационо право (потраживање, тражбину) да може од друге, дужничке, стране захтијевати одређено понашање (дуг или обавезу која се састоји од чињења, давања, пропуштања или трпљења) и која је то обавезна испунити, под пријетњом одговорности, тј. имовинскоправне санкције.

Из самог назива, облигационо право, запажа се римско поријекло овог назива (*obligo, obligare, obligatio*). Понегдје се овај назив за означавање цјелокупног облигационог права везује за један дио односа: нпр. за тражбину-

<sup>3</sup> Оливер Антић, Облигационо право, Друго измењено и допуњено издање, „Службени гласник“, Београд, 2008., стр. 23.

<sup>4</sup> Абедин Бикић, Облигационо право – опћи дио, друго измијењено и допуњено издање, Сарајево, 2007., стр. 9.

<sup>5</sup> У Енглеском језику за „закон“, „право“ *law*, а за појединачно, субјективно право „*right*“.

тражбено право; за дуг-дуговинско право, за обвезу тј. облигацију-обвезно право, а чак и за личност-лично право. Облигационо право је опште право у том смислу да његова правила, као и правила грађанског права имају општи карактер и супсидијаран значај за све специјалне дисциплине у којима се јављају облигациони односи. Уколико неким посебним законом, који уређује одређене облигационе односе, није све прописано што је потребно за цјеловито уређење тих односа, примјењује се Закон о облигационим односима и на тај и такав, специјални, облигациони однос.

## 1.2. Метод облигационог права

Под методом облигационог права, у објективном смислу, као гране позитивног права, подразумијевамо начин на који се уређују, прописују, норме облигационог права, односно нормирају облигациони односи. У првом реду то се чини законом као општим прописом. Подзаконски акти нису адекватан метод уређивања облигационих односа. Ако би нека извршна или чак законодавна власт покушала утврђивати облигационе односе подзаконским актима, уредбама или директивама, такви прописи би се могли огласити незаконитим. Метод облигационог права је грађанскоправни метод који води рачуна да су облигациона права прометљива и да се могу отуђивати и преносити с лица на лице; затим, да су имовинског карактера, тј. да се могу новчано валоризовати и да имају имовинску санкцију, тако да се санкција, најчешће, састоји од накнаде штете. Сам Закон о облигационим односима, који је основни извор правила, норми, облигационог права, почива на неколико методолошких принципа.

Један од тих методолошких приступа називамо начело јединства облигационог права. Оно значи да облигационо право у нас има једнака правила и за грађане и за привредне субјекте. Тиме се превазишао дуализам правила облигационог права познат по томе што за грађане важе правила грађанског законика, а за привреднике правила трговачког законика, мада се ради о истом предмету - облигационим односима.

Друго законско методолошко упутство јесте постулат да су законске облигационе норме претежно диспозитивног карактера. Оне су субјектима дате на диспозицију и субјекти, када ступају у облигационе односе, могу од њих одступити и сачинити однос како њима одговара. Тако закључен уговор (облигациони однос) ће производити правно дејство ако није у сукобу са јавним поретком у који спадају императивне законске норме као и правила морала, односно добрих обичаја. То је јасно изражено одредбом члана 20. Закона о облигационим односима (скраћено: ЗОО): *„Стране могу свој облигациони однос уредити другачије него што је овим законом одређено, ако из поједине одредбе овог закона или из њеног смисла не произлази нешто друго.“* Другим ријечима, воља субјеката ужива законску подршку и њој се даје предност код обликовања и углављивања облигационог односа. Диспозитивне норме посебно долазе до изражаја када се треба расправити неки

спор који настане међу странама. Тада на сцену ступају нормe облигационог права, све оно што је законом пописано постаје подлога за рјешавање спора и довођење страна у позицију коју закон оправдава и штити. Због тога се говори о потпуним диспозитивним нормама, које у цјелини замјењују вољу странака, као и о допунским диспозитивним нормама које дјелимично допуњавају вољу страна које нису у потпуности самостално изразиле своју вољу о одређеном питању из облигационог односа. То не значи да и у Закону о облигационим односима не постоје и императивне (принудне) нормe од којих стране не могу одступити нити их мијењати и обликовати својом вољом. Ако желимо практичним примјером указати, диспозитивне је природе законска одредба: *уговорне стране могу се споразумјети да посебна форма буде услов пуноважности њиховог уговора.*“; док је, насупротив њој, императивне природе законска норма која гласи: *„Када стране вјерују да су сагласне, а у ствари међу њима постоји неспоразум о природи уговора или о основу или о предмету обавезе, уговор не настаје.*“ Можемо рећи да Закон о облигационим односима садржи допунске диспозитивне нормe које замјењују оно што стране нису уговориле те се каже: *”ако странке нису што другачије одредиле, тј. уговориле“* и примјењује се одређена законска одредба која интерполира у њихов облигациони однос. Поред тога, оне допуњају и оне нормe које су странке уговориле, ако је страначки споразум недовољан за разумијевање и разрјешење њиховог односа. Обично је нагласак на *„стране могу“*, док је код императивних нагласак да *„морају“* или *„дужне су“* да се понашају како то законска норма прописује. Диспозитивност нормe лежи у самој суштини облигационог односа. Субјективно облигационо право и овлашћење које из њега произилази не тјера повјериоца да мора своје право захтијевати од дужника. Повјерилац не мора никада да захтијева од дужника измирење дуга. Он може да врши своје право, да захтијева његово извршење, али не мора и нико се не мијеша у то његово одређење. Са страначком диспозицијом повезано је и право на тужбу, које је титулару, повјериоцу, дато на диспозицију, располагање, а од његове слободне одлуке зависи да ли ће га искористити или неће.

Велики значај у знатном дијелу облигационих односа даје се аутономији воље. На терену уговорних облигационих односа ријеч је о слободи уговарања. Воља законодавца најчешће није довољна за заснивање облигационих односа. Спомињу се тзв. законске облигације, али оне нису тако честе. Много су чешће облигације које настају тек саглашавањем воља двију страна. Постоје и облигације које настају мимо воље страна, а то је када се врши противправно хватање у туђу имовину, личност, интересе односно права. Забрањено је другоме наносити штету или бол. Некада се поступа супротно правилима која важе за уговор о налогу, па неко без налога (мандата) изврши посао за онога ко је овлашћен да га врши. Поред тога, некада стицање неке имовинске вриједности нема основа у неком признатом основу стицања, те због тога настане облигациони однос у којем пословођа захтијева накнаду или неосновани стицалац постаје дужник враћања стеченог без основа.



### 1.3. Значај облигационог права

Значај облигационог права условљен је значајем облигационих односа. Друштвени живот, у условима постојања робно-новчаних односа и важења закона вриједности, незамислив је без облигационих односа. Облигациони односи се не могу побројати и дати им посебне називе. Они су масовни као што је живот и међуљудски односи. Могућа су само општа законска правила, тзв. апстрактне норме које покривају неограничен број појавних односа који се јављају међу неодређеним бројем субјеката, грађана и привредника, физичких и правних лица. Развијеност правила облигационог права и обимна литература која их прати афирмисали су ову грану грађанског права као теоријски најразвијенију. Због тога она има незаобилазан значај у правним студијама а темељ је многим апликативним, специјалним, дисциплинама које су се развиле из облигационог права. Због свог значаја чини главни и најобимнији дио садржаја грађанских кодификација.

## 2. Развој облигационог права

Облигационо право може се посматрати и историјско-правном методом како би се одредило његово мјесто и улога у разним друштвено-економским формацијама. Његово родно мјесто је у свим историјским формацијама у којима владају робно-новчани односи, закони тржишта и закон вриједности. Због дужине трајања и континуитета може се причинити и да је оно ванисторијска, „вјечна“ појава. За економске законитости важи да су то нужни односи, независни од људске воље и да су реална основа за друштвену, идеалну надградњу у коју спада и право као идеална појава.

Као што је познато, римски правници су, на бази рјешавања случајева, тј. казуистичком методом, изградили многе институте, установе, облигационог права. Од подјеле на контракте и деликте, открића уговора, проузроковања штете, пословодства без налога и неоснованог обогаћења изградили су појмовни и институционални инструментариј који се примјењује и у савремено доба. Рецепцијом римског права добар дио овог културно-правног наслеђа и стваралаштва римских правника преточен је у апстрактне норме европско-континенталног, кодификованог, грађанског права посредством тзв. великих кодификација.

Транзиционе земље, с падом социјалистичког блока, приступиле су реинтеграцији својих правних система у европску породицу кодификованог грађанског права. Као основа у садржинском смислу у свим новоформираним, постјугословенским државама, преузет је југословенски Закон о облигационим односима из 1978. године, с мањим измјенама и допунама. Сада је у току припрема грађанских законика у Републици Србији и Републици Македонији.

### 3. Однос облигационог права и сродних дисциплина грађанског права

**Облигационо и стварно право** сматрају се основом имовинског права (*inter vivos*). Уз ове двије гране, насљедно право се уврштава с дејством (*mortus causa*). Породично право, у претходном социјалистичком правном систему издвојило се и афирмисало као грана права *sui generis*, којом доминирају личноправни, а не имовинскоправни односи.

Облигационо и стварно право су повезани, јер штите субјективна грађанска права, имају имовински карактер, почивају на принципу приватне аутономије, и права су у промету. Често су облигациона права основ за стицање стварних права, уговор је основ за стицање својине. Стварна и облигациона права су супстрат нечије имовине. Она су процјењива у новцу и размјењива за новац, заштићена су имовинском санкцијом и грађанскоправном тужбом. Облигациона права имају само релативно (релационо) дејство (*inter partes*), јер се тичу само лица у односу, док стварна права имају апсолутно дејство, јер штите титуларово право према свима (*erga omnes*). Облигациона и стварна права се разликују по предмету: предмет стварних права су ствари. Стварна права су права на ствари (*ius in re*). Предмет облигационог права није ствар него радња, понашање, чинидба. Ако је предмет понашања, тј. објект радње, предаја ствари, тежиште је на предаји. Облигациона права нису у закону таксативно наведена, за разлику од стварних права. Закон набраја само основе настанка (изворе облигација) облигационих права. Стварна права се стичу предајом или укњижбом, зависно од тога да ли се ради о покретним стварима или некретнинама. Облигациона права стичу се по неком основу, нпр. по основу уговора, једностране изјаве воље, проузроковања штете, стицања без основа, пословодства без налога, као и непосредно из самог закона. Према времену трајања, облигациона права нису трајна, слабе услед невршења, губе захтјев, принуду и застаријевају. Стварна права не застаријевају.

У односу према **наслједном праву**, облигациона и стварна права чине заоставштину неког лица. Насљедно право је имовинско-личног карактера, а постаје оперативно смрћу неког лица које има имовину (оставиоца) и лица која остају иза њега у животу (наслједници). У случају смрти (*mortis causa*) насљедно право прописује услове и поступак расподеле имовине међу насљедницима, било да је основ насљеђивања изјава посљедње воље (тестамент) или је то законска одредба.

У односу према **породичном праву** облигационо право има додирних тачака које су дуго времена идеолошки занемариване. У крилу породице настаје тзв. заједничка имовина брачних другова. Брачни другови имају и посебну имовину. Сви имовински односи између брачних партнера и осталих чланова породице обухватају стварна и облигациона права. Међутим, зарад специфичности емоционалних веза унутар породице и посебне пажње коју друштвена заједница поклања породици, имовински односи у породици дуго су подлијегали посебном режиму, који је унеколико одступао од општег правног режима који важи за све грађанскоправне односе. Поред тога, поро-

лично право садржи и свој статусни дио, тако да обухвата не само субјективна грађанска права него и статус лица.

Најзад, облигационо право је тијесно повезано са правилима **грађанског процесног права**, парничног, извршног и ванпарничног. Облигациона права настају да би се извршила. Међутим, неријетко, до извршења нечије правне обавезе не долази лако и по аутоматизму. Дужник некада неће или не може да изврши преузету обавезу. Понекад између дужника и повјериоца настаје спор о праву, постојању, садржају и важности. Тада говоримо да настаје спор о праву. Да се разрјешење спора не би препустило самопомоћи или „праву јачега“, формирано је грађанско процесно право као принудни пропис који примјењују судови да би заштитили субјективна облигациона права. Судови суде по закону. У овом случају најчешће по Закону о облигационом односу који је основни материјални пропис за облигационе односе. Судови суде по законској одредби која је важила, била позитивно право, у вријеме настанка спорног односа или спорног питања. Закони немају ретроактивно дејство. Суд мора претходно потпуно и правилно утврдити чињенично стање, правилно оцијенити његово правно значење, изабрати релевантну одредбу материјалног прописа и донијети правилну и закониту пресуду. Претпоставка је да суд познаје право. У примјени права суд прибјегава тумачењу правних норми. У том поступку примјене права суд се држи одређених, општих принципа: посебни закон дерогира општи (*lex specialis derogat legi generali*); новији пропис дерогира старији ако су прописи истог хијерархијског ранга (*lex posterior derogat legi priori*), водећи рачуна да нови закон не дјелује повратно. Суд неће примијенити подзаконске акте ако су супротни законским одредбама (*lex superior derogat legi inferiori*). На овом мјесту треба упозорити да ово исто правило треба да важи и уколико су одредбе посебних закона, које „узурпирају“ уређивање облигационих односа, супротне постојећим одредбама Закона о облигационим односима. Суд различито поступа према диспозитивним или императивним нормама материјалног права. Ако су одлучујућег значаја диспозитивне норме а странке су одступиле од њихове примјене, суд ће поштовати вољу странака и оно што су оне углавиле. Уколико нема законске одредбе која непосредно регулише спорни однос, суд утврђује да ли закон упућује на примјену другог прописа.

#### 4. Однос облигационог права према другим гранама приватног права

Облигационо и **трговачко право** су дијелови исте гране материјалног права. Међутим, развој привредних односа условио је и развој привредног права, како по субјектима (правним лицима, предузетницима), тако и по предмету (привредним, трговачким, пословима). У погледу субјеката важе посебна правила која уређују њихов статус, од њиховог настанка и регистрација до престанка у стечајном поступку. С друге стране, развијају се тзв. привредни или трговачки уговори. Правила облигационог права, која важе

за уговоре, имају супсидијарну примјену за трговачке уговоре и имају значај општих правила ако правна природа неког трговачког уговора на то указује. Тако, на примјер, уговор о ускладиштењу је по својој правној природи уговор о остави. Ако нешто није уређено одредбама Закона о облигационим односима која важе специјално за уговор о ускладиштењу, правно правило се тражи у одредбама које уређују уговор о остави. Иначе, Закон о облигационим односима је уредио и грађанске и трговачке уговоре који су заједнички систематизовани у посебном дијелу Закона.

**Међународно приватно право** садржи правила за рјешавање примјене облигационоправних норми на питања из облигационих односа с међународним елементом. **Међународно привредно (трговачко) право** бави се међународним изворима облигационог права, који врше значајан утицај и на норме унутрашњег облигационог права. Поједини извори међународног облигационог права спадају у домаћи правни поредак, каква је Бечка конвенција о уговорном праву.<sup>6</sup>

С приближавањем земље учлањењу у Европску унију све већи значај добија хармонизација домаћег права са правом ЕУ, односно европском правном тековином (*aquis communautaire*).

**Право индустријске својине** садржи: право на патент, право на модел, право на узорак, право на жиг и права на техничко-технолошка или организационо-финансијска знања и искуства (know-how). Ова права имају своју имовинску вриједност и као таква предмет су промета и у том случају објект су облигационих односа.

**Радно право** се од уговора о најму издвојило и уредило императивним нормама радноправни статус грађана. Међутим, уговор о раду је сада централни институт радног права који има облигационоправну природу која му се, још увијек, у потпуности, не признаје. На подручју радних односа примјењују се правила облигационог права на накнаду штете коју радник нанесе предузећу или трећим лицима на раду или у вези с радом, као и штете која је њему нанесена на раду или у вези с радом. Уговор о дјелу се често јавља као институт за уређивање односа који настају приликом израде дјела или привремених, повремених односно сезонских послова. Институти везани за оглас или конкурс код заснивања радног мјеста свој основ имају у једностраним изјавама воље као једном од основа облигација.

У новије вријеме велики значај добија **право заштите потрошача**, које се имплементира као дио правне тековине ЕУ. Уговором из Мастрихта (1993) уведено је поглавље о заштити потрошача. Уговором из Амстердама (1977) омогућено је доношење мјера о заштити потрошача. Већина тих мјера у форми директива су мјере минималне хармонизације, а државе чланице могу усвојити или задржати и више стандарде. Пресуде Европског суда представљају у овој области извор права, државама кандидатима намеће се усклађивање њихових законодавстава са правним наслеђем заједнице (*aquis communautaire*). Тако је и у Босни и Херцеговини донесен Закон о заштити

---

<sup>6</sup> „Службени лист СФРЈ - Међународни уговори“, број 30/1972.

потрошача<sup>7</sup>, који садржи опште и посебне одредбе за потрошачке уговоре. Међу општим одредбама налазе се одредбе о закључивању уговора изван пословних просторија, ништавост одредаба потрошачких уговора, оглашавање производа и услуга, инструменти електронског плаћања и др. Међу посебним одредбама о потрошачким уговорима су: одредбе о уговорима о испоруци електричне енергије, плина, топлотне енергије, телекомуникационих услуга, ПТТ услуга и услуга јавног превоза, продаја на даљину, потрошачки кредит, уговор о туристичком пакет аранжману и уговор о орочену закупу туристичког објекта.

У новије вријеме заштита потрошача нормира се и другим прописима. Тако је уведен посебни парнични поступак у ентитетско процесно законодавство за заштиту колективних интереса групе лица (потрошача али и других) чија су колективна права и интереси повријеђени.<sup>8</sup> За разлику од директних тужби, у којима је тужилац уједно и оштећено лице из облигационог односа, према процесним правилима колективне тужбе, активну легитимацију нема погођена група лица него Законом предвиђени, квалификовани тужилац, а ова лица могу да се прикључе покренутом парничном поступку у својству умјешача.<sup>9</sup> Тужбени захтјев гласи на утврђење повреде колективних интереса која је квалификовани тужилац овлашћен да узме у заштиту. Овај тужбени захтјев ће, у правилу, бити кумулиран са тужбеним захтјевом на забрану и пропуштање у будућности и на објављивање пресуде.<sup>10</sup> Сљедећи је тужбени захтјев на забрану предузимања радњи којим се вријеђају (угрожавају) заштићени колективни интереси и права. У случају потрошача, ове повреде (угрожавања) могу потицати од појединих уговорних одредаба или пословне праксе. У случају наступања штетних посљедица тужбени захтјев може гласити на обавезу отклањања штетних посљедица, али не путем накнаде штете, него повраћајем у пређашње стање.<sup>11</sup> За разлику од законодавства о заштити потрошача, ова процесноправна регулатива не предвиђа могућност подношења захтјева на накнаду штете квалификованог тужиоца у овом посебном парничном поступку, али донесена пресуда, у овом посебном поступку, обавезује суд који би одлучивао у парници за накнаду штете коју би покренуло оштећено физичко или правно лице.<sup>12</sup>

Босна и Херцеговина је земља која се политичким декларацијама и политичко-правним актима те практичним дјеловањем државних органа определијелила за чланство у ЕУ. У том циљу БиХ је закључила Споразум о стабилизацији и придруживању (у даљем тексту: ССП) 16. јула 2008. године

<sup>7</sup> „Службени гласник БиХ“, број 25/06.

<sup>8</sup> Закон о измјенама и допунама Закона о парничном поступку („Службени гласник Републике Српске“, број 67/13).

<sup>9</sup> Мелиха Повлакић, ијиг (охон), Селма Мезетовић Међић: Колективна заштита (потрошача) према праву Европске уније и праву Босне и Херцеговине; Зборник радова Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, број 14, Мостар 2016., стр. 257.

<sup>10</sup> Ibid., 258.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Ibid., 259.

између европских заједница и њихових држава чланица, с једне стране, и БиХ, с друге стране.<sup>13</sup> ССП је ступио на снагу 1. јуна 2015. године. „Хармонизујућом клаузулом“, која се у њему налази, налаже се БиХ да „осигура постепено усклађивање свог постојећег и будућег законодавства с правном стечвином Заједнице (*acquis*)“. Према „начелу лојалности“, стране ССП ће предузети све опште и посебне мјере за испуњавање својих обавеза према ССП. Оне ће осигурати „постизање циљева утврђених у овом споразуму“. Већ преузето право ЕУ (из директива) Босна и Херцеговина треба да примјењује према постојећој пракси Суда ЕУ.<sup>14</sup>

## 5. Однос облигационог права према појединим гранама јавног права

У овом дијелу излагања осврнућемо се на разликовање облигационог и управног права или грађанскоправног и облигационоправног односа. Грађанскоправни (облигациони) однос је однос између страна (субјеката), једног титулара субјективног грађанског (облигационог) права а другог носиоца одговарајуће обавезе (дуга). Облигациони односи настају и мијењају се, првенствено, вољом самих субјеката, који су физичка или правна лица и који су равноправни, нису субординисани, односно у односу надређености-подређености. С друге стране, управноправни однос је врста правног односа између јавноправног органа, тијела државне управе, који одлучује о правима и обавезама физичког или правног лица. Управноправни однос је онај у коме јавноправни орган, на ауторитативан и једностран начин, рјешава управну ствар; одлучује о неком праву, обавези или правном интересу странке. Управна ствар је предмет чијем рјешавању државни управни орган установаљава за странку право и обавезу, потврђује или региструје одређене чињенице.<sup>15</sup> Управноправни однос настаје управним актом. Управни акт доноси надлежни управни орган рјешавајући управну ствар у управном поступку тако да странка, на достављени акт има право жалбе другостепеном органу, а против одлуке о жалби, незадовољна странка, може покренути управни спор пред надлежним судом. Санкције за повреду грађанскоправног односа су имовинске, а у управноправном односу санкције су личне природе. У одређеним приликама ова два правна односа се допуњују: нпр. у поступку експропријације, арондације, узурпације, комасације, одговорности државе

<sup>13</sup> „Службени гласник БиХ“, број 5/08, додатак „Међународни уговори“.

<sup>14</sup> Према: Златан Мешкић: Терет доказивања према Закону о забрани дискриминације БиХ у свјетлу њемачког и европског права, Зборник радова Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, број 14, Мостар 2016., стр. 364.

<sup>15</sup> Проф. др Сњежана Пехар, доц. др Алена Јурић, Разлика између грађанскоправног и управноправног односа, Зборник радова Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, број 14, Мостар 2016., стр. 338-339.



за штету, ограничавања слободе уговарања прописивањем цијена, обавезним закључењем уговора, ограничењем промета одређених врста ствари итд.<sup>16</sup>

Занимљив је однос облигационог и **кривичног процесног права**.<sup>17</sup> У ЗКПРС уређена су посебна правила за остваривање права на накнаду штете, рехабилитацију и остваривање других права лица која су неосновано лишена слободе, односно неосновано осуђена. Одредбом члана 443. став 1. ЗКПРС прописан је посебан рок застаре захтјева за накнаду штете од три године од дана правоснажности првостепене пресуде, којом је окривљени ослобођен од оптужбе или којом је оптужба одбијена, односно од правоснажности првостепеног рјешења којим је поступак обустављен, а ако је поводом жалбе рјешавао виши суд, од дана када је лице примило одлуку вишег суда. Поред тога, ако је случај неоправдане осуде или неоснованог лишења слободе приказиван у средствима јавног информисања и на такав начин био повријеђен углед тог лица, суд ће, на његов захтјев, поднесен у року од шест мјесеци, наложити објављивање, у средствима јавног информисања, саопштење о одлуци суда из којег произилази неоправданост раније осуде, односно неоснованост лишења слободе.<sup>18</sup> Право на накнаду штете, према овим посебним правилима ЗКПРС, има лице коме је због неоправдане осуде или неоснованог лишења слободе престао радни однос или својство осигураника социјалног осигурања, те има право на накнадно признање радног стажа, односно стажа осигурања.<sup>19</sup> Право на накнаду штете по овом основу се наслеђује.<sup>20</sup> Тужба на накнаду штете подноси се против Републике Српске.<sup>21</sup> Према својој правној природи, ове одредбе ЗКПРС су посебни прописи о одговорности државе за штете проузроковане незаконитим или неправилним радом својих органа.

## 6. Извори облигационог права

Под изворима облигационог права подразумијевамо формалне изворе правних норми које важе за облигационоправне односе у држави. Облигационо право, као систем правних норми, свој легалитет добија кроз законодавну процедуру надлежног државног законодавног органа. Према Амандману XIV на Устав Републике Српске<sup>22</sup> *„Република уређује и обезбеђује(...)4 својинске и облигационе односе и заштиту свих облика својине,...“* Одредба члана 12. Уставног закона Републике Српске<sup>23</sup> прописује: *„До доношења одговарајућих закона и других прописа Републике примјењиваће се закони и други прописи*

<sup>16</sup> Ibid., 347.

<sup>17</sup> Закон о кривичном поступку (пречишћени текст), „Службени гласник Републике Српске“, број 100/09 (у даљем тексту: ЗКПРС).

<sup>18</sup> Одредба члана 447. ЗКПРС.

<sup>19</sup> Одредба члана 450. ЗКПРС.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Одредба члана 444. став 3. ЗКПРС.

<sup>22</sup> „Службени гласник РС“, број 15/92.

<sup>23</sup> „Службени гласник РС“, број 21/92.

*СФРЈ и СРБиХ, који су у сагласности са Уставом Републике и који нису у супротности са законима и другим прописима које је донијела Скупштина српског народа у Босни и Херцеговини, односно Народна скупштина.*“

Као посљедица распада југословенске државе (СФРЈ), Закон о облигационим односима, који је као савезни закон ступио на снагу 1. октобра 1978. године<sup>24</sup>, преузет је законодавним поступком у свим бившим југословенским федералним јединицама. Тако је у СРЈ (Државна Заједница Србија и Црна Гора) донијет Закон о измјенама и допунама Закона о облигационим односима, који има 60 чланова.<sup>25</sup> У Републици Српској извршено је садржинско преузимање ових одредаба Законом о измјенама и допунама Закона о облигационим односима, који садржи један члан више од изворника из тадашње СРЈ, тј. 61. члан.<sup>26</sup>

У Федерацији БиХ југословенски Закон о облигационим односима<sup>27</sup> преузет је по основу Уредбе са законском снагом<sup>28</sup>, а ступио је на снагу потврђивањем уредби са законском снагом.<sup>29</sup> Значајан напор је уложен од стране Заједничке комисије ентитета и БиХ на изради Нацрта закона о облигационим односима РС/ФБиХ те је под руководством проф. др Helmuta Ruissmanna израђен текст Нацрта<sup>30</sup>, који није ступио на правну снагу.

Међународни документи, међународни уговори и међународне конвенције, под условима ратификације, имају јачу правну снагу од домаћих правних норми. Такву улогу у праву међународне продаје робе има Конвенција УН о међународној продаји робе (Бечка конвенција).<sup>31</sup> Бечка конвенција примјењује се на уговор између уговорача из двије различите земље потписнице Бечке конвенције, као и онда ако једна страна уговорница не потиче из земље потписнице Бечке конвенције, али колизијска правила упућују на њену примјену иако је предмет уговора међународна продаја покретних ствари. У таквим случајевима се на њихове односе неће примјењивати Закон о облигационим односима ни као колизиона норма.<sup>32</sup>

Одређену улогу у међународним уговорним односима играју и нератификовани међународни документи. Такав значај, с обзиром на важење начела аутономије воље у међународним привредним односима, имају Принципи међународних трговачких уговора (UNIDROIT), као и принципи европског уговорног права, Ландови принципи.<sup>33</sup>

<sup>24</sup> „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89.

<sup>25</sup> „Службени лист СРЈ, број 31/93 (од 18. јуна 1993. године).

<sup>26</sup> „Службени гласник РС“, број 17/93 (од 22. септембра 1993. године).

<sup>27</sup> „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89.

<sup>28</sup> „Службени лист РБиХ“, број 2/92.

<sup>29</sup> „Службени лист РБиХ“, број 13/94.

<sup>30</sup> Доступан на: [ruessmann.jura.uni-sb.de/BiH-Project/Data/Obligacije%2016.06.03.pdf](http://ruessmann.jura.uni-sb.de/BiH-Project/Data/Obligacije%2016.06.03.pdf)

<sup>31</sup> Усвојена 11. априла 1980. године на дипломатској конференцији у Бечу (енгл. CIGS).

<sup>32</sup> Више код: Бикић, А. (2005), Облигационо право - посебни дио, Сарајево, стр. 188-220.

<sup>33</sup> Ландови принципи (енгл. PECL - Principles of European Contract Law); више: „Начела европског уговорног права и југословенско право“, Зборник радова, Крагујевац 2001.



**Обичаји**, као устаљена правила понашања субјеката у облигационим односима, имају значај извора права ако је законом или вољом странака предвиђена њихова примјена. Обичај, као извор права, на територији бивше Југославије достигао је свој највећи значај доношењем Општих узанси за промет робом од стране Пленума главне државне арбитраже 1954. године. Мада их није донио законодавни орган, њихова примјена међу привредним субјектима у облигационим односима се претпостављала ако их странке својим изричитим споразумом нису биле искључиле. Након доношења Закона о облигационим односима њихов се правни значај увелико мијења, јер ће се, од тада, Опште узансе за промет робом примјењивати само ако странке њихову примјену изричито уговоре или се из држања странака може основано закључити да желе њихову примјену.<sup>34</sup>

Према појединим ставовима правних теоретичара, **судска пракса** јесте извор права, јер својом интерпретацијом и примјеном правних прописа конкретне правне проблеме затвара.<sup>35</sup> Осим тога, судска пракса, у случају постојања правних празнина, попуњава правне празнине суђењем на основу правних начела, методом аналогije и другим правилима примјене права.

За владајуће мишљење правне теорије узима се да судска пракса није извор права. Судови суде по закону и основ за доношење својих одлука налазе у општим правним актима. За судове нема значај извора права постојећа судска пракса, одлуке других судова или истог суда. Међутим, нижи судови морају водити рачуна о ставовима и закључцима врховних судова, који су за ниже судове путоказ који они морају слиједити и придржавати их се, поштујући касациону моћ врховних судова. Поред тога, за правну сигурност и правну извјесност неопходно је уједначавање судске праксе. То је основно начело правде, да судови доносе једнаке одлуке у једнаким стварима, а неједнаке одлуке у неједнаким стварима. Начелни став обавезује само онај врховни суд који га је и донио. Начелни став заједничке сједнице обавезује све судије и сва судска вијећа истог суда, а заједнички став грађанског одјељења обавезује све судије распоређене у судска вијећа истог одјељења суда.<sup>36</sup> Уставни суд Босне и Херцеговине, због непостојања врховног суда БиХ, преко заштите људских права кроз подношење апелација врши уједначавање судске праксе имајући касациону надлежност над одлукама судова па и врховних судова ентитета, што је босанскохерцеговачки правосудни парадокс.

Правна наука, правна теорија, правна доктрина или *iurisprudentia* је сума аргумената и закључака правних научника, односно теоретичара права, које они изводе научном методологијом о томе како право гласи (*de lege lata*) и како би оно за будуће требало да гласи (*de lege ferenda*). Правна наука понекад заузима критички став, „организоване сумње“, посебно када се позитивно право осмотри кроз оптику рационалне концепције школе природног права, која има великог присталицу у лику и дјелу проф. др Слободана

<sup>34</sup> Види чл. 21. и 1107. Закона о облигационим односима.

<sup>35</sup> Стојановић, Д., Есеј о правним принципима у грађанском праву, Правни живот, број 8-9/86, стр. 805.

<sup>36</sup> Ђорђевић-Станковић, Облигационо право - општи део, Београд, стр. 36.

Перовића, оснивача и руководиоца Школе природног права на Копаонику и његових многобројних поштовалаца и сљедбеника. Право је производ интелекта, а не само чин воље. Према теоретичарима школе природног права, примарна улога права није да наређује, него да одређује.<sup>37</sup> Мада врши одређени утицај на законодавне активности, **правна наука** није извор права. На излагања правних теоретичара суд се не може позвати када изриче своју одлуку о праву.

## 7. Литература (уџбеници) Облигационог права

У нашем уводу неопходно је указати на уџбеничку литературу из предмета Облигационо право. Позваћемо се на излагање проф. др. Јакова Радишића, наведеног као предговор његовог уџбеника из Облигационог права. Професор Радишић најприје истиче како је област облигационих односа уроњена у све поре живота те је, због тога, обимна и несагледива, с обзиром на множину животних односа које правно уређује и штити. Обимна је и због старости правних института која традиционално потичу још из римског права. Због тога је тешко одредити обим уџбеника Облигационог права да би студентима био приступачан, а не застрашујући. Скоро сваки факултет има свој уџбеник, па се тако пишу и кратки и опширни уџбеници. Професор Радишић је и против кратких, јер не пружају довољно теоријских информација нити подстичу на размишљање, а и против преопширних, који дјелују застрашујуће и одбијају младог читаоца који у њима не може одвојити главно од споредног. Држећи се ових упутстава, проф. др Јаков Радишић објавио је уџбеник средње величине, намијењен студентима правних факултета у Нишу и Крагујевцу, под насловом: *Облигационо право - општи део*. Издавач: Номос, ISBN: 86-81781-45-6, бр. страна: 389, год. издања: 2008., повез: броширан.

На Правном факултету Универзитета у Новом Саду најзначајније уџбеничко дјело је *Облигационо право* проф. др Љубише Милошевића, „Научна књига“, Београд 1974. године; Милошевић Љубиша: *Облигационо право*, шесто измењено и допуњено издање, „Савремена администрација“, Београд, 1982. година. Ово научно-едукативно штиво одликује језгровитост и јасноћа изложених мисли, идеја и ставова, употпуњена с позивањем на судску праксу и многе примјере из законодавства, тако да може послужити као образац за писање универзитетског уџбеника. Значајан је и уџбеник проф. др Јожефа Салме: *Облигационо право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2009. и проф. др Марије Вучковић, *Облигационо право*, Београд, 1989.

На Правном факултету Универзитета у Београду неизбрисив траг је оставио уџбеник проф. др Слободана Перовића *Облигационо право*.

Значајан је и уџбеник: *Облигационо право - општи део*, Ђорђевић-Станковић, 4. изд., Београд: „Научна књига“, 1986.

---

<sup>37</sup> Alesandro P. DeAntrev, стр. 94.

У новије вријеме студенти уче из уџбеника проф. др Оливера Антића, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2012., који је средњег обима.

У Босни и Херцеговини уџбеничка литература из Облигационог права започела је своје излагање дјелом проф. др Стевана Јакшића: *Облигационо право - општи дио*, четврто допуњено и прерађено издање, издавач: „Веселин Маслеша“, Сарајево, 1962.

Слиједи уџбеници чији је аутор проф. др Богдан Лоза: *Облигационо право, општи део*, „Службени гласник“, Београд, 2000. и *Облигационо право, посебни дио*, проф. др Богдан Лоза, Правни факултет, Српско Сарајево – Пале, 2000. године.

Сада се на Правном факултету Универзитета у Сарајеву студентима материја Облигационог права излаже према уџбеницима чији је аутор проф. др Абедин Бикић, које одликује језгровитост и јасноћа излагања: Бикић Абедин, *Облигационо право - опћи дио*, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, 2007. и Бикић Абедин, *Облигационо право - посебни дио*, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, 2005.

На Правном факултету Универзитета у Бихаћу студенти користе уџбенике: Трнавци, Генц, *Облигационо право*, књига прва, Правни факултет Универзитета у Бихаћу, 2004. и Трнавци, Генц, *Облигационо право*, књига друга, Правни факултет Универзитета у Бихаћу, 2004.

На Правном факултету Свеучилишта у Загребу прописана је уџбеничка литература: Ведриш, Мартин–Кларић, Петар, *Грађанско право - опћи дио, стварно право, обвезно право и насљедно право*, Народне новине, Загреб, 2002.

На Правном факултету у Сплиту користе се уџбеници: Горенц Вилим, Качер Хрвоје, Момчиновић Хрвоје, Слакопер Звонимир, Вукмир Бранко, Беланић Борис, *Обвезно право, посебни дио*, Нови информатор, Загреб, 2012. и Буковац Пувача, Маја, Слакопер Звонимир, Беланић Лорис, *Обвезно право, посебни дио II.*, Нови информатор, Загреб 2015.

На Правном факултету у Риједи користе се уџбеници чији је редактор проф. др. сс. Звонимир Слакопер, а аутори доц. др Маја Буковац–Пувача, проф. др. сс. Звонимир Слакопер и Лорис Беланић, дипл. инж., знанствени сарадник Правног факултета Свеучилишта у Риједи.

На Правном факултету Универзитета у Љубљани као уџбеници користе се: Цигој: *Теорија облигација*, Љубљана 1981; Strohsack: *Obligacijska ravnopravnost*, Љубљана, I (1995), II (1990) in III (1993).

На Правном факултету у Скопју: Галев, Г.; Дабовић–Анстасовска, Ј., *Облигационо право*, 2009, Скопје.

Значајни су радови из области уџбеничке литературе, проф. др Илије Бабића, плодног правног писца из свих области Грађанског права, између осталих наслова издвајамо: *Уговори грађанског права*, Универзитет Унион и „Службени гласник“, Београд, 2006. и 2008. године и *Грађанско право -*

*Књига IV - Облигационо право - општи део* „Службени гласник“, Београд 2016. године.

На Правном факултету Универзитета у Бањој Луци у употреби је више издања уџбеника проф. др Бранка Мораита:

1. *Облигационо право - књига прва*, Бања Лука, 1997. год., „Атланик бб“, стр. 362; 24 cm,

2. *Облигационо право, књига друга*, Бања Лука, 1999. год., „Атлантик“, стр. 217,

3. *Облигационо право, књига прва*, друго, измијењено и допуњено издање, Бања Лука, 2007. године, „Графопопир“, Бања Лука,

4. *Облигационо право, књига друга* (вануговорни облигациони односи), Бања Лука, 2007. године, „Графопопир“, Бања Лука,

5. *Облигационо право, књига прва – Облигације и уговори, Облигационо право, књига друга – Вануговорни облигациони односи*, Бања Лука, 2010, „Comesgrafika“, Бања Лука.

У нашој научној заједници постоји став да је теоријски и научно највреднија литерарна форма монографија, јер она продубљено излаже научно истраживање једног правног проблема или уске групе правних проблема. Уџбеници се сматрају општим дјелима, која обухватају сва питања из једног предмета, односно гране права и као такви не могу се продубљено бавити свим питањима.

У појединим земљама најцјењенија дјела су велики коментари закона. Пошто и у нашој издавачкој продукцији постоји неколико изванредних коментара Закона о облигационим односима, то их овдје наводимо и препоручујемо:

*Коментар закона о облигационим односима, књига прва и књига друга*, главни редактор – проф. др Слободан Перовић, 1995., ИШП „Савремена администрација“, Београд;

*Коментар закона о облигационим односима I и II*, редактори; проф. др Борислав Благојевић и проф. др Врлета Круљ, „Савремена администрација“, Београд, 1980. година;

Проф. др Стојан Цигој: *Komentar obligacijskih razmjerja: veliki komentar Zakona o obligacijskih razmjerjih*, Љубљана, „Uradni list SR Slovenije“, 1984-1986.

Букљаш Иван, Визнер Борис: *Коментар закона о обавезним (облигационим) односима*, књ. 1-4, 1979.

У Републици Хрватској донесен је нови Закон о обавезним односима („Народне новине“, бр. 35/05, 41/08, 125/11 и 78/15), на основу којег је услиједио *Коментар Закона о обавезним односима* аутора: Вилим Горенц, Лорис Беланић, Хрвоје Момчиновић, Анте Перкушић, Андреа Пешутић, Звонимир Слакопер, Марио Вукелић и Бранико Вукмир, чији је издавач Д. д. „Народне новине“, Загреб, 2014. године.

Не треба заборавити славне претходнике, писце изванредних уџбеничких дјела Облигационог права: Ђорђе Павловић: О обвезностима и уговорима уопште из 1869. (Правни факултет Београд, 2014.); Живојин М. Перић: Специјални део грађанског права II, Облигационо (тражбено) право, I део; Облигационо (тражбено) право, II део, 1920. и 1922. године; Драгољуб Аранђеловић: Основи облигационог права, Народна штампарија, Београд, 1929.; Лазар Марковић: Облигационо право, „Службени лист СРЈ“, Београд, 1997.; Гојко Никетић: Општи део тражбеног (облигационог) права, Издавачка књижарница Геце Кона, 1928.; Михајло Вуковић: Обвезно право - књига прва, Загреб 1956. године.

## 8. Основи настанка облигационих односа (извори облигација)

Облигациони односи (облигације) настају из правних чињеница којима закон признаје да могу створити такве правне односе. Основ настанка облигација односи се према насталим облигацијама као узрок према последици. Тако је уговор извор облигационих односа односно права и обавеза међу уговорним странама, субјектима облигација. Извор облигације је, уједно, и правни основ облигационих односа које настају. Ми кажемо да неко нешто дугује из уговора или због тога што је другоме проузроковао штету. С друге стране, други нешто потражује, јер га на то обавезује право које је формулисано у уговору и тако постало његово субјективно грађанско право, тражбина или потраживање.

Подсјећамо се римске првобитне дводиобе извора на *obligatio ex contractu* и *obligatio ex delicto*, а касније је додат на ова два извора и трећи, „*variis causarum figurae*“. У коментарима римског права извори облигација су коначно систематизовани на уговор и деликт, квазиуговор и квазиделикт.

Закон о облигационим односима таксативно набраја изворе облигација, и то: уговор, проузроковање штете, једностране изјаве воље, пословодство без налога и неосновано обогаћење. Одредба члана 1. Закона о облигационим односима прописује: „*Овим законом уређују се облигациони односи који настају из уговора, проузроковања штете, стицања без основа, пословодства без налога, једностране изјаве воље и других законом утврђених чињеница.*“ Под другим, законом признатим чињеницама подразумевају се правне чињенице за које се веже настанак или престанак правног односа, као што су: рођење, смрт, малолетство, сродство, виша сила, и сл. Тако, рецимо, из односа сродства које је законом утврђена чињеница, настаје и „законска“ обавеза издржавања сродника.

## 9. Систем облигационог права

Систематизација норми и правила облигационог права одвија се на два нивоа: законском и теоријском. Подлога свакој систематизацији су тзв. основи настанка облигација или извори облигација (облигационих односа).

Како су се, на нашим просторима, с доношењем грађанских законика, појавила систематизована правила грађанског права, она су била организована на начин својствен сваком од тих кодификација. Тако је, према Аустријском грађанском законнику (OGZ), као изворнику, и Српском грађанском законнику, као дјелимичној рецепцији изворника, материја прописа о облигационим односима била распоређена на општа правила о уговору, затим о појединим именованим уговорима, штети, те на крају о појачању, преинаци, укинућу права и обавеза те о застарјелости. Црногорски Општи имовински законик (ОИЗ) почиње са појединим именованим уговорима, затим слиједи о уговору уопште, као извору облигација, и даље о другим изворима облигација (дугови из недопуштених дјела и дугови који потичу од различитих послова, дјела и прилика). На крају су нормирана правила о преношењу и престанку дугова. Иза законског текста ОИЗ дају се начела којих се законодавац придржавао а која треба да имају у виду и они на које се закон односи и који се законом служе.

Савремени извор облигационог права у земљама бивше Југославије или, како се модерно назива, региону југоисточне Европе, Закон о облигационим односима садржи два дијела. Први дио почиње излагањем основних начела, затим, у глави првој су општа правила за све облигације, из ма ког извора да потичу, глава друга носи наслов „настанак обавеза“ и обухвата све законом признате основе настанка облигационих односа, тј.: уговор, проузроковање штете, стицање без основа, пословодство без налога и једностране изјаве воље. У трећој глави су одредбе о дејству обавеза, у четвртој о престанку обавеза, у петој о разним врстама обавеза и у шестој глави о промјени субјеката у облигацији. У другом дијелу су поједини именовани уговори из грађанскоправних и привредноправних, трговачких односа. У трећем дијелу су одредбе о рјешавању сукоба закона, а у четвртом су прелазне и завршне одредбе.

Правна теорија је, до доношења Закона о облигационим односима (1978. године), у погледу распореда материје Облигационог права, била мање-више јединствена, усвојивши основну подјелу облигационог права на општи и посебни дио. То је било учињено с обзиром на општост норми које се односе на све изворе облигационих односа и сводило се на то да је посебни дио био резервисан само за поједине именоване уговоре. У упоредном праву постоје схватања да у посебни дио треба да уђу правила за све вануговорне облигационе односе.

У нашем уџбенику облигационог права<sup>38</sup> цјелокупна материја је подијељена на двије књиге, од којих свака књига садржи и посебни и општи дио, како за уговоре, тако и за вануговорне изворе облигација.

<sup>38</sup> *Облигационо право, књига прва – Облигације и уговори, Облигационо право, књига друга – Вануговорни облигациони односи*, Бања Лука, 2010, „Comesgrafika“, Бања Лука.



## 10. Основна начела облигационог права и остале начелне законске одредбе

Правна начела су истине о којима не треба расправљати нити их доказивати као ни о аксиомима у математици: *non est certandum de regulis iuris*.<sup>39</sup> Правна традиција кодификовања грађанског права добија пуни замах са афирмацијом идеја школе природног права. Припадници ове, „вјечно зелене“ школе не изводе опште принципе из појединачних случајева (методом индукције), него појединачну правну норму изводе из опште и најопштије, из правних начела (методом дедукције). Тиме постижу и заговарају како би закон био што више налик писаном разуму, *ratio scripta*. Тим правцем је зацртан пут настанка југословенског Закона о облигационим односима, док Скица за законик о облигацијама и уговорима професора Константиновића није почињала одсејком о основним начелима.

Основна начела су правна начела али и правне норме највишег степена апстрактности, изведене индуктивно из низа мање апстрактних норми и важе за низ случајева обухваћених нижим нормама апстрактности. Опште начело је апстрактна правна норма изведена из низа мање апстрактних норми која важи за низ случајева обухваћених нижим нормама. Опште начело је норма која краће и јасније показује смисао низа нижих норми и тиме нам помаже да тачније и јасније схватимо смисао норме. Правна установа или правни институт је скуп више норми које уређују исти предмет. Правне норме које чине једну правну установу доводе до извођења појма те установе, као што је појам брака, уговора, штете и сл. На основу норми које важе за више установа изводе се општа правна начела.

Практична примјена начела је, мада ријетка и изузетна, теоријски зачуђујуће једноставна. Она потиче из учења о логичкој затворености правног система и од фикције да у правном систему нема правних празнина. То је корисна алатка за стварање нужног привида и задовољавања потребе када за одређени правни проблем нема посебне норме која га правно објашњава и рјешава. Захваљујући правним начелима, такав случај неће остати неријешен, јер ће бити покривен неком апстрактнијом нормом, а у крајњој линији правним начелом. Правно начело по својој природи је правна норма и извор права.

Правна начела треба разликовати од критеријума и мјерила одлучивања какви су **правни стандарди и генералне клаузуле**. Такви су нпр. савјесност и поштење, добри обичаји, пажња доброг домаћина и сл. Од материјалних принципа треба разликовати техничке принципе, *ars legis*, у које спадају принципи за проналажење, тумачење и доказивање права. Овим средствима правне технике служи се онај ко примјењује право, у крајњој линији судија. Судија утврђује садржај стандарда сваки пут према околностима датог случаја. Он ће утврђивати да ли је неко поступао савјесно или несавјесно, пажљиво или непажљиво, скривљено или нескривљено, а од његове оцјене

<sup>39</sup> Лукић, Д. Р. (1977), *Методологија права*, Београд, 215.

зависиће примјена правне норме: да ли ће несавјесни трпјети посљедице или ће непажљиви бити одговоран и сл.

### 10.1. Начело аутономије воље

Аутономија подразумијева самосталност и самоодређеност по којој нико никоме не смета да исказује своју вољу. Аутономија је слобода воље. Отуда се аутономија воље појединца упоређује с вољом законодавца и изједначује по својој правној снази, свака у свом домену. Говори се, у ширем смислу, о приватној аутономији која се веже за све приватноправне односе, а не само облигације. Да би се формирали облигациони односи, законодавац је само обезбиједио заштиту аутономији воље појединаца, субјеката права, физичких и правних лица. То је учињено тако што је одредбом члана 10. Закона о облигационим односима прописано: „*Стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја да своје односе уреде по својој вољи.*“

Оно што је моралном нормом забрањено то не ваља чинити, а што је правном нормом недопуштено то се не смије чинити. Јавни поредак је уставна која у себи обухвата и моралне и правне норме једног друштва, општу правну свијест, док добри обичаји обухватају општу моралну свијест, јавни морал, уколико су такви појмови уопште употребљиви на подручју моралне норме која управља свијешћу сваког појединог човјека.

Сам Закон о облигационим односима намеће многа ограничења начелу аутономије воље, односно слободи уговарања.

### 10.2. Равноправност страна

Начело правне једнакости обухваћено је с двије групе права, људска права и грађанска права. Одредбом члана 8. Опште декларације о правима човјека прописано је да су сви људи пред законом једнаки. Све већу афирмацију, у савремено доба, освајају права која имају универзални карактер и признају се да припадају свим људима на свијету без дискриминације, с обзиром на вјерску, расну, националну или било коју другу разлику, својство или статус. Ријеч је о „правима човјека“ или „људским правима“. С друге стране, далеко у прошлост сежу „права грађана“ или „грађанска права“, која су традиционално везана за посједовање домаћег држављанства. Када ми говоримо о начелу равноправности страна, ријеч је о грађанским правима.

У Закону о облигационим односима, међу основна начела, позиционирана је одредба члана 11. „Равноправност страна“, која гласи: „*Стране у облигационим односима су равноправне*“. То има значење да у облигационом односу ниједна страна није надређена другој, тј. не може једна другој да намеће обавезе или јој одређује како ће се понашати. То не искључује, него управо укључује да ће се обавезе наметати и одређивати понашање спора-



зумно, саглашавањем воља. Односи страна у облигационом односу су координирани. Облигационом праву није својствен принцип субординације, метод службених наређења, какав је у управном праву доминирајући. Како настаје, обавеза се тако и гаси, сагласношћу воља страна облигационог односа или на основу законског овлашћења једне стране облигационог односа или по сили закона. Критика принципа равноправности страна истиче да је то формалноправна, а не суштинска равноправност, поготову не економска равноправност. Сматра се да економски јача страна одлучујуће утиче на формирање облигационог односа и да је у стању, што је неправично, да намеће своју вољу другој, слабијој, страни. Закон настоји да исправи овакве нежељене последице постављајући правила о тумачењу уговора по приступу у корист стране која приступа унапријед припремљеном формуларном уговору или да се добротини уговор тумачи онако како је мање тешко за дужника и сл.

Као примјер законске одредбе, која подржава идеју равноправности страна, наводимо одредбу о забрани стварања и искоришћавања монополског положаја. То је прописано одредбом члана 14. Закона о облигационим односима, која гласи: *“У заснивању облигационих односа стране не могу установљавати права и обавезе којима се за било кога ствара или искоришћава монополски положај на тржишту.”*

У новије вријеме се афирмише законска забрана дискриминације.<sup>40</sup> Забрана дискриминације, осим јавног сектора, којим доминира, обухвата и робу и услуге намијењене јавности и јавним мјестима, као куповину робе у трговини, аплицирање за зајам у банци, као и услужне дјелатности угоститељства,<sup>41</sup> као и обављање привредне дјелатности и односе између предузећа.<sup>42</sup>

### 10.3. Правичност облигационог права

Правда и правичност најкрупније су ријечи у cjелокупном опусу права. Правда је вјечна тежња човјечанства и народа<sup>43</sup> и висока вриједност којој се увијек тежи. Правичност има правно-техничку улогу коректора који отклања неправедност правне норме садржане у максими: *summum ius summa iniuria*. У теорији се помињу и морализаторско дејство, улога економског агенса и значај фактора стабилизатора права.<sup>44</sup> Ако бисмо правичност увели у формалне изворе права, то би значило дати овлашћење судији да одлучује по слободној процјени, према околностима случаја и сопственом ра-

<sup>40</sup> Закон о забрани дискриминације („Службени гласник БиХ“, бр. 59/09 и 66/2016).

<sup>41</sup> Члан 6. став 1. тачка ј) Закона о забрани дискриминације.

<sup>42</sup> Члан 6. став 1. тачка к) Закона о забрани дискриминације.

<sup>43</sup> Боже правде!

<sup>44</sup> Мисита, Н. (1980), Правичност као основ обавезивања на накнаду штете (док. дис.) Сарајево, 67.

зумијевању, шта је право.<sup>45</sup> И без давања судији одријешених руку у тумачењу и примјени права, судија је, од случаја до случаја, у прилици да увиђа „неповољно“ или „неправедно“ дејство опште правне норме код суђења у конкретном правном односу. Судији се мора дати неко корективно средство, а то је правичност или суђење по правичности.<sup>46</sup> По Аристотелу, „суштина правичности је да исправља закон тамо гдје је он због своје уопштености непотпун.“ Долажење до правде је могуће ако се слиједи једно опште упутство: “једнако поступати према једнаким стварима (дистрибутивна правда) и неједнако поступати према неједнаким стварима, сразмјерно њиховој неједнакости (комутативна правда).”<sup>47</sup>

Да ли је оправдано примијенити неправедно законско рјешење у конкретном случају, држећи се правила: *dure lex, sed lex*? Легалисти на то позитивно одговарају, јер све док таква општа норма није, у уставносудском поступку оцјене, проглашена незаконитом, она важи као норма позитивног права коју суд треба примијенити ако се под њу може подвести спорно чињенично стање. Насупрот овом легалистичком максимализму, постоје и схватања да би, у том случају, суд требало да застане са суђењем и тражи да уставни суд да одговор о законитости наводно неправедног законског рјешења. Ово овлашћење редовни суд има и сада, али га ријетко користи.<sup>48</sup> Суђење по правичности није носећи принцип нашег правосуђа и не припада континенталној правној традицији. Судија код нас не може судити по правичности, него по закону. Изузетак може бити прописан, као што је одредбом члана 169. Закона о облигационим односима, којом је уведена правичност као корективни основ обавезивања на накнаду штете или као што је попуњавање правних празнина законским начелима.

Практично, правичност се јавља као основ обавезивања на накнаду штете у два случаја „одговорности за другога“: када се накнада не може добити од лица које је, према општем основу одговорности, кривици, одговорно за штету, али није правично га обавезати да је и надокнади или се од њега не може добити одговарајућа накнада, а штетник, који није одговорно лице, има довољно имовине да надокнади штету, а без примјене коректива правичности оштећени би остао необештећен, што би било очигледно неправично.

Правичност се, по Закону, јавља као критеријум одлучивања и у случају судара моторних возила, у ситуацији када се не може утврдити кривица ни једног од учесника у судару.

У материји тумачења уговора правичност се јавља као допунско правило тумачења нејасних одредаба у уговору без накнаде у смислу који је мање тежак за дужника.

Правичан однос узајамних давања, у теретном уговору, утврдиће суд тумачењем нејасних одредаба посредством општих начела облигационог права.

<sup>45</sup> Ibid., 69.

<sup>46</sup> Ibid., 81.

<sup>47</sup> Наведено према: Николић, Д. (2001), Увод у систем грађанског права, треће издање, Нови Сад, 98.

<sup>48</sup> Николић, Д., о. с., 99.

Код раскида уговора услед промијењених околности, ако су испуњени и други прописани услови, било би могуће ревидирати уговорне обавезе и прилагодити их насталим околностима, ако би такав уговор било неправично одржати на снази, по општем мишљењу. Ако би раскид таквог уговора штетио другој уговорној страни, она би могла захтијевати правично обештећење.

Правична новчана накнада је законом отворена могућност досуђивања висине накнаде нематеријалне штете у случају смрти или тешког инвалидитета неког погођеног лица.

Примјере за досуђивање правичне накнаде налазимо и у низу посебних прописа из домена уговорне одговорности, као што су:

- случај раскида уговора о грађењу од стране наручиоца;
- снижавање претјерано високе комисионареве накнаде по захтјеву комитента;
- суд може одбити примјену неправичних или претјерано строгих одредаба из општих услова уговарања;
- у случају јавног обећања награде, из разлога правичности може се досудити сваком од повјерилаца награде једнак дио награде и сл.

#### 10.4. Забрана злоупотребе права

*„Забрањено је вршење права из облигационих односа противно циљу због кога је оно законом установљено или признато.“* Овом формулацијом прописана је тзв. објективна концепција злоупотребе права и напуштена „субјективна концепција“ по којој је била битна намјера да се вршењем свога права другоме нашкоди (забрана шикане). Законодавац је афирмисао тзв. институционалну злоупотребу права, по којој је мјерило циљ права који је установљен у законској норми, као и у другој подобној норми да призна субјективно право (норме обичајног права или уредбе). У сферу индивидуалне злоупотребе права улази се у случају када субјективно право не почива на правној норми, него на правном послу.

Злоупотребу права ваља разликовати од заобилажења (изигравања) закона, када субјект вријеђа смисао правне норме, али респектује слово закона. Суд по службеној дужности пази на злоупотребу права.

#### 10.5. Начело савјесности и поштења

Савјесност и поштење налазимо још у римској *„bona fides“*. Заправо, ради се о критеријуму поступања страна у доброј вјери приликом заснивања, дјеловања и гашења облигационог односа. Ово начело је заправо генерална клаузула, односно правни стандард. Савјесно поступање право штити, а не-савјесно санкционише. Савјесно се понаша она страна облигационог одно-

са која поступа у складу са својим унутрашњим гласом, односно увјерењем (нпр. вјерује да купује ствар од власника). Насупрот томе, продавац ће бити несавјестан ако зна да није власник, али ипак закључује уговор и прима купопродајну цијену, а купца не може учинити власником. Савјесност је унутрашње стање или субјективни елеменат начела, а поштење је објективни елемент, окренут вањском свијету. То значи да ће правни субјекти пазити с којим лицем улазе у облигационе односе, зависно од његовог поштења. Ако је неко познат, у датој средини, као поштен, с таквим ће други, без зазора, улазити у облигационе односе. Непоштеног ће сви избјежавати, бојећи се да их не превари. Савјестан је онај ко неће прикрити своје сазнање о некој чињеници, без обзира на то што би му њено прикривање донијело неку корист, а на штету друге стране из облигационог односа.

Савјесност и поштење је релативно мјерило понашања конкретног појединца у конкретним околностима случаја, за разлику од добрих обичаја који су стандардизовани и форматирани на одређену друштвену заједницу и поштење и међусобно повјерење које влада између свих чланова такве заједнице. Како дјелује принцип на конкретни случај показаћемо на примјеру закључења уговора у случају закасњелог прихвата понуде. Ако је прихват отпослат благовремено, али из техничких разлога стигне понудиоцу са закашњењем, уговор је закључен ако је понудилац знао или је према околностима случаја морао знати да је прихват послат благовремено. Из овог примјера видимо да савјесност и поштење дјелује као гарант облигационог односа. У другим ситуацијама може да доведе до санкционисања несавјесне стране и до ништавости правног посла.

Узанса број 3 Општих узанси за промет робом дала је превалирајући значај овом начелу, како у односима међу уговорним странама, тако и код примјене Општих узанси за промет робом<sup>49</sup> у вријеме када се њихова примјена претпостављала, ако није била изричито искључена.<sup>50</sup> Према одредби 4 радног текста Грађанског законика Републике Србије<sup>51</sup> „Савесност и поштење је врховно начело Законика. Примена начела савесности и поштења не може се искључити или ограничити.“

У контексту примјене овог правног стандарда можемо се осврнути и на питање примјене **општих аката** правних лица. Ово питање постаје осјетљиво када страна у уговорни однос улази са привредним субјектом

<sup>49</sup> Опште узансе за промет робом („Службени лист ФНРЈ“, број 15/54) *“Начело поштења и савесности / Поштење и савесност је основно начело кога се странке морају придржавати у пословима промета робом. / Странке се не могу позивати на неку од ових узанса, ако би њена примена у датом случају произвела последице противне томе начелу.“*

<sup>50</sup> Опште узансе за промет робом („Службени лист ФНРЈ“, број 15/54) „2 Случајеви у којима се примењују Опште узансе / Ове узансе примењују се кад су странке пристале на њихову примјену. / Сматра се да су странке пристале на примјену ових узанса у пословима у којима је, за случај спора, прописана или уговорена надлежност државне арбитраже, уколико из уговора не проистиче да су странке искључиле њихову примјену.“

<sup>51</sup> Београд, 29. маја 2015. године

који је правно лице. Друга страна облигационог односа не зна да ли њен сауговорач поступа у складу или супротно својим општим актима. Правно лице не може иступати у правном промету изван или преко онога на шта је овлашћено својим општим актом. Правна лица имају тзв. специјалну правну способност која је уписана у јавне регистре. Пошто су регистри јавни, свако се може обавијестити о специјалној правној способности или границама уговорне способности правног лица. Подаци уписани у судском регистру су, по претпоставци, доступни јавности, те се друга страна не може оправдати да јој нису биле познате одредбе општег акта које су, као подаци уписани у судски (јавни) регистар. Та претпоставка дјелује од дана уписа у судски регистар. Најстрожи је однос према овом питању енглеске доктрине познате под називом „*ultra vires*“. По тој доктрини правно лице не може стицати права нити преузимати обавезе преко граница специјалне правне способности коју има. Очигледно је ова строга концепција утицала на рјешења из одредбе члана 54. Закона о облигационим односима, „*Уговори правног лица*“: „(1) Правно лице може закључивати уговоре у правном промету у оквиру своје правне способности. (2) Уговор закључен супротно одредби става 1. овог члана нема правно дејство. (3) Савјесна страна може захтијевати накнаду штете коју је претрпјела закључењем уговора који нема правно дејство.“ У радовима наших правних теоретичара истиче се да теорију *ultra vires* није прихватила ни југословенска правна наука, судска и арбитражна пракса, који су прихватили становиште да прекорачење овлашћења у правном промету не утиче на ваљаност уговора. Теорију *ultra vires* одбацио је црногорски ЗОО.<sup>52</sup>

Пажљиво, односно савјесно, поступање налаже сауговорачу да провјери податке у судском регистру прије уласка у правни посао с непознатим лицем. Међутим, пословни живот се одвија брзо и разноликим начинима и средствима. Због тога треба респектовати разложна упозорења да се законска претпоставка мора уско тумачити када се ради о трговачким пословима, јер се послови робног промета, по природи ствари, закључују ван пословних просторија, телефоном, е-mail порукама, телеграмски, факс-порукама и сл.

Закон о облигационим односима у одредби члана 22.<sup>53</sup> дао је једно могуће рјешење овог питања за наше право, које гласи: „*Поступање у складу са општим актима*“ „(1) Правна лица у заснивању облигационих односа поступају у складу са својим општим актима. Али уговор који је закључен или друга правна радња која је предузета остаје на снази, осим ако је за то друга страна знала или ако је овим законом другачије одређено.“ Могло би се рећи да од савјесности друге стране зависи ваљаност облигационог односа који је настао изван граница специјалне правне способности сауговорача. Тиме је ублажена строгост класичне доктрине „*ultra vires*“.

<sup>52</sup> Михаило Велимировић: Пословна способност стечајног дужника, Правна ријеч, број 47/2016, стр. 370.

<sup>53</sup> Према одредби члана 9. Закона о измјенама и допунама Закона о облигационим односима („Службени гласник Републике Српске“, број 17/93).

### **10.6. Начело еквивалентности престација - једнаке вриједности узајамних давања**

Једнака вриједност узајамних давања, односно принцип еквивалентности давања је правни израз заштите узајамних давања код двостраних уговора. Да би се тај принцип одржао, Законом су предвиђени многи институти који евентуално уочену нееквивалентност или неједнакост узајамних давања исправљају. То се постиже интервенцијом правила о одговорности за физичке или правне недостатке предате ствари, раскидањем уговора због неиспуњења, промијењених околности или поништењем уговора због прекомјерног оштећења или зеленашке клаузуле, итд. Тим правилима се најприје иде за покушајем ревизије уговора у правцу успостављања нарушене еквивалентне размјене, како би се избјегле посљедице раскидања или поништавања уговора.

Када предмет облигационог односа има тржишну цијену, одступања у конкретном случају могу се подвести под повреду начела еквивалентне размјене. Постоје многи методи валоризације који исправљају неповољно дејство важења начела монетарног номинализма у условима инфлације. Поремећај вриједности новчаних облигација исправља се валутном или индексном клаузулом или законским затезним каматама. Код утврђивања момента настанка штете за одређивање новчане накнаде штете, као и времена од када је настао облигациони однос на накнаду штете зависи када почињу тећи камате на доспјели, а неисплаћени дуг из тог основа.

### **10.7. Начело одговорности**

Начело одговорности произашло је из Улпијанове заповијести, *alterum non ledere*. Забрањено је другоге проузроковати штету, таква радња је противправна, а ако ипак до тога дође, штетник се обавезује на накнаду штете и сноси одговорност. Одговорност се своди на успостављање облигационог односа у којем штетник постаје дужник а оштећени повјерилац. Предмет облигације је поправљање штете, реституција или давање накнаде штете у новчаном износу. Накнада штете је имовинска санкција која се може постићи ако дужник има имовину. Ако нема имовину, тада законодавац успоставља одговорност за другог како оштећени не би, неправедно, остао необештећен. Закон о облигационим односима међу начелне одредбе које формирају начело одговорности наводи забрану проузроковања штете (члан 16) и дужност испуњења обавеза (члан 17).

## **11. Технички принципи за проналажење, тумачење и доказивање (примјену) права (*ars legis*)**

Поједине одредбе Закона о облигационим односима, које су систематизоване у дијелу о основним начелима, заправо су упутства за практичну

примјену норми Закона о облигационим односима. Није неуобичајено да законодавац, у кодификаторским дјелима, овим питањима посвећује одређену пажњу како би омогућио лакше сналажење у интерпретацији и примјени појединих института облигационог права који су другачије систематизовани него што се то чини у дјелима едукативне намјене. Овај дио смо посветили одредбама о примјени самог закона, примјени обичаја и узанси и питању даљње примјене тзв. старих правних правила грађанских законика који су некада важили на појединим дијеловима територије бивше југословенске државе.

### 11.1. Примјена одредаба Закона о облигационим односима

Одредбом члана 1106. Закона о облигационим односима прописана је забрана ретроактивности законских норми, јер *„одредбе овог закона неће се примјењивати на облигационе односе који су настали прије ступања на снагу овог закона.“* Ако су започети поступци или радње, а нису окончани, на њих ће се примијенити прописи материјалног права који су раније, у вријеме њиховог настанка, били на снази, без обзира на ступање на снагу новог закона. То питање има велики значај, с обзиром на дефицитарност прописа облигационог права и креативну улогу судова у примјени „старих грађанских закона“ као „правних правила“, с обзиром на Закон о неважности правних прописа донијетих прије 6. априла 1941. године и за вријеме непријатељске окупације.<sup>54</sup> Одредбом члана 10. Закона о измјенама и допунама Закона о облигационим односима у Републици Српској<sup>55</sup> измијењен је члан 25. Закона о облигационим односима да гласи:

*„Примјена појединих одредаба*

*(1) Одредбе овог закона које се односе на уговоре примјењују се на све врсте уговора, осим ако за уговоре у привреди није изричито другачије одређено.*

*(2) Уговори у привреди су, у смислу овог закона, уговори које предузећа и друга правна лица која обављају привредну дјелатност, као и имаоци радњи и други појединци који у виду регистрованог занимања обављају неку привредну дјелатност закључују међу собом у обављању дјелатности које сачињавају предмете њиховог пословања или су у вези с тим дјелатности-ма.*

*(3) Одредбе овог закона које се односе на уговоре сходно се примјењују и на друге правне послове.“*

Овом одредбом продужена је важност концепта тзв. јединства облигационог права, по којем је напуштен дуализам облигационог права. Напуштена је подјела правних норми на грађанскоправне и привредноправне. И

<sup>54</sup> „Службени лист ФНРЈ“, бр. 86/1946 и 105/1947.

<sup>55</sup> „Службени гласник Републике Српске“, број 17/93.



грађанскоправни и привредноправни облигациони односи су јединствено регулисани. За све субјекте облигационих односа важе иста правила облигационог права прописана одредбама Закона о облигационим односима. Тиме је укинут дуализам, подјела на грађанско облигационо право и трговачко облигационо право, о чему смо претходно већ говорили.

Други правни послови на које се сходно примјењују одредбе Закона које се односе на уговоре су: једностране изјаве воље и хартије (папири) од вриједности. Постоје и мањи изузеци од примјене одредбе члана 25. става 3. Закона, јер у материји услова има и оних који се не могу условљавати. У правним пословима којима није својствена неизвјесност и несигурност додавање услова доводи до неважности или примјене фикције да услов није ни додат.

Најзад, Законом је ријешено и питање мјеродавног права за облигационе односе учесника облигационих односа с територије Републике Српске који заснују облигациони однос изван територије Републике Српске. Законом о измјенама и допунама Закона о облигационим односима измијењена је одредба члана 1105. Закона о облигационим односима, тако да сада гласи: *“На права и обавезе које нису настале на територији Републике Српске, уколико учесници облигационих односа нису изабрали мјеродавно право, примјењује се право Републике Српске ако се права и обавезе остварују на тој територији.”*

## **11.2. Питање даљње примјене „старих правних правила грађанских законика“.**

Закон о облигационим односима донесен 1978. године за југословенску правничку јавност био је изузетан и значајан догађај. Тиме се кренуло на пут кодификације грађанског права на југословенској територији која је традиционално била оптерећена правним партикуларизмом. Познато је да је материја облигационих односа уређивана грађанским законикима држава које су унијеле свој државноправни суверенитет у Југославију, Српским грађанским закоником, црногорским Општим имовинским закоником, а на територији Босне и Херцеговине, као правно правило, примјењиван је аустријски Општи законик (AGB) након 1945. године. Проф. др Слободан Перовић је у својим радовима истицао да Закон о неважности правних прописа донијетих прије 6. априла 1941. године и за вријеме непријатељске окупације добија све више само историјски значај. Међутим, уколико један однос није регулисан Законом о облигационим односима, нити другим прописом (извјесна питања из области поклона или послуге), поставља се питање да ли на те односе и даље примјењивати правна правила у смислу Закона о неважности прописа донијетих прије 6. априла 1941. године и за вријеме непријатељске окупације. Проф. др Слободан Перовић на ово питање даје одговор по којем, како се чини да и код овог питања, приликом избора правног правила, треба поћи од духа ове кодификације (ЗОО), тј. од принципа и општих прави-



ла Закона о облигационим односима, а у оквиру уставом утврђених начела друштвеног уређења. Мада је познато да је проф. др Слободан Перовић у својим предавањима Школе природног права изложио крајње негативан став према Закону о неважности прописа донијетих прије 6. априла 1941. године и за вријеме непријатељске окупације, као једном апсурдном закону којим су укинута сви закони, наши правници, а нарочито судије, дужни су доносити и образлагати своје пресуде на основу законских рјешења. Судови суде по закону, а не по правичности или дискреционој оцјени. Због тога је ово питање и даље отворено.

И проф. др Александар Голдштајн је својевремено изнио занимљив став о овом питању, који гласи: *“Закон о обвезним односима представља кодификаторски рад. Обвезно је право тим законом кодифицирано у цијелини, па се правна правила предратних грађанских законика и трговачких закона не могу више примјењивати. Ако је у том закону изостављено нешто што је до сада било регулирано, има се сматрати да је то учињено намјерно. Ако у њему има празнина, оне се не би могле попунити позивањем на правна правила предратних закона, већ се могу попунити усвојеним методама интерпретације. Тако, на примјер, Закон не познаје институт ортаклука, познат бившим грађанским законцима. Пракса се неће моћи одрећи тог института, али се неће моћи позивати ни на правна правила предратних закона, већ ће се ортаклук сматрати, с гледишта Закона о обвезним односима, неименованим уговором.”* Надаље, професор Голдштајн указује: *„С друге стране Закон није обухватио цијелокупно обвезно право. За републичко, односно покрајинско законодавство, резервирано је на основи савезног устава (члан 281) све што не спада у опћи дио облигација и уговорне и друге облигационе односе у области промета робе и услуга. За непривредне субјекте требаћ ће, дакле, прописе обвезног права потражити изван Закона о обвезним односима.”*

Мада је исказ проф. Голдштајна резолутан у негирању могућности даље примјене старих правних правила грађанских законика, ипак судска пракса<sup>56</sup> је и даље наставила с примјеном правних правила на начин прописан Законом о неважности прописа донијетих прије 6. априла 1941. године и за вријеме непријатељске окупације.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> Уговор о поклону није уређен Законом о облигационим односима, а ни другим законским прописима. На односе који нису уређени постојећим прописима примјењују се правна правила **Општег грађанског законика** (ОГЗ), на основу члана 4. а у вези са чл. 2. и 3. Закона о неважности правних прописа донијетих прије 6. априла 1941. и за вријеме непријатељске окупације („Службени лист ФНРЈ“, број 86/46), који се у Републици Српској примјењује на основу члана 12. Уставног закона за спровођење Устава Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 21/92). Из Одлуке Уставног суда БиХ, број: У-47/03, од 15.6.2004.

<sup>57</sup> Према чл. 2. и 4. Закона о неважности правних прописа донијетих прије 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, правни прописи (закони, уредбе, наредбе, правилници и др.) који су били на снази на дан 6. априла 1941. године, изгубили су правну снагу. Правна правила садржана у законима и другим правним прописима поменутих у члану 2. овог закона која у смислу члана 3. овог закона нису проглашена обавезним,

### 11.3. Примјена добрих пословних обичаја и узанси

Обичај је устаљено правило понашања у одређеној друштвеној заједници. Обичај би остао ван домена правног регулисања ако му законодавац не би посветио пажњу. Ако се Закон позива на обичај, тада се одређени однос цијени с обзиром на то да ли је испоштовао или није тај обичај. У овом случају ради се о обичајима у пословном животу, пословним односима или обичајима народним. Тако је поступио законодавац доносећи Закон о облигационим односима, нормом: „*Стране у облигационим односима дужне су да у правном промету поступају у складу са добрим пословним обичајима.*“ Поједини пословни односи се не могу замислити без уважавања пословних обичаја, као у туризму и угоститељству, грађевинарству или трговини. Примјена обичаја доводи законску норму до практичних животних прилика. Закон би био крут и формалистички према друштвеним односима када не би признао правну снагу обичаја. Практично, ако који обичај постоји у народном или пословном животу, суд може примијенити обичај на одређени однос као правно правило ако оцијени да то не противрјечи установи јавног поретка, иако је на то овлашћен законом.

Закон о облигационим односима је, и у нормативном дијелу, посветио пажњу обичајима и дао им правни значај тако, на примјер, прописавши да: оцјена правног значаја излагања робе са одређеном цијеном може се тумачити као понуда или као оглашавање зависно од околности случаја или обичаја; суд је овлашћен да допуни вољу уговорних страна које нису постигле сагласност о споредним тачкама правног посла, водећи рачуна о претходним преговорима, утврђеној пракси међу уговарачима и обичајима; правни значај тзв. опште понуде и њено важење као понуде зависиће од околности случаја или обичаја. Примјена обичаја налази своје мјесто у законским одредбама које нормирају: прихват и дејство понуде, дејства легитимационих папира и знакова, одбијање камате због плаћања новчане обавезе прије доспјелости, рокова плаћања закупнине, отказних рокова и рокова прегледа закупљене ствари код уговора о закупу, те код низа уговора о услугама. Примјена обичаја је у свим тим случајевима законом прописано диспозитивно правило.

Опште узансе за промет робом<sup>58</sup> садржавале су претпоставку да су стране хтјеле њихову примјену, ако то изричито нису искључиле. То је имало смисла у условима када није постојао Закон о облигационим односима. Међутим, и тада је постојала критика оваквог рјешења од стране професора Милана Бартоша, који је запазио ту аномалију прије ступања на снагу Закона о облигационим односима, да се међу формалним изворима облигационог права уврштавају Опште узансе за промет робом, које су зборник трговачких

---

могу се по овом закону примјењивати на односе који нису уређени важећим прописима, и то само уколико нису у супротности са Уставом ФНРЈ, уставима народних република, законима и осталим важећим прописима донијетим од надлежних органа нове државе као и са начелима уставног поретка ФНРЈ и њених република. Државни органи не могу своја рјешења и друге акте заснивати непосредно на овим правним правилима.

<sup>58</sup> „Службени лист ФНРЈ“, број 15/54.

обичаја. Својевременим признавањем трговачким обичајима значаја формалног извора облигационог права, према професору Бартошу, повријеђено је „правило да се привредно право допуњује грађанским правом, а не грађанско право привредним правом.“<sup>59</sup>

Закон о облигационим односима промијенио је правни значај Општих узанси у облигационим односима. Сада је изричито прописано<sup>60</sup>: „*На облигационе односе се примјењују узансе ако су учесници у облигационим односима уговорили њихову примјену или ако из околности произилази да су њихову примјену хтјели.*“ У прелазним и завршним одредбама Закона о облигационим односима,<sup>61</sup> под насловом „примјена обичаја“, искључена је одредба Општих узанси али и узанси уопште, па тако и посебних узанси да су уговарачи пристали на њихову примјену ако њихову примјену нису изричито уговором искључили. Тако произилази да се Опште узансе за промет робом неће примјењивати послије ступања на снагу Закона о облигационим односима у питањима која су тим законом регулисана. Међутим, било опште или посебне узансе, макар биле и другачије од диспозитивних законских норми, моћи ће се примјењивати ако су стране изричито уговориле њихову примјену.

Посебно је издвојено, као начелна одредба, „*Примјена добрих пословних обичаја*“. Садржај гласи: „*Учесници у облигационим односима дужни су у правном промету поступати у складу с добрим пословним обичајима. На облигационе односе се примјењују узансе ако су учесници у облигационим односима уговорили њихову примјену или ако из околности произилази да су њихову примјену хтјели.*“

Како су моралне норме и добри пословни обичаји интегрисани у уставну јавног поретка најбоље се види из сентенце једне судске одлуке Врховног привредног суда, која гласи: „*Ако је уговор у целини или поједине његове одредбе у супротности са принудним законским прописима или усвојеним начелима привредног права или јавним поретком и интересима привреде уопште, као и са добрим обичајима у привреди, онда такав уговор, односно такве уговорне одредбе не могу да произведу правне последице, односно не могу да уживају судску заштиту.*“

Иначе, јавни поредак, добри обичаји и правила морала су границе слободе уговарања.<sup>62</sup> Како у својој монографији о забрањеним уговорима излаже професор Перовић, послије првих шест вјекова владавине формализма у римском праву јавља се појам „*mores*“ као владајући, општеприхваћени обичаји у приватном и јавном сектору античког града Рима. Повреда „*mores populi Romani*“ је била истовремено и повреда основа права, односно правних принципа. Чувар јавног морала био је тада цензор који је путем јавног и званичног укора, једне репресивне мјере установљене од стране магистрата,

<sup>59</sup> Наведено према: Милошевић, Љ. (1982), Предговор проф. др Милана Бартоша, Облигационо право, Београд, Савремена администрација, стр. IV.

<sup>60</sup> Члан 21. став 2. Закона о облигационим односима.

<sup>61</sup> Члан 1107.

<sup>62</sup> Слободан Перовић: Забрањени уговори - у имовинскоправним односима, Београд, 1975.

спречавао повреде јавних обичаја, односно јавног морала.<sup>63</sup> Римски правници су различитим законским санкцијама проглашавали ништавним забрањене уговоре: *leges perfectae* су закони који су забрањене уговоре проглашавали ништавим, *leges minus quam perfectae* су актере забрањених уговора кажњавали али не и поништавали и *leges imperfectae*, који су забрањивали али нису поништавали такве уговоре. Временом се све више учвршћивао појам „*boni mores*“ као граница слободе уговарања. Повреда „добрих обичаја“ није само напад на правне принципе већ и на принципе морала.<sup>64</sup> Мада римско право није познавало појам „јавни поредак“, он се латентно и тамо налазио с циљем да спријечи домашај индивидуалне воље преко граница утврђених основним принципима и установама друштвеног поретка.<sup>65</sup> Инкорпорација једне моралне норме у установу јавног поретка чије присуство тада лишава један уговор правних ефеката доводи до тога да повреда те норме више није праћена само јавном осудом и грижом савјести, већ и правном санкцијом израженом у ништавности уговора.<sup>66</sup> Кроз афирмацију појма јавног поретка јављају се схватања да јавни поредак, као скуп правних прописа и императивних норми, треба раздвојити од добрих обичаја и моралних императива ради очувања правне сигурности. Тако се, према теорији забрањених уговора, забране разликују као забране уговора којима се вријеђа закон или општи правни принципи као и уговора који су супротни добрим обичајима и који се називају неморалним уговорима. Моралне норме, које санкционише „народна свијест“, када се нађу у оквирима појма јавног поретка, добијају снагу правне норме тако што је ништав уговор противан моралним нормама. Тешкоћа је то што се стварају услови за правну несигурност и арбитрарност приликом оцјене ваљаности неког уговора.<sup>67</sup> Да би се постигла оба циља, и инкорпорација моралних императива у јавни поредак и правна сигурност, предложено је, и у Закону о облигационим односима усвојено, да се примјена јавног поретка у материји уговора концентрише у правила о забрањености предмета и каузе уговора. Забрањени и неморални мотиви чине саставни дио каузе код добротних уговора, док се код теретних уговора то начелно не узима у обзир, изузев ако је уговорник знао или могао знати за недозвољен мотив свога саговорника. То омогућава суду да завири у савјест уговарача и да еластичним методом процјењује дозвољеност и моралност уговора.<sup>68</sup>

#### 11.4. Мирно рјешавање спорова из облигационих односа

Законодавац је упутио субјекте облигационих односа на пут бржег и пријатељског рјешавања спорова, што произилази из материјалноправ-

<sup>63</sup> Ibid. 8.

<sup>64</sup> Ibid., 9.

<sup>65</sup> Ibid., 10.

<sup>66</sup> Ibid., 158.

<sup>67</sup> Ibid., 159.

<sup>68</sup> Ibid., 165.; Михаило Велимировић, Врлинизација облигационог права, Правна ријеч, Бања Лука, број 5/2005.

не природе већине облигационих односа. Сваки спор може да се ријешити и споразумијевањем, договарањем, међусобним попуштањем и признавањем, редефинисањем права и обавеза и напуштањем непомирљивих позиција. Закон је прописао:<sup>69</sup> *“Стране у облигационом односу настојаће да спорове рјешавају усаглашавањем, посредовањем или на други миран начин.”* Жели се избјећи грађанска парница уз учешће суда као државног органа чије ангажовање захтијева трошкове, вријеме и енергију. Такав приступ је могућ, јер облигациона права и обавезе дозвољавају слободно диспонирање и самостално располагање. Сам Закон садржи и одредбе о уговору о поравнању, тзв. добровољном поравнању.<sup>70</sup> Коментатори ЗОО сматрају да ова начелна одредба Закона о облигационим односима олакшава рад суду, јер му отвара могућност да у споровима из облигационих односа упутити странке на покушај разрјешења спора мирним путем, па тек ако не прихвате, да парнични поступак доведе до пресуђења спора.<sup>71</sup>

Арбитражно рјешавање спорова произилази из начела аутономије воље уговорних страна у приватноправним, облигационим уговорима. Према нацрту једног истраживања, као основни видови алтернативног рјешавања спорова истичу се: преговарање, медијација<sup>72</sup> и арбитража.<sup>73</sup> Основне предности алтернативних начина рјешавања спорова виде се у томе што су то приватни процеси, невезани за суд или дјелом и везани за суд, и погодности које пружају у погледу трошкова поступка и с тим везаним трајањем, брзином поступка.<sup>74</sup> Арбитража, као процес рјешавања спорова који странке саме изаберу може се користити у трговинским, инвестиционим, корпоративним, комерцијалним и радним споровима.<sup>75</sup> У литератури се наводе вишеструке предности рјешавања спорова пред арбитражом у односу на судски поступак, које се свode на: краће трајање поступка, утицај на именовање арбитра, већу слободу код уговарања мјеродавног права, тајност поступка, лакше признање и извршење арбитражних одлука у иностранству у односу на одлуке државних националних судова, приближавање националних прописа о арбитражи под утицајем UNCITRAL модела закона о арбитражи итд.<sup>76</sup> У овом чланку изложићемо сљедећа питања: историјски развој - изворе права, појам, врсте и правну природу арбитражног рјешавања спорова, организовање арбитраже, надлежност арбитраже, избор арбитра и организовање арбитражног вијећа и, у главним цртама, арбитражни поступак.

<sup>69</sup> Одредба члана 19: „Рјешавање спорова на миран начин“, према члану 57. Закона о измјенама и допунама Закона о облигационим односима („Службени гласник Републике Српске“, број 17/93).

<sup>70</sup> Одредбе чл. 1089-1098. Закона о облигационим односима.

<sup>71</sup> Благојевић, Т. Б. / Круљ, В. (1980), Коментар Закона о облигационим односима I, Београд, „Савремена администрација“, 90.

<sup>72</sup> Судски потпомогнута медијација; чл.86. 457 ЗПП ; Закон о медијацији.

<sup>73</sup> Члан 434-453. ЗПП.

<sup>74</sup> о. с. као у фусноти број 1.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Мр Катарина Јовичић, Арбитражно право држава у региону западног Балкана, у Зборнику: Право земаља у региону, Институт за упоредно право, Београд 2010., стр. 436.

Проф. др Бранко Мораит  
Правни факултет  
Универзитета у Бањој Луци

## ПРАВО У ОДГОВОРНОСТИ<sup>77</sup>

### Увод

Идеја водила овог чланка је да се испита и укаже на разноврсне, директне и индиректне, очекиване и неочекиване везе и додире између правне теорије и правне праксе у грађанскоправним односима. Пошто је централна тема Двдесет и четвртог сусрета Копаоничке школе природног права ПРАВО И ОДГОВОРНОСТ, жељели смо овим радом показати висок степен одговорности представника правне теорије у развоју и унапређењу праксе грађанскоправне одговорности. У основи ради се о поновном излагању односа теорије и праксе. Додатни разлог за овај приступ јесте у запажању да се мисаони токови наше правне теорије недовољно обрађују у специјалистичким дисциплинама, што онемогућава потребан увид у токове савремене правне мисли у Срба.

Као што је познато, Завршни документ Двдесет и трећег сусрета Копаоничке школе природног права<sup>78</sup> међу своје поруке уврстио је општи позив правничкој јавности да се изјасни о многим алтернативним рјешењима која су публикована у Другој књизи Преднацрта Грађанског законика Србије, који је посвећен облигационим односима.

За подручје грађанскоправне одговорности од значаја су алтернативна рјешења из наведеног преднацрта, као што су: дефиниције најважнијих правних института - кривице, штете, опасне ствари, опасне дјелатности, проширење законских рјешења о одговорности за проузроковану штету, предвиђање права привредних субјеката и других правних лица на новчану накнаду штете због повреде пословног угледа и новине у области накнаде неимовинске штете у случају повреде заштићених права личности.

На понуђена или слична рјешења својевремено су указивали правни теоретичари грађанског права из југословенског правног круга, што је Комисија за израду грађанског законика Србије могла узети у обзир, а што се и примјећује у појединим пројектованим рјешењима.

У најутицајније теоријске радове првенствено се убрајају рјешења из Скице за Законик о облигацијама и уговорима из 1969. године проф. др Ми-

---

<sup>77</sup> Објављено у часопису „Правни живот“ број 10, Београд 2011., Том II.

<sup>78</sup> Копаоник, 13-17. децембра 2010. године, стр. 100.



хаила Константиновића, коментари и радови о Закону о облигационим односима из 1978. године те радови представника Копаоничке школе природног права, која је почела своје дјеловање као Школа цивилног права, предвођена визионарским мисионарством проф. др Слободана Перовића.

По нашем мишљењу, један од најзначајнијих радова о теми реформисања југословенског Закона о облигационим односима јесте „Стручно мишљење о Нацрту Закона о облигационим односима РС/ФБиХ са стањем 28.1.2003. године.”<sup>79</sup> Овај текст проф. др Слободана Перовића је актуелан и данас због тога што је као основа за израду текста Друге књиге Преднацрта грађанског законика Србије послужио важећи Закон о облигационим односима (1978), који је, упркос својој виталности и отпорности на друштвене и државне промјене и послје свеопште исказаних му епитета и почаста, послје тридесет година животног вијека, отворио могућност постављања извјесног броја алтернативних рјешења за поједина питања облигационих односа па тако и питања грађанскоправне одговорности.<sup>80</sup> У споменутом Стручном мишљењу професора Перовића, које је подстицајна критичка расправа о својевремено припреманом Нацрту закона о облигационим односима РС/ФБиХ, који није усвојен као законски текст у прописаној парламентарној процедури, професор Перовић је пошао од Скице професора Константиновића, која је послужила као основ за усвајање Закона о облигационим односима у тада важећој скупштинској процедури 1978. године, али и више од тога, јер је југословенски Закон о облигационим односима у највећем дијелу једноставно репродуковао одредбе Скице. Тамо гдје је одступио од Скице, законодавац је углавном погријешно, закључио је професор Перовић.<sup>81</sup>

Оновременим творцима Нацрта кодификације облигационих односа у Босни и Херцеговини (РС/ФБиХ), у поменутом Стручном мишљењу је, својевремено, професор Перовић поручио да на њима лежи ОДГОВОРНОСТ да пронађу оне односе чије кодификовање треба регулисати отворено и тако пружити судској и пословној пракси максимум стваралачког простора дајући им гипке норме које се могу стално прилагођавати реалном животу (стандард, обичај, правичност, савјесност и поштење) за разлику од односа које треба чвршће регулисати, фиксирати и до степена математичке прецизности.<sup>82</sup> Идеја водила појединих алтернативних рјешења, која су продукт ове или оне теорије, јесу потребе практичног живота, јер се закон доноси управо ради реалног живота, а не због давања сатисфакције овој или оној теорији када она и не одговара захтјевима праксе, што професор Перовић поткрепљује Гетеовим ријечима да је свака теорија сива према зеленом дрвету живота.<sup>83</sup> У погледу језика будућег закона професор Перовић је оновремене

<sup>79</sup> Објављено у Српској правној мисли - тематски број, У сусрет Закону о облигационим односима РС, 1-4/2002, година IX, Бања Лука, јануар-децембар 2002. године.

<sup>80</sup> Завршни документ Двадесет и трећег сусрета Копаоничке школе природног права, стр. 101.

<sup>81</sup> Српска правна мисао, 1-4/02, стр. 27.

<sup>82</sup> Ibid., стр. 32.

<sup>83</sup> Ibid.

творце Нацрта закона подсјетио на Сенекину мисао да закон треба бити кратак и јасан, како би га сви разумјели, сличан божанској поруци.<sup>84</sup> У погледу употребе убједљивих дефиниција у законодавне сврхе професор Перовић је тада упозорио да је то некада корисно и неопходно, али да се у томе не смије претјеривати, јер да закон не може бити списак лијепих теоријских дефиниција, већ систем правних норми снабдјевених хипотезом, диспозицијом и санкцијом. Још тада је пледирао да дефиниције треба задржати у закону само код великих установа као што су нпр. кривица, штета, опасна ствар или можда још нека крупна установа за коју се везује спектар појединачних правних норми.<sup>85</sup>

## 1. О могућности дефинисања кривице

О питању кривице професор Перовић је у поменутом стручном мишљењу предлагао да се овај појам објективизира као стандард, као нека врста параметра за процјену кривице неког лица те да онда противправност, као посебан услов грађанскоправне одговорности, није потребно законом посебно предвидјети. Као подлогу за једну прихватљиву законску дефиницију кривице, као надомјестак за недостајући општи појам кривице, као користан реkvизит за судску праксу, професор Перовић је предложио законску рецепцију одредбе члана 127. Скице професора Константиновића, по којој: *„При просуђивању да ли је лице које је штету проузроковало криво или не, тј. да ли се понашало како је требало, суд води рачуна о редовном току ствари и о томе шта се од разумног и пажљивог човјека могло основано очекивати у датим околностима. Дакле, крив је онај ко се понашао онако како није требало да се понаша при датим околностима, а при том је посједавао деликтну способност.“*<sup>86</sup>

У значајном чланку под насловом: „Субјективна деликтна одговорност у српском праву - развој и перспективе“<sup>87</sup>, проф. др Миодраг В. Орлић излаже два питања: општи поглед на развој српског облигационог права и промене у систему деликтне одговорности. У првом дијелу чланка излаже се ретроспектива и перспектива идеје кодификовања српског грађанског права и залаже за реафирмацију Богишићевог кодификаторског метода. У другом дијелу чланка „промјене у систему субјективне деликтне одговорности у српском праву“ професор Орлић види у афирмацији равноправности начела (принципа) кривице (*culpaе*) и начела (принципа) узрочности (принципа *causae*) као основа одговорности, затим, афирмацији правила о потпуној накнади штете, без обзира на степен кривице, те напуштање концепције о просуђивању кривице методом *in concreto* и оправдане замјене овог метода просуђивања кривице у грађанском праву методом просуђивања кривице *in*

<sup>84</sup> Ibid., стр. 33.

<sup>85</sup> Ibid., стр. 36.

<sup>86</sup> Ibid., стр. 66.

<sup>87</sup> Правни живот, број 10, Београд 2010, стр. 809-840.



*abstracto*. Професор Орлић образлаже своје приједлоге ових промјена ставом да је просуђивање кривице *in concreto* знатно погодније за кривично него за грађанско право.<sup>88</sup>

Као образложење Главе II (чл. 127-129) Скице за законик о облигацијама и уговорима професора Михаила Константиновића настала је дисертација о кривици као основу вануговорне грађанскоправне одговорности докторанткиње Марије Караникић-Мирић. Докторанткиња не прихвата учење о јединству кривице и у раду није обрађен домен уговорне одговорности. Докторанткиња се слаже да кривица постоји само када суд просуди да се лице које је штету проузроковало није понашало како је требало, водећи рачуна о редовном току ствари и о томе шта се од разумног и пажљивог човјека могло очекивати у датим околностима (члан 127. Скице). Докторанткиња закључује да нема никаквог конкретног, априорног, правог значења кривице, већ само како наш законодавац и наши судови користе тај појам.<sup>89</sup> Употреба појма јесте његово значење. Нема дефиниције кривице или је барем нема у нашем праву. Законодавац је упутио на правни стандард. Не постоји априорни, универзални појам кривице, али се може истражити сврха субјективне одговорности, која је заправо у репарацији оштећеном, а не у кажњавању кривца. Ми бисмо додали да је у грађанскоправном систему одговорности сврха одговорности у самој одговорности, а не у кажњавању кривца, тако да се трагање за кривцем показује излишним. Докторанткиња сматра да дефиниција кривице није могућа, јер кривица није правнотеоријски, него правни конструкт, институционална чињеница. Способност за расуђивање није страно тијело у објективној теорији кривице, тако да одредба члана 128. Скице (Неодговорна лица) не угрожава општост употребе појма кривице скицираног одредбом члана 127. Скице, јер се као апстрактно мјерило претпоставља „разуман и пажљив човјек“. Реметилачки фактор идеји о објективној кривици, за чије се афирмисање докторанткиња аргументовано залаже, јесте идеја о намјери као комбинацији свијести и воље одређеног квалитета за коју налази да је страно тијело - тројански коњ у фаворизованој концепцији о објективној кривици. Закон о облигационим односима у одредби члана 158. проналази кривицу у штетниковој радњи проузроковања штете намјерно или непажљиво. Ни намјера али ни непажња не налазе своју разраду у даљим одредбама Закона о облигационим односима, као што је то скицирао професор Константиновић у одредби члана 127. Скице. Редефинисање је могуће кроз измјене и допуне Закона о облигационим односима као дијела будућег грађанског законика Србије. Проблеме ствара намјера, која се као појам у којем се комбинује свијест и воља штетникова одређеног квалитета, не може прихватити унутар конструкта објективне кривице. Редефинисање постојеће систематике Закона о облигационим односима у овој проблематици подразумијева уношење одреднице и о намјери и о непажњи. Једина могућност провјере стварне намјере је испитаников исказ о

<sup>88</sup> Ibid., стр. 830.

<sup>89</sup> Марија Караникић-Мирић, Кривица као основ вануговорне грађанскоправне одговорности, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, фебруар 2008. године, стр. 406.

сопственој намјери, те је немогућ извањски, директан, увид у туђу намјеру и то је неповољно за афирмацију субјективног поимања кривице.<sup>90</sup> Неизводљиво је под заједнички, генусни називник подвести: непажњу, као поступак који одступа од стандарда основано очекиваног понашања и намјеру као амалгам свијести и воље.<sup>91</sup> То би било спајање неспојивог, субјективног и објективног, ватре и воде. Намјера је неуклопива у објективни концепт кривице квалификоване као тежи облик кривице од непажње, јер последице непажљивог поступања могу бити теже од намјерног, тако да је идеја степеновања кривице, по којој је намјера највеће удаљавање од стандарда разумног и пажљивог човјека, у практичној контрадикцији, јер је сврха установе одговорности усмјерена на репарацију, тј. поправљање последица људског поступања на штету другог, а не кажњавање кривца. Да ли су штетне последице изазване намјерно или из непажње то је правно практично ирелевантно.<sup>92</sup> Концепт установе субјективне одговорности за последице властитог чина у нашем праву нема за сврху кажњавање друштвено неприхватљивог поступка, закључује докторанткиња.<sup>93</sup>

Закон о облигационим односима избјегао је спотицање о намјеру као најтежи степен кривице тако што је кроз право на пуни обим накнаде штете у одредби члана 189. избјегао везивање досуђивања накнаде штете према степену кривице, тј. обичну штету за непажљиво, а обичну штету и измаклу корист за намјерно проузроковање штете. Да је избјегнуто регулисање усвојено, а оправдано није усвојено, кривица би имала смисла и сврхе. Овако, тешко да се може оправдати њена егзистенција у важећем облигационом праву.

Најзад, и у Скици (члан 129) и у Закону о облигационим односима (чл. 161-163) постоје тзв. случајеви искључења противправности (вршење јавне дужности, пристанак оштећеника, нужна одбрана, стање нужде, дозвољена самопомоћ и коришћење својим правом). Противправност штетне радње није Законом прописана као позитиван услов за заснивање вануговорне одговорности, а ако ипак постоји, овај услов би могао бити само имплицитан.<sup>94</sup> Штетна радња претпоставља оглушење о општу забрану проузроковања штете; доношење другоме штете је прекршај опште правне норме и напад на туђе субјективно имовинско или лично право. Поставља се питање: да ли је противправност кумулативни услов који претходи кривици? Одговор се налази у тврдњи да, када је противправност услов, противправна радња је манифестација кривице у спољашности.<sup>95</sup> Али и ово повезивање кривице и противправности, по нашем мишљењу, угрожава поставку објективне кривице. Кроз наведену докторантску расправу провлачи се тежња да се у објективној теорији кривице противправност не уброји у услове субјективне одговорности, тј. да се штетников поступак вреднује по његовој скривље-

<sup>90</sup> Ibid., стр. 85.

<sup>91</sup> Ibid., стр. 87.

<sup>92</sup> Ibid., стр. 191.

<sup>93</sup> Ibid., стр. 413.

<sup>94</sup> Ibid., стр. 310.

<sup>95</sup> Ibid., стр. 407.

ности, јер је, по докторанткињином мишљењу, кривица социјална чињеница, а скривљен је поступак који одступа од прихватљивог друштвеног стандарда.

Професор Перовић одредбе чл. 161-163. Закона о облигационим односима наводи као основ за ослобађање од одговорности, а не као чињенице које искључују противправност, како су наводили старији правни писци код нас. Према законској систематици ријеч је о случајевима искључења одговорности по основу кривице за радње проузроковања штете. Најзад, узрочна веза у правном контексту је одговор на питање које промјене у спољашњем свијету треба приписати штетнику као аутору, те се из контекста издваја понашање које је разумно и погодно прогласити узроком.<sup>96</sup>

Као наш закључак из анализе ове вриједне докторантске расправе може се извести да је кривица оно што суд нађе да постоји уз помоћ законодавчвих упутстава у том истраживању, али која, сама по себи, не представља дефиницију кривице. Како је код нас судска пракса традиционално тумач, а не творац правних норми, овако би њена улога била извргнута инверзији, што не би био риједак случај у историји грађанског судовања. Позната је и некоћ хваљена креативна улога судске праксе на примјеру примјене правних правила бивших грађанских законика по Закону о неважности у некадашњој Републици Југославији. Поред тога, позната је и креативна улога Пленума Главне државне арбитраже као креатора изванредних правила Општинских узанси за промет робом. И овај примјер је случај инверзије законодавног поступка. Но то у овој области и није лош примјер. Овакве правне специјалистичке области можда је боље да за законодавце имају најбоље судије и правне теоретичаре неголи политичке народне представнике. Од значаја су препоруке докторанткиње да се наши правници цивилисти посвете озбиљном и методолошки осмишљеном изучавању судске праксе како би тамо испробана, најбоља рјешења, општим мишљењем прихваћена, уградиле у законска рјешења по методу од појединачног (казуистичког) ка општем, апстрактном, законском правилу. Крајње упуте су противрјечност рјешења које у себи садржи нерјешиво јединство или сукоб супротних тенденција. Судској пракси се даје изузетна слобода креативности. Садашње стање законских правила нуди излаз у нужди, покушај да се дефинише намјера као најтежи степен неприлагођеног или неодговарајућег понашања, малициозног онолико колико му такво значење придаје средина, а утврђује суд. У истраживању даље могућности за дефинисање кривице, обесхрабрујуће је да нешто што реално не постоји није ни могуће дефинисати као објективни феномен. Ако прихватимо да се кривица и не може дефинисати, она се може утврђивати. Да су људи много бољи и да не узрокују својим погрешним поступцима другима штету, кривица се не би могла ни утврђивати, јер не би ни настајало погрешно поступање. Ако кривица не постоји, она се догађа. Ако се догоди и утврди, може се говорити о њеном постојању. Да би постојала, она се мора ухватити, односно утврдити. Док се не утврди и не припише некоме, она и не

<sup>96</sup> Ibid., стр. 292.

постоји. Мада је пореде са живом<sup>97</sup>, она је још неукротивија, али може, ако је ухватимо, имати исту мјерну функцију као живин термометар за мјерење тјелесне температуре. Када живин стуб у термометру пређе 37. подјељак, повишена је температура; ако спадне испод њега, више је нема. Слично је и са кривицом. Због тих њених особина многи су се помагали другим условима одговорности или су је везивали за њих или су је замјењивали њима. Тако се говорило да је крив онај ко штету проузрокује или ко предузме противправну радњу проузроковања штете. За неку могућу дефиницију кривице ово повезивање с другим условима одговорности не треба одбацити. Идући тим путем крив је свако ко је својом противправном радњом проузроковао штету ако је био способан за расуђивање, тј. способан за расуђивање о штетности противправне радње. То би био наш приједлог о могућој објективизираној дефиницији кривице. Уколико ово питање желимо досљедно објективизирати, морамо га подвести под појам одговорности. Тада би се могла дати дефиниција субјективне одговорности или одговорности за своје штетне радње или поступке. Одговоран би био свако ко је противправном, односно штетном радњом проузроковао штету другоме, а том приликом био је способан за (деликтно) расуђивање.

## 2. Одговорност за повређивање личних права

Питање одговорности за повређивање личних добара еволуирало је до својеврсне објективизације, тј. да више није потребно утврђивати да повређени трпи физичке и психичке болове, као последицу повреде неког признатог личног права, да би могао успјешно поставити захтјев за накнаду неимовинске штете. Субјективна концепција неимовинске штете, позната као болнина или сатисфакција, настоји се потиснути објективном концепцијом код које ће постојати штета већ самом повредом субјективних личних права као посебних и пуноправних субјективних грађанских права. У том правцу ћемо се осврнути на помало заборављена теоријска истраживања која су у друштвено-политичким условима ненаклоњеним личним неимовинским правима крчила путеве за њихово признање од законодавца и на модерно теоријско обликовање. Овдје посебно мислимо подсјетити на радове академика проф. др Славице Крнете, чији опус из разних углова освјетљава ову тематику.

У чланку под насловом „Цивилноправна заштита приватног живота у европском праву“<sup>98</sup> упућује на ток борбе за признавање и увођење личних права у традиционалне имовинске оквире грађанског права као правне области или гране права. Пут ка признању личних права је кренуо обеснаживањем тезе о истовјетности субјекта и објекта заштите личних права.

---

<sup>97</sup> Хемијска ознака: Hdrargyrum, Hg.

<sup>98</sup> Славица Крнета, Одабране теме приватног права, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево 2007. стр. 343-376. (објављено у Годишњаку Правног факултета у Сарајеву, 1970., стр. 58-88).

Питање се, код права на приватност, сводило на добијање одговора како заштитити човјеков приватни живот од насртљиве јавности којој данашња техника обилато помаже да са лакоћом продре у интимни свијет сваког човјека.<sup>99</sup> У раду се обрађују разни приступи афирмацији грађанскоправне заштите личних права, почев од њемачког Закона о дјелима ликовне умјетности и фотографије, из 1907. године, преко одредбе члана 28. Швајцарског грађанског законика, гдје се, под насловом: заштита пред јавношћу - штити човјекова тајна сфера (сазнавање и преношење тајних чињеница), приватна сфера (породични, лични, здравствени и други подаци), као и други осјетљиви лични подаци (писма, рукописи и властите слике).<sup>100</sup> Њемачки грађански законик је, у доба доношења, игнорисао јак теоријски покрет који се залагао за законско признавање једног општег личног права које би засновало јединствену тужбу за заштиту свих личних права. Умјесто тога, параграф 823. ЊГЗ предвидио је деликтну одговорност за повреде живота, тијела, здравља и слободе, други параграфи предвидјели су заштиту части, а параграф 12. самостално регулише заштиту права на име.<sup>101</sup> Занимљиви су прикази покушаја парцијалног кодификовања грађанскоправне заштите личности путем њемачког Нацрта закона о заштити личности и части из 1959. године, који је покушао да разради члан 8. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Француско законодавство извориште грађанскоправне заштите личности и личних интереса заснива на одредби члана 1382. Code civil, која то чини врло ефикасно помоћу накнаде неимовинске штете.<sup>102</sup> Занимљив је начин реформисања Француског грађанског законика путем посебних закона (нпр. Закона од 17. јула 1970. године), којим се новелирају: Code civil, Code penal i Code de procedure penale, с циљем да се оснаже индивидуалне слободе грађана. Члан 22. овог посебног закона новелирао је тако С.с. уношењем новог члана 9,<sup>103</sup> одвајањем заштите приватног живота од деликтне одговорности, чиме је признато једно ново субјективно грађанско право, које штити личност независно од проузроковања штете, признајући право на судску заштиту и без пружања доказа о кривици и насталој штети.<sup>104</sup> Академик С. Крнета закључује да су могућа два правца формирања грађанскоправне заштите осталих личних права као засебних права (право на име, слику, глас, повјерљива писма) или, по узору на америчко

<sup>99</sup> Ibid., стр. 344.; У вријеме писања текста на који се позивамо није било ни говора о постојању интернета и мобилне телефоније.

Главни налаз „Волстрит цорнала“ је да је један од најбрже растућих бизниса на Интернету - бизнис шпијунирања интернет корисника. Поред тога, први пут у историји већина Американаца (и не само Американаца) посједује веома усавршен уређај за праћење, који додуше није у облику „електронске наруквике“, већ се све време добровољно носи за појасом, у ташни или у џепу - мобилни телефон (према „Политици“, КУН, 2. јул 2011.).

<sup>100</sup> Ibid., стр.347.

<sup>101</sup> Ibid., стр.354.

<sup>102</sup> Ibid., стр. 363.

<sup>103</sup> Ibid., стр. 367.

<sup>104</sup> Ibid., стр. 368.

право, стварањем једног оквирног права на приватни живот које би апсорбовало постојећа призната лична права.<sup>105</sup> Даље, професорка закључује да је швајцарски законодавац био донекле у праву када је лична права заштићено генералном клаузулом тако остављајући пракси и теорији могућност да стално преиспитују нове прилике и околности, ново вријеме, које законодавац није могао имати у виду у вријеме доношења прописа.<sup>106</sup> Надаље, сматра да су за заштиту личних права потребне широко формулисане заштитне норме које ће судију овластити на примјерено рјешење спора. Неприхватљивим сматра рјешења која покушавају да ову грађу презентују у виду прецизних описа чињеничних стања. Истиче да се цивилноправна заштита приватног живота креће у правцу стварања једног новог личног права, права на приватни живот, које би, по својим карактеристикама, било везано за личност, ван промета и наслеђивања, с ужом могућношћу постморталне заштите, те да се за његову заштиту могу користити све тужбе којима се иначе штите лична права (тужба на пропуштање, тужба за уклањање, а нарочито тужбе за накнаду имовинске и неимовинске штете).<sup>107</sup> Због тога предлаже поновно преиспитивање класичног појма субјективног грађанског права, не у смислу његовог одбацивања, већ у смислу његове допуне и корекције.<sup>108</sup>

У чланку који обрађује питање мјеста личних права у систему грађанског права<sup>109</sup> академик С. Крнета истиче да се, како у литератури, тако и у законодавству, заштита личних права повезује за признавање захтјева на накнаду неимовинске штете проузроковане повредом личних права, екстензивним тумачењем чувеног члана 1382. С.с.<sup>110</sup> Критикује схватање школе природног права које у личним правима неосновано види само даљи развој учења о урођеним правима.<sup>111</sup> Истиче да се не може говорити о урођеним правима која је открила школа природног права, јер су лична права израз друштвене потребе, а никако нису потврда неких човјекових својстава која произилазе из његове природе.<sup>112</sup> Критикује и концепт по којем се лична права као грађанска субјективна права мијешају са „грађанским правима и слободама“ и „правима човјека“, која су уставна категорија, уједно много шира, јер обухватају и низ политичких права и слобода и гаранција као што су: бирачко право, слобода савјести, вјероисповијести, говора, удруживања, штампе и сл.<sup>113</sup> Уједно критикује и схватања изражена у старијој југословенској

<sup>105</sup> Ibid., стр. 369.

<sup>106</sup> Ibid., стр. 373.

<sup>107</sup> Ibid., стр. 374.

<sup>108</sup> Ibid., стр. 375.

<sup>109</sup> Славица Крнета: Одабране теме приватног права, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2007. године; “Питање мјеста личних права у систему грађанског права“, стр. 251-271. (објављено у Годишњаку Правног факултета у Сарајеву, број V-1957., стр. 109-125).

<sup>110</sup> Ibid., стр. 253.

<sup>111</sup> Ibid., стр. 258.

<sup>112</sup> Ibid., стр. 259.

<sup>113</sup> Ibid.



литератури<sup>114</sup> по којима личност не може бити никакво право по себи, пошто је она нужна претпоставка за свако право.<sup>115</sup> Закључује да, ако је примарни елеменат у појму субјективног грађанског права интерес, а воља секундарни, онда није тешко прихватити да су и лична права субјективна грађанска права.<sup>116</sup> Свако је дужан да их респектује и не вријеђа; она су апсолутног карактера (дјелују према свима), а ако дође до њихове повреде, титулару личног права припада право на тужбу.<sup>117</sup> Академик С. Крнета у наведеном чланку предлаже и за наше доба новог замаха реформисања грађанског законодавства региона југоисточне Европе актуелан и модеран концепт заштите личних права, према којем, ако дође до повреде, титулару личног права припада право на тужбу без обзира на то да ли на страни повјериоца постоји кривица, као и без обзира да ли је настала штета. Основно је да је радња којом се повређује лично право оквалификована као противправна радња.<sup>118</sup> По нашем мишљењу, ово је наговјештај продора тзв. објективне концепције неимовинске штете, који се шири у законодавства о облигационим односима земаља региона југоисточне Европе које су баштинеце југословенског Закона о облигационим односима. На значај противправности, као одлучујућег услова одговорности због повреде личних права, упућује академик С. Крнета навођењем упоредноправних рјешења о систематизовању или груписању личних права. С. Крнета сматра модерним грађанске законике Швајцарске и Грчке, који не набрајају таксативно лична права, него на општи начин омогућавају њихову заштиту. То аргументује ставом да свакодневни друштвени развој резултира и развој личних права на исти начин како се и људска личност развија, па тако и прилике и начине на које се могу повређивати.<sup>119</sup> Лична добра се квалификују у виду правног стандарда који се може попуњавати различитим садржајима кроз развој законодавства и судске праксе. Овом приликом академик С. Крнета критикује схватање изражено у њемачкој правној теорији о постојању једног општег права личности, неке „пранорме“ личног права из које се деривативно изводе поједина лична права, од искона садржана у том општем праву личности, те их треба само разоткрити. Академик С. Крнета овакво схватање природе личних права квалификује као варијетет природноправног учења, тј. да човјеку због саме његове природе припадају извјесна (природна) права. Надаље истиче да историјски настанак и развој личних права негира схватања о њиховој природноправној генези, јер би то схватање било опасно и кобно за њихову позитивноправну егзистенцију и признање од стране позитивноправног поретка, које би тада, можда, било излишно. Лична права нису настала усљед постојања неког општег права личности из којег би се одвајала као сазрели плодови једне те исте воћке, а које је, тобоже, константно и латентно присутно у природи, већ је развој друштвених односа и права условио и развој грађанскоправне заштите поје-

<sup>114</sup> Андра Ђорђевић, Систем приватног права - општи део, Београд, 1956., стр.12. и др.

<sup>115</sup> Славица Крнета, о. с., стр. 259.

<sup>116</sup> Ibid., стр. 261.

<sup>117</sup> Ibid.

<sup>118</sup> Ibid., стр. 262.

<sup>119</sup> Ibid., стр. 263.

диних личних добара.<sup>120</sup> Ако се сада вратимо на противправност повређивања личних права, онда је њихово класификовање или груписање услов њиховог профилисања као субјективних грађанских права, слично схватању значаја противправности у кривичном праву (*nulla crimen sine lege*), тако што препознајемо групу личних права којима се штити физички интегритет личности, групу личних права која штити морални интегритет личности и специфично лично право на име. Међу права на физички интегритет убраја: право на живот, тијело, здравље и слободу; у права на морални интегритет убраја: право на част, властиту слику и право на неповредивост личне сфере.<sup>121</sup> На крају закључује да грађанскоправна заштита личних права представља сатисфакцију за повријеђеног субјекта.<sup>122</sup> Грађанскоправна средства заштите, тј. њихов облик, зависи од карактера учињене повреде. Због тога долазе у обзир различите тужбе, као што је тужба за уклањање учињене повреде и тужба за спречавање поновног повређивања. Али, закључује академик С. Крнета пледоајеом за афирмацију новчане накнаде неимовинске штете, јер је то непосредна сатисфакција повријеђеном лицу која се састоји од плаћања извјесне своте новца повријеђеном којем служи као причињавање задовољства и брисање негативних сјећања и утисака због извршене повреде највреднијих човјекових добара. Поред тога, а што је примарно и доминантно, додаје она, заштита повријеђених личних права може имати и друге подесне облике, као што су нпр.: објављивање пресуде, исправке, јавног извињења и сл.<sup>123</sup> Поред накнаде неимовинске штете, повријеђено лице има право и на накнаду имовинске штете уколико је настала усљед повреде личних права.

Занимљиво за нашу тему је излагање о генези настанка самосталног правног основа за цивилноправну заштиту личних права под именом *right of privacy*.<sup>124</sup> Као што је познато, обликовање средстава правне заштите грађана у *Common Law* систему препуштено је судској пракси. Међутим, у овом случају потицаји за признање наведеног права на приватност потекли су од правне теорије, што је неубичајено за англоамерички правни систем.<sup>125</sup> Бостонски адвокати S. Warren и L. Brandeis (касније постао чувени судија Врховног суда САД) објавили су 1890. године расправу под насловом: „*The right of privacy*“, у којој се залажу за признавање новог права. Према њиховим аргументима, *Common Law* се од давнина прилагођавао захтјевима и потребама друштва, те такво право, витално и „вјечно младо“ увијек је било способно да признавањем нових права води рачуна о политичким, социјалним и економским промјенама у друштву.<sup>126</sup> С напретком цивилизације

<sup>120</sup> Ibid., стр. 264.

<sup>121</sup> Ibid., стр. 263-265.

<sup>122</sup> Ibid., стр. 267.

<sup>123</sup> Ibid., стр. 268.

<sup>124</sup> Славица Крнета, Основне карактеристике цивилноправне заштите личности у англоамеричком праву, Одабране теме приватног права, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево 2007. године, стр. 377-394 (раније објављено у Годишњаку Правног факултета у Сарајеву, Година XX –1972, стр. 81-97).

<sup>125</sup> Ibid., стр. 384.

<sup>126</sup> Ibid., стр. 385.



тамошњи судија је проширивао обим заштите личности те је и без интервенције законодавца удовољавао друштвеним потребама.<sup>127</sup> Поменути чланак S. Warrena и L. Brandeisa у литератури се означава као најчувенији и најутицајнији чланак који је икада написан у неком правном часопису, а у којем су наведени аутори указали на неопходност легализовања новог права које би омогућило појединцу да буде остављен на миру, односно које би му послужило као средство да се одбрани од насртаја у његов приватни свијет.

Најзад, из ове баштине подсјетићемо на расправу о личним правима правних лица као на нешто што плијени својом актуелношћу и ширином погледа.<sup>128</sup> У овом чланку се тражи одговор на питање да ли поред физичких и правна лица имају лична неимовинска права.<sup>129</sup> Академик С. Крнета полази од старог концепта првобитне одбране личних права који је своје извориште имао у природноправним, „људским“ аргументима, човјековој суштини као поводу и циљу који оправдава признавање посебних личних неимовинских права физичких лица. Као претходнице модерне теорије личних права, накнаде нематеријалне штете у новцу или њене старије варијанте, болнине, оне упућују на физичко лице као исходиште свих захтјева ове врсте. Као један од главних ослонаца признавања личних права и правним лицима сматра правну способност која се признаје једнако физичким и правним лицима.<sup>130</sup> Отклањање и друге препреке признавању личних права правних лица налази у елиминацији теорије фикције о правној природи правних лица и њену замјену Гиркеовом тезом о реалности правних лица те, најзад, и афирмацијом схватања по којем су објект личних права правних лица посебна лична добра, мада изведена из појма личних добара која припадају физичким лицима, имају и своју посебност, самосталност и независност, а због тога и могућност заштите.<sup>131</sup> Тако се достиже оптимално рјешење да се напусти традиционално схватање које постојање личних добара правног лица заснива на људском супстрату. Занимљиво је навођење примјера из француског права, које је створило одштетни оквир за обезбјеђење заштите неимовинских добара, претежно на терену накнаде неимовинске штете, подржавајући право правних лица да остварују захтјеве на накнаду моралне штете.<sup>132</sup> Напуштање субјективног схватања неимовинске штете, као наношења физичког или психичког бола или страха, јесте налажење пута за могућност накнаде неимовинске штете правном лицу уз прихватање да се персоналитет правног лица просуђује као група правила нужних за обезбјеђење активности групације или творевине, са већим или мањим степеном правне аутономије, а не да је правно лице фикција.<sup>133</sup>

<sup>127</sup> Ibid.

<sup>128</sup> Славица Крнета, Одабране теме приватног права, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2007. стр. 415-428. (раније објављено у Годишњаку Правног факултета у Сарајеву, година XXV–1977., стр. 157-170.

<sup>129</sup> Ibid., стр. 415.

<sup>130</sup> Ibid., стр. 416.

<sup>131</sup> Ibid., стр. 421.

<sup>132</sup> Ibid., стр. 418.

<sup>133</sup> Ibid., стр. 424.

## Закључак

Преднацрт грађанског законика Републике Србије, Друга књига, Облигациони односи, одредбом члана 171. (замијенио је члан 158. ЗОО) предлаже одредницу кривице, по којој: *„При просуђивању да ли је лице које је штету проузроковало криво или не, то јест да ли се понашало како је требало, суд води рачуна о редовном току ствари и о томе шта се од разумног и пажљивог човека могло основано очекивати у датим околностима.“* Тако је у потпуности преузета одредба члана 127. Скице професора Константиновића.

У дефиницији штете додато је, у одредби члана 168. (члан 155. ЗОО) да се под штетом подразумева и повреда зајамчених права личности, а додато је и објашњење да ће појам *„зајамчена права личности“* бити одређен у Општем делу Грађанског законика доводећи их у везу са Уставом гарантованим правима личности и правилима докумената међународног права. У алтернативи овој одредби репродукована је одредба члана 124. Скице професора Константиновића. За обје предложене формулације карактеристично је да представљају амалгам објективног и субјективног схватања неимовинске штете, јер се поред штете, као повреде права личности, под штетом подразумева и nanoшење другом физичког или психичког бола (морална или неимовинска штета).

Преднацрт ГЗРС одредбом члана 224. предвиђа да, у случају повреде заштићених права личности, суд може досудити објављивање пресуде, или исправке, или повлачење изјаве, или нешто друго чиме се може остварити сврха накнаде. Поред ових санкција, које Преднацрт назива *„накнада“*, суд може досудити одређену своту новца за претрпљену неимовинску штету, када нађе да је таква новчана накнада у датом случају оправдана тежином кривице или тежином нанесене штете. Тиме се чини корак уназад у погледу значаја кривице за обим накнаде штете.

Најзад, одредбом члана 226. Преднацрта ГЗРС прописана је *„Посебна накнада правним лицима“*, по којој *„правна лица имају право на новчану накнаду штете због повреде угледа или других вредности које произилазе из природе њиховог субјективитета.“* И овдје је до изражаја дошло теоријски критиковано становиште правних лица као фикције и везивање њиховог правног субјективитета за њихову природу, а не за сам правни субјективитет и могућност да правно лице може бити носилац свих права и обавеза, онако како је правилима предвиђено и у јавни регистар уписано.

Мада је међузависност теорије и праксе уочљива, постоји још много простора да се утицај теорије повећа ради изналагања бољих и повољнијих законских рјешења у циљу што потпуније заштите грађана, односно њихових субјективних грађанских права од штета и повреда чији се појавни облици и разорна дејства увећавају и проширују.

Др Бранко Мораит,  
редовни професор  
Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

## ПРАВО У ОДГОВОРНОСТИ

### Резиме

У чланку се излажу погледи неколицине најзначајнијих савремених правних теоретичара о два питања грађанскоправне одговорности: кривица и лична права. Изложени ставови су, по нашем мишљењу, од значаја за актуелне процесе реформисања и модернизације баштиника југословенског Закона о облигационим односима. Ови реформски процеси иду током дјелимичних интервенција у постојећи текст методом измјена и допуна или методом кодификаторског замаху. Задатак правне теорије никада се не завршава, а напори да она значајније утиче на законодавну праксу све су потребнији и захтјевнији.

Dr Branko Morait  
Full time Professor  
Faculty of Law, University of Banja Luka

## RIGHT TO LIABILITY

### Summary

The article presents the views of a handful of the most important contemporary legal theorists on two issues of civil liability: guilt and personal rights. Exposed positions are, in our opinion, of importance to the ongoing processes of reforming and modernizing heir of the Yugoslav Law on Obligations. These reform processes running during a partial intervention in the existing text of the method of amendment and method of codification momentum. The task of legal theory never ends, and the efforts that it significantly affects the legislative practice all the more necessary and demanding.

Др Бранко Мораит, редовни професор  
Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

## ЗАШТИТА ЉУДСКОГ ДОСТОЈАНСТВА У ОБЛИГАЦИОНОМ ПРАВУ<sup>134</sup>

### Увод

Оквирна тема овогодишњег, XXVI сусрета на Копаонику је ПРАВО И ДОСТОЈАНСТВО. Оквири овога чланка су недовољни да обраде оквирну тему, те смо изабрали само један сегмент постављен у наслову. Обрада захтијева појмовно-терминолошко одређење, правне изворе, субјекте, објект и средства заштите.

Терминолошки, према Вујаклији, „дигнитет“ (l. *dignitas*) код нас се преводи са достојанство, углед, достојанственост, високо звање. „Дигнитар“ (n. l. *dignitarus*) је носилац високог звања, великодостојник. Насупрот овом термину стоји термин „деградирати“ (n. l. *degradare*) који се преводи са: за-поставити, лишити неког чина и звања, унизити, потцијенити.

У правном смислу, извориште појма достојанства човјека садржано је у каталогу људских права.<sup>135</sup> Аутори истичу да је, као и код других људских права и слобода, достојанство човјека садржано у идеји слободе уопште. Мада се слобода сматра правном апстракцијом и као таква је неподобна за евидентну операционализацију,<sup>136</sup> она пружа сталну и трајну могућност одређивања, дефинисања и редефинисања своје садржине. Тако, показује примјер из праксе Врховног суда САД, који је из појма слободе уопште развио појам слободе као личне аутономије појединца да самостално доноси одлуке о свом животу.<sup>137</sup> А шта је тако одређена садржина слободе него подлога достојанству човјека. У том контексту говори се о приватности, праву човјека да буде остављен на миру, личној аутономији, слободи доношења одлука о сопственом животу. По природи ствари, општи појам слободе, и поред практичних, секторских, фрагментација остаје основ или заједнички називник свих појединачних права и слобода.<sup>138</sup>

Извори права на достојанство човјека садржани су у каталогу људских права, под којим се мисли на груписана, појединачна права и слободе

---

<sup>134</sup> Реферат изложен на Копаоничкој школи природног права, Копаоник 2013. године, и објављен у часопису „Правни живот“.

<sup>135</sup> Саша Гајин, Људска права / правно системски оквир, Београд 2011, стр. 52.

<sup>136</sup> Ibid.

<sup>137</sup> Ibid.

<sup>138</sup> Ibid.

садржане у одређеном правном документу. У данашње вријеме се каталог права налази у међународним документима. Нама су најпознатији Општа декларација ОУН о људским правима из 1948. године, Међународни пакт УН о грађанским и политичким правима и Међународни пакт УН о економским, социјалним и културним правима, оба из 1966. године, и Европска конвенција о људским правима из 1950. године. Од домаћих извора каталога људских права ту су уставни текстови и поједини закони.

Ко има право на заштиту достојанства? Ко је субјект, титулар, корисник, уживалац, ималац или бенефицијар права на достојанство? Основни одговор јесте да су људска права урођена и неутуђива права људи и да припадају свима.<sup>139</sup> Међутим, позитивноправно се врши одређивање ко су ти „сви“. То могу бити грађани и лица под јурисдикцијом,<sup>140</sup> организације, како оне које имају својство правног лица, као и колективитети без тога својства. Као адресат, лице које је дужно поштовати људска права, првенствено се наводи држава, али и физичка и правна лица која су дужна поштовати друге, која, када врше своја права, не смију повриједити права других.<sup>141</sup> Природа обавезе адресата јесте нечињење, то је негативна обавеза да се остави на миру уживалац људског права.<sup>142</sup>

## 1. Извориште појма достојанства личности

На просторима бивше југословенске државе, непрестано се понавља, у јавном простору, тежња да треба осигурати живот достојан човјека. Такав позив није новијег датума, али је код нас постао апел и вапај који одзвања јавним простором. У Преамбули Опште декларације УН о људским правима подсећа се људски универзум на обавезу универзалног признања урођеног достојанства и једнаких и неутуђивих права свих чланова људске заједнице. У одредби члана 1. Опште декларације стоји: *“Сва људска бића рађају се слободна и једнака у достојанству и правима.”* Одредба члана 23. Опште декларације посебно наглашава: *“Свако ко ради има право на праведну и примјерену накнаду која њему и његовој породици осигурава живот достојан човјека.”*

Неко је скоро написао да је за Србију најважније да обезбиди образовање и правду, а да је све друго мање важно, односно да ће се доћи и до економског напретка ако се превлада хаос и анархија која затире вјеру и наду у правду.

Прва реченица првог члана француске *„Декларације о правима човјека и грађанина“* из 1789. године гласи: *“Људи се рађају и живе слободни и једнаки у правима.”*<sup>143</sup>

<sup>139</sup> Ibid., 170.

<sup>140</sup> Ibid., 176.

<sup>141</sup> Ibid., 206.

<sup>142</sup> Ibid., 207.

<sup>143</sup> Ibid., 132.

Америчка „Декларација о независности“ почиње ријечима: „Ми смо трамо очигледним истинама да су људи створени једнаки, и да их је њихов Творац обдарио неотуђивим правима међу које спадају живот, слобода и трагање за срећом.“<sup>144</sup>

Право на личну аутономију, у праву САД, позитивноправно се развило из права на приватност. Право на приватност поистовјеђује се са општом слободом појединца да доноси одлуке о сопственом животу, ствара сопствени идентитет, слободно развија своју личност и сл.<sup>145</sup> Према доминантном схватању у праву САД, поједина права и слободе своје исходиште налазе у личној аутономији појединаца, као практичне манифестације слободе човјека да самостално доноси одлуке о свом животу.<sup>146</sup>

Ставове изражене у пракси Врховног суда САД слиједи Европска конвенција о људским правима (у даљем тексту: ЕКЉП) и њена тумачења од стране Европског суда, који је члан 8. разумио на сличан начин, у смислу заштите појединца од самовољног мијешања државе у његов живот.<sup>147</sup>

Као трећи примјер успјешног развоја и заштите људских права наводи се пракса тумачења уставних одредби од стране Уставног суда Њемачке, тј. прва два члана Устава СРЊ из 1949. године. Први члан утврђује достојанство човјека као неприкосновено и обавезу државне власти да штити и поштује достојанство сваког човјека. Други члан Устава СРЊ промовише право свакога на слободан развој сопствене личности уколико се тиме не крше права других и уколико се не поступа противно уставном поретку или правилима морала. Став други истог члана прописује да свако има право на живот и тјелесни интегритет. Слобода личности је неприкосновена. Задирање у ова права може се уредити само законом. У литератури је запажен значај њемачког правног стваралаштва на изградњи апстрактних појмова какви су достојанство човјека и опште право личности.<sup>148</sup> Тумачења њемачког Уставног суда указују на неприкосновеност уставних гаранција које законодавна власт више не може мијењати или ускраћивати. Државна власт је ограничена неприкосновеним уставним вриједностима, а највиша вриједност Устава СРЊ јесте достојанство човјека које има предност над моћима државног апарата.<sup>149</sup> Уставна гаранција достојанства човјека спречава третирање човјека као објекта или стављања човјека у положај средства за остварење неких „виших“ или „друштвених“, „државних“ и др. циљева. Човјек је личност обдарена достојанством и неотуђивим правима.<sup>150</sup> Гаранција достојанства личности у њемачком правном систему обухвата три функције заштите људских права. Прва је заштита физичког интегритета, тј. дигнитета од повреда части појединаца или група.<sup>151</sup> Друга је заштитна функција

<sup>144</sup> Ibid., 133.

<sup>145</sup> Ibid., 21.

<sup>146</sup> Ibid.

<sup>147</sup> Ibid., 55.

<sup>148</sup> Ibid., 82.

<sup>149</sup> Ibid., 85.

<sup>150</sup> Ibid., 87.

<sup>151</sup> Ibid., 89.

таква да се поштовање свих осталих права и слобода личности изједначава са уважавањем људског достојанства.<sup>152</sup> На овај начин се људско достојанство изједначава са „општим правом личности“. Трећа заштитна функција је аутентично обиљежје судске праксе највишег њемачког суда и није везано за појединачна права и слободе, већ за људско достојанство као „стуб части“ на којем почива цјелокупни систем заштите људских права.<sup>153</sup> Поред овог „стуба части“, који почива на уставној гаранцији људског достојанства као највише заштићене вриједности, њемачки судови су изградили и други стуб у виду „општег права личности.“ Тиме је довршен процес тумачења члана 823. Њемачког грађанског законика, који је гарантовао заштиту у случају повреде живота, тијела, здравља, слободе, својине или „другог права“. Њемачки судови су се дуго опирали да уваже тужбене захтјеве по којима су част и приватност та „друга права“. То је трајало све док Савезни суд СРЊ, под утицајем одредаба чл. 1 и 2. Њемачког устава из 1949. године није заузео експлицитан став да је „лично право“ појединца оно „друго право“ о коме је у поменутом параграфу ЊГЗ ријеч.<sup>154</sup> Тако је „опште право личности“ постало заштитник цјелокупног корпуса личних добара и вриједности појединца и обухвата живот, физички и психички интегритет, част, углед, приватност, личне записе, лик, глас, личне податке, идентитет, име и сл. Сва набројана посебна права личности или појединачна лична права су дијелови „оквирног права“, „општег права личности“. Према тумачењу њемачког Уставног суда, „опште право личности“, као „матично право“, обезбјеђује заштиту личним добрима онда када суд не може да обезбиједи непосредну заштиту појединих личних добара због тога што правни поредак не садржи експлицитне гаранције појединачних, спецификованих права личности. У таквим случајевима, у сврху заштите, суд се може позвати на „опште право личности“ и упустити се у заштиту било којег повријеђеног личног добра као појединачном, конститутивном елементу човјекове личности.<sup>155</sup> Због таквог става и уплива уставних норми и тумачења Уставног суда судови су могли да искористе капацитет „општег права личности“ у функцији попуњавања правних празнина, несметано се упуштајући „у корак с временом“ и пратећи све аспекте друштвено-економског развоја и његовог утицаја на достојанство и слободу човјекове личности.

## 2. Уставноправно уређење и позитивноправна заштита достојанства личности

Укратко приказан приступ њемачких судова на афирмацији права на достојанство, као оквирног права и слободе, може служити за примјер на који се могу угледати и наши судови. Судови у Босни и Херцеговини, а слична је

<sup>152</sup> Ibid., 91.

<sup>153</sup> Ibid., 94.

<sup>154</sup> Ibid., 95.

<sup>155</sup> Ibid., 96.



ситуација и у осталим дијеловима југоисточне Европе, нерадо се одлучују на директну примјену уставних норми. Редовни судови држе се принципа да примјењују законе, а законодавцу и уставном судству остављају уставне норме, било да се на њих позивају када доносе законе или када рјешавају о апелацијама на одлуке редовних судова, мада постоји уставна одредба према којој је каталог права и слобода из ЕКЉП непосредно примјењив. У оквиру права на достојанство, схваћено по узору на праксу њемачке јуриспруденције, од значаја су одредбе члана 3. (забрана мучења), члана 8. (право на поштовање приватног и породичног живота), члана 9. (слобода мисли, савјести и вјероисповијести), члана 10. (слобода изражавања) из ЕКЉП. Затим, треба узети у обзир одредбу члана 1. ДП број 12 уз ЕКЉП - општа забрана дискриминације. Поред ових одредаба, каталог људских права садржан је у члану II/3. Устава Босне и Херцеговине. Сва тамо набројана права и слободе улазе у општи оквир људског достојанства као најширег одређења човјекове личности.

Наши судови, након доношења Закона о облигационим односима 1978. године, нису се ослободили догматског тумачења одредбе члана 200. став 1. ЗОО, у којем су побројана лична добра која уживају заштиту према правилима облигационог права на накнаду нематеријалне штете. Тако је створен један посебан каталог права која заслужују накнаду нематеријалне штете у новчаном износу. Поред физичких болова и страха, наведени су и душевни болови које неко лице трпи усљед повреде личних добара или вриједност (права личности која нису тако дефинисана, односно побројана), као што су: умањење животне активности, наруженост, повреда угледа и части, слободе или права личности и смрти блиског лица. Ријеч је егземпларном набрајању, али су се судови придржавали овог каталога занемарујући могућности да под права личности обухвате и остала лична добра и вриједности који заслужују накнаду нематеријалне штете. Некоришћење ове могућности да и остала „права личности“ добију судску заштиту у облику новчане сатисфакције можемо покушати разумјети неизграђеношћу појмовног апарата „осталих“ права личности. Заправо, и она права личности која се штите новчаном сатисфакцијом само се подразумеивају. Она су несумњиво у позадини повреда које неко лице трпи и која су набројана у поменутој одредби ЗОО. У законски „призната“ права личности која нису набројана, али се несумњиво „крију“ иза повреда личних добара набројаних у одредби члана 200. став 1. ЗОО, убрајају се: право на живот и физички интегритет, право на слободу, право на част, углед и достојанство. Теоријским уопштавањем и тумачењем могли смо извести очекиване закључке да се под „осталим правима личности“, такође, егземпларно, могу препознати: право на приватност, право на сопствену слику, право на глас, право на лична писма и записе, право на лични идентитет и право на име.<sup>156</sup> Мада је у домаћој правној теорији развијан каталог личних права,<sup>157</sup> домаћи уставни текстови, као ни домаћи законски

<sup>156</sup> Бранко Мораит, Облигационо право - књига друга (Вануговорни облигациони односи), Бања Лука, 2007. године, стр.114-138.

<sup>157</sup> Водинелић, В., Лична права - поједина лична права, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Том I, НИУ „Службени лист СФРЈ“, Београд, 1978.



текстови, нису преузели, односно легализовали овај каталог. На такав начин они нису дали ни судовима поуздан водич којим би се ови сигурније кретали у правцу свеобухватне заштите личних, односно људских права која улазе у оквире заштите достојанства човјекове личности. То и није неко оправдање за одсуство инвентивности и креативности судова у примјени права, али то јесу околности, односно прилике које су допринијеле инертности и незаинтересованости наших судова да у позадини повреда личних афекција, односно психофизичког интегритета личности сами откривају да су настале штетне посљедице резултат повреда „осталих“ личних права. За шире објашњење овог феномена судијске незаинтересованости најбоље би било анкетирати судије које се баве овом проблематиком па на основу резултата репрезентативног анкетног узорка извести поузданије закључке и оцјене ове појаве. По нашем мишљењу, доношење Закона о облигационим односима означило је прекретницу и окончало судијску неизвјесност у погледу поузданог долажења до одговора на питање: која лична добра треба штитити облигационоправним санкцијама, тј. досуђивати повријеђеним лицима накнаду нематеријалне штете у новчаном износу. Закон о облигационим односима означао је коначно признање новчане сатисфакције нематеријалне штете, што обухвата и каталог заштићених добара, односно афекција које се штите новчаном санкцијом. Међутим, упркос томе, опрез и невољност да се екстензивно приступа захтјевима за новчану накнаду нематеријалне штете водили су рестриктивној судској пракси у тим парничним поступцима, јер се и даље задржало вјеровање да комерцијализацију личних добара треба избјећи. Томе је погодовала и конструкција законске одредбе, јер је члан 200. у ставу 2. понудио низ рестриктивних критеријума за примјену код одмјеравања висине износа новчане накнаде нематеријалне штете од стране судова настале повредом личних нематеријалних добара набројаних у одредби става 1. истог члана 300. Тим критеријумима законодавац је опомињао судију да приликом одлучивања о основаности захтјева за накнаду нематеријалне штете као и приликом одмјеравања њеног новчаног износа води рачуна о „значају повријеђеног добра и циљу коме служи накнада.“ Другим ријечима, законодавац је упозорио судију да води рачуна о томе како постоје више али и мање значајна повријеђена добра, као и да постоје безначајна добра која не заслужују никакву новчану сатисфакцију. Друго упозорење, којим је законодавац закомпликовао улогу суда приликом досуђивања износа новчане сатисфакције јесте упозорење суду да приликом досуђивања ове накнаде узме у обзир и циљ коме накнада служи. Из законског текста може се закључити (члан 202. 300) да је генерални циљ и једини дозвољени циљ новчане накнаде нематеријалне штете искључиво сатисфакција (задовољење). Значај повријеђеног добра може процјењивати суд према околностима случаја, али циљ којем ће новчана накнада послужити требало би да образложи сам тужилац правилним формулисањем тужбеног захтјева. Најзад, одредбом члана 200. став 2. Закон додатно упозорава суд да не досуди накнаду и када утврди да постоји основ, ако би се њеним досуђивањем „погодовало тежњама које су неспојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.“ Природа новчане накнаде је да има значење сатисфакције због болова које повријеђено лице

трпи, а ти болови морају бити јачи и дуготрајнији, а страх интензивнији и дуготрајнији. Друштвена сврха сатисфакције своди се на избегавање да се она схвати као комерцијализација личних добара, што би било и противно моралу. Неоправдано или неумјерено, односно прекомјерно и знатно досуђивање ових накнада био би, претпоставка је законодавца, лош и неукусан примјер којим би се покривала, односно правдала неприхватљива друштвена понашања појединаца који би могли покушати да се на такав начин неоправдано богате ако би судови прихватили да се ова законска одредба екстензивно примјењује. Осим тога, њена друштвена сврха никако није свођење неимовинских вриједности човјекских на новчани еквивалент, нити успостављање цјеновника људских вриједности и добара. Таквој неприхватљивој пракси, упркос свим законским ограничењима, доприносе свакодневни вјештачки налази и мишљења који се презентују на суду, слично као и табеле осигуравајућих организација и табеле које праве поједини, па и највиши судови, под изговором да желе уједначити судску праксу, па такве табеле промовишу као правне ставове највиших судова, што је, по нашем мишљењу, непримјерено правилној примјени права.

Ако се желимо осврнути на положај норме о достојанству човјека у систему Закона о облигационим односима, морамо се подсјетити на одредбу члана 202. ЗОО, која носи наслов: „Сатисфакција у посебним случајевима.“

*„Право на правичну новчану накнаду због претрпљених душевних болова има лице које је преваром или злоупотребом неког односа подређености или зависности наведено на кажњиву обљубу или кажњиву блудну радњу, као и лице коме је извршено неко друго кривично дјело против д о с т о ј а н с т в а л и ч н о с т и и л и м о р а л а .“*

Законодавац је, приликом доношења Закона о облигационим односима, кривична дјела против достојанства личности посебно издвојио, сматрајући да су нешто посебно у односу на лична добра, која се штите одредбом члана 200. став 1. ЗОО, и да се ради о посебно тешким повредама личних добара, које заслужују и досуђивање новчане сатисфакције. Одвојено нормирајући ове повреде достојанства личности и морала, чини нам се да их је законодавац неочекивано и непотребно маргинализовао, иако му то можда није била истинска намјера, него му је основна намјера, која није дошла до изражаја, била да их, као квалификоване случајеве повреда личних добара, заштити већим и значајнијим санкцијама у виду правичне новчане накнаде нематеријалне штете. По нашем мишљењу, *de lege ferenda*, ово би морало јасније да се значи, као и да се квалификована сатисфакција досуђује за сва кривична дјела против достојанства личности и морала, како су наведена у Кривичном закону, а не само, како је наведено у важећој одредби члана 202. ЗОО, за кажњиву обљубу и кажњиву блудну радњу.

Потпуности анализе ради, осврнућемо се на кривичноправну регулативу кривичних дјела против достојанства личности и морала која коинцидирају са временом када је донесен Закон о облигационим односима.<sup>158</sup> У глави XI КЗСРБиХ нормирана су кривична дјела против достојанства лич-

<sup>158</sup> Кривични закон СРБиХ („Службени лист СРБиХ“, број 16/79)

ности и морала. То је на првом мјесту силовање (члан 88), затим, принуда на обљубу (члан 89), обљуба над немоћним лицем (члан 90), обљуба или противприродан блуд са малољетним лицем (члан 91), обљуба или противприродан блуд злоупотребом положаја (члан 92), противприродни блуд (члан 93), блудне радње (члан 94), завођење (члан 95) и подвођење (члан 96). Као у Закону о облигационим односима и у Кривичном закону заштита достојанства своди се на заштиту сексуалности и сексуалних одређења личности. То је, по нашем мишљењу, нека врста маргинализације схватања о појму достојанства личности човјека као еманације општељудских вриједности и људскости као неогуђивог својства које се веже за сваку људску јединку и служи њеној диференцијацији од анималних врста које упоредо с људском врстом бивствују у универзуму.

На овој приказаној нормативној подлози није се могла засновати судска пракса која би екстензивно, по узору на њемачку судску праксу, афирмисала достојанство као подлогу за сва остала права личности, односно подлогу развоја института „општег права личности“.

Законске новеле уређења нематеријалне штете у Републици Хрватској и Републици Македонији, у правцу увођења објективне концепције нематеријалне штете, олакшавају положај оштећеног као повјериоца права (тражбине) на накнаду нематеријалне штете како би се избјегло да суд цијени основаност тужбеног захтјева само кроз појаву посљедице, наступјелих болова и страха на страни оштећеног.

### 3. Достојанство човјечије личности - право или статус?

У литератури се на достојанство личности различито гледа. Полазиште је несумњиво у поимању да су достојанство, част и углед, различита лична добра, али да се из практичних разлога тешко могу одвојено третирати.<sup>159</sup> Највиша људска вриједност је људско достојанство, које сваки човјек има због тога што је људско биће. Сва физичка лица су једнака међу собом у достојанству и правима самим тим што су људска бића.<sup>160</sup> Сваком људском бићу припада људско достојанство, што му даје право да буде третиран као човјек (индивидуа), а не ствар или животиња, или као средство за остварење било чијих и било којих „виших“ циљева (државних, националних, класних и сл.). Према оваквом одређењу произлази да правне конструкције, као што је правно лице, не могу имати достојанство, односно да је то ексклузивно својство човјека као људског биће. Значи, људско достојанство је иманентна особина физичког лица као човјека, које му припада увијек, које му нико не може порећи нити ускратити, ни у којем случају или ситуацији. Људска јединка је једини овлашћени субјект права на људско достојанство и овлашћена је ове атрибуте људскости личности увијек уживати, а није овлашћена ни да их се одрекне. Значи да можемо прелиминарно разликовати личност

<sup>159</sup> Gavella, Особна права I, 173.

<sup>160</sup> Ibid., 174.

од људскости. „Личност“, односно обиљежје „лица“ може имати и правна конструкција као што је правно лице, али „људскост“ не може имати као ни достојанство ниједна друга јединка осим људске личности. Људско достојанство заслужује свако физичко лице те се оно може квалификовати као природљено право, које није условљено човјечијим психичким или физичким, моралним или друштвеним квалитетима. Правни писци нас подсећају на одредбу параграфа 16. АОГЗ, која прописује да „*сваки човјек има природљена права, која се познају самим разумом, и зато се он као особа има сматрати.*“<sup>161</sup> Ми се не можемо потпуно сложити да част, углед и достојанство чине јединство појмова који су помијешани тако да се не могу издвајати из заједничке цјелине. Мислимо, а пракса то потврђује, да се углед може и добити и изгубити, док је достојанство, уистину, природљено својство, иманентно људској личности. Због тога се истиче у литератури да је људско достојанство људски (лични) статус, а не право. Због тога људско достојанство немају правна лица.<sup>162</sup>

Људско достојанство је предуслов свих права, свих људских права и права личности. Због тога га можемо сматрати и статусом и не можемо се сложити са ставом који гласи: „Свјесни да је назив право на достојанство, част и углед сувише дугачак и сувише описан да би могао добро играти улогу правног термина, ми ћемо се служити краћим (и уобичајеним) називом - право на част и углед.“<sup>163</sup>

### 3.1. Како штитити достојанство као статус?

Ако пођемо од хипотезе да је право на људско достојанство статус, а не право, поставља се питање како заштитити статус. Статусна права одређују општи правни положај лица, као што је правна и пословна способност, рођење, смрт, сродство, држављанство, брачно стање и сл. У статусне ствари улазе и права личности. О статусним стварима старају се органи управе који евидентирају статусе и издају јавне исправе у вези са статусом лица. Дио статусних ствари уређује суд у ванпарничном поступку.<sup>164</sup>

Посматрајући све људске јединке, може се уочити да су оне, по људском достојанству, једнаке. За разлику од достојанства, част се може валоризовати. Ако је људско достојанство онтолошка категорија, част и углед су аксиолошке категорије. Људске јединке нису у погледу части и угледа изједначене. У свакој средини неки човјек се сматра частан, а други нечастан, један је угледан, а други неугледан, више или мање. Свака људска јединка има посебне, самосвојне, моралне вриједности и заслуге од којих зависи „мјера“ части и угледа. Неки част вреднују само са субјективног аспекта,

---

<sup>161</sup> Ibid., 24.

<sup>162</sup> Ibid., 175.

<sup>163</sup> Ibid., 174.

<sup>164</sup> Правна енциклопедија 2, 1985., Београд, „Савремена администрација“, стр. 1597.

као сопствено осјећање вриједности, док други узимају у обзир и објективно гледиште, па тако квалитети и заслуге сваког човјека бивају препознате и уважене у друштву и разврстане по друштвеној скали вриједности.<sup>165</sup>

Објективни аспект части се, према својим карактеристикама, приближава појму угледа, од којег би требало да се разликује. Углед (добар глас, репутација, реноме) је слика о људским, моралним и другим вриједностима неке људске јединке која се формира у њеном окружењу, у друштвеној средини. Вањска слика о угледу неког лица може бити и тачна и погрешна. Повреде нечијег угледа нису дозвољене ако су противправне. Ако нису противправне, онда је изношење нечега о нечијој личности заправо доказивање лажне и погрешне слике о нечијем угледу и части, што може утицати на поремећај и мијењање њених правних односа (породичноправних или имовинскоправних, нпр. губитак кредитне способности).<sup>166</sup>

За разлику од части и угледа, постојање достојанства се апсолутно претпоставља, по правилу, *presumptio iuris et de iure*. Насупрот томе, част и углед су релативне претпоставке, по правилу *presumptio iuris tantum*. Претпоставља се да је неко лице часно и поштено, у грађанскоправним односима и у грађанскоправном смислу, односно невино с аспекта кривичног права, док се не докаже супротно, односно обори претпоставка поштења, односно пресумпција невиности.<sup>167</sup>

Закључно, људско достојанство представља апсолутну и необориву претпоставку резервисану за физичка лица и част у субјективном смислу као обориву претпоставку као и углед, част у објективном смислу, док углед у виду реномеа (реномирана фирма) могу имати и поједина правна лица.

Ако прихватимо да је достојанство статус, како се у дијелу литературе сугерише, и ако, као што је то код нас позитивноправно постављено, обухвата част као субјективни и углед као објективни (вањски) аспект, односно самопоштовање и поштовање човјека, отвара се питање како статус репарирати односно заштитити с позиција заштите субјективних грађанских права. С друге стране, ако прихватимо да су част и углед подобне категорије за валоризацију, тада би њихово накнађивање, односно репарирање било могуће кроз грађанскоправна средства заштите.

Тешко је прихватити да је достојанство статусно право које одређује својства и потребне способности човјека и организације да би учествовали у правном промету,<sup>168</sup> односно у грађанскоправним односима.<sup>169</sup> Посвећени природноправном карактеру људских права, можемо закључити да је људско достојанство својство урођено човјеку и да га можемо представити и доживљавати као субјективно право, апсолутно каква су лична права које дјелује *erga omnes* и заслужује поштовање од свију и свакога и општу забрану по-

<sup>165</sup> Gavella, *ibid.*, 175.

<sup>166</sup> *Ibid.*

<sup>167</sup> *Ibid.*, 180.

<sup>168</sup> Станковић-Водинелић: Увод у грађанско право - пето неизмењено издање, Номос, Београд, 2007., 242.

<sup>169</sup> *Ibid.*, 249.

вређивања. У овом контексту се заштита људског достојанства јавља као дио процеса морализације грађанског права чији је циљ заштита људског од безобзирног, егоистичког и малициозног понашања безобзирних, нељудских, појединаца према другима.<sup>170</sup> Прекршај опште забране повређивања може се санкционисати и грађанскоправним, али и кривичноправним санкцијама како је позитивно правно распрострањено ријешено.

### 3.2. Како заштитити достојанство?

Сваки напад на људско достојанство је забрањен. Противправност напада је апсолутна и необорива претпоставка. Статус човјека као титулара достојанства је неповредив. Достојанство је заправо статус човјека. Нико не може негирати туђе достојанство на начин да би то било допуштено, исто као што нико не може другоме допустити да некажњено гази његово људско достојанство. Ако би била и дозвола дата, она неће отклонити противправност напада на нечије људско достојанство. Повреда људског достојанства је безусловно кажњиво дјело. Може се штитити свим средствима правне заштите и свим врстама правних санкција. За заштиту части, угледа и достојанства актуелна је грађанскоправна санкција. Средства заштите су квазинегаторна тужба, тужба на накнаду штете и кондикцијска тужба. Квазинегаторна тужба предвиђена је одредбом члана 157. ЗОО, која обухвата захтјев за престанак радње вријеђања уз запријеђено изрицање пеналне санкције, изрицање пенала док не престане с инфамним поступцима према тужиоцу.

Тужбени захтјев на накнаду материјалне штете због клевете прописан је одредбом члана 198 став 1. ЗОО: „*Ко другоме повриједи част, а и ко износи или преноси неистините податке о прошлости, знању, способностима другог лица, или о нечему другом, а зна или би морао знати да су неистинити и тиме му проузрокује материјалну штету, дужан му је накнадити.*“ Уколико се докаже да је тврдња о нечијој бешчисти, мрачној прошлости, незнању, неспособности и др. тачна, односно истинита, неће постојати клевета, као грађанскоправни деликт и неће бити тужени одговоран, односно дужан да надокнади материјалну штету. Противправност грађанскоправног деликта, односно противправна радња клевете неће постојати и ако је саопштење о нечијем нечасном понашању у садашњости или прошлости, незнању или неспособности било неистинито, када штетник није поступао скривљено, односно непоштено и несавјесно, јер није знао да су његове изјаве, изношење или доношење о некоме, неистините или је штетник или лице коме је клевета саопштена у сазнању таквих података имало озбиљног интереса.<sup>171</sup>

Поред тужбе за накнаду материјалне штете, Закон о облигационим односима прописује и тужбу за накнаду нематеријалне штете због повреде части и угледа. Нематеријална штета је ненакнадива тако да се, принципијелно,

<sup>170</sup> Ibid., 221.: О. Станковић наводи примјер да се дужниково достојанство штити, поред осталог, и тиме да се његов вјенчани прстен мора изузети од извршења.

<sup>171</sup> Одредба члана 198. став 2. Закона о облигационим односима.



за повреду нанесене личности накнадом штете не може успоставити еквивалент претрпљеном губитку. Одговорно лице које је другом причинило душевне патње увредом или клеветом дужно је претрпљене патње репарирати (поправити) неновчаном или новчаном сатисфакцијом (задовољењем), а не накнадом. Неновчана сатисфакција због повреде части и угледа прописана је одредбом члана 199. ЗОО, који оклеветаном, односно увријеђеном омогућује да захтијева да суд обавезе клеветника да овај о властитом трошку објави пресуду или исправку кривог навода или да му суд нареди повлачење инфамне изјаве или да му нареди да изврши неку другу радњу чијим се извршењем може остварити сврха која се у другим случајевима, тј. случајевима проузроковања материјалне штете постиже накнадом штете.

Када је повреда части и угледа довела до коначне посљедице, тј. претрпљених душевних болова или страха, оштећени има право захтијевати новчану сатисфакцију (правичан новчани износ) само изузетно, тј. ако јачина болова и страха и њихово трајање то оправдавају.<sup>172</sup> Тако је Законом о облигационим односима право на новчану сатисфакцију (правичан новчани износ) признато само као изузетак, и то само када повријеђени докаже и суд оцијени да околности случаја то оправдавају (јачина и трајање болова и страха) и само као болнина.<sup>173</sup> Из разлога што се овдје ради о болнини, правно лице, по природи ствари, не може да трпи бол и страх, те не може, с успјехом, поставити овакав тужбени захтјев у условима позитивноправне законске регулативе у којој доминира тзв. субјективна концепција накнаде нематеријалне штете. Као што смо већ изнијели, одредбом члана 202. ЗОО признато је право на правичну новчану накнаду лицу које је претрпјело душевне болове или страх ако је било „преваром, принудом или злоупотребом неког односа потчињености или зависности наведено на кажњиву обљубу или кажњиву блудну радњу или је претрпјело душевне болове као жртва неког другог кривичног дјела против достојанства личности и морала.“

Кондикцијски захтјев се може искористити за заштиту повријеђеног лица ако корист коју је штетник стекао противправном повредом части и угледа неког лица нема право задржати, него повријеђени - осиромашени може од незаконитог стицаоца користи захтијевати да стечену корист врати, пренесе у имовину осиромашеног према правилима о стицању без основа из чл. 210-212. ЗОО.<sup>174</sup>

## Епилог

У међувремену, донесене су измјене и допуне Закона о парничном поступку („Службени гласник БиХ“, број 58/13, и РС и ФБиХ), које су модификовале тужбени захтјев код тужбе за утврђење. Сада је тужбу за утврђење могуће подићи тако да суд утврди повреду права личности (члан 21. став (1)

<sup>172</sup> Одредба члана 200. став 1. Закона о облигационим односима.

<sup>173</sup> Gavella, о. с., 189.

<sup>174</sup> Ibid.

ЗЗПБиХ). Тужба за утврђење повреде права личности може се поднијети без обзира на то да ли је постављен захтјев за накнаду штете или други захтјев, у складу са посебним законом (члан 21. став (4) ЗЗПБиХ).

### Закључак

У уставноправном систему у Босни и Херцеговини достојанство човјека, као основна и аутентична људска вриједност, није довољно афирмисано нити уређено као основни постулат из каталога људских права. У Анексу IV Дејтонског мировног споразума, уједно Устава БиХ, први став преамбуле гласи: “Засновано на поштовању људског дигнитета, слободе и једнакости... грађани БиХ овдје одређују да је Устав БиХ како слиједи...”. У одредби члана II истог документа набрајању се људска права и основне слободе, а у параграфу 3. исцрпно се набрајају. Тако је створен „каталог права и слобода“, али није створен основни постамент, у виду достојанства човјека, са којег би се полазило у развој, динамику, заштите људских права и слобода. Нормативна затвореност, створена таксативним набрајањем права и слобода, донекле је ублажена позивањем уставног текста на међународне стандарде утврђене у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода и њеним протоколима који ће се директно примјењивати у Босни и Херцеговини и имати приоритет над сваким другим законом. Ову замисао је могуће практично реализовати само кроз познавање и примјену праксе Европског суда за људска права, јер текст одредаба ЕКЉП, због своје уопштености није подобан за „директну“ примјену. Тако би пракса Европског суда за људска права требало да буде извор права за Уставни суд БиХ и редовне судове у БиХ. На овај, индиректни, начин преко судске праксе Уставног суда БиХ, као *de facto* Врховног суда БиХ, кроз рјешавање апелација на одлуке највиших судова у БиХ, односно одлука посљедње инстанце, постаје извором права и за редовне судове у БиХ.

Да ли ће и када уставна реформа у БиХ кренути путем који је присутан у упоредном праву, посебно њемачком праву, како у области људских права и приватном праву у области заштите личних права, остаје неизвјесно. Према свему изложеном, дуг је и неизвјестан пут да се у босанскохерцеговачком правном систему, односно правним системима у Босни и Херцеговини право на људско достојанство или људско достојанство прихвати као основно, матично људско право и слободу, као претпоставка, предуслов и оквир свих осталих права и слобода. Подсјећамо да заштита достојанства у њемачком праву проистиче из одредаба чл. 1. и 2. Основног закона, тако што оне гарантују заштиту достојанства човјека и права на слободан развој личности.<sup>175</sup> Њемачки Савезни суд је изрекао да светост људског достојанства и слободан развој личности из одредбе члана 1. Основног закона морају бити признати као опште право личности. Цјеловитост режима заштите људских

---

<sup>175</sup> Саша Гајин, о. с. 120.



права у Њемачкој потиче од основне идеје о слободи човјека.<sup>176</sup> Савезни суд означава људску личност као „над-правну“ основну вриједност правног поретка,<sup>177</sup> те се тако приближава концепту људских права као природних права човјека. Неповредивост људског достојанства је у њемачком правном поретку уставна гаранција, комплементарна са осталим посебним правима и слободама човјека и нераздвојни пратилац опште слободе појединаца. Људско достојанство се квалификује као „формула људске природе“, а то је принципијелно разумијевање и прихватање човјека као интелектуалног и моралног бића способног за самоодређивање и развој сопствене личности.<sup>178</sup> Овакав правни развој потиче од плодносног сусретања великих филозофских идеја: Кантове идеје човјековог преласка „из сировости једног чисто животињског створења у човештво“<sup>179</sup> и Хабермасовог схватања праведног друштва као заштитника еманципације и људског достојанства, једнаког правног положаја и једнаког третмана, универзалног карактера права које гарантује слободу и интегритет (аутономију) свакоме.<sup>180</sup>

Ако посматрамо *de lege lata*, домаћи правни систем повреду достојанства пројектује као повреду појединих права личности. Посматрано с друге стране, повреда права личности, ма у којем виду, заправо је повреда целокупног човјековог достојанства. Поштовање и заштита појединих права и слобода може се изједначити са уважавањем људског достојанства. Онај ко поштује каталог права другог поштује тада и његово људско достојанство. Повреда једног права или слободе уједно је напад на достојанство човјека. Јер, све су то заштићена људска права. Ипак, у досадашњој домаћој судској пракси заузет је став да људско достојанство чине компоненте као што су: част, углед, лични интегритет и слично и да таква повреда права личности ужива судску заштиту.<sup>181</sup>

Др Бранко Мораит, редовни професор  
Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

## ЗАШТИТА ЉУДСКОГ ДОСТОЈАНСТВА У ОБЛИГАЦИОНОМ ПРАВУ

### Резиме

Наш рад је посвећен облигационоправном аспекту опште теме „Право и достојанство“ овогодишњег, 26. сусрета учесника Копаоничке школе природног права.

<sup>176</sup> Ibid.

<sup>177</sup> Ibid., 121.

<sup>178</sup> Ibid., 123.

<sup>179</sup> Ibid., 124.

<sup>180</sup> Ibid., 124.

<sup>181</sup> Ibid., 93 (Из пресуде Врховног суда Србије, број: Рев-229/04).

Почетно истраживање ове теме показује изненађујуће и забрињавајуће резултате. Како општа тема, тако и њен облигационоправни аспект, недовољно је расправљан у правничкој јавности нашег региона. Због тога достојанство, као правна вриједност, у правној теорији, правном систему и правним порецима земаља региона не заузима мјесто које заслужује. Такво стање није у најважнијим свјетским државама, САД и Њемачкој. Без обзира на то што је достојанство афирмисано у међународним документима о заштити људских права, који су саставни дио уставноправног система Босне и Херцеговине, у домаћем правном поретку је и даље недовољно афирмисано и готово маргинализовано, како јуче, тако и данас. О томе, нажалост, најбоље свједоче скорашње ратне али и поратне године, као и непрелазна и непрестана епоха транзиције којој се не види сретан завршетак.

Надамо се да ће наша школа помоћи да се достојанство човјекове личности афирмише као посебна, изразита, највиша правна вриједност, како у правничкој, научној и стручној јавности, правној и судској пракси, тако и у јавном животу уопште.

Dr Branko Morait, professor of  
The Faculty of Law at the University of Banjaluka

## PROTECTION OF HUMAN DIGNITY IN CONTRACTUAL LAW

### Summary

Our study is dedicated to the contractual-legal aspect of the general subject of 'Law and Dignity' of this year's 26<sup>th</sup> Summit of the participants of the Kopaonik School of Natural Law.

The initial research of this topic shows some surprising and alarming results. Just as the general topic so has its contractual-legal aspect been insufficiently discussed in the juristic public of our region. Therefore, dignity, as a juridical value, in legal theory, legal system and legal orders of the countries of the region is not given its rightful place. Such is not the case in the most important countries of the world, USA and Germany. Even though dignity is incorporated in international treaties on human rights, which are, in turn, the components of the constitutional-legal system of Bosnia and Herzegovina, in domestic legal order it is still insufficiently affirmed and is almost marginalized to this day. Proof for that, unfortunately, are recent wartime, but also post-wartime years, as well as, the ongoing and unceasing era of transition to which no happy ending is in sight.

We hope that our school will help affirm dignity of the human persona as a special, distinct, highest legal value, as in juristical, scientific and professional public, legal and judicial practice and in general public, as well.

Проф. др Бранко Мораит,  
Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

## О МОРАЛНОСТИ УГОВОРНОГ ПРАВА<sup>182</sup>

### УВОД

У једној новијој полемици на страницама „Политике“, вођеној о пост-модернизму и неолиберализму, осликавају се противрјечности савременог свјетског и нашег транзиционог поретка, чији је промотер неолиберална идеологија, а чији је изумитељ тзв. транснационална буржоаска олигархија. Та свјетска, владајућа олигархија инсистира само на економској ефикасности, не обазирајући се и не узимајући у обзир категорије као што је морал, праведност, достојанство, социјална одговорност и сл. У раљама ове наднационалне олигархије налази се и национална буржоазија, која је приграбила (поновно) идеологију либерализма, а која је инсистирала на принципима индивидуалних слобода и владавине права на нивоу националне државе, донекле укоријењене у сопственом народу (нацији) те није могла бити потпуно индиферентна на социјалну заштиту сопственог народа. У полемици се истиче и да је за економију веома важан морал који влада у друштву, јер каква је морал таква ће бити и култура, па и правна култура, из које произилазе закони који регулишу и економску сферу. И, најзад, закључује се да нема дугорочно одрживог стабилног развоја друштва у ком преовлађују закони који нису засновани на моралу.<sup>183</sup>

О таласу реформи ради приближавања тој и таквој свјетској струји бјесомучно се проводе реформе па тако и правне реформе, односно правосудне реформе. Како је духовито примијењено - срећни и успјешни народи ријетко када спроводе реформе<sup>184</sup>, а камоли реформе реформи! Реформатор, као и револуционар је мисионар који сматра себе позваним да мијења и људско друштво и људску природу. „*Сталне реформе, нарочито у области права и правосудја одузимају му ауторитет који је неопходан да би грађани поштовали правне норме и одлуке судова. Ако се закони често и стално мењају, онда их грађани све мање доживљавају као неку врсту моралног правила које се мора поштовати, већ као пролазни хир тренутно актуелна власти. Ако се судије стално реизабирају, онда их грађани не доживљавају*

<sup>182</sup> Објављено у часопису “Правни живот“, број 10/2012., стр. 733-753.

<sup>183</sup> Према: Јован Б. Душанић, “Неолиберализам ипак постоји - одговор Мијатовићу 2“; КУН - Културни додатак „Политике“ од 25. августа 2012.

<sup>184</sup> Јован Тирић, директор Института за упоредно право, Сталне промене судовима одузимају ауторитет, “Политика“, 13. август 2012., стр.10.

као оличење моралног ауторитета, већ као променљивог чиновника, којег та хировита власт и треба да мења.<sup>185</sup>

## МОРАЛНО И ПРАВНО

Досадашњи опус Копаоничке школе природног права препознаје се као стално враћање истом, добром и праведном.<sup>186</sup> Изводећи даље, можемо препознати да је ријеч о школи која развија морално право и правично право и успоставља једну рационалну платформу за научну критику позитивног права.

Питања која се постављају данас не потичу од јуче него од античких мислилаца. Тезе и антитезе, као што их наводи професор Перовић: љубав и мржња, егоизам и алтруизам, савјест и искушење, право и правда, морал и неморал, демократија и тиранија, универзално и партикуларно, једнакост и дискриминација, одражавају вјечну упитаност.<sup>187</sup> Мржња је непријатељ људске природе и није пут науке, која је слика истине до које се долази добронамјерном организованом сумњом, а никаквом догмом, која је оков и затвор за мисао.<sup>188</sup>

Једна од главних тековина дјеловања Копаоничке школе природног права јесте успостављања типологије културе права помоћу три синтагме: *учини зло, не учини зло и учини добро*. Оне означавају развој, ступњевање културе права и граде моралну трипартицију права.<sup>189</sup> Првобитно право системом талиона наступало је осветнички према прекршиоцу и наређивало је да му се *учини зло*. Најдуготрајнији степен развоја цивилизације права, према нашем мишљењу, наређује *не учини зло*, и то је њен достигнути правни стандард. Више од тога, *учини добро*, налазимо само у актима кодификованих природних права који су претежно с међународним елементом.<sup>190</sup> Владавина модерног позитивног права са синтагмом легалитета, *не учини зло*, сучељава се са синтагмом *учини добро*, која је на страни легитимитета.<sup>191</sup> Разапет између добра и зла, правно образован, културан човјек ће, у духу културе, неминовно, изабрати љепоту доброг.<sup>192</sup>

Морал је синоним за добро. По једном становишту, морално добро је оно што је задовољство и циљ. Улога етике, као науке о моралу, јесте да човјеку омогући постизање моралног циља, задовољства. На другој страни је увјерење да је највеће морално добро срећа и задовољство заједни-

<sup>185</sup> Ibid.

<sup>186</sup> Слободан Перовић, Беседе са Копаоника, Београд, 2002., 120.

<sup>187</sup> Ibid., 323.

<sup>188</sup> Ibid., 324.

<sup>189</sup> Ibid., 271.

<sup>190</sup> Ibid.,

<sup>191</sup> Ibid., 272.

<sup>192</sup> Ibid., 305.

це.<sup>193</sup> Према изјави Владете Јеротића, датој у једном интервјуу, разлике између морала и етике укратко су: „*Морал одговара на питање - шта треба да чиним, тежи врлини и врхунац му је светост, док етика одговара на питање - како живети, тежи срећи и врхунац јој је мудрост.*“ В. Јеротић додаје и да је аутентична религиозност позитивно утицала на морал, и то на морал појединог човјека, али не и на морал једног народа. Наводи руског религијског филозофа Константина Леонтијева, који је о томе рекао: „*Има хуманих људи, али нема хуманих држава.*“ Овај навод проблематизује однос морала и права, јер је, у крајњој линији, држава стваралац и заштитник правних норми.

Морал је аутономна норма, коју човјек задаје самоме себи како би остварио људско достојанство, човјечност.<sup>194</sup> Суштина морала је апсолутна, унутрашња, неизбјежна и несумњива дужност да усклади своје понашање са својом сопственом савјешћу. Уколико то не успије, моралан, човјечан, појединац осјећа грижу савјести, која чини да се осјећа као нечовјек и да буде извргнут сопственом аутопрезиру, који може да га одведе чак и у суицид, као најтежи вид самокажњавања, јер већ и грижа савјести ствара непријатне осјећаје према самом себи.<sup>195</sup> Само моралан човјек је културно биће, самосвјесно и одговорно биће које служи опстанку људске врсте. Морална норма је врховна норма, тако да конкурише религиозној норми, која, због светог ореола, чини се, има већу снагу, тако да више утиче на морал него морал на њу. Морална норма уређује живот, а религиозна живот на другом свијету. Морал је друштвени феномен, феномен човјештва.<sup>196</sup>

Унутрашња морална санкција је грижа савјести, самопрезир и самокажњавање до суицида. Вањска друштвена морална санкција је бојкот, презир њега као нечовјека, преко остракизма до смртне казне као друштвене санкције извршењем линча.<sup>197</sup>

Међу главним вриједностима које се могу сматрати аксиоматском подлогом за разликовање морала од неморала, моралног од неморалног, поредане од добра насупрот злу налазе се једна према другој: истина - лаж, правда - неправда, слобода - неслобода (ропство), ред (поредак) - неред (хаос), мир - рат.<sup>198</sup>

Насупрот моралу стоји право које се дефинише као хетерономно, вањско правило које извана дјелује на људе, а принуду организује и спроводи држава путем својих демократских, законодавних и извршних органа. Моралне норме су искључиво заштићене друштвеном санкцијом, која може бити и ефикасна. Међутим, моралне норме, због своје природе, нису подесне за државну санкцију. Морал уређује унутрашњу страну људског понашања,

<sup>193</sup> Др Радомир Д. Лукић, Систем филозофије права, „Савремена администрација“, Београд, 1992., 210.

<sup>194</sup> Ibid., 212.

<sup>195</sup> Ibid., str. 214.

<sup>196</sup> Ibid.

<sup>197</sup> Ibid., 215.

<sup>198</sup> Ibid., 217-228.

док је правна норма регулатор друштвених, међуљудских односа, на које је могуће утицати моралном принудом. Нико се не може натјерати да вјерује, али се може принудити да плати дуг.<sup>199</sup>

Развој неправних правила често се развија од морала, преко обичаја до права. Преко правних обичаја, заправо друштвених обичаја које право због значаја санкционише, право се веже за обичаје. Друштвени обичаји настају и нестају, а само неки се претварају у правне. Значајна друштвена норма која има аутономну санкцију је морал. Унутрашња морална санкција је грижа савјести, а спољна је морална осуда, изопштење неморалног преступника све до најтежих санкција спонтаног, неорганизованог облика. Морал утиче на право тако што најважније моралне норме право присваја. Позната је узречица да је право минимум морала, морални минимум. Морализација права је пожељна и запажена појава, али је запажена и појава да многе правне норме бивају сукобљене с моралом. Морал владајућег друштвеног слоја обесправљени често сматрају за неморал и обратно. Право неморалне радње санкционише када оне уђу у сферу правних односа тако што прописује опште норме које одређују да неморалне радње представљају узрок неважности правних послова или се квалификују као противправне и забрањене.<sup>200</sup>

И у развоју права постоји право по себи, као творевина која садржи суштину права и која се открива, као природно право или објективно право и право које санкционише држава или позитивно право. Од државе зависи колико ће садржаја објективног права преузети у позитивно право. Предмет филозофије права је објективно право, а предмет правне науке (теорије права) је позитивно право.<sup>201</sup>

Под објективним правом проф. Лукић подразумејева природно право. Такво право није произвољна творевина власти и тренутних властодржаца, него нешто објективно, што треба открити.<sup>202</sup>

Објективност природног права налази се у његовој савршености.<sup>203</sup> Марксистичко схватање права је некритички и оптимистички, па и пропагандистички изједначавало природно и позитивно право. Тако је произлазило да је и позитивно право добро за човјека и за друштво.<sup>204</sup> Међутим, управо критика позитивног права коју је покренула и предводи Копаоничка школа природног права полази од претпоставке да позитивно право треба поправљати да би оно било добро с позиција рационалистичке концепције природног права.

Кантова општа подјела система права изводи на прво мјесто природно право, које *a priori* почива на принципима, и на позитивно (статутарно) право, које произилази из воље неког законодавца. Друга подјела је на прирођено, урођено (људско - у модерном значењу/примједба наша/), које је не-

<sup>199</sup> Ibid., 322.

<sup>200</sup> Ibid., 323.

<sup>201</sup> Ibid., 325.

<sup>202</sup> Ibid., 362.

<sup>203</sup> Ibid., 402.

<sup>204</sup> Ibid.

зависно од сваког правног акта, које човјеку по рођењу припада, и стечено право - за чији настанак се захтијева правни акт. Прирођено право је само једно једино.<sup>205</sup> Према професору Перовићу, умно или рационално природно право представља систем који је универзалан, непромјењив и вјечан, а и право и морал имају заједничку основу - ум.<sup>206</sup>

Академик, проф. др Слободан Перовић<sup>207</sup> наглашава: „*нашем моралном осећају одговара да се реч одржи, али исто тако да се уздржимо од сваког чина којим би другоме нанели несрећу.*“<sup>208</sup> Ово су темељи на којима почива моралност облигационог права и о којој ћемо нешто више говорити у посебном дијелу овог чланка. Још за Платона и ученика му Аристотела, као морална одредба, правда је врлина свих врлина, јер у себи садржи све друге врлине.<sup>209</sup> Значајан примјер за величанствену заједничку зграду коју настањују моралне и правне норме изградио је Богишићев Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору, од 1888. године. Под правилима морала и благодаравља он подразумијева „*она правила обичне љуцкоте и правичности, на покоравану којима Власт уопште не може свагда управо да принуди, али народна свијест свагда осуђује они који та правила престапају.*“<sup>210</sup> Однос права и морала, понекад, макар формално изгледао прикладан, садржава једну неприродну симбиозу. То се посебно, према професору Перовићу, односи на кованицу: „морал социјалистичког самоуправног друштва“, који је, као идеолошки конструкт, напустио Закон о облигационим односима измјенама од 1993. године, с обзиром на то да је владајућа, насилничка, дефиниција права, имајући монопол на теорију, заповиједила да је право воља владајуће класе, заправо једне партије која путем државе остварује монопол на физичко насиље и уводи у диктатуру, што са моралом нема никакве везе.<sup>211</sup>

## МОРАЛНИ ЗАКОН

Морална обавеза има двојак карактер, јер дјелује споља (друштвено) и изнутра (индивидуално), за разлику од правне и обичајне, која су једностране, искључиво друштвене. Морална обавезност нагони појединца да морално поступи када се нађе у одређеној моралној позицији и указује се као безусловност, императивност и муњевито, тренутно реаговање. Након тога слиједи морални суд. Морални суд може бити позитиван или негативан, ако је морална норма прекршена. Томе слиједи морална санкција, која

<sup>205</sup> Имануел Кант: *Метафизика морала*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци - Нови Сад, 1993., 39.

<sup>206</sup> Слободан Перовић, *Беседе са Копаоника*, Београд, 2002, 114.

<sup>207</sup> Слободан Перовић, *Беседе са Копаоника*, Београд, 2002.

<sup>208</sup> *Ibid.*, 68.

<sup>209</sup> *Ibid.*, 69.

<sup>210</sup> *Ibid.*, 94.

<sup>211</sup> *Ibid.*, 76-77



може бити индивидуална и унутрашња (нпр. грижа савјести), а може бити и спољашња, односно друштвена (презир, искључење из заједнице).

Хришћански теолози,<sup>212</sup> бавећи се моралом, истичу да се хришћански морал калеми на природни („дивљи“) морал. Морална начела, спозната помоћу моралног осјећаја и човјечијег ума, остају чврсто подржана у хришћанству. Хришћанско учење о моралу у средиште поставља општи и недјељиви природни морални закон са његовим непромјењивим основним начелима и главним нормама и правилима за морални живот.<sup>213</sup> Под утицајем дарвинизма тврди се да према стању друштвеног развоја нема још дјела која су апсолутно добра или лоша, тако да нема никаквог моралног закона који би важио као свеопшти, апсолутни и неизмјењиви.<sup>214</sup> Изведена из учења етичара еволуциониста јесу учења која напуштају апсолутне принципе и морална начела, почев од Фридриха Ничеа, марксиста и присталица индивидуализма.<sup>215</sup> Индивидуалистички морал је развијен од елемената хришћанства и античке филозофије, први пут потпуно развијен током ренесансе и од тада се проширио на оно што знамо као западноевропску цивилизацију. Садржи поштовање појединца као таквог, признавање његових сопствених погледа и укуса као врховних у властитој сфери. Толеранција је једина ријеч која задржава значење начела, које потпуно нестаје успостављањем тоталитарне државе.<sup>216</sup> Кантов морални императив карактерише свеопшност и нужност. „*Ради само по оној максими (личној вољи индивидуе) за коју у исто вријеме можеш хтјети да постане свеопшти закон.*“<sup>217</sup> „*Ради тако да ти човјечанство како у твојој особи, тако и у особи сваког другог, не служи никада само као средство него увијек уједно и као циљ.*“<sup>218</sup> Морални закон, као категорички императив, вриједи апсолутно, без обзира на то да ли се често или ријетко или се нигдје на свијету не испуњава.<sup>219</sup> Добру вољу чине два принципа: објективни принцип или закон који прописује дјеловање и субјективни принцип или максима којом се воља нагони на прописно дјеловање. Ако воља изврши од закона захтијевану радњу, не из дужности, него из наклоности или очекиваног циља, имамо само легалност; уради ли она захтијевану радњу једино из дужности, ради закона, па чак и против наклоности, онда имамо моралност.<sup>220</sup> Преводећи ове кантовске тезе на правни терен, учићемо да позитивни закони који су уређени као моралне дужности и који су адресирани на моралне појединце имају предуслов да се примјењују као категорички императив.

<sup>212</sup> Протојереј др Атанасије М. Поповић, доцент Универзитета, МОРАЛНИ ЗАКОН, Књига I, Природни морални закон, Београд, штампарија „Соко“ Миливоја Ј. Трајковића, 1938., стр. X Предговора.

<sup>213</sup> Ibid.

<sup>214</sup> Ibid., XI.

<sup>215</sup> Ibid., XII.

<sup>216</sup> Ф. А. Хауек; Пут у ропство, Globalbook, 33.

<sup>217</sup> Протојереј др Атанасије М. Поповић, доцент Универзитета., 342.

<sup>218</sup> Ibid.

<sup>219</sup> Ibid., 338.

<sup>220</sup> Ibid., 339.



Моралан појединац мора да има свијест (сазнање или моћ сазнања) и савјест, а ови појмови имају исти етимолошки коријен.<sup>221</sup> Савјест је сазнање (свијест) своје врсте. Савјест се често означава као законодавац, судија и осветник и тиме се метафорички у њој самој уједињују три функције: законодавна, судска и извршна.<sup>222</sup> Под законом, у савјести се подразумевају правила или морални идеали; суђење по савјести је оцјена с аспекта моралног достојанства субјекта који је извршио одређену радњу, а извршна функција (извршење) садржана је у осјећајима, радосним или мучним.<sup>223</sup> Осуда поступака (дјела и ријечи) по савјести, као и „нечисте савјести“ (мисли и намјера) као сазнање добијено суђењем о тим поступцима доводи до гриже савјести.

Према Имануелу Канту, савјест је морална самосвијест, која се замишља као унутрашњи судија над свим слободним радњама; као субјективни принцип одговорности која се сноси пред Богом због својих дјела.<sup>224</sup>

Морални поступак доводи до самопоштовања. Морална дужност произилази из моралног поретка који је у главним цртама непромјењив и саставни је дио нужног, неопходног и неминовног уређења свијета. Није могуће, на основу слободних и произвољних одредби, учинити да превара и убиство буду недозвољене радње, него су већ саме по себи превара и убиство недозвољене, а добротинство и љубав према другом морално добри.<sup>225</sup>

Подлогу моралне дужности једни виде у разуму, други у људском искуству, а трећи у вољи Божјој.<sup>226</sup> Према једнима, ум који сазнаје носи моралну дужност и значи један општи корелат опште и заједничке природе човјекове; према емпиричарима, морална дужност је резултат таложења дуготрајног историјског развоја, а према трећима, ради увијек по вољи Божјој.<sup>227</sup> У моралном поступку садржане су три карике одлучивања: *исправно, треба и дужност*. Моралан човјек познаје правило (исправно), суди да треба да га изврши и извршава га вршећи дужност. Додали бисмо за правну дужност да правни субјект не мора да познаје правило, не зна да суди да треба да га изврши и не извршава га. Као пандан моралном човјеку, правни човјек под притиском сазнаје правило, суди да мора да га изврши како не би трпио правну санкцију и невољно извршава дужност, односно обавезу.

Моралне и правне дужности се, по својој природи и посебно по принуди, разилазе. Морална дужност се врши без принуде или је та принуда дубоко унутрашња, док се правне дужности врше због принуде и та принуда долази споља. Правне дужности нема ако није припремљена и адресована извана.

<sup>221</sup> Ibid., 440.

<sup>222</sup> Ibid., 443.

<sup>223</sup> Ibid., 444.

<sup>224</sup> Имануел Кант: *Метафизика морала*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, Нови Сад, 1993., 239.

<sup>225</sup> Протојереј Атанасије М. Поповић; о.с.

<sup>226</sup> Ibid., 489-503.

<sup>227</sup> Ibid., 503.

Морална правила понекад су самоочигледна: нпр. „дугове треба плаћати“, јер новац који дугујемо треба повјериоцу вратити.<sup>228</sup> Друга правила нису очигледна, јер постоје супротна становишта: приговор савјести - кад регрут одбија да служи војску јер му то савјест не дозвољава или када једни сматрају развод брака исправним, а други неисправним.<sup>229</sup> Према *Mabbotovoj* варијанти утилитаризма, морална правила или начела (опште максиме) образују се из искуства и индукцијом. „У великом мноштву појединих случајева (према *Adamu Smithu*) запажамо оно што се свиђа или не свиђа нашим моралним способностима, што оне одобравају или не одобравају, те из тог искуства индукцијом установљавамо општа правила.“<sup>230</sup> Занимљиво је, и због времена у којем смо сада, становиште *G. E. Moore* да се једног моралног правила треба држати једино ако је оно у исти мах општекорисно и општепримјењивано. „У друштву у којем су извјесне врсте крађе опште правило, корисност уздржавања од такве крађе од стране једног појединца постаје врло сумњиво, чак и ако је опште правило рђаво.“<sup>231</sup>

Имануел Кант дијели дужности према самом себи и према другима. Самоодржање је човјекова самосвојна дужност, која се разграничава од њених супротности у виду суицида, блудног самоскрнављења, самоомамљивања и неморалних порока (лажи, шкртости и лажне понизности). Најзад, ту је моћ суђења или дужност суђења над самим собом, по савјести. Моралне дужности, према другим људима, „само као људима,“ јесу: љубав и поштовање, добронамјерност у оквирима човјекољубља, која обухвата дужности: доброчинства, захвалности и саучествовање. Пороци који вријеђају дужност поштовања других људи су: охолост, оговарање и ругање.<sup>232</sup> Срећа је награда за врлину - човјек се посредством среће покреће да врши своју дужност, срећа је награда врлине. Срећан је - у души блажен.<sup>233</sup>

Као што је познато, расправе о моралу, врлини, добру и злу, вођене су од памтивјека међу теолозима и филозофима, а много касније се укључују социолози, психолози, антрополози, а сасвим одскора и биолози. О томе наговјештава *Mark Hauser*, биолог на Харварду (САД), који у својој књизи „Морални умови“ научно образлаже да су коријени наше моралности дубоко запретени у нервној мрежи сатканој у току еволуције и да људи на свијет долазе с неком врстом урођене моралне граматике. Наведено дјело указује на то да вјера није извориште моралних начела, да је, као и васпитање, друштвена присила над нагонским поступцима. Психолошким тестовима показало се да се осјећај за поштење и правичност код дјецe јавља у четвртој години.<sup>234</sup> Коментаришући ове налазе биолога са Харварда, проф. др Владимир Глишин наводи да је поријекло човјечије свијести и све што иде уз свијест од памтивјека било у жижи интересовања, те да су вјерска објашњења доми-

<sup>228</sup> John David Mabbot, Увод у етику, Нолит, Београд, 1981., 45.

<sup>229</sup> Ibid., 47.

<sup>230</sup> Ibid., 48.

<sup>231</sup> Ibid., 61.

<sup>232</sup> Имануел Кант, о. с., 266.

<sup>233</sup> Ibid., 179

<sup>234</sup> Према “Политици” од 5. новембра 2006. године.

нирала до Дарвинових открића теорије, односно принципа еволуције. Као генетичар, професор Глишин о колективном људском понашању и моралним критеријумима људског друштва, размишља као о наследивој категорији, записаној у људском геному, и због тога подложној научној верификацији, те би морална граматика човјекова из вјеронауке прешла у науку.<sup>235</sup>

Кант је генијално наслутио постојање моралног закона у нама, до чега су данас дошли биолози.

## РАЗГРАНИЧЕЊЕ ПРАВНИХ И МОРАЛНИХ ДУЖНОСТИ

Кант предлаже систем опште науке о дужностима чију окосницу чине: етика, наука о моралу, наука о дужностима, наука о врлини, која је везана за унутрашњи закон и самопринуду (морални императив). Другу окосницу система представља систем науке о праву, за спољашње законне и спољашњу принуду (правна дужност).<sup>236</sup> Наука о праву формира однос сврхе према дужности, полазећи од сврхе проналази максиму радњи примјерених дужности. За етику је сврха, сама по себи, дужност, морална дужност.<sup>237</sup> Дужност врлине се од правне дужности битно разликује по томе што је за правну дужност спољашна принуда морално могућа, докле дужност врлине почива на слободној самопринуди (на примјер: човјек не иде на забаву која би му причинила задовољство, јер има службене обавезе или посјету болесном оцу).<sup>238</sup> Етика даје само максиме радњи своје властите воље, а не саме радње. Право даје законе за радње, па и опште воље (воље других).<sup>239</sup> Етичке дужности су широке, правне дужности су уско обавезујуће.<sup>240</sup> Ширина се огледа у непотпуности обавезивања човјека на радњу - па је утолико савршенија његова радња на коју се самоодлучи.<sup>241</sup> Отуда су правна начела, принципи, максиме блиске етичким дужностима више него правним дужностима.

Непотпуне дужности су дужности врлине. Њихово испуњење јесте заслуга (*meritum*) али њихов прекршај није одмах кривица (*demeritum*), него само морална безвриједност. Свака радња противна моралној дужности зове се преступ (*peccatum*). Намјерни преступ, који је постао начело, јесте порок (*vitium*).

Општи правни принцип јесте да је слобода самовоље свакога егзистирајућа са слободом свакога, по неком општем закону.<sup>242</sup> Право, у ужем смислу, постоји због могућности опште узајамне принуде која се повезује

<sup>235</sup> Ibid.

<sup>236</sup> Ibid., 181.

<sup>237</sup> Ibid., 184.

<sup>238</sup> Ibid., 185.

<sup>239</sup> Ibid., 190.

<sup>240</sup> Ibid., 191.

<sup>241</sup> Ibid., 192.

<sup>242</sup> Ibid., 32.

са свачијом слободом по општим законима.<sup>243</sup> Све дужности се дијеле на правне и моралне. Моралне дужности се не могу издејствовати никаквим спољашњим законодавством (јер је то унутрашњи акт душе); мада се могу заповиједити спољашње радње, које тамо воде, а да при том субјекат не начини себи сврху од њих.<sup>244</sup>

Правичност (*aequitas*) није ни у ком случају разлог за захтијевање етичке дужности од других (њихове благонаклоности и доброте), него се онај који из тог разлога нешто захтијева ослања на своје право, само му недостају услови потребни судији по којима би овај могао да одреди са колико или на који начин да се удовољи његовом захтјеву.<sup>245</sup>

Зашто се наука о моралу назива науком о дужностима, а не о правима, разлог је следећи: ми познајемо своју властиту слободу (из које произилазе сви морални закони, дакле и сва права као и дужност) само преко МОРАЛНОГ ИМПЕРАТИВА (моралног закона у мени), а он је СТАВ који заповиједа дужност из кога се послије може развити моћ да се други обавезују, тј. појам права.<sup>246</sup> Слобода из које произилазе сви морални закони јесте независност од самовоље неког другог која нас на нешто присиљава. Ако може да постоји заједно са слободом сваког другог, по неком општем закону, јесте једно једино, исконско право, које припада сваком човјеку на основу човјештва. Атрибути слободе су: природјена једнакост, тј. независност, да човјек од других не буде на нешто више обавезан него што и њих може узајамно обавезати; квалитет човјека да буде свој властити господар (*sui iuris*). Квалитет непорочног човјека је у томе да прије сваког правног акта никоме није учинио неправо. Да другима не сужава њихово мишљење и да слободно саопштава своје мисли па макар биле и лажне, јер до других стоји да ли ће му вјеровати или не. Ако лаже, то је човјек чијим се ријечима не може вјеровати и приближава се пријекору да се назове лажљивцем, па се гранична линија која дијели оно што припада праву од оног што припада етици само тако може повући.<sup>247</sup>

Подјела правних обавеза, према Улпијану, позната је и уважена: буди честит човјек (*honeste vivere*); не чини никоме неправду (*neminem laedere*) па макар морао због тога иступити из сваке везе с другима и избјегавати свако друштво; ступи у неко удружење с другима у коме се сваком може дати оно што је његово (*suum cuique tribuere*). Када би се превело, како се иначе преводи - дај сваком што му припада, оно што је његово, то би представљало бесмислицу, јер ником не можеш дати оно што већ има.

---

<sup>243</sup> Ibid., 34.

<sup>244</sup> Ibid., 40.

<sup>245</sup> Ibid., 36.

<sup>246</sup> Ibid., 41.

<sup>247</sup> Ibid., 39.

## О ПРИРОДНОМ И ПОЗИТИВНОМ ПРАВУ

Како је истакао професор Слободан Перовић, а овдје га слободно парафразирамо, од античког доба па до наших дана, школа природног права се непрестано регенерише одржавајући, ако не вјечну младост, а оно, засигурно, непролазну свјежину и отрежњавајуће, освјешћујуће дјеловање у сваком простору и времену. Школа природног права је сублимисала основну идеју да постоји једно природно, универзално и аутономно право, непромјењиво и независно од људске воље, које произлази из људске природе и људског друштва.<sup>248</sup> Основни став Копаоничке школе природног права, који се надовезује на сублимат учења школе природног права од античких до наших дана (који одају признање природном праву кроз разне међународне акте о признању и заштити људских права), јесте да позитивно право може бити у складу са природним, а да је идеално када се такав спој природног и позитивног права успостави.<sup>249</sup> Ако се позитивно право коси са природним, предност у оцјени треба дати природном праву, јер је оно универзално и непромјењиво, чиме би се искључила свака самовоља законодавца позитивног права.

Међу основним цртама разликовања природног од позитивног права професор Перовић наводи:

Позитивно право је хетерономно, јер је израз људске воље формиран законима који садрже државну принуду, а природно је аутономно, независно од фактора који обликују вољу законодавца.

Позитивно право није праведно, по себи, јер је производ друштвене конвенције или снаге организоване друштвене силе, док је природно право праведно по себи, произлази из саме природе човјека као људског бића, по себи, и човјек га има као што природом владају природни закони, тако би човјеком требало да влада природно право.

Природно право је универзално и не препознаје никакве међуљудске разлике, док је позитивно право национално и као такво у обзир узима и националне и расне и класне разлике, те је као такво партикуларно.

Природно право је, по природи ствари, непромјењиво и вјечно, а позитивно промјенљиво и нестабилно. Због тога се природно право и његова начела приближавају моралним принципима, а позитивно право мијења своју блискост са природним правом и са моралом у свом историјском ходу.<sup>250</sup>

Природно право је апсолутно и примарно, а позитивно изведено и секундарно.

Најзад позитивно право је почесто неправедно, а природно савршено, идеално и узвишено, у складу са природом.<sup>251</sup>

<sup>248</sup> Слободан Перовић, Беседе са Копаоника, 79.

<sup>249</sup> Ibid., 80.

<sup>250</sup> Ibid., 108.

<sup>251</sup> Ibid., 109.

Извор природног права је у ауторитету ума, као природне појаве, за разлику од позитивног права, које произлази из промјенљиве, хировите воље једних друштвених група у односу на друге, које се пречесто не осврћу на природни ауторитет рационалног ума, него се воде нагонима: власти, страсти, интереса, било појединачних или групних, националних или класних и сл.<sup>252</sup>

У виду прелиминарног закључка може се поновити покушај заснивања трипартиције позитивног и природног права.<sup>253</sup> Природно право се јавља као узор многим рјешењима позитивног права, природно право се јавља као *супсидијарни и непосредни извор права* и као корективни фактор позитивном праву. Ради се о дуалитету позитивног (почесто неправедног) и природног права (праведног по себи), који се рјешава формулом трипартиције: узорно, супсидијарно и *корективно* дејство природног права у односу на позитивно.<sup>254</sup>

## О МОРАЛНОСТИ ПРАВА

Према једној познатој класификацији,<sup>255</sup> осам је захтјева унутрашње моралности права. Први захтјев је општост права, тј. да правила морају да постоје. Други захтјев је промулгација - правила треба да буду објављена. У том контексту *Fuler* истиче да је историја *Common Law* историја подударности између моралних и правних захтјева, те то умањује снагу примједбе да су правила *Common Law*, насупротив кодификацијама права, тешко приступачна.<sup>256</sup> Трећи је захтјев забрана ретроактивности закона. Како наводи *Fuler*, у Уставу *Nju Hampshire* из 1784. стоји: *“Ретроактивни закони су високо штетни, опресивни и неправедни. Ниједан такав закон, стога, неће се донијети, било за одлуку о грађанској парници, било за кажњавање прекршаја”* Четврти захтјев је јасност закона. Јасноћу закона условљава природа предмета који се законски уређује. Привидна јасноћа је штетнија неголи поштена неодређеност. И ово зависи од предмета. Осуђују се законске одредбе које захтијевају примјену стандарда „правично“ или „разумно“.<sup>257</sup> Пети захтјев је да се избјегавају контрадикције у законима. Противрјечност је супротна логици, закону идентитета. Шести је захтјев да се законом не смије захтијевати немогуће. Само могуће извршење законске чинидбе формира право као систем подвргавања људског понашања владавини права.<sup>258</sup> Седми принцип унутрашње моралности права је онај који захтијева да се закони не могу сувише често мијењати. То је легислативна нестабилност која је сродна са

---

<sup>252</sup> *Ibid.*, 116.

<sup>253</sup> *Ibid.*, 130.

<sup>254</sup> *Ibid.*, 203., 311-312.

<sup>255</sup> Lon L. Fuller, *Моралност права*, ЦИД, Подгорица, 1999.

<sup>256</sup> *Ibid.*, 52.

<sup>257</sup> *Ibid.*, 67.

<sup>258</sup> *Ibid.*, 79.

штетношћу ретроактивних закона.<sup>259</sup> Најзад, осми захтјев унутрашње моралности права јесте процес остварења правила, права на тужбу, на заступање, унакрсно испитивање, тумачење. Тумачење је нарочито битна функција примјене права од које се тражи да осмисли путеве како судије и други примјењивачи закона не примјењују законско право по своме хиру или чангризавој дословности, него у складу са принципима тумачења.<sup>260</sup> Правилност у тумачењу је пут у законитост као практичну вјештину.

У Етици Аристотел поставља питање да ли је лако поступати праведно са другима. Одговара аналогичном са медицином: *“Лака је ствар знати посљедице употребе меда, вина кукуријека, каутеризације и резања. Али знати како, за кога и када их треба примијенити као лијекове, није мањи потхват него бити љекар.”*<sup>261</sup> Парафразирајући, с аспекта правника, можемо примијетити: лако је знати да закони треба да буду јасно изложени као генерална правила која су по дејству проспективна и доступна сазнању сваког грађанина. Међутим, знати како, под којим околностима и у којој равнотежи, ове ствари треба постићи не представља мање него да се буде законодавац.

Моралност права и природно право? Тражи се одговор на питање: да ли принципи унутрашње моралности права представљају неку варијанту природног права? Одговор је недвосмислено ДА! Унутрашња моралност права је заправо процедурална верзија природног права - то је начин на који се систем управљања људског понашања мора конституисати и примјењивати.<sup>262</sup> Наводи се посебно критичко појмовно одређење „владавине права“, а овај појам је, према професору Fridmanу, ознака за постојање организоване власти која дјелује помоћу различитих средстава правног заповиједања. У овом смислу сва савремена друштва живе под владавином права, фашистичка, као и социјалистичка и либералне државе.<sup>263</sup>

Друштвена норма ће се сматрати правном ако њено невршење или кршење редовно прати, као пријетња или чињеница, примјена физичке силе од појединаца или групе која посједује друштвено признато право да тако ради.<sup>264</sup>

Етика научника и науке у први план ставља заједнички мисаони напор. Мада генијални људи могу извести научне подухвате и револуционарне потхвате и преврате, они су то у стању да ураде једино градећи на мислима, налазима и грешкама претходника и сарадника. Унутар научне заједнице слобода индивидуалног научника није једноставна могућност самопотврђивања, него је неопходно средство за ефикасно организовање општег трагања за научном истином. Позив научника има свој посебни етос, своју унутрашњу моралност.<sup>265</sup> Према Канту, „ми не смијемо очекивати добар устав зато

<sup>259</sup> Ibid., 81.

<sup>260</sup> Ibid., 83.

<sup>261</sup> Ibid., 95.

<sup>262</sup> Ibid., 97.

<sup>263</sup> Ibid., 108.

<sup>264</sup> Ibid., 109.

<sup>265</sup> Ibid., 121.



што су они који га стварају морални људи. Прије ће бити да због доброг устава можемо очекивати друштво састављено од моралних људи.<sup>266</sup>

Унутрашња моралност права захтијева да правила постоје, да су позната и да се поштују у пракси од оних који су задужени за њихову примјену.<sup>267</sup> У литератури правног позитивизма, како истиче Fuller, надугачко се испитују односи права и морала. Уобичајено се истиче да морална схватања могу да усмјеравају законодавство, да обезбиједи стандарде за критиковање постојећег права и да се могу узети у обзир приликом тумачења права. Бављење обратним утицајем, утицајем права на морал, много је незапаженије и своди се на запажање да дуговажећа, дуготрајајућа правна правила могу бити посматрана и схватана као морално исправна. Као примјер се наводи: болесна мајка има двије кћери, само је једна његује и пази; мајка не остави тестамент, а закон признаје свакој пола имовине мајчине. Пажљива и мајци одана кћи има „морално право“ на цијелу имовину иако закон ту имовину распоређује на два једнака дијела.

## МОРАЛНОСТ ПОЗИТИВНОГ (ОБЛИГАЦИОНОГ) ПРАВА

Морал је скуп норми које одређују човјеково понашање у друштву, према друштву као цјелини, према другим људима и према самој себи. На примјеру морализације облигационог права приказаћемо метод којим се служи позитивно право како би морално оснажило своје норме и упозориле адресате норми на потребу моралног понашања у правним односима. Позитивно облигационо право је добар примјер имплементације и партиципације моралних императива у корпус облигационих односа. Облигациони односи, утемељени на принципу аутономије воље и забрани проузроковања штете, моралне императиве уградили су у установу јавног поретка и добрих обичаја. Јавни поредак је скуп принципа на којима је заснована једна заједница и њена правна организација. Принципи се састоје од императивних прописа и моралних императива: јавни поредак има релативну вриједност, јер је промјенљивог садржаја те мора да стално задржава начело правне сигурности пред релативношћу јавног поретка тако што ће се врховни принципи дестиловати кроз конкретније правне установе и правила.<sup>268</sup> Преко унификације, кодификације, хармонизације и других метода савремене интернационализације права и јавни поредак савремених држава све се више унификује, јер се тако превазилази позитивно право као национално право, тако да не може бити више „острво“ националних властодржаца, већ се тежи да постане и постаје све више универзално, постојано, наднационално и праведно, па тако и морално.<sup>269</sup>

---

<sup>266</sup> Ibid., 153.

<sup>267</sup> Ibid., 158.

<sup>268</sup> Слободан Перовић, Беседе са Копаоника, 201.

<sup>269</sup> Ibid., 202.

Од најстаријих времена људи су стварали правила којима су уређивала најразноврснија људска понашања, настајала, често стихијски, да се овлада природом или друштвеним процесима. Временом су се правила људског понашања усталила, тако да су бројни обичаји временом прерасли у моралне норме, те постоји гледиште да се поријекло морала треба тражити у обичајима.<sup>270</sup> Подсјетићемо на појаву Општих узанси за промет робом из 1954. године, које су биле, по оцјени правних стручњака, добро кодификовани привредни обичаји, нарочито важни за куповину и продају робе, али су их привредни судови својевремено, због њиховог квалитета, примјењивали, у недостатку позитивних прописа облигационог права, и на друге правне послове.<sup>271</sup> Општа узанса број 3 „Начело поштења и савјесности. Поштење и савјесност је основно начело кога се странке морају придржавати у пословима промета робом. Странке се не могу позивати на неку од ових узанси, ако би њена примјена у датом случају произвела посљедице противне том начелу.“ Овим се посебно истакао значај добрих пословних обичаја и забрана странкама да послују супротно овима. Садржина добрих пословних обичаја може бити предмет утврђивања на суду. Наглашено је да је ово начело уједно основно начело нашег права и да се оно примјењује не само у промету робе већ и при закључивању и испуњавању свих уговора. Тиме је извршено признање морала као извора права<sup>272</sup>, односно врховног правног начела. Коментатори истичу да ће се одредбе уговора првенствено процјењивати на основу садржаја норми уговора и закона, али и на основу морала, сагласности уговореног понашања са добрим пословним обичајима, те су моралне норме допунски регулатив. Чак и правни посао који, у конкретном случају, тумачењем правних прописа, није ништав, може постати недозвољен и ништав ако би његово испуњење изазвало посљедице супротне начелу савјесности и поштења. Ни једна странка из сопствених неморалних поступака не може извлачити корист. Из ове одредбе Општих узанси о значењу начела савјесности и поштења судови су извели спектар моралних забрана и добрих пословних обичаја, као што су: забрана нелојалних поступака и захтијевање међусобног повјерења и сарадње учесника у промету, забрану уговарања каматне стопе преко 12%, док се то прописом не уреди. У уговорним односима права и обавезе странака морају бити узајамно условљени и еквивалентни. Тако, нпр., провизија за посредовање мора се кретати у границама које одговарају уложеном труду и учињеним трошковима, а ако је несразмјерна у односу на обављени посао, биће санкционисана ништавошћу. Слобода воље односно слобода уговарања јесте постулат, али се не смије користити преко граница уобичајених норми у пословању, те се неће поштовати и заштитити слободно изражена воља ако из такве произилази уговорна одредба противна начелу савјесности и поштења. Свака спекулација је противна добрим пословним обичајима, противна начелу савјесности

<sup>270</sup> mos, moris. лат. - обичај, нарав; етхос, грч. - обичај; етхикос, грч. - моралан

<sup>271</sup> Др Ратомир Кашанин и Тиосав Велимировић: Опште узансе за промет робом - са објашњењима и судском праксом, 1974., „Савремена администрација“, Београд, 3.

<sup>272</sup> Ibid., 9.

и поштења.<sup>273</sup> Из овог кратког подсећања видимо колики је висок степен морализације уговорног права постизан стваралачком примјеном Опште узансе број 3 Општих узанси за промет робом кроз добру праксу привредних судова. Тековине ове судске праксе уграђене су у Основна начела Закона о облигационим односима. Одредба члана 12. *Начело савјесности и поштења*, као једно од основних начела Закона о облигационим односима није наслиједило врховни значај у Закону о облигационим односима какав је имало у Општим узансама за промет робом, него је постало једно од начела Закона, односно позитивног облигационог права. Одредба члана 12. ЗОО. гласи: “У заснивању облигационих односа и заснивању права и обавеза из тих односа учесници су дужни придржавати се начела савјесности и поштења.” Паралелно с овим начелом, уведена су као посебна начела и посебне одредбе Закона: Начело слободе уговарања, односно аутономије воље, Забрана злоупотребе права, Начело једнаке вриједности давања, Забрана проузроковања штете, Уговорна одговорност, Начело пажљивог поступања у извршавању обавеза и остваривању права и др. Посебно је издвојено као начелна одредба: „Примјена добрих пословних обичаја“. Садржај гласи: “Учесници у облигационим односима дужни су у правном промету поступати у складу с добрим пословним обичајима. На облигационе односе се примјењују узансе ако су учесници у облигационим односима уговорили њихову примјену или ако из околности произилази да су њихову примјену хтјели.”

Како су моралне норме и добри пословни обичаји интегрисани у уставну јавног поретка најбоље се види из сентенце једне судске одлуке Врховног привредног суда, која гласи: “Ако је уговор у целини или поједине његове одредбе у супротности са принудним законским прописима или усвојеним начелима привредног права или јавним поретком и интересима привреде уопште, као и са добрим обичајима у привреди, онда такав уговор, односно такве уговорне одредбе не могу да произведу правне последице, односно не могу да уживају судску заштиту.”

Иначе, јавни поредак, добри обичаји и правила морала су границе слободе уговарања.<sup>274</sup> Како у својој монографији о забрањеним уговорима излаже професор Перовић, последице првих шест вјекова владавине формализма у римском праву јавља се појам „*mores*“ као владајући, општеприхваћени обичаји у приватном и јавном сектору античког града Рима. Повреда „*mores populi Romani*“ била је истовремено и повреда основа права, односно правних принципа. Чувар јавног морала био је тада цензор, који је путем јавног и званичног укора, једне репресивне мјере установљене од стране магистрата, спречавао повреде јавних обичаја, односно јавног морала.<sup>275</sup> Римски правници су различитим законским санкцијама проглашавали ништавим забрањене уговоре: *leges perfectae* су закони који су забрањене уговоре проглашавали ништавим, *leges minus quam perfectae* су актере забрањених уговора кажњавали, али не и

<sup>273</sup> Ibid 12

<sup>274</sup> Слободан Перовић: *Забрањени уговори - у имовинскоправним односима*, Београд, 1975.

<sup>275</sup> Ibid. 8.

поништавали, а *leges imperfecte* су забрањивали, али нису поништавали такве уговоре. Временом се све више учвршћивао појам „*boni mores*“ као граница слободе уговарања. Повреда „добрих обичаја“ није само напад на правне принципе већ и на принципе морала.<sup>276</sup> Мада римско право није познавало појам „јавни поредак“, он се латентно и тамо налазио с циљем да спријечи домашај индивидуалне воље преко граница утврђених основним принципима и установама друштвеног поретка.<sup>277</sup> Инкорпорација једне моралне норме у установу јавног поретка чије присуство тада лишава један уговор правних ефеката доводи до тога да повреда те норме више није праћена само јавном осудом и грижом савјести, већ и правном санкцијом израженом у ништавости уговора.<sup>278</sup> Кроз афирмацију појма јавног поретка, јављају се схватања да јавни поредак, као скуп правних прописа и императивних норми, треба раздвојити од добрих обичаја и моралних императива ради очувања правне сигурности. Тако се, према теорији забрањених уговора, забране разликују као забране уговора којима се вријеђа закон или општи правни принципи као и уговора који су супротни добрим обичајима и који се називају неморалним уговорима. Моралне норме, које санкционише „народна свијест“, када се нађу у оквирима појма јавног поретка, добијају снагу правне норме тако што је ништав уговор противан моралним нормама. Тешкоћа је то што се стварају услови за правну несигурност и арбитражност приликом оцјене ваљаности неког уговора.<sup>279</sup> Да би се постигла оба циља, и инкорпорација моралних императива у јавни поредак и правна сигурност, предложено је, и у Закону о облигационим односима усвојено, да се примјена јавног поретка у материји уговора концентрише у правила о забрањености предмета и каузе уговора. Забрањени и неморални мотиви чине саставни дио каузе код добротних уговора, док се код теретних уговора то начелно не узима у обзир, изузев ако је уговорник знао или могао знати за недозвољен мотив свога саговорника. То омогућава суду да завири у савјест уговарача и да еластичним методом процјењује дозвољеност и моралност уговора.<sup>280</sup> Тековине наше најбоље правне теорије и судске праксе уграђене су и у позитивно право, Законом о облигационим односима. „*Уговор који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима ништав је ако циљ повријеђеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује што друго.*“<sup>281</sup> Одредбом члана 103. став 4. ЗОО предвиђено је одржање уговора на снази ако је закључење уговора забрањено само једној страни, а одговараће само страна која је прекршила забрану. Чланом 104. став 1. предвиђена је реституција, а ставом 2. забрана реституције несавјесној страни или уступање реституисане вриједности јавном фискусу. Ставом 3. истог члана даје се упута суду да приликом одлучивања води рачуна о савјесности уговарача, о значају угроженог добра

<sup>276</sup> Ibid., 9.

<sup>277</sup> Ibid., 10.

<sup>278</sup> Ibid., 158.

<sup>279</sup> Ibid., 159.

<sup>280</sup> Ibid., 165.; Михаило Велимировић, Врлинизација облигационог права, Правна ријеч, Бања Лука, број 5/2005.

<sup>281</sup> Члан 103. став (1) Закона о облигационим односима.

или интереса, као и о моралним схватањима. Тиме се водило рачуна и о традиционалној максими *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.<sup>282</sup> Правне посљедице ништавих уговора обухватиле су у Закону о облигационим односима примјену правила *Nemo auditur*, правила реституције, одузимање предмета у корист трећег и накнаду штете.<sup>283</sup>

## ЗАКЉУЧАК

Морал је човјеково стечено својство. Човјек се не рађа као моралан човјек, као што се рађа са урођеним, природним правима која му се никако не могу одузети. Ако се насилно и одузимају, она се враћају стално изнова у истом облику и капацитету. Човјек је моралан или то није. Збир, мноштво, претежан број појединаца у једној друштвеној групи који се понашају морално чине морал групе. Али, по природи ствари, нема колективног морала, као што нема ни колективне кривице. Незамисливо је припаднике једне нације или религијске групе означити као моралне или неморалне уколико они слиједе своје моралне норме или моралне обичаје. Морал је однос појединца према добру, односно добрим обичајима. Придржавање од стране појединца моралних обичаја јесте његов морални став и морално понашање. Много је моралних престапа данас, али, по нашем мишљењу, најразорнији је корупција. Она доводи до хаоса цјелокупни међуљудски саобраћај и обесмишљава све људске напоре. Морални кодекси се припремају за све врсте професија, али се они несметано крше. Морални кодекс љекара, професора, судија и других часних професија је, заправо, списак добрих жеља и препорука. Питање је колико те добре збирке добрих обичаја утичу на сваког<sup>284</sup> припадника те професионалне заједнице понаособ. Кодекс судијске етике за судије у Босни и Херцеговини, усвојен од Високог судског и тужилачког савета и публикован у децембру 2005. године, садржи сљедеће етичке принципе: независност, непристраност, једнакост, интегритет и долично понашање и стручност и одговорност према послу. Ови принципи наведеног Кодекса судијске етике слиједе императив Закона XII таблица судијске независности прокламован на Једанаестом сусрету Копаоничке школе природног права, која је била посвећена теми „Право и стварност“, која је одржана 13-17. децембра 1997. године. Снага ових кодекса се повремено приближава моралном закону линча или одмазде, када се припадницима професије пресуди

---

<sup>282</sup> Слободан Перовић, *Забрањени уговори*, 231.; Др Богдан Лоза, *Уговори противни моралу - посљедице њиховог закључења и извршења*, Народна управа, број 7-8, Година XI, Сарајево, 1960.

<sup>283</sup> Члан 108. ЗОО: „Одговорност лица кривога за ништавост уговора“ („Уговарач који је крив за закључење ништавог уговора одговоран је своме сауговарачу за штету коју трпи због ништавости уговора, ако овај није знао или према околностима није морао знати за постојање узрока ништавости.“).

<sup>284</sup> Слободан Перовић, *Беседе са Копаоника.*, 177.

без суда и одстрaне се из професионалне заједнице, како се десило тројици професора Правног факултета у Сарајеву прошле године.

Копaоничка школа природног права дала је два запажена доприноса рјешавању дуалитета позитивног (често неправедног) и природног права (праведног по себи) успостављењем и образлагањем теорије трипартиције: *узорног, супсидијарног и корективног* дејства природног права у односу на позитивно право, на Деветој сесији Школе 1995. године и успостављањем моралне трипартиције развоја права, од првобитног, које је тражило одмазду - *учини зло*, преко средишњег вођеног принципом хришћанске етике - *не учини зло*, до права нашег времена надахнутог ауторитетом умног природног права, кодификованог у међународне документе стандарда људских права - *учини добро*.

Prof Dr Branko Morait  
Law Faculty of University of Banjaluka

## ON MORALITY OF CONTRACTUAL LAW

### Summary

Morality is an acquired characteristic of a person. One is not born as a moral person, as he is born with some innate, natural laws, that can never be taken away from him. If, however, they are forcefully taken away, they keep returning again and again, in the same form and capacity. A person is virtuous or he is not. Predominant number of individuals in one social group that behave morally make up the group's morals. However, in the essence of the matter, there is no such thing as a collective morality, just like there is no collective guilt. It is unthinkable to mark members of certain or religious group as moral and immoral, if all they are doing is obeying moral norms or codes. Morality is the way that a person treats goodness, that is, customs of goodness. Obeying these moral codes is what makes up his moral stance and moral behavior.

Др Бранко Мораит, редовни професор  
Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

## АУТОНОМИЈА ЛИЧНОСТИ *SINE QUA NON* ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА<sup>285</sup>

### Увод

Субјект права је прво правно лице.<sup>286</sup> Човјек је једино лице које по својој онтолошкој природи захтијева правно одређење, јер је самосвјесно лице, способно да се понаша према нормама, да својом свијешћу одређује своје понашање и да одговара за противправно (ненормално) понашање.<sup>287</sup> Пошто су људи једнаки, сви треба да буду и субјекти права.<sup>288</sup> Ограничења правног субјективитета, као изузетак од правила, резервисана су само за оне људе који су по природи неспособни за пуни субјективитет (нпр. незрелошћу или болешћу).<sup>289</sup> Бити субјект права, имати правну способност, као носилац права и обавеза и бити, поврх тога, способан заснивати права и обавезе у смислу пословне способности јесу формалноправне претпоставке резервисане за све људе.<sup>290</sup> Свако формалноправно ограничење правног субјективитета (аутономије личности) вријеђа достојанство човјека и његову онтолошку суштину. Познати су нам историјски примјери неоправданог, формалноправног, ограничавања правног субјективитета, односно аутономије личности, робова у робовласничком друштву или жена у појединим грађанским законима, односно старосједилачког индијанског становништва у САД.<sup>291</sup> Осим човјека, као бића природе, и правна лица су субјекти права.<sup>292</sup> Право подједнако признаје и штити „природне“, појединачне (физичка лица) и колективне, „вјештачке“ (правна лица) субјекте права обезбјеђујући им аутономију личности, односно слободу дјеловања, односно дјелања. То произилази из онтолошког бића човјека као стваралачког и слободног, а правно лице

---

<sup>285</sup> Наслов чланка заправо би требало да гласи: „Аутономија личности *sine qua non* грађанског законика и њени непријатељи“. (Објављен у часопису Правни живот, број 10, Београд 2015, Том II, стр. 287-307).

<sup>286</sup> Др Радомир Д. Лукић: Систем филозофије права, „Савремена администрација“, Београд, 1992., стр. 417.

<sup>287</sup> Ibid., 418.

<sup>288</sup> Ibid.

<sup>289</sup> Ibid.

<sup>290</sup> Ibid., 419.

<sup>291</sup> Ibid., 418 и 419.

<sup>292</sup> Ibid., 420.



формирају и чине људи у њему удружени и организовани.<sup>293</sup> Природа ствари одређује природу права.<sup>294</sup> Без аутономије личности нема аутономије воље. Изјава воље лежи у основи правног акта као акта воље, који или садржи правну норму или услов за примјену неке друге норме.<sup>295</sup> Међу формалним изворима права претежан значај имају закони, а од закона законици односно кодификације.<sup>296</sup> Акти друштвених организација које доносе саме своје акте и њима прописују норме о понашању својих чланова, мада, саме по себи, нису право у државноправном смислу, али могу добити подршку државног апарата принуде, тј. санкцију, и тада постају правне норме, општи правни акти аутономног права.<sup>297</sup> Актима аутономног права држава не намеће правила из свога хетерономног права, него допушта одређеним субјектима права да самостално уређују властито понашање или понашање својих чланова.<sup>298</sup> Природноправно схватање аутономног права њега не изводи из милости државе, него из легитимног права које је „урођено“ и „неотуђиво“, па га држава не може ни да „подари“, јер би тада ти субјекти изгубили своју аутономију.<sup>299</sup> Предмет и метод регулисања аутономних правних односа обухвата све друштвене односе у којима влада аутономија воље.<sup>300</sup>

Аутономија личности омогућава аутономију воље, да субјект права, својим слободним и свјесним изјавама, самостално формира своје правне обавезе, преузима обавезе и стиче права. Мада има „светачки“ ореол, аутономија личности и слобода воље нису без својих „непријатеља“, како јуче, тако и данас. Управо су хетерономни акти државе најчешћи „непријатељи“ пуне аутономије личности у праву. Због тога је данас и овдје најактуелније питање односа пројекта грађанске кодификације према аутономији личности, аутономији воље, приватној аутономији, слободи уговарања и слободи тестирања. Правни посао је правни акт, средство аутономије воље личности којим субјекти права слободно регулишу своје правне односе.<sup>301</sup> Аутономија воље ствара аутономне изворе права, а цјелина правних норми приватног права (грађанског, претежно имовинског права) представља оквир у којем субјекти права слободно, аутономно, дјелују и стварају. Ово из разлога што, по природи ствари, у приватноправним, грађанскоправним, односима опште, хетерономне, норме приватног права немају довољно одређене диспозиције, па их субјекти права морају довољно одредити правним пословима. У коликој мјери ће субјекти права бити аутономни, односно слободни, зависиће од

---

<sup>293</sup> Ibid.

<sup>294</sup> Ibid., 422.

<sup>295</sup> Радомир Д. Лукић, Будимир Д., Кошутинић, Драган М. Митровић, Увод у право, „Службени лист СРЈ“, Београд 1999., стр. 448.

<sup>296</sup> Ibid., 487.

<sup>297</sup> Ibid., 493.

<sup>298</sup> Ibid.

<sup>299</sup> Ibid., 494.

<sup>300</sup> Ibid., 485.

<sup>301</sup> Ibid., 515.

конкретних друштвених услова.<sup>302</sup> Конкретне друштвене услове у Републици Србији сада утврђују и омеђују кодификатори грађанског права.

Субјекти, у грађанском праву, стварају појединачне (диспозитивне) норме, ослањајући се на шире, овлашћујуће норме. То сликовито изражава одредба параграфа 13. СГЗ: „Воља и наредба човечија заступа закона, а закон накнађује вољу и наредбу човечију. Но у ономе што се тиче јавнога поретка и благодарења, не може се ништа изменити вољом ни уговором.“ Допунске диспозитивне норме су законски прописи или други извори права који само „заменењују човечију вољу“.<sup>303</sup>

### Терминолошка одређења

Израз „аутономија личности“ није уобичајен у досадашњој правној терминологији. Свима су много познатији изрази: „аутономија воље“ и „приватна аутономија“. На први поглед аутономија воље и аутономија личности упућују на психолошко поријекло.

Ми смо се определијели, прије неголи је професор Слободан Перовић изложио свој фундаментални уводни реферат на овогодишњој школи, да аутономију личности посматрамо као правни субјективитет, правну и пословну способност, па и деликтну способност лица у праву.

Према лексикографима,<sup>304</sup> аутономија (грч. закон) је самозаконодавство, самосталност; *фил.* покораване својим властитим законима (супр. хетерономија). Аутономан значи самоуправни, самосталан, слободан, који се управља и живи по својим сопственим законима. Према енциклопедистима,<sup>305</sup> у одредници „аутономија воље у имовинском праву“, то је једно од основних начела модерног грађанског права, по коме се вољом заснивају и регулишу грађанскоправни односи, док законодавац, осим када је неопходно, те односе не регулише прописима који обавезују појединце (*ius cogens*), а не онима који се примјењују ако саме странке другачије не уреде (*ius dispositivum*). У савременом праву, аутономија воље се јавља у доба либералног капитализма, као израз „слободе уговарања“ или „слободне иницијативе странака“ и афирмисана је у теорији грађанског права. Историјски посматрано, најширу афирмацију у нашем праву је освојио израз „аутономија воље“. Израз „приватна аутономија“ поједини аутори истичу као оперативнији за право, јер асоцира на приватно право и распрострањеност аутономије лица у приватном праву. Тако професор Оливер Антић истиче у својим излагањима: „*основ права је воља појединца, аутономна воља*“. Као битне елементе грађанског права, проф. Антић подразумејива слободу личности и слободу својине, а

<sup>302</sup> Ibid.

<sup>303</sup> Андрија Гамс, Увод у грађанско право – општи део, „Научна књига“, Београд, 1977., стр. 57.

<sup>304</sup> Милан Вујаклија: Лексикон страних речи и израза, Просвета, Београд, стр. 93.

<sup>305</sup> Правна енциклопедија, Савремена администрација, Београд, 1979, стр.64-65.

слобода својине подразумијева слободу уговарања и слободу завјештања.<sup>306</sup> Аутономију воље, исти аутор разумијева као могућност правних субјеката да стичу, мијењају или преносе своја субјективна права ако посједују имовину која је претпоставка за стицање и пренос права, али и гаранција за испуњење обавеза.<sup>307</sup> Аутономија воље полази од појединаца међусобно супротстављених интереса. Критика аутономије воље се развила у законодавству и пракси судских прецедената, у *Common Law* систему права. Аутономија воље је узмицала пред установом јавног поретка, ренесансом формализма, забраном злоупотребе права, забраном хватања нужног дијела, те је губила и своје име, тако да је почело више да се говори о „*начелу приватне аутономије*“.<sup>308</sup> Аутономија личности је друго име за слободу личности, јер је човјек као разумно биће уједно аутономно биће<sup>309</sup>. Основ права је воља аутономних личности било као основ друштвене, државне организације или као аутономна воља која формира субјективна права за аутономне личности. Ако се надовежемо на Варуфакисово размишљање о губитку вриједности, тј. добити као предуслову нестанка тржишног друштва, можемо га искористити за успостављање аналогije са мјестом и улогом аутономије воље у грађанском праву. Што се аутономија воље више повлачи пред надирањем својих „непријатеља“, то је мање права, а више регулације. Регулације која је данас у рукама еуробирографије. Због тога је одбрана аутономије воље, аутономије личности одбрана грађанског права, људског права, права које потиче из човјека да служи човјеку и човјечанству, а не само отуђеним центрима моћи.

Најзад, аутономија воље проистиче из значења аутономије као слободне воље, човјекове особине да господари својим поступцима, одлучује о избору алтернатива на основу рационалних сазнања и преузима одговорност за посљедице учињеног. Аутономија личности у грађанском праву означава могућност доношења правних одлука, односно правних аката унутар друштвене заједнице и правног поретка. Оквир аутономије личности у грађанском праву успоставља се грађанским закоником. Унутар тог оквира формира се персонална аутономија и одређује степен и домен слободе појединца у грађанскоправним односима. У оквирима своје аутономије, тј. слободе од државе, појединац може слободно и независно доносити одлуке од правног значаја и вршити избор својих правних радњи и поступака. Прихватљиво за правно значење аутономије јесте разумијевање аутономије као самозаконодавства, покоравање својим властитим правилима (супр. хетерономија).

<sup>306</sup> Оливер Антић, Облигационо право, „Службени гласник“, Београд, 2008., стр. 38.

<sup>307</sup> Ibid., 39.; Према Јанису Варуфакису, у књизи: „Овај свет може да буде бољи“, Креативни центар, 2015., Људско друштво је тржишно друштво без којег нема размјенске вриједности. Што се више производња роботизује, вриједност производа тежи нули, размјенска вриједност, цијене и добит предузећа се губи и нестаје темел тржишног друштва, добит.

<sup>308</sup> Ibid.

<sup>309</sup> Ibid., 38.

## Аутономија личности у Преднацрту грађанског законика Републике Србије

Традиционално, грађански законици су заштитници и промотори аутономије личности и аутономије воље. Може ли бити да сама грађанска кодификација сужава границе аутономије личности и аутономије воље? Може ли да ради сама против себе? Говорећи апстрактно, мислимо да се и то може. То никако не би било добро и природно да неко ради у корист своје штете или да је сам свој непријатељ, али да је и то могуће, не треба сумњати. То је могуће посебно данас с интензивирањем појаве хармонизације унутрашњег права са правном тековином ЕУ, и у тим процесима доминацијом регулације над правом.

Како указује професор Вотсон,<sup>310</sup> „систематизација савременог грађанског права која је заснована на Јустинијановима институцијама, у већој или мањој мјери, може да се нађе у свим савременим грађанским законцима који воде поријекло из римског права. Холандски грађански законик подијељен је на четири књиге: прва - лица; друга - ствари, укључујући и наслеђивање; трећа - облигације и четврта се бави доказивањем. Шпански грађански законик такође има четири књиге: прва - лица, друга - ствари, својина и друга стварна права, трећа - стицање својине и наслеђивање, а четврта - облигације. Тако излази да се прве три књиге Јустинијанових институција и најзначајнији грађански законици из XIX и XX вијека у суштини баве истим проблемима и да покривају ону област која се зове грађанско (приватно, имовинско) право.<sup>311</sup> Професор Вотсон указује и на то да се грађански законик у европским земљама увијек сматра основом права, док се на остале законе гледа као на секундарне по важности, због тога што грађански законик образује „повезани скуп правила који чини основну садржину правног система.“<sup>312</sup> По нашем скромном мишљењу, грађански законик чини органску и кохерентну цјелину, јер је заснован на идентичном предмету и методу уређивања друштвених односа. У темељима метода је аутономија воље и диспозитивност норми, а садржај је разврстан као у приказаном, по Вотсону, све до Преднацрта грађанског законика Републике Србије. Који су разлози да се одржава историјски континуитет у систематици грађанског кодекса, од Јустинијана до наших дана? Да ли савремени кодификатори имају више простора и нових института и могу ли корјенито одступити од Јустинијановог концепта?

Предмет и метод су основна питања за сваки кодификаторски подухват. Кодификаторски оптимизам једним дијелом потиче и из става да су, по својој природи, грађанскоправни односи, упркос међусобној разноликости, у суштини јединствени и могу се свести на заједнички називник тих односа у које субјекти тих односа свакодневно и вијековима ступају. Ради се, у принципу, о односима у које грађани ступају у приватном животу ради

<sup>310</sup> Алан Вотсон, Правни транспланти - приступ упоредном праву, друго издање, Београд, 2010., стр. 77.

<sup>311</sup> Ibid.

<sup>312</sup> Ibid., 79.

личног и породичног егзистирања у условима демократске и правне државе. То су односи размјене и потрошње који почивају на равноправности и слободи уређивања, њиховој имовинској природи и имовинској заштити. Сматра се да се, доношењем кодификације грађанских права, не ремети парцијално регулисање, али се спречава да поједини дијелови и институти не буду у супротности с генералним прописом, већ да морају бити усклађени поштујући начело законитости. Тиме би се постигла ефикаснија заштита грађанских права а тако и људских права.

Опредјељење да се законописци окрену неком страном узору, ма како заводљиво и практично изгледало, као што смо видјели из претходне историјске дигресије, није уродило плодом. Мада, на први поглед, изгледа једноставно окренути се неком великом кодификаторском дјелу, то не даје охрабрујуће резултате. Преписи, рецепције и разни транскрипти страних изворника обили су се о главу наших предака, а последице и презир осјећају се до данас. Оно што је по нашем мишљењу нужно јесте утврдити предмет и метод израде правних правила и њиховог претакања у правне норме, као и однос између предмета и метода. Другим ријечима, сви они правни односи који су подложни истом методу регулисања (равноправности страна, аутономији воље, преносивости права, имовинском карактеру права и имовинској санкцији) треба да нађу мјеста у грађанској кодификацији. Предмет мора да слиједи ове методске одреднице.

То значи да је неспорна стварноправна и облигационоправна књига. Ове двије књиге будућег грађанског законика могу се формирати око већ постојећих кодификација облигационог и стварног права.

Породично и насљедно право, као посебне књиге, јесу лично имовинска компонента грађанске кодификације и могу ући у свим оним дијеловима у будући кодекс који подлијежу нормама изведеним из наведеног метода грађанскоправног регулисања. Чини се да прагматични разлози условљавају компромис да се садашње законске форме уређивања породичних и насљедних односа у цјелини, тако рећи механички, унесу у будући кодекс. По нашем мишљењу, то није неопходно ако се жели очувати чистота метода и предмета регулисања. С друге стране, нису искључени посебни закони који уређују оне дијелове породичноправних и насљедноправних односа који нису подложни грађанскоправном методу регулисања. Тако, на примјер, тестаментарно располагање сигурно може да уђе као дио књиге о насљедном праву у грађански кодекс, али се поставља питање систематизовања законског насљедног режима. Исто се може поставити питање и за поједине дијелове породичног права. Све те дијелове требало би одвојити по демаркационој линији која дијели приватноправно од јавноправног, односно област приватне аутономије од јавноправних, императивних, когентних норми.

Како се односити према праву заштите потрошача? Уз све примједбе које је својевремено оправдано изрекао академик Слободан Перовић у погледу инкорпорације права потрошача у облигационо право<sup>313</sup>, ми бис-

<sup>313</sup> Слободан Перовић: Стручно мишљење о Нацрту закона о облигационим односима Републике Српске / Федерације БиХ, Српска правна мисао, 1-2/2002, стр.92-93.

мо, посебно, додали да сматрамо право потрошача дијелом јавног поретка, когентном нормом, фактором ограничавања слободе уговарања и страним тијелом у односу на принципе и правила уговорног права. То је тако када на ово гледамо као на принципијелно питање. Ако бисмо на ово питање гледали прагматично, могли бисмо се послужити једним великим страним узором, на примјер, модернизацијом Њемачког грађанског законика, који је право заштите потрошача, путем хармонизације директива ЕУ о заштити потрошача, уврстио у текст Њемачког грађанског законика.

Главну тешкоћу кодификаторима чини концепт општег дијела грађанског законика. Заговорници општег дијела истичу бројне разлоге који оправдавају његово нормирање. Концепт приватног права почива на основним принципима, као и на заједничком уређењу субјеката права, предмета и објеката поводом којих ти односи настају, њиховој садржини и заштити. Општи елементи грађанскоправних односа су субјекти права, правни послови, ствари, остваривање и заштита права. Обједињавање свих ових питања омогућило би оперативност система, јер су многа сада регулисана на различитим мјестима, у разним законима, уз многа понављања и преплитања, у различито вријеме и на различити начин. Појам физичког лица, из система норми породичног права, чини се неповезан за појам правног лица уређен разним законима, па се стиче погрешан утисак да се ради о различитим институтима, а не о једном јединственом. И наша правна теорија није се довољно посветила стварању појмова општег дијела да утврди опште елементе права који се односе на субјекте и објекте права, правне послове и правне радње, вршење и остваривање права. Уређење општег дијела грађанског законика имало би значај и као основа за усаглашавање домаћег права са правном тековином ЕУ<sup>314</sup>.

За нашу тему је од посебног значаја детектовање и упозоравање законодавца да на што мању мјеру смањи број тзв. законских изузетака, који настају сужавањем аутономије воље и њеним повлачењем пред хетерономним правилима, што се препознаје у:

- императивним нормама, обичајима и моралним нормама (нормама које сачињавају установу јавног поретка),
- ренесанси формализма, насупрот прокламованом консензуализму,
- посебним правилима тумачења уговора,
- дејству промијењених околности и
- употреби забране злоупотребе права.

Посебан значај у систему грађанског права данас се придаје личним правима. По нашем мишљењу, постоје два пута за дефинисање личних права: први је таксативним набрајањем, а други је навођењем њихових карактеристика. Преднацрт користи, односно комбинује први и други начин дефинисања личних права. У одредби члана 80. става 2. Преднацрта право

<sup>314</sup> Радмила Ковачевић Куштримовић и Мирослав Лазећ, Грађански законик Србије и право Европске уније, зборник радова Актуелна питања грађанске кодификације, Ниш, 2008, 29.



на достојанство личности одређено је као свеобухватно лично право које у себи садржи правно призната и заштићена лична права на живот, здравље и тјелесни интегритет, слободу, част и углед, име, лични идентитет, сопствену слику, тајност писама, глас, лични (приватни) живот, психички интегритет, као и друга права личности утврђена уставом, међународним конвенцијама и посебним законима. На овакав начин конституише се једна нормативна концепција права личности, а посебно „осталих права личности“, која се признају и штите ако су утврђена набројаним општим правним актима унутрашњег и међународног права. У одредби члана 81. Преднацрта дају се карактеристике права личности, од којих се издваја, по значају, њихова неotuђивост. Право личности се не може уступити *inter vivos* нити прећи *mortis causae* на наследице титулара права личности. Дата је и алтернатива овој одредби по којој су права личности урођена и неotuђива права. Ставом 2. истог члана Преднацрта прописано је да се нико не може одрећи права личности противно закону, јавном поретку или моралу. Ставом 3. истог члана Преднацрта прописује се да нико не може да отуђи или ограничи своју слободу, ако је то противно закону, јавном поретку или моралу.

Појам правног посла дефинисан је у одредби члана 95. Преднацрта: „*Правни посао је изјава воље која производи правна дејства.*“ Алтернатива је да се овоме дода нови члан, који је насловљен „*Пуноважност правног посла*“ и који би гласио: „*Правни посао је пуноважан ако је слободна воља пословно способног правног субјекта изражена ради остварења дозвољеног циља или интереса и ако су испуњени посебно прописани услови за пуноважност одређене врсте правног посла.*“ Преднацрт не разрађује посебно врсте правних послова.

Запаженије проширење аутономије личности налазимо и у Четвртој књизи Преднацрта (Насљеђивање), у којој се као основ насљеђивања уврштава и уговор о насљеђивању како би супружници могли отклонити опасност настанка бројних спорова између преживјелог супружника и осталих наследице.

У погледу аутономије личности у породичним односима, уређивање брачних односа није препуштено супружницима. То се види из одредбе члана 3. става 3. Преднацрта: „*Брак се закључује на основу слободног пристанка будућих супружника.*“ Дакле, они дају свој пристанак на статус који је прописао закон. Одредба члана 10. прописује слободу уређивања имовинских односа тако што се имовински односи у породици могу уређивати споразумно, у складу са овим законом. Брачни уговор је подробно регулисан. Способност за закључење брачног уговора не изједначава се са уговорном способношћу, јер будући малољетни супружник може закључити брачни уговор ако је добио судску дозволу за закључење брака прије пунољетства, а према алтернативи ове одредбе (члана 218. став 2. Преднацрта), то не може учинити ни малољетни супружник ни будући малољетни супружник. Брачним уговором се, између осталог, уговара искључење законског режима заједничке имовине у корист посебне имовине за све стечено у току трајања брака. Уговарање унапријед одређених дијелова у заједничкој имовини и



уговарање права избора (првенства права избора) код диобе заједничке имовине. Предвиђа се и могућност уговарања одложене заједничке имовине, што подразумева да супружници током брака стичу, управљају и располажу својом имовином самостално, а у случају престанка брака сваки појединачно пријављује имовину коју је унио у брак и коју је стекао у браку радом и на друге начине, те се тако утврђена имовина стечена радом дијели на два једнака дијела (члан 224. Преднацрта). Надаље, предвиђа се могућност уговарања брачним уговором универзалне (опште) имовинске заједнице, као удруживање целокупне или дијела посебне имовине супружника са заједничком имовином стеченом током трајања брака, а диоба се врши у случају престанка брака на начин предвиђен брачним уговором (члан 225. Преднацрта). Брачним уговором супружници могу слободно уговорати начин сношења породичних трошкова (члан 226. Преднацрта). Међутим, забрањене су клаузуле брачног уговора којима би супружници уређивали личне односе, одрицали се права на издржавање, одређивали начин издржавања и располагања стамбеним простором супротно најбољем интересу дјетета (чл. 227. и 228. Преднацрта). Један од модалитета супружанских уговора је и уговор о управљању и располагању заједничком имовином (члан 230. Преднацрта). У односу на ванбрачне партнере, на њихове имовинске односе сходно ће се примјењивати одредбе о имовинским односима супружника (члан 231. став 2. Преднацрта). Имовински односи шире породичне заједнице могу се на другачији начин уговорити у односу на законску претпоставку да је то заједничка имовина (члана 239. у вези с чланом 235. Преднацрта).

### Аутономија воље и слобода уговарања

У другој књизи Преднацрта грађанског законика Републике Србије<sup>315</sup> налазимо Основна начела облигационих односа (облигација) и одредбу члана 4 (члан 10. ЗОО) *Слобода уговарања*: „Стране уговорнице су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и морала, да своје односе уреде по својој вољи. Уговор обавезује стране уговорнице као закон.“ Ову одредбу допуњује одредба члана 14 (члан 20. ЗОО): *Диспозитивни карактер одредаба закона*: „Стране могу своје облигационе односе да уреде друкчије него што је овим законом одређено, ако из поједине одредбе овог законика или из њеног смисла не произлази што друго.“

Ако се осврнемо на материју закључивања уговора, као основне опције слободе уговарања (аутономије воље у облигационим уговорима), тада се у Преднацрту, као ограничење аутономије, јавља „*обавезно закључивање*“ и „*обавезна садржина уговора*“ (чл. 20-27. ЗОО). У одредби члана 20. (члан 27. ЗОО) прописани су обавезно закључивање и обавезна садржина уговора. Став 1. ове одредбе предлаже правило: „Ако је неко по закону обавезан да закључи уговор, заинтересовано лице може захтевати да се такав уговор без одлагања закључи.“ У напомени испод овог члана, на стр. 16. Друге

<sup>315</sup> Облигациони односи, Београд, 2009. године.

књиге Преднацрта, редактори указују да санкција за непоштовање законске обавезе да се обавезно закључи одређени уговор постоји у одредби члана 183. ЗОО у виду обавезе на накнаду штете тиме изазване. Даље се, у истој напомени редактора Преднацрта, излаже да би се, као алтернативна могућност санкционисања могла предвидјети и судска интервенција у виду судске одлуке која би супституисала незакључени уговор. И, у посљедњој реченици поменуте напомене, редактори указују на законски резон по којем би таква могућност доношења судске одлуке која замјењује уговор била пожељна када неки субјект са монополистичким положајем на тржишту не поштује законску обавезу закључења одређеног уговора чије је закључивање законска обавеза једног од субјеката.

### **Обавезивање на закључење уговора као мјера заштите права конкуренције**

Како смо раније споменули „непријатеље“ аутономије воље, који се јављају у законодавству и судској пракси, навешћемо један примјер из искуства примјене прописа о праву конкуренције. Ради се о случају када законом није било прописано обавезно закључење уговора, али је таква обавеза била предузета од пословног субјекта који има доминантан положај на тржишту па је, под дејством околности, од закључења уговора са другим пословним субјектом одустао. Други пословни субјект је исходно судску одлуку по чијој је изреци била за њега стипулисана обавеза на закључење уговора. По нашем мишљењу, Суд је широким тумачењем оправдао своје поступање *contra legem*, позвавши се на одредбе посебног закона према којем орган за заштиту конкуренције може изрећи мјеру обавезног закључења уговора ако се може позвати на пресуду Европског суда или одлуку органа ЕУ који такву мјеру намећу некој страни уговорници ради заштите конкуренције.

Подсјетићемо, допунска диспозитивна норма су законски прописи или други извори права који само „замењују човечију вољу“<sup>316</sup>. Према традиционалном схватању, владајућем у нашем праву, међу друге изворе права не улази судска пракса или судска одлука, а сигурно ни управни акт.

Ограничење начела аутономије воље у Преднацрту прописује и одредба члана 34. *Укрштање понуда*, по којој: „У случају укрштених понуда које се разликују у томе што једна страна тражи мању накнаду за своју обавезу, а друга јој нуди више, уговор је закључен за средњи износ.“ То није воља уговарача, она је модификована, јер законодавац прокламује *favor contractus*.

Одредбе о предуговору (чл. 40-45. ЗОО) садрже Алтернативу, која замјењује став 5. и која гласи: „Али, ако су у предуговору одређени битни услови за закључење главног уговора, суд ће, на захтјев заинтересоване стране, осудити другу страну која одбија да приступи закључењу главног уговора / подвукао аутор/ да то уради у року који ће јој одредити, послје чијег исте-

<sup>316</sup> Наведено према: проф. др Андрија Гамс, о. с.

ка ће се пресуда сматрати као закључење главног уговора. “ Ово је примјер сламања слободне воље из законских разлога, супротстављањем начела аутономије воље и начела забране злоупотребе права. Који од ова два принципа треба да превагне у материји закључења уговора?

### Обавезна форма уговора

Одредба члана 67. Преднацрта, *Форма уговора о промету непокретности*, предвиђа за уговор о промету некретнина писмену форму и њену овјеру. У Алтернативи уз овај члан предлаже се став 2, који гласи: „*Уговор о промету непокретности пуноважан је иако није овјерен.*“ Ово је потпуни тријумф аутономије воље на једном осјетљивом терену и представља досљедну афирмацију одредбе члана 64. (члан 67. ЗОО), који проглашава принцип неформалности уговора, по коме, „*закључење уговора не подлијеже никаквој форми, осим ако је законом друкчије одређено.*“

Овдје бисмо се задржали на још једном реформаторском постигнућу, завођењу нотаријата, тог једино овлашћеног састављача јавних исправа у материји уговора и аката привредних друштава. Пројекат је тежио ограничавању аутономије воље, како хетерономних законодаваца, тако и аутономних законодаваца, свагдје тамо гдје је то Законом о нотарима, а убудуће и материјалним прописима предвиђено, јер се закључивање одређених правних послова повјерило искључиво нотарима (јавним биљежницима), што би се могло назвати „нотарски монопол“. У законима о нотарима у Босни и Херцеговини<sup>317</sup> прописана је обавеза нотарске обраде исправе за правне послове<sup>318</sup>. Од доношења и почетка примјене закона о нотарима у БиХ сви правни послови, набројани у наведеним одредбама, биће ништави ако нису поштовани прописи о форми нотарски обрађене исправе, односно нотарске овјере исправе<sup>319</sup>. Коментатори закона о нотарима у БиХ, под сврхом и смислом увођења „латинског нотаријата“, наводе као разлог томе успостављање правне државе у централну област као што је право привредних друштава и промет некретнина, јер се нотарском формом обезбјеђује тачност новоуведених трговачких регистара и земљишних књига у транзиционим државама<sup>320</sup>. Одредбом члана 4. Закона о нотарима утврђена је доказна снага нотарских исправа као јавних исправа. Дозвољено је доказивати да је изјава нетачно нотарски обрађена, односно да су посвједочене чињенице нетачне. Као правни послови за које је обавезна нотарска обрада исправе наводе се:

<sup>317</sup> Закон о нотарима ФБиХ, „Службене новине ФБиХ“, број 45/02; Закон о нотарима Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, 86/05; Закон о нотарима Брчко Дистрикта БиХ, „Службени гласник Брчко Дистрикта“, 09/03.

<sup>318</sup> Члан 73. ЗН ФБиХ; члан 68. ЗНРС; члан 47. ЗНБД.

<sup>319</sup> Мелиха Повлакић и др., Коментар закона о нотарима у БиХ, Сарајево 2009., стр.11.

<sup>320</sup> Ibid., 12.

- правни послови о регулисању имовинских односа брачних и ванбрачних партнера,
- о располагању имовином малољетника и пословно неспособних лица,
- правни послови бестеретног располагања,
- правни послови преноса или стицања власништва или других стварних права на некретнинама,
- правни послови за које је обавеза нотарске обраде предвиђена у другим законима,
- правни послови за које странке захтијевају обавезну нотарску обраду исправе.

За закључивање уговора увијек је била потребна пословна способност. Асистенцију код закључивања уговорима странкама су пружали адвокати. Адвокатима је Законом о адвокатури у опис послова спадало, између осталог, и састављање исправа (уговора, тестаментa и др.).<sup>321</sup> Као још један од разлога што је адвокатима, из описа послова, изузето састављање исправа и повјерено искључиво нотарима, јесте аргумент по којем је нотар неутралан савјетник свих учесника у нотарској обради исправе, док адвокат увијек дјелује као заступник интереса само једне, своје странке.<sup>322</sup> Најзад, као још један разлог завођења нотаријата у БиХ наводи се да је то важан корак за будућу интеграцију у ЕУ, јер за све перспективне државе потенцијалне кандидате важно је да своје правне системе хармонизују са европским правом, односно европском правном стечевином<sup>323</sup>.

### Једнострано раскидање уговора као мјера заштите потрошача

Како смо у излагању већ навели неке примјере „непријатеља“ аутономије воље из законодавне и судске праксе, споменућемо и појаву некритичког и апологетског заговарања хармонизације домаћег права са правном тековином ЕУ, посебно са директивама ЕУ. Јавља се нека врста императивног задатка за домаћу теорију и праксу да се директиве што брже „имплементирају“, да се „препишу“ у домаће законодавство, чиме се ствара један хибридни систем, а имплементација се своди на грубу трансплантацију без осјећаја да ли домаћи „организам“ може поднијети „страно тијело“ или ће га „имунолошким реакцијама“ одбацити. Код таквог стања ствари воља домаћег законодавца, као материјални извор права, потчињава се вољи међународног регулатора, безусловно и беспоговорно, јер се, по схватањима промотора и заговорника хармонизације и имплементације, домаћи законодавац ништа и не пита, него се само дословним преписивањем директиве постижу циљ, хармонизација и потпуна имплементација регулације регулатора.

<sup>321</sup> Члан 3. тачка 3. Закона о адвокатури Републике Српске, „Службени гласник РС“, 37/02.

<sup>322</sup> Мелиха Повлакић и др., о. с. стр. 14.

<sup>323</sup> Ibid., 16.

Да се подсетимо, одредбе члана 1154. Code civila: „Уговори, прописно склопљени, важе као закони према онима који су их закључили. Они се могу раскинути само узајамним пристанком или из законом предвиђених разлога.“<sup>324</sup>

И овдје ћемо истаћи примјер законодавства о заштити потрошача, које задире у грађанскоправне облигационе односе стављајући под посебну заштиту грађане, физичка лица која се нађу у улози потрошача. То умногоме мијења, па чак и деформише, поједине институте облигационог права, као што је нпр. институт *pacta sunt servanda*<sup>325</sup>. Др. sc. Анита Петровић се у апстрактно наведеном чланку изјашњава за одржавање и испуњење закљученог уговора вољом странака. У том смислу не губи значај римско правило *pacta sunt servanda*. Међутим, истиче ауторица, када је ријеч о одређеним врстама потрошачких уговора, ово начело губи на свом суверенитету, јер, како она указује, потрошачки уговори улазе у групу правних послова код којих је приватна аутономија странака условљена низом ограничења, због неједнаке економске, финансијске, тржишне, стручне и психолошке снаге уговорних страна. Другим ријечима, ауторица се изјашњава да начело *pacta sunt servanda* и начело приватне аутономије морају да уступку како би ријешили проблем претпостављене нарушене равноправности странака, а које нису више само уговорне стране или повјерилац и дужник него потрошач и предузетник, које су економске а не правне категорије. Ауторица даље излаже, као специфично обилежје права заштите потрошача, право на одустанак од уговора, које се, од стране једне уговорне стране, потрошача, може реализовати безразложно, безусловно, у одређеном року и без икаквих последица по уговорну страну која одустаје од уговора, јер је потрошач. Ауторица истиче да је овакво правило или изузетак од правила „изворно европски производ“ садржан у одређеним директивама *consumer aquisa*, који је постао правни трансплантат у национална законодавства и који, наводно, отклања неправична дејства досљедне примјене принципа *pacta sunt servanda*. Међутим, упркос тачности анализе на коју смо указали, у наредним редовима наведеног рада ауторица коперникански коначно закључује да: „...иако се на први поглед чини да је овим инструментом и минимално повјерење супротне стране у уговор изгубљено, уговорна дисциплина трајно и неповратно нарушена ипак модификација класичног начела у корист потрошача („*pacta non sunt servanda*“) омогућава боље поштивање свих осталих принципа уговорног права.“ Овакав закључак нас уводи, као Алису у земљу чуда, у потрошачко право, а у тој „земљи чуда“ је све могуће и све оправдано, па када се уруше принципи и аутономија и повјерење у уговор и *pacta sunt servanda*, то ће, тобоже, омогућити боље поштивање свих осталих принципа уговорног права уз почетак слављења нове догме, „*pacta non sunt servanda*“. Ми овдје не чинимо замјерке ауторици наведеног чланка која је искрено изло-

<sup>324</sup> Наведено према: Андрија Гамс, о. с., стр. 58.

<sup>325</sup> Види код: др. sc. Анита Петровић, доц., Правни факултет у Тузли, Класично начело с аспекта заштите потрошача „*pacta sunt servanda*“, Зборник радова, Тринаесто међународно савјетовање Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, Неум, 12,13. и 14. липња/јуна 2015. Мостар, 2015., стр. 354-370.

жила оно што је видјела и покушала то да рационализује. То никако није усамљен примјер како се иде у сусрет глобалним промјенама које захватају и домаће правне системе. Како је незграпно имплементирано, тако се мора и интерпретирати. Право је питање: да ли се то морало имплементирати? Овдје се ради о проблематици која залази у питање морала и доброг пословања, добрих пословних обичаја или узанси. На том плану је, можда, било могуће изгладити однос између агресивног трговца и неопрезног потрошача. Ауторица правилно истиче да основна начела уговорног права налазе примјену за све врсте уговора без обзира на правни статус уговорних страна. Али, та општа начела не важе за потрошачке уговоре, јер су одступања од општих начела нужна из разлога заштите слабије стране, и закључује: *“У пракси потпуна једнакост уговорних страна и апсолутна слобода уговарања готово да и не постоје.*“<sup>326</sup> Ауторица наводи иностране писце по којима излази да многи аутори заступају становиште да је прошло стољеће обиљежила *„озакоњена ерозија аутономије странака“*<sup>327</sup>. Као оправдање нуди нам се сазнање да појам одустанка не познаје Закон о облигационим односима, али да је ступањем на снагу Закона о заштити потрошача БиХ успостављен посебан уговорни режим те да, поред облигационих и трговачких уговора, сада постоји и трећа категорија, потрошачки уговори<sup>328</sup>. Утјешно нам се нуди и да *„право на одустанак“* није опште правило ни за све потрошачке уговоре, него само за уговоре склопљене изван пословних просторија трговца, уговоре на даљину, уговоре о потрошачким финансијским услугама, *timeshere* уговоре, уговоре о потрошачком кредиту и уговоре о животном осигурању<sup>329</sup>. Најзад, дужина трајања рока за одустанак је потпуно хармонизована и износи 14 календарских дана за све потрошачке уговоре<sup>330</sup>.

Да су наша запажања о редуковању аутономије воље домаћег законодавца, као материјалног извора права, у интеракцији са правом директива ЕУ, говори и исказ из наведеног чланка, како је *„излишно говорити о томе да се Закон о заштити потрошача БиХ темељи на неважећим директивама и да је крајње вријеме приступити његовој редактури, на самим тим и право на одустанак подлијеже бројним критикама“*<sup>331</sup>. Значи да се домаће законодавство усклади са важећим директивама, а када оне постану *„неважећи документи“*, приступићемо новом усклађивању и тако ћемо стварати *„своје“* право изводећи га, односно преводећи из важећих директива. Утјешно је да о овој необичној и забрињавајућој појави дискусију отварају и млађи научни посленици, који стасавају уз неуобичајен начин стварања права из директива. Такав поступак не може се упоредити са стварањем права путем *„правних трансплантата“*, како их Вотсон описује, него се ради о диктату једне наддржавне организације чија се регулаторна рјешења (која се претенциозно називају *„правним“*) не преузимају аутономним одлукама и промишљеним

<sup>326</sup> Ibid., 354.

<sup>327</sup> Ibid., 355.

<sup>328</sup> Ibid., 360.

<sup>329</sup> Ibid., 361.

<sup>330</sup> Ibid., 367.

<sup>331</sup> Ibid., 368.



опредјелјењима и вољним одлукама домаћег законодавца, него се просто имплементирају ради хармонизације домаћег права са правном тековином ЕУ. У крајњој линији ради се о сламању аутономије воље домаћег законодавца у свим правним подручјима које дотиче право ЕУ.

### **Аутономија личности и грађанскоправна одговорност, нови уговори и својина**

Аутономија личности је основа и грађанскоправне одговорности. Однос према себи и другоме је слободан избор. Чувати другога од себе одлика је чојства. И када субјекти формирају уговорни облигациони однос, улазе у њега да би постигли циљ, коначно извршили преузете обавезе. И у друштвеном саобраћају свако на себе преузима обавезу да другоме не шкоди. Отуда начело аутономије воље покрива цјелокупно грађанско право и проузроковање штете као извор облигације, те се не може ограничити на примјену само у домену уговорних облигација. Деликтне радње су антипод правних послова.

По обиму уношења тзв. нових уговора, односно уговора аутономног привредног права, у Преднацрт је ушао мањи број уговора афирмисаних у пословној пракси и претресаних у правној теорији, као што су: уговор о финансијском лизингу, уговор о дистрибуцији, уговор о франшизингу. Одраније су познати уговори о сарадњи у пољопривреди и уговори о банкарским пословима.

Својинска права су еманација приватне аутономије. У Преднацрту је својина окарактерисана као људско право чије је вршење у начелу неометано (члан 1695), али су дата и уобичајена ограничења по којима својина обавезује (члан 1698), забрана злоупотребе права својине (члан 1699), обавеза да се ствар употребљава (члан 1700), простирање права својине (члан 1701), привремена употреба туђе ствари (1702) и ограничења на основу правног посла (члан 1703). Сопственик се по основу правног посла може обавезати да одређену ствар не отуђи или је оптерети, али не дуже од десет година.

### **Закључак**

Настојали смо у најкраћим цртама испитати важење начела аутономије личности у грађанском облигационом праву. Аутономију личности смо схватили као обим овлашћења која објективно право допушта лицима у грађанском праву, физичким и правним, да самостално одлучују о својим грађанским правима и правно заштићеним интересима и да им нико изван њихове аутономије не намеће одлуке. У овом раду смо истакли само оне изразите ситуације и примјере када аутономија личности дјелује и када је угрожена, с посебним освртом на закључење уговора. Потпуна аутономија личности у



грађанском праву је немогућа мисија. То произилази из природе ствари, јер се ради о друштвеном животу у којем не може свака јединка да прописује сопствена правила понашања и да се по њима понаша не водећи рачуна о другим јединкама. Воља једног уговарача ограничена је и условљена вољом другог уговарача. Осим тога, за рачун свих јединки дјелује установа јавног поретка, у коју улази и будући Грађански законик Републике Србије.

Повратак Србије Грађанском закону, по узору на стање из 1844. године, по нашем мишљењу, није потпуни заокрет у односу на затечену систематику материје грађанскоправних прописа, који су се развијали посљедњих педесетак година у окружењу социјалистичких друштвених односа. Упркос томе што редактори Преднацрта истичу да рад на изради Грађанског законика не треба свести само на просту рецепцију постојећих посебних закона у овој области и њихово техничко уобличавање у смислу Кодекса,<sup>332</sup> чини се да организовање садржаја није претрпјело нужне измјене и редукције у смислу заокруживања оних законских рјешења која, по природи ствари, треба да извиру из начела аутономије личности. То се посебно уочава у садржају Треће књиге Преднацрта - Породични односи, којом је обухваћено и управноправно рјешавање код старатељства и усвојења као и процесноправна правила која су јавноправне природе. Ова примједба се дјелимично односи и на Четврту књигу Преднацрта - Насљеђивање, јер се у њој доминантно уређује законско насљеђивање, што потискује у други план аутономију личности и тестаментарно насљеђивање. Чини се да је ово посљедица ослањања на непосредну традицију организовања правног система прокламованог познатим чланком професора Јована Ђорђевића о систему права из педесетих година прошлог вијека. Надаље, позната је и судбина рада на припремању пројекта Цивилног кодекса, као посљедњег покушаја да Југославија добије грађански кодекс, што у оновременој идеолошко-политичкој ситуацији није било оствариво, него је развој афирмисао систематику посебних грана права. Неспорно је да су правила грађанског судског поступка уско везана за материјална правила грађанског права,<sup>333</sup> али то не значи да правила процесног права, макар и фрагментарно, треба да се уврсте у Грађански законик. Можда су таква настојања прагматично мотивисана, али немају научног, односно методолошког оправдања. Није спорно да такви приступи постоје у упоредном праву, те би, по њима, могла да се Кодексу дода и шеста књига - Грађанско процесно право.

Пред Преднацртом, којем желимо успјешно скорашње кодификовање, стоји задатак да успостави најоптималније појављивање „законодавних изузетака“ који сужавају природно стање аутономије личности у грађанскоправним односима, као *sine qua non* принципа грађанског права.

<sup>332</sup> Уводне напомене уз Трећу књигу Преднацрта, стр. 4.

<sup>333</sup> Предговор Четврте књиге - Насљеђивање, стр. 17.

Dr Branko Morait,  
full professor, Law School Banja Luka University

## **AUTONOMY PERSONALITY SINE QUA NON CIVIL CODE**

### **Summary**

The article presents a terminological meaning of personal autonomy. Autonomy personality is defined as the freedom of creating legal norms and legal relations of the subjects of civil law. Autonomy of the will is limited by public policy, certain legal norms and individual judgments. Pre-draft of the Civil Code of the Republic of Serbia is a historical opportunity for the reaffirmation of private autonomy in a civil law system.

Др Бранко Мораит, редовни професор  
Правног факултета Универзитета у Бањој Луци  
и судија Суда Босне и Херцеговине

## АКТУЕЛНОСТИ ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ПРАВА НА СЛОБОДУ И ОСТАЛИХ ПРАВА ЛИЧНОСТИ<sup>334</sup>

### Сажетак

Конституционалне предиспозиције условиле су правни развој постдејтонске Босне и Херцеговине. Модернизација и хармонизација грађанског законодавства брзо је напредовала и нагло стала због смањења међународне помоћи. Унутрашња хармонизација се слабије афирмише од хармонизације домаћег права са правном тековином ЕУ. У актуелном тренутку уједначавање судске праксе у грађанскоправним стварима указује се као нужан предуслов владавине права.

### Кључне ријечи

Право на слободу, права личности, нематеријална штета, уједначавање судске праксе

### Увод

У чланку се обрађују актуелна питања остваривања права на накнаду нематеријалне штете. Накнада нематеријалне штете у новчаном облику заокупља непрестану пажњу и правне теорије и судске праксе. Упркос једнодушности у одобравању идеје новчане накнаде нематеријалне штете, као основном виду сатисфакције за претрпљене повреде личних добара, реализација те идеје непрестано наилази на контроверзе, мањим дијелом у правној теорији, а већим дијелом у судској пракси. Одређене модификације срећу се и кроз развој упоредног облигационог права у региону, мада се не може рећи да битније утичу на основну идеју, неподијелене подршке правичној новчаној накнади нематеријалне штете. Практика Уставног суда Босне и Херцеговине, као и Европског суда за људска права, додатно усложњава ову проблематику и утиче на корекције у законодавству *de lege ferenda* и на текућу

<sup>334</sup> Објављено у Зборнику радова Тринаесто међународно савјетовање Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, Неум 12, 13. и 14. липња/јуна 2015. године, Мостар 2015., стр. 62-83.

судску праксу. У Босни и Херцеговини је нарочито изражен правосудни партикуларизам, те се и на овом плану чине напори ка уједначавању ставова судске праксе, између осталих питања у овој проблематици.

## **1. Накнада нематеријалне штете због неоправдане осуде и неоснованог лишења слободе**

### **1.1. Поступак остваривања права на накнаду штете**

Поступак остваривања права на накнаду штете у случају неоправдане осуде и неоснованог лишења слободе садржан је у одредбама члана 433. став 2. и члана 434. Закона о кривичном поступку БиХ.

Поступак има двије фазе:

- у првој се жели постићи споразумно рјешење захтјева,
- друга се покреће тужбом суду ради доношења пресуде о накнади штете.

### **1.2. Споразумијевање о одштетном захтјеву**

Прије подношења тужбе Суду, оштећени је обавезан да се са својим захтјевом обрати надлежном министарству Босне и Херцеговине ради постизања споразума о постојању штете, врсти и висини накнаде. Овај поступак би се могао назвати претходним поступком, чији је циљ да се поравнањем<sup>335</sup> предухитрити судски спор и са што мање трошкова оствари споразум о постојању штете, њеној врсти и висини. Предмет поравнања првенствено је утврђивање основа штете. Штета постоји ако се утврде услови одговорности за штету, тј. да је оштећени лице неоправдано осуђено или неосновано лишено слободе које је претрпјело материјалну или нематеријалну штету у одређеним износима. Другим ријечима, поравнање о постојању штете, њеној врсти и висини је поравнање о облигационоправном односу који постоји, јер уколико облигација не би постојала, поравнање би било ништаво у смислу одредбе члана 1097. Закона о облигационим односима.

У овој материји морају се ријешити два питања: једно је питање процесноправних прописа потребних за постизање овог споразума, а друго је питање да ли је поступак споразумијевања неопходан услов за очување права на тужбу. Споразуми, односно уговори, према одредбама материјалног права и по својој правној природи, међу које улази и споразум о поравнању, нису подложни посебним процесним правилима. У постојећој регулативи законодавац је повјерио улогу преговарача и саговорача Министарству правде

<sup>335</sup> Чл. 1089-1098. 300.

БиХ. Морамо одмах овдје примијетити да је, по нашем мишљењу, за ову улогу примјеренија надлежност Правобранилаштва БиХ, које је законски заступник државе у имовинскоправним односима. Одредбама члана 434. став 1. Закона о кривичном поступку БиХ поступак споразумијевања оштећеног и државе своди се на усвајање или одбијање захтјева оштећеног, доношењем одлуке надлежног министарства правде БиХ у року од три мјесеца од дана подношења захтјева. Одатле се изводи закључак да у овој уговорној материји надлежност припада органу управе и да се поводом тога води скраћени управни поступак, који се завршава рјешењем којим се одлучује о прихватању захтјева у цијелости или дјелимично. Диспозитив таквог рјешења мора садржавати све елементе извршне исправе, тј. врсту штете, висину, рокове и начин исплате. Министарство правде БиХ може да одбије захтјев или да о њему не одлучи у року од три мјесеца. Овај рок за споразумијевање доводи до прекида трогодишњег застарног рока из одредбе члана 388. Закона о облигационим односима. Протек тромјесечног рока, без доношења рјешења, отвара могућност подношења тужбе Суду у погледу цијелог неприхваћеног захтјева или у погледу дијела захтјева који није прихваћен од надлежног министарства.<sup>336</sup>

Друго је питање да ли је поступак споразумијевања са државним министарством услов за очување права на тужбу и да ли тужбени захтјев може бити различит од неусвојеног или дјелимично усвојеног захтјева за споразумно рјешење потраживања накнаде штете. Судска пракса у Републици Хрватској на ово питање одговара тако да подношење одштетног захтјева ван спора није позитивна процесна претпоставка због које би Суд одбацио тужбу ако је тужилац такав захтјев пропустио поднијети.<sup>337</sup> Супротно се изјашњавају коментатори ЗКПБиХ, који сматрају да је поступак споразумијевања и обраћања Министарству правде БиХ обавезан, а да у противном, у поступку припремања главне расправе, приликом претходног испитивања тужбе, Суд треба одбацити тужбу за накнаду штете, јер претходно није спроведен управни поступак у складу са законом.<sup>338</sup> По нашем мишљењу, став коментатора ЗКПБиХ је претјерано строг, јер се, у овом поступку, не ради о управном поступку, него о поступку споразумијевања, што би било јасније када би на страни државе учествовало Правобранилаштво БиХ. Инсистирање на томе да се, због неподношења захтјева за споразумијевање оштећеном ускраћује право на тужбу супротно је одредбама Устава БиХ и Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, јер лишава грађане права на судску заштиту и права на правично суђење, те би овакво тумачење, до измјене законских одредби кроз судску праксу, требало занемарити.

Поред тога, поставља се и питање, везано за однос између предмета и садржаја постављеног захтјева, у фази споразумијевања, у односу на могућности промјене идентитета тужбеног захтјева, која би се појавила од

<sup>336</sup> Коментари Закона о кривичном-казненом поступку у БиХ, Заједнички пројект Савјета Европе и Европске комисије, Сарајево, 2005, 1004.

<sup>337</sup> Брежански, Ј., о. с., 20.

<sup>338</sup> Коментари Закона о кривичном-казненом поступку БиХ, о. с., 1005-1006.

подношења, односно одбијања захтјева упућеног Министарству правде до тренутка подношења тужбе. Према судској пракси у Републици Хрватској, ако странке не постигну споразум и оштећени затражи судску заштиту, он није ограничен висином захтјева постављеног управном тијелу, јер преговори који претходе склапању уговора не обавезују странке.<sup>339</sup> Као што видимо, судска пракса у Републици Хрватској сматра да поступак који се пред органом управе води о захтјеву особе неосновано осуђене или неоправдано лишене слободе, по својој правној природи има значај преговора за закључење уговора. Као што смо већ истакли, коментатори ЗКПБиХ сматрају да се умјесто о преговорима за закључење уговора о поравнању оvdје ради о вођењу управног поступка који је обавезан за странке, те да се ово питање, по законодавству у БиХ, не може ни постављати, а што смо оцијенили претјераним, неуставним и кршењем људских права на приступ Суду и на правично суђење.

### 1.3. Субјекти облигације одговорности за штету

Постојање субјеката облигације, односно њихова идентификација један је од општих услова за успостављање грађанскоправне одговорности. У правилу, то су оштећени о одговорно лице. У разматраном случају оштећени, тј. повјерилац може бити само лице које је оштећено неоправданом осудом или неоснованим лишењем слободе. На страни овога лица је активна легитимација за подношење тужбе Суду. Поред самог оштећеног, као активно легитимисани, појављују се и његови насљедници, којима по закону припада право на накнаду штете само у виду имовинске (материјалне штете), и то у оним границама како је оштећени поднио захтјев Суду.<sup>340</sup> Насљедници могу, иза смрти тужиоца, наставити почети судски поступак или га сами покренути ако га оштећени за живота није покренуо у оквирим законског застарног рока који није протекао иако се оштећени није пуноважно одрекао захтјева.

Пасивно легитимисано лице у оквирима одговорности државе је Босна и Херцеговина.<sup>341</sup> За судски поступак надлежан је Суд БиХ, јер према одредби члана 1. став 3. Закона о парничном поступку БиХ, Суд БиХ рјешава имовинске спорове (парнични поступак) проистекле из штете која је настала при вршењу послова органа управе БиХ, других институција БиХ и службених лица тих органа и институција. Ради се о искључивој одговорности државе за штету. Ово је специфичан случај одговорности државе, тј. правног лица за штету, те је, изузетно, искључена супсидијарна примјена општих правила одговорности правног лица за штету коју проузрокује његов орган.<sup>342</sup> Основ одговорности је оvdје објективан и држава одговара без

<sup>339</sup> Брежански, Ј., о. с., 10.

<sup>340</sup> Члан 435. став 1. ЗКПБиХ („Службени гласник Босне и Херцеговине“, бр. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13).

<sup>341</sup> Члан 434. став 3. ЗКПБиХ.

<sup>342</sup> Члан 172. ЗОО.

утврђивања кривице органа, тј. незаконитог или неправилног рада државних органа. Због тога овдје не постоје услови ни за регресни поступак у смислу супсидијарне примјене одредаба члана 172. ст. 2. и 3. ЗОО.

Објективна одговорност државе произилази из узрока ове штете, тј. из неоправдане осуде или неоснованог лишења слободе, без обзира а то да ли је до тога дошло кривицом вршиоца дужности државног органа. Изузетно, кривица се може тражити у понашању самог оштећеног, чије скривљено понашање доводи до искључења одговорности за накнаду штете, у смислу одредбе члана 436. став 3. ЗКПБиХ. С обзиром на то да је основ објективна одговорност радња државног органа која је узрок проузроковања штете одређена је законом.<sup>343</sup> Мада се незаконитост или неправилност рада државних органа за неоправдану осуду или незаконито лишење слободе не испитује, то не значи да је искључена одговорност службених лица за неправилан и незаконит рад или да је искључена одговорност трећег лица (свједока, вјештака или других неслужбених лица због давања лажног исказа или употребе лажне исправе и сл.), примјеном одредбама посебних закона или по општим прописима, па тако и за накнаду штете која се може расправљати у посебној парници.

И опис штете је законом утврђен, а то је: неоправдана осуда или неосновано лишење слободе. Поред накнаде штете коју оштећени трпи због неоправдане осуде или неоснованог лишења слободе, оштећеним лицима се признаје право на рехабилитацију, као и друга права. Накнада штете се досуђује и за материјалну и за нематеријалну штету. За материјалну штету накнада се првенствено досуђује у новчаном облику, а за нематеријалну штету накнада би, по нашем мишљењу, требало да се остварује у неновчаним облицима, као што је то код накнаде штете проузроковане средствима јавног информисања.<sup>344</sup>

#### 1.4. Нематеријална штета и њена накнада

Нематеријална штета појмовно је облик штете који се јавља када је повријеђено неко лично, нематеријално добро оштећеног лица. Лична добра су тијесно везана за личност и садржана су у физичком и психичком интегритету човјека и његовим социјалним односима и статусу који ужива. Неповредивост човјекове личности и његових социјалних функција и правног статуса предмет је и грађанскоправне заштите.

Штета коју личност трпи, по важећим законским рјешењима, постојаће ако оштећени трпи психофизичке болове и страх, односно повреде угледа, части, слободе или права личности. Нас овдје, првенствено, интересује посебним законом призната накнада штете у новцу због повреде права на слободу незаконитим и неправилним радом државних органа. Слобода, као вриједност нема цијену тако да се облик репарације (поправљања) ова-

<sup>343</sup> Члан 432. и 436. ЗКПБиХ.

<sup>344</sup> Члан 437. ЗКПБиХ.



кве штете, по нашем мишљењу, принципијелно садржи у одредбама главе ХХХИ ЗКПБиХ, рачунајући и приказану материјалну штету. Повреда моралног интегритета личности не може се адекватно репарирати материјалним средствима. Нематеријална репарација је најадекватнија, али се она, у новије вријеме, од стране оштећених лица, сматра недовољним обештећењем. Због овога се грађанско право налази у трајној дилеми како да правилно поступа у избору средстава репарације нематеријалне штете. По природи ствари, а то законодавац и налаже,<sup>345</sup> предност треба дати неновчаној репарацији. Тако је поступљено не само у овим посебним прописима ЗКПБиХ који су *lex specialis*, али је исто рјешење предвиђено и у општем пропису, Закону о облигационим односима. У одредби члана 199. Закона о облигационим односима уређује се неновчана репарација нематеријалне штете кроз „објављивање пресуде или исправке“ у случају повреде права личности по налогу суда. Тек иза ове одредбе слиједи одредба члана 200. Закона о облигационим односима, која уређује право на новчану накнаду нематеријалне штете.

#### 1.4.1. Морална сатисфакција

Закон о кривичном поступку БиХ, одредбом члана 437. посебно уређује „накнаду штете проузроковане средствима јавног информисања“. Овом одредбом прописује се „јавно извињење“ оштећеном лицу, по његовом захтјеву, као објава у новинама или другом средству јавног информисања, уз испуњење следећих услова:

- да је повријеђен углед лица које је неосновано осуђено и лишено слободе,

- да је случај на који се односи неоправдана осуда или неосновано лишење слободе приказан у средствима јавног информисања и тако повријеђен углед оштећеног лица и

- да је оштећено лице поднијело захтјев Суду пошто Суд у овом случају не поступа по службеној дужности.

Ако прихвати захтјев оштећенога, Суд ће објавити саопштење о одлуци, али не и саму судску одлуку.

Уколико случај осуде и лишење слободе није приказан у средствима јавног информисања, оштећено лице, којем је нарушен углед, подноси захтјев Суду да саопштење о одлуци, из које произилази сазнање о неоправданости раније осуде односно неоснованог лишења слободе, достави органу или правном лицу у којем је лице запослено, односно политичкој странци или удружењу грађана у којем је лице учлањено, ако је то неопходно за његову моралну рехабилитацију.

<sup>345</sup> Члан 185. ЗОО - Накнада материјалне штете / Успостављање пријашњег стања и накнада у новцу; - Накнада нематеријалне штете: члан 199 ЗОО - Објављивање пресуде или исправка; члан 200. ЗОО - Новчана накнада.

Право на подношење овог одштетног захтјева, мада је нематеријалног карактера, по изричитој законској одредби, послије смрти оштећеног лица, прелази на законом одређена лица из круга блиских сродника оштећеног, и то на брачног или ванбрачног друга, дјецу, родитеље, браћу и сестре.<sup>346</sup> Овај захтјев се може и самостално поднијети када није ни поднесен захтјев за накнаду штете.<sup>347</sup> Овај захтјев се може поднијети и ако је поводом изјављеног ванредног правног лијека промијењена правна квалификација дјела, ако је, по правној квалификацији дјела, у ранијој пресуди, био теже повријеђен углед осуђеног лица.<sup>348</sup>

Захтјев за моралну сатисфакцију подноси се Суду у року од шест мјесеци од дана правоснажности одлуке о неоправданој осуди односно неоснованом лишењу слободе или одлуке у којој је, поводом уваженог ванредног правног лијека, извршена нова правна квалификација дјела. О овом захтјеву одлучује вијеће Кривичног одјељења Суда БиХ, у форми рјешења против којег је дозвољена жалба, о којој одлучује вијеће Апелационог одјељења Суда БиХ. Овај поступак је одвојен од парничног поступка по захтјеву за накнаду штете.

#### 1.4.2. Морална рехабилитација

Као слједећа, посебна, Законом о кривичном поступку прописана мјера заштите личности неоправдано осуђене и неосновано лишене слободе одредбом члана 439. ЗКПБиХ, прописана је рехабилитација, чији је резултат поништавање уписа неоправдане осуде у казненој евиденцији. Рјешење о рехабилитацији доноси Суд по службеној дужности и доставља органу надлежном за вођење казнене евиденције. Након тога, о поништену упису, службена лица не смију никоме давати такве податке.

Уколико Суд, по овом питању, не би поступио по службеној дужности, оштећено лице има право на самостални захтјев којим тражи да Суд донесе рјешење о поништавању уписа неоправдане осуде у казненој евиденцији.

Одредбом члана 440. ЗКПБиХ забрањује се злоупотреба података који се односе на неоправдану осуду или неосновано лишење слободе, на начин да свако лице које, на било који начин, дође до таквих података исте не смије употријебити на штету рехабилитације лица против којег је вођен кривични поступак. Злоупотреба ових података повлачи и кривичну и грађанску одговорност.

#### 1.4.3. Новчана накнада нематеријалне штете

Накнада нематеријалне штете могућа је само у циљу сатисфакције. Сатисфакција је субјективна репарација штете, која се може јавити у не-

<sup>346</sup> Члан 438. став 1. ЗКПБиХ.

<sup>347</sup> Члан 438. став 2. ЗКП БиХ.

<sup>348</sup> Члан 438. став 3. ЗКПБиХ.

новчаним облицима, које смо у овом излагању приказали, али и у новчаном облику, јер то закон дозвољава. Новчана накнада нематеријалне штете је имовинска сатисфакција, јер то није накнада материјалне штете, која је једини могући новчани еквивалент уништеног или оштећеног материјалног добра, него је то новчано давање одмјерено према потреби задовољавања (сатисфакције) оштећеног. Полазећи од овога, може се претпоставити да би оштећени био задовољен само висином одштетног захтјева који он одреди. Међутим, задовољење оштећеног треба да претрпи објективну процјену. Уколико би се задовољењем сматрала само она сатисфакција коју оштећени тражи, то би била накнада афекционе вриједности, а не накнада нематеријалне штете, односно имовинска сатисфакција.

Слиједом позитивне законске регулативе, сматрамо да ће Суд моћи оцијенити оправданим захтјев за новчану сатисфакцију ако нађе да посредством неновчаних облика сатисфакције није постигнуто потпуно задовољење оштећеног лица.

Одредбом члана 200. став 2. Закон о облигационим односима прописују се мјерила за одлучивање Суда о висини захтјева за накнаду нематеријалне штете. Приликом утврђивања висине новчане сатисфакције Суд мора да води рачуна о:

- значају повријеђеног добра,
- циљу коме треба да служи та накнада и
- да се њоме не погодује тежњама које су неспојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.

У случају повреде права на слободу повријеђено неимовинско добро јесте слобода личности као фундаментално људско право. Како је посебним прописом Закона о кривичном поступку БиХ предвиђено, чини се да је повреда права на слободу личности причињена од стране државе довољан основ за досуђивање накнаде штете те да су ове одредбе зачеле тзв. објективну концепцију накнаде нематеријалне штете која добија све више присталица. Уз повреду слободe личности, причињену неоправданом осудом или неоснованим лишењем слободe, прикључују се и друге повреде личних добара, тј. угледа, части и достојанства личности, односно других права личности. Ради утврђивања висине сатисфакције из околности случаја, Суд процјењује степен нарушености угледа с обзиром на негативну разлику односа друштвене средине према оштећеном; његову ранију (не)осуђиваност; дужину трајања лишења слободe; објављивање саопштења у средствима информисања, тј. јавног извињења; тежину и природу кривичног дјела за које је био осуђен, односно осумњичен, услове какве је имао током издржавања затворске казне или притворске мјере.<sup>349</sup> Од околности случаја зависи и постављање одштетног захтјева за новчану сатисфакцију због претрпљених душевних болова усљед претрпљеног страха, смањења животних активности или оштећења здравља.

---

<sup>349</sup> Брежански, Ј., о. с. 36.

Према важећем субјективном концепту нематеријалне штете Суд мора утврдити да ли је, према околностима случаја, а нарочито јачини болова, интензитету страха и њиховом трајању, оправдано досудити правичну новчану накнаду нематеријалне штете. Субјективна концепција нематеријалне штете под штетом подразумијева не само повреду личних права него, у ствари, правнорелевантну повреду која изазива посљедице по личност одређеног лица тако да он трпи болове и патње. По субјективној концепцији захтјев ће бити основан уколико је повреда довела до нарочито интензивних болова и страха већег интензитета и трајања. Међутим, према објективној концепцији, право на слободу повријеђеног неоправданом осудом и неоснованим лишењем слободе је штета по себи тако да сама чињеница постојања неоправдане осуде или неоснованог лишења слободе представља штету за коју је основано захтијевати и досудити накнаду због саме те чињенице, а њену висину одређивати на основу околности случаја и субјективног доживљаја оштећеног.

Приликом утврђивања висине Суд је, по нашем мишљењу, дужан, нарочито, узети у обзир чињеницу да ли је оштећени искористио средства која му омогућују моралну сатисфакцију и која су му дата одредбама ЗКП-БиХ на диспозицију. Као околности које се у судској пракси узимају у обзир приликом одмјеравања висине новчане накнаде нематеријалне штете наводе се: значај слободе као повријеђеног добра, циљ којем служи накнада (који може бити само сатисфакција), кривично дјело које је оштећеном стављено на терет, конституционе предиспозиције, промјене здравственог стања и погоршање здравља оштећеног, друштвена улога или статус оштећеног у заједници, дужина трајања и услови издржавања лишења слободе, ранија осуђиваност и породичне прилике.

Судска пракса досуђује нематеријалну штету због неоправдане одште-те или неоснованог лишавања слободе и штету због повреда увреде части и других права личности у једнократном износу.<sup>350</sup> Другим ријечима, нематеријална штета због повреде права на слободу јединствени је вид штете који у себи обухвата све штетне посљедице настале по личност оштећеног због неоснованог лишења слободе. Пјеснички речено, ова идеја је садржана у имагинацији пјесничке ријечи, која каже: „О лијепа, о драга, о слатка слободо, дару у ком сва блага свевишњи Бог је до.“

#### 1.4.4. Практика Европског суда за људска права

Одредба члана 5. став 5. Европске конвенције о људским правима и основним слободама (у даљем тексту: ЕКЉП) гласи: „Свако ко је био жртва хапшења или лишења слободе супротно одредбама овог члана има право на обештећење“.

У предмету Курт против Турске (пресуда од 25. маја 1998. године), у погледу захтјева због нестанка сина, усљед праксе власти у југоисточној

<sup>350</sup> Пресуда суда БиХ, бр. П-52/07, од 4.11.2008.

Турској, подносиатељица представке и њен син тражили су да им Суд досуди на име нематеријалне штете износ од 70.000 фунти стерлинга, и то: 30.000 фунти због нестанка сина, 10.000 за душевне патње и 30.000 за њих обоје, јер су били жртве праксе „нестајања особа“ у југоисточној Турској. Суд је досудио обештећење обома у износу од 10.000 фунти.<sup>351</sup>

У предмету Хубер против Швајцарске (пресуда од 23. октобра 1990. године) Суд закључује: „чак и ако је подносиатељица представке претрпјела такву штету (нематеријалну штету - примједба БМ), ова пресуда јој обезбјеђује довољно правично задовољење у околностима случаја“.<sup>352</sup>

У предмету Letellier против Француске (пресуда од 26. јуна 1991. године) подносиатељица представке, која је повреду члана 5. став. 3. ЕКЉП истакла због дужине трајања притвора, тражила је да јој се досуди 10.000 франака за нематеријалну штету и 435.000 франака за материјалну штету. Захтјев за накнаду материјалне штете образложила је тиме да представља половину зараде коју је њен ресторан-бар могао обезбиједити у времену између њеног хапшења и пресуде поротног суда. Суд је одбио захтјев за накнаду материјалне штете зато што је притвор прије суђења у цијелости урачунат у казну. У вези са нематеријалном штетом, Суд сматра да ова пресуда представља довољну накнаду за нематеријалну штету.<sup>353</sup>

#### 1.4.5. Досуђени износи нематеријалне штете на Суду БиХ

У даљем излагању приказаћемо само кратки осврт на досадашњу праксу Суда БиХ у примјени овог правног института. Коначно определијељеним тужбеним захтјевом на припремном рочишту тужилац смањује првобитно определијељени тужбени захтјев од 10.500,00 КМ на износ од 3.750,00 КМ. Тужилац је у притвору провео 50 дана више него што му је изречена затворска казна и захтијевао је да се на име нематеријалне штете за сваки проведени дан дужег боравка у притвору досуди по 50,00 КМ, како би се колико-толико задовољила правда с обзиром на интензивне душевне болове и појаву других психичких обољења.<sup>354</sup>

Тужилац је провео у притвору 82 дана. Власник је угоститељске радње у једном већем граду из западне Босне, старости 27 година, са широким кругом познаника. Стављала му се на терет неовлашћена производња и промет наркотика, а средства информисања објавили су податке о томе. Досуђен му је износ од 5.400,00 КМ на име нематеријалне штете.<sup>355</sup>

Тужбени захтјев првобитно определијељен на износ од 22.260,00 КМ, другостепеном пресудом досуђено 6.000,00 КМ. По схватању Другостепеног вијећа Суда БиХ, душевни болови због неоправдане осуде представљају

<sup>351</sup> Извод из судске праксе Европског суда за људска права 1, Сарајево 2001., стр. 351.

<sup>352</sup> Ibid., стр. 388.

<sup>353</sup> Ibid., стр. 401.

<sup>354</sup> (Пресуда Суда БиХ, број: Гж-26/09, од 2.6.2009. године).

<sup>355</sup> (Пресуда Суда БиХ, број: Гж-102/08, од 8.5.2009. године).

јединствен вид штете, јер обухватају све штетне посљедице везане за личност оштећеног, проистекле из неосноване пресуде, односно неоснованог лишења слободе, те се за ову штету досуђује један износ накнаде, при чијем одмјеравању Суд узима у обзир све околности случаја. Суд посебно истиче да изостанак захтјева тужиоца да затражи од Суда примјену одредбе члана 199. ЗОО, да Суд нареди на трошак штетника објављивање пресуде, односно исправке или повлачење изјаве којом је повреда учињена или што друго чиме се може остварити сврха накнаде, не искључује и захтјев за новчану накнаду нематеријалне штете, под условом да је повреда права личности проузроковала и душевне болове, али може евентуално утицати на висину накнаде.<sup>356</sup>

Тужбени захтјев на 6.700,00 КМ за 134 дана у притвору, због кривичног дјела неовлашћеног промета опојним дрогама; раније осуђиван, стар 25 година, до притвора доброг здравља, а током трајања притвора користио таблете за смирење. Досуђен тражени износ накнаде нематеријалне штете.<sup>357</sup>

Тужбени захтјев у износу од 1.250,00 КМ за 50 више проведених дана у притвору, због кривичног дјела злоупотребе, лошег здравственог стања, усвојен у цијелини.<sup>358</sup>

Тужбени захтјев за накнаду нематеријалне штете од 100.000,00 КМ, а досуђен износ од 35.000,00 КМ, за неосновано лишење слободе од 13 мјесеци и 12 дана (407 дана). Тужилац је високопозиционирани државни службеник међународног значаја. Развијен велики медијски интерес за трајање поступка, нарушено здравље током боравка у притвору због кривичног дјела злоупотребе положаја и овлашћења и непријављивања кривичног дјела.<sup>359</sup>

Тужилац оптужен због фалсификовања новца и припадности организованој злочиначкој групи. Ослобођен од оптужбе, у притвору провео осам мјесеци и пет дана. Раније осуђиван три пута, ожењен, дјеца трпјела душевне патње. Тужбени захтјев определијелио на износ од 37.500,00 КМ или за сваки дан притвора по 150,00 КМ. Досуђено му 6.000,00 КМ на име накнаде нематеријалне штете.<sup>360</sup>

Према овом кратком увиду у новију праксу Суда БиХ, учачамо да се висина накнаде за неосновано лишење слободе равна према друштвеном статусу оштећеног. Ова околност има предност над осталим правно релевантним околностима за одмјеравање висине накнаде нематеријалне штете. Што је друштвени статус оштећеног значајнији, и износ накнаде је већи. С тим у вези поставља се питање субјекта који одлучује о постављању тужбеног захтјева, јер се с већим могућностима оштећеног да обезбиди успјешнијег браниоца и вјештаке појављују више одмјерени тужбени захтјеви за накнаду нематеријалне штете. Утолико постављање тужбеног захтјева не зависи од оштећеникове воље, јер би само од оштећеног определијељен и постављен захтјев могао имати значење његове сатисфакције. О таквим факторима, као

<sup>356</sup> (Пресуда Суда БиХ, број: Гж-83/08, од 23.3.2009. године).

<sup>357</sup> (Пресуда Суда БиХ, број: Гж-87/08, од 10.3.2009. године).

<sup>358</sup> (Пресуда Суда БиХ, број: П-466/08, од 24.12.2008. године).

<sup>359</sup> (Пресуда Суда БиХ, број Гж-106/08, од 8.5.2009. године).

<sup>360</sup> (Пресуда Суда БиХ, број: Гж-5/06, од 24.8.2006. године).

својеврсним индиректним околностима случаја, Суд би морао водити рачуна, као и о правилном вредновању вјештачких налаза и мишљења.

По нашем мишљењу, неоправдано је досуђивање енормно високих износа нематеријалне штете по основу одговорности државе за неоправдану осуду и неосновано лишење слободе. Позивање странака, односно њихових заступника на формирану судску праксу у РС и БиХ, по којој се, по основу неоснованог лишења слободе и притвора, те душевних болова због повреде части и угледа, не исплаћују нигдје износи мањи од 2.500,00 до 3.000,00 КМ, по мјесецу притвора, паушални су и неумјерени захтјеви. Овакве вјештачке конструкције ако прихватају вјештаци долази се у опасност да судови и прихвате овакве захтјеве. Исто тако, формирање судске праксе која би се руководила табелама и унапријед утврђеним износима по јединици времена, паушално је и води неправилној примјени материјалног права. Ради поређења, према Закону о остваривању права на накнаду нематеријалне штете настале у периоду ратних дејстава од 20. маја 1992. године до 19. јуна 1996. године,<sup>361</sup> накнада за смрт блиског сродника износи 5.000,00 КМ, а сатисфакција за физичке и душевне болове због умањења животне активности инвалида прве категорије са 100% инвалидитета одмјерена је у износу од 10.000,00 КМ.

Сатисфакција коју захтијева оштећени и опредјељује у тужбеном захтјеву у новчаном износу била би за Суд прихватљива уколико би произилазила из његове слободне воље када би се могло претпоставити да је он у стању валоризовати своје душевне болове и патњу у новчани износ. Просјечни грађанин то није у стању, а тешко да то полази за руком и стручњацима, јер се упоређује неупоредиво. Због тога се ствара тзв. уобичајена судска пракса у истим или сличним случајевима, која је вјештачка творевина настала асистенцијом вјештих правних заступника и судских вјештака.

### 1.5. Посебно о новчаној накнади нематеријалне штете за неосновано изречене мјере забране

Законом о кривичном поступку,<sup>362</sup> односно Законом о измјенама и допунама Закона о кривичном поступку Босне и Херцеговине<sup>363</sup> уведене су одредбе о „забрани напуштања боравишта и забрани путовања<sup>364</sup>, као и „остале мјере забране“.<sup>365</sup> Суд може осумњиченом или оптуженом, ако постоје околности које указују да би овај могао побјећи, сакрити се, отићи у непознато мјесто или у иностранство, образложеним рјешењем забранити

<sup>361</sup> „Службени гласник Републике Српске“, бр. 103/05, 1/09, 49/09 и 118/09

<sup>362</sup> „Службени гласник Босне и Херцеговине“, бр. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13

<sup>363</sup> „Службени гласник БиХ“, број 53/07.

<sup>364</sup> Ibid., члан 3. којим се мијењају наслов Одјелка 4 и члан 126. ЗКБиХ.

<sup>365</sup> Ibid., члан 4. којим је уведен члан 126.а у ЗКПБиХ.



да напусти мјесто боравишта.<sup>366</sup> Као додатну мјеру, уз забрану напуштања боравишта или као посебну мјеру, Суд може наредити одузимање путних исправа, односно личне карте (особне исказнице) ради преласка државне границе БиХ.<sup>367</sup> Поред тога, када околности случаја на то указују, Суд може изрећи једну или више „осталих мјера“ забране, у које спада:

а) забрана предузимања одређених пословних активности или службених дужности;

б) забрана посјеђивања одређених мјеста или подручја;

в) забрана састајања са одређеним лицима;

г) наредба повременог јављања одређеним државним тијелима; и

д) привремено одузимање возачке дозволе<sup>368</sup>.

Ове „остале мјере“ или више њих могу бити изречене уз забрану напуштања боравишта или забрану путовања или као посебне мјере<sup>369</sup>.

Значајно је за однос мјере притвора и мјера забране то да, када одлучује о притвору, Суд може изрећи забрану напуштања боравишта, забрану путовања и остале мјере забране по службеној дужности, умјесто одређивања или продужавања притвора.<sup>370</sup>

Што се тиче одређивања садржаја мјера забране, односно њихове законске разраде и прецизирања, ово посебно утиче на слободу личности и остала права личности која уживају правну заштиту. Тако, у погледу забране напуштања боравишта Суд ће одредити мјесто боравка и границе изван којих се осумњиченик/оптуженик не смије удаљавати, а то мјесто може бити ограничено на дом осумњиченика/оптуженика.<sup>371</sup>

Мјера забране путовања обухвата одузимање путних исправа уз забрану издавања нових путних исправа, односно забрану коришћења личне карте/особне исказнице.<sup>372</sup>

Забрана посјеђивања одређених мјеста или подручја подразумијева одређивање мјеста или подручја те раздаљине испод које им се осумњиченик/оптуженик не смије приближити.<sup>373</sup>

Мјера забране састајања са одређеним особама подразумијева одређивање од стране Суда раздаљине испод које се осумњиченик/оптуженик не смије приближити одређеној особи.<sup>374</sup>

Мјера повременог јављања одређеном тијелу одређује службено лице којем ће се јављати, рок јављања и начин вођења евиденције о јављању.<sup>375</sup>

<sup>366</sup> Ibid., члан 126. став 1. ЗКПБиХ.

<sup>367</sup> Ibid., члан 126. став 2. ЗКПБиХ.

<sup>368</sup> Ibid., члан 126.а став 1.

<sup>369</sup> Ibid., став 2.

<sup>370</sup> Ibid., члан 126.б став 2.

<sup>371</sup> Ibid., члан 126.ц став 1.

<sup>372</sup> Ibid., члан 126.ц став 2.

<sup>373</sup> Ibid., члан 126.ц став 3.

<sup>374</sup> Ibid., члан 126.ц став 4.

<sup>375</sup> Ibid., члан 126.ц став 5.

Закон је садржај мјера забране ограничио тако што је искључио мјеру забране права осумњиченог/оптуженог да комуницира са својим браниоцем/адвокатом/одвјетником у БиХ, као и право да живи у свом дому у БиХ, да се несметано виђа са члановима породице и блиским сродницима или само у БиХ или само у одређеном мјесту, осим ако је кривично дјело почињено на њихову штету, као и да се бави својом професионалном дјелатношћу, осим ако се поступак води због почињеног кривичног дјела у вези са обављањем те дјелатности.<sup>376</sup>

Овдје ћемо посебно истаћи досуђивање новчане накнаде нематеријалне штете за изречене мјере забране у пракси Суда Босне и Херцеговине. Приликом одмјеравања новчане сатисфакције због неоснованог притвора Суд мора узети у обзир све околности случаја као и значај и дужину трајања мјере забране кретања оштећеног.<sup>377</sup>

*„Тужитељ је првостепеном пресудом Суда Босне и Херцеговине број Х-КР-05/59 од 16.06.2010.године проглашен кривим за кривично дјело злочин против човјечности из члана 172. Кривичног закона БиХ и осуђен на казну затвора у трајању од 5 година. Пресудом Суда Босне и Херцеговине број С1 1 К 005589 11 Кжк од 05.07.2011. године исти је ослобођен од оптужбе за наведено кривично дјело и то након што је Суд рјешењем број Х-Крж-05/59 од 10.03.2011.године уважио жалбу и укинуо наведену првостепену пресуду. Неспорно је да је тужитељ од стране припадника Државне агенције за истраге и заштиту лишен слободе и да се у притвору налазио од 18.11.2008. до 19.11.2008.године; да је рјешењем Суда БиХ број Х-Крн-05/59 од 19.11.2008.године тужитељу изречена мјера забране напуштања бора-вишта и забране путовања изван Босне и Херцеговине која мјера је трајала 574 дана; да је наредбом Суда БиХ број Х-Кр-05/09 од 16.06.2010.године на-кон изрицања првостепене пресуде упућен на издржавања мјере притвора у притворску јединицу КПЗ Источно Сарајево гдје се налазио у периоду од 16.06.210. до 08.04.2011.године, када му је рјешењем суда и укинут притвор, односно укупно вријеме проведено у притвору износи 298 дана; као и да се безуспјешно обраћао Министарству правде БиХ ради постизања споразу-ма о висини накнаде. Првостепени суд је дјелимично удовољио тужбеном захтјеву те обавезао тужену да тужитељу на име накнаде нематеријалне штете због неоснованог притвора исплати износ од 15.000,00 КМ, а која одлука је од стране другостепеног вијећа потврђена.*

*У предметном случају тужитељ је правоснажном пресудом Суда БиХ ослобођен од оптужбе за кривично дјело које му се ставља на терет, па исти у смислу одредбе члана 436. став 1. Закона о кривичном поступку БиХ има право на накнаду штете, те како штета и њена накнада (врста штете, начин утврђивања и висина) нису посебно регулисане Законом о кривичном поступку, на ова питања се примјењују одредбе члана 200. Закона о облигационим односима. Слиједом цитиране одредбе, основаност лишења*

<sup>376</sup> Ibid., члан 126.д.

<sup>377</sup> Из образложења пресуде Суда Босне и Херцеговине, број: С1 3 П 008817 14 Рев, од 3.10.2014. године.

слободе, односно притвора, се цијени према крајњем исходу кривичног поступка. Како је кривични поступак окончан ослобађајућом правоснажном пресудом, тужитељу припада право на накнаду штете без обзира на то да ли су у вријеме поступка постојали законски услови за превентивно лишење слободе.

Правилан је закључак како првостепеног суда, тако и другостепеног вијећа, да душевни болови због неоснованог лишења слободе, које у овом спору потражује тужитељ, представљају јединствен вид штете које обухватају све посљедице нематеријалне штете везане за личност тужитеља проистекле из неоснованог лишења слободе. Тачно је да се за овај вид штете досуђује један износ накнаде, међутим приликом одмјеравања исте суд мора да узме у обзир све околности случаја као што су: углед који је тужитељ раније уживао у својој средини, однос средине према њему послје осуде, односно лишења слободе, тежина и природа кривичног дјела, вријеме трајања лишења слободе, услови у којима је тужитељ био у вријеме лишења слободе, објављивање имена осумњиченог, кривичног дјела и одређивања притвора у дневној штампи и у другим средствима информисања, интензитет душевних болова у вези са квалификацијом кривичног дјела, присилно одвајање од породице и животне околине и др.

По мишљењу вјештака тужитељ је особа просјечних интелектуалних способности, солидне едукативне надградње и код истог се у психичком статусу верификује симптоматологија ПТСП-а са доминацијом анксиозно-депресивне симптоматологије. Исти је током лишавања слободе доживљавао страх високог интензитета због неизвјесности кривичног поступка и запријечене казне за кривично дјело за које је оптужен, као и личне безбједности боравком са другим лицима у КПЗ Источно Сарајево, као и да је доживљавао психичке патње и душевне болове високог интензитета боравком у кућном притвору који је трајао 574 дана. Сматра да је због боравка у притворским условима, врсте кривичног дјела за које је оптужен-злочин против човјечности, објављивање у штампи натписа у штампаним и електронским медијима о току кривичног поступка, стеченог угледа у средини у којој је живио и радио као и породичних прилика код тужитеља дошло до нарушености психичке равнотеже са доживљавањем душевних болова и патњи лаког степена кроз манифестацију ПТСП-а са анксиозно-депресивном симптоматологијом која се манифестовала према наводима тужитеља у виду страха, гушења у предјелу грудног коша, малаксалости, тремора цијелог тијела ради којих разлога се морао јавити на преглед код неуропсихијатра. Вјештак је закључио да су узроци односно стресне реакције идентичне и у притворским и у кућним условима, те да се могу третирати као душевни болови и страх, с тим да је интензитет истих био већи приликом боравка у притворској јединици. Вјештак даље сматра да је посљедица лишавања слободе боравком у притворским условима како у кућном притвору, тако и у притворској јединици, имало утицаја на појаву акутне стресне реакције на менталном плану, док је на соматском плану имало за посљедицу појаву шећерне болести и повећаних вриједности крвног притиска, те да се

налази под сталним љекарским надзором. Из налаза даље произлази да је због ограничења физичке слободе, која је једно од најтежих повреда личног права, дошло до искључења тужитеља из животних задовољстава свакодневног живота, да је морао да трпи затворску атмосферу и пасивност и одсутност радног ангажмана, те појава осјећаја несигурности и страха од исхода поступка који се водио против тужитеља.

Све наведене чињенице, као и имајући у виду врсту и тежину кривичног дјела због којег је вођен кривични поступак - злочин против човјечности као једно од најтежих дјела из области међународног хуманитарног права, те јавно објављивање чланака у дневним листовима поводом вођења кривичног поступка и дужине трајања притвора, животна доб тужитеља, његове породичне прилике и углед у друштву, ранија неосуђиваност, определијиле су ревизијско вијеће на закључак да је тужитељу повријеђена част и углед и његово достојанство у блиској и широј околини, у средини у којој живи и ради у толикој мјери да је код истог изазвало душевне патње јаког интензитета у дужем трајању, као и душевне патње због повреде слободе. Европска конвенција о људским правима и Међународни пакт о људским правима изричито налажу обавезну накнаду штете у сваком случају неоснованог лишења слободе. Овај институт је настао као посљедица тежње да се заштите права и добра човјека, његов физички интегритет и лична слобода. Стога је право на накнаду штете лицима која су незаконито или неосновано лишена слободе или неосновано осуђена једно од основних права регулисаних Уставом Босне и Херцеговине, Законом о кривичном поступку Босне и Херцеговине као и Законом о облигационим односима. Неоснованим лишењем слободе тужитељу је нанесен душевни бол због повреде слободе кретања, а јавним објављивањем тога догађаја нанесен му је душевни бол због повреде угледа. Објављивањем у средствима јавног информисања вијести о покретању кривичног поступка против тужитеља за кривично дело-злочин против човјечности нарушен је његов углед у средини у којој живи, те је дошло је до повреде његове части, која представља трпљење јаким душевних болова у дужем временском трајању.

Код нематеријалне штете за претрпљење душевне болове због повреде угледа, части, слободе или права личности, штета се заправо огледа у субјективном трпљењу срамоте, повреде части, угледа, слободе и одређених душевних болова. Стога су таква стања основ досуђивања накнаде штете ради прибављања неке пријатности оштећеном, неког уживања, погодности или задовољштине (сатисфакције) и уколико је то могуће успостављање равнотеже у поремећеном субјективном (психичком) стању оштећеног. Досуђени износ правичне накнаде коју је одредило ревизијско вијеће у износу од 35.000,00 КМ је сразмјеран тежини и постојању душевних болова које је тужитељ претрпио. Имајући у виду циљ коме накнада служи ревизијско вијеће је водило рачуна о дужини трајања притвора (274 дана), те за разлику од схватања другостепеног вијећа дало и значај дужини трајања изречене мјере забране (574 дана) сматрајући да иста мјера обзиром на дужину трајања и начин провођења исте је могла довести

до повреде права личности тужитеља. Наведена мјера је алтернатива за притвор до суђења, јер омогућава несметано вођење кривичног поступка. Истина наведена мјера се не проводи у притворској јединици него та мјера омогућава лицима против којих се води кривични поступак да бораве у својим домовима али уз одређена ограничења прописана законом, а то су забране напуштања и забране путовања ван Босне и Херцеговине која у себи садржи одузимање свих важећих путних исправа, забрану издавања новог пасоша и кориштења личне карте за прелазак државне границе, забрана напуштања мјеста боравишта без претходног одобрења Суда БиХ. Свакако да та мјера нема тежину и значај као мјера притвора и да није предвиђена законом као разлог за остваривање накнаде неумовинске штете, међутим са аспекта заштите људских права и слобода треба је тумачити као одређено ограничење слободе кретања, јер утиче на право човјека да слободно одабере мјесто свога боравишта и кретања, мјесто гдје жели да се одмара и ради, гдје да борави са својом породицом. Да не постоје наведена ограничења, изречена мјера забране не би имала никаквог смисла с кривичноправног аспекта. Мјера се проводи у кућним условима али са законом прописаним ограничењима као што су свакодневне провјере да ли се налази на датој адреси од стране полицијских службеника, тражење одобрења за било коју потребу напуштања боравишта од стране Суда који је изрекао мјеру. Према налазу вјештака неуропсихијатра тужитељ је наведену мјеру забране тешко подносио, јер се код истог јавио страх од неизвјесности окончања кривичног поступка, гушење, несаница, малаксалост и тремор цијелог тијела. У току трајања наведене мјере забране јављао се неуропсихијатру који је према специјалистичким налазима у које је суд извршио увид на главној расправи констатовано депресивно стање, те укључена терапија антидепресива уз анксиолитике које је узимао током цијеле 2009., 2010., 2011. и 2012. године када су му у терапију уведени и лијекови за спавање. Тужитељу су 2009.године од стране интернисте утврђене повећане вриједности шећера од када се налази под сталном контролом, па је правилан закључак вјештака неуропсихијатра да и боравак тужитеља у тзв. кућном притвору могао довести до нарушавања психичке равнотеже са доживљавањем душевних болова и патњи, као и да су узроци односно стресне реакције идентичне и у притворским и у кућним условима, с тим да су у притворским условима могли бити јачег интензитета из разлога што се мјера притвора проводи у затвореној средини са другим лицима. Из тог разлога мјере забране добивају на значају и озбиљности и не може се тумачити да исте немају утицаја на висину накнаде нематеријалне штете за претрпљене душевне болове због ограничења слободе кретања, па је стога било нужно приликом одмјеравања висине накнаде нематеријалне штете због неоснованог лишења слободе узети у обзир дужину трајања истих, као и посљедице које су исте изазвале код тужитеља на психосоматском плану - акутна стресна реакција са клинички анксиозно депресивним поремећајем, поремећај прилагођавања, те на соматском плану појаву шећерне болести и повећаних вриједности крвног притиска.



*Ревизијско вијеће закључује да досуђена накнада нематеријалне штете у износу од 35.000,00 КМ представља правичну сатисфакцију за претрпљене душевне болове због повреде угледа, части и слободе, па ревизиони приговор у погледу висине изнад досуђеног износа нематеријалне штете нема основа. Новчана накнада нематеријалне штете није циљ, већ средство којим оштећени задовољавање потреба не би могао подмирити, олакшава себи живот и чинећи га подношљивим, ублажава душевни бол који подноси. Част, као скуп човјекових врлина, представља субјективну категорију која подразумева мишљење које појединац има о себи. Углед је мишљење које има ужа или шира средина о једној личности и представља објективну категорију.“*

## 2. Активности за уједначавање судске праксе

Од Високог судског и тужилачког савјета, а на иницијативу Венецијанске комисије и Сктрукурираног дијалога, уз подршку Савјета Европе, организовани су Панели за уједначавање судске праксе у Босни и Херцеговини. Учесници Панела за уједначавања судске праксе су врховни судови ентитета, Суд БиХ и Апелациони суд Дистрикта Брчко БиХ (у даљем тексту: судови). Циљеви Панела<sup>378</sup> јесу успостављање континуираног дијалога између највиших судских инстанци који представља платформу за уједначавање судске праксе, као и за дискусију о другим заједничким питањима са којима се сусрећу судови. Улога Панела се види и у томе да доноси правна схватања, што подразумева и усаглашавање ставова када постоји неусаглашеност законских рјешења и иницирање законских измјена у том циљу.<sup>379</sup> Панелом координира ВСТВБиХ, а формира се из кривичног, грађанског и управног права. Чланови Панела се изјашњавају по принципу један суд један глас, а закључци се доносе консензусом свих судова.<sup>380</sup> Панел доноси закључак у форми усаглашеног схватања о одређеном правном питању, које након верификације у одговарајућим одјељењима судова постаје правно схватање Панела. Правно схватање Панела има обавезујући карактер за судове, а упућујући за нижестепене судове.<sup>381</sup> Радна група Панела судова за израду јединствених оријентационих критеријума за накнаду нематеријалне штете одржала је састанак 12-14.11.2014. године, са сљедећим дневним редом: 1) оријентациони критеријуми за утврђивање нематеријалне штете: физичка бол, страх, душевни болови због смањења животне активности; 2) оријентациони критеријуми за утврђивање нематеријалне штете: душевни болови због наружености, душевни болови због смрти блиске особе и 3) оријентациони критеријуми за утврђивање нематеријалне штете: душевни болови

<sup>378</sup> Члан 2. Правила Панела за уједначавање судске праксе, број:07-50-314-4/2014 од 10.4.2014. године (у даље тексту: Правила).

<sup>379</sup> Члан 3. Правила

<sup>380</sup> Члан 14. Правила

<sup>381</sup> Члан 15. Правила

због смрти блиске особе, душевни болови због нарочито тешког инвалидитета блиске особе. Као резултат рада ове радне групе настао је Приједлог, који је ишао на усаглашавање код грађанских одјељења судова. Приједлог у радној верзији је овакав:

На основу члана 15. став 4. Правила Панела за уједначавање судске праксе, те у складу са закључком Панела из грађанске области, одржаног дана \_\_\_\_\_ године, а на основу приједлога Радне групе за израду оријентационих критеријума за утврђивање висине правичне накнаде нематеријалне штете, донесени су сљедећи:

### ***ОРИЈЕНТАЦИОНИ КРИТЕРИЈУМИ за утврђивање висине правичне новчане накнаде нематеријалне штете***

Ови оријентациони критерији имају за циљ да се уједначи примјена одредбе члана 200. Закона о облигационим односима<sup>382</sup>.

Оријентациони критеријуми не представљају математичку формулу која аутоматизмом служи за израчунавање правичне новчане накнаде, јер у примјени наведеног прописа ваља увијек имати на уму све околности конкретног случаја.

Наведени критеријуми примјењују се на парничне поступке за накнаду нематеријалне штете у свим степенима суђења.

### ***ФИЗИЧКИ БОЛОВИ***

Оријентациони критеријуми и износ за утврђивање висине накнаде за физичке болове (по данима):

- јаки болови оријентационо 70,00 КМ,
- средњи болови оријентационо 40,00 КМ и
- слаби болови оријентационо 10,00 КМ.

Код утврђивања износа накнаде треба имати на уму да су трајање и јачина физичких болова два нарочито важна елемента за досуђивање правичне новчане накнаде, али суд мора водити рачуна и о другим околностима случаја.

При томе, nelaгодности у току лијечења (нпр. краћа несвјестица, хоспитализација, везаност за кревет, разне врсте имобилизација и фиксација, рендгенско снимање, број операција, инфузија, трансфузија, инјекције, превијање рана, одстрањивање шавова, употреба инвалидских колица, боловање, посјеђивање амбуланте, физиотерапија, трајање рехабилитационог поступка и сл.) које трпи оштећени разматрају се у оквиру накнаде за физички бол.

<sup>382</sup> Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85 и 57/89, „Службени лист РБиХ“, бр. 2/92 и 13/93, „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 29/03 и 42/11, „Службени гласник Републике Српске“ бр. 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04, „Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ“ број 23/06.



Када ће и под којим условима поједина од наведених nelaгодности прерасти у какав други самостални облик нематеријалне штете (нпр. душевни болови због смањења животне активности) ваља оцјењивати узимајући у обзир све околности случаја.

Нематеријална штета која се у одређеном облику трајно или трајније испољава представља једну штету, па се одређује један износ накнаде узимајући у обзир трајање те штете до доношења пресуде и њено трајање у будућности.

Накнаду за будућу нематеријалну штету суд може досудити у смислу члана 200. ЗОО и кад се штетне посљедице у психи оштећеника још нису испољиле ако је извјесно да ће те посљедице настати у будућности.

### **СТРАХ**

*- од 400,00 КМ до 6.000,00 КМ.*

Висина накнаде штете у већим или мањим износима у односу на постављене вриједности одређује се као и код физичких болова, односно по члану 200. ЗОО, имајући у виду и све остале околности конкретног случаја.

Правична новчана накнада за претрпљени страх досуђује се ако околности случаја, а нарочито трајање и јачина страха, то оправдавају.

### **ДУШЕВНИ БОЛОВИ ЗБОГ СМАЊЕЊА ЖИВОТНЕ АКТИВНОСТИ**

- до 20% оријентационо 2.000,00 КМ за сваких 10%,
- преко 20 до 40% оријентационо 2.500,00 КМ за сваких 10%,
- преко 40 до 60% оријентационо 4.000,00 КМ за сваких 10%,
- преко 60 до 80% оријентационо 5.500,00 КМ за сваких 10% и
- преко 80 до 100% оријентационо 7.000,00 КМ за сваких 10%.

Корекција накнаде могућа је према обиму и тежини утврђених трајних посљедица, а као додатне критеријуме треба цијенити животну доб, занимање оштећеног и слично. Овај облик штете је у правилу трајног карактера, али новчана накнада се може досудити и кад је смањење животне активности привремено, ако је јачег интензитета и дужег трајања, или ако то посебне околности оправдавају.

Смањење животне активности, као посебна основа за накнаду штете због душевних болова, обухвата сва ограничења у животним активностима оштећенога које је остваривао или би их по редовном току ствари у будућности извјесно остваривао. Под ограничењем се подразумејува и обављање активности уз повећане напоре или под посебним условима.

Код одмјеравања висине накнаде овог вида штете не узима се у обзир само проценат умањења животне активности него и све наведене околности.

***ДУШЕВНИ БОЛОВИ ЗБОГ НАРУЖЕНОСТИ***

- јак степен - врло уочљиво трећима - оријентационо 7.000,00 КМ,
- уочљиво само понекад (укућанима, на плажи и сл.) - оријентационо 4.000,00 КМ,
- средњи степен – врло уочљиво трећима - оријентационо 5.000,00 КМ,
- уочљиво само понекад - оријентационо 3.000,00 КМ,
- лаки степен - врло уочљиво трећима - оријентационо 1.500,00 КМ и
- уочљиво трећима само понекад - оријентационо 700,00 КМ.

Корекција накнаде могућа је зависно од животне доби, занимања оштећеног, локације повреде и сл. Пол оштећеног, сам по себи, не утиче на висину накнаде по овом основу.

Основ за признање новчане накнаде за наруженост није само у томе да ли је и у којој мјери измијењена вањштина оштећеника изазива у околини гађење, сажаљење, или друге негативне реакције већ се у разумној мјери узимају у обзир и субјективна мјерила о утицају свих елемената (измијењена вањштина, примјетност, обим и слично) на психичку равнотежу оштећенога. Дакле, суд треба водити рачуна једнако о објективним и о субјективним околностима.

***ДУШЕВНИ БОЛОВИ ЗБОГ СМРТИ БЛИСКОГ СРОДНИКА***

*(брачни и ванбрачни партнер/супружник, дијете, губитак плода, родитељи, браћа и сестре):*

- за случај смрти брачног и ванбрачног партнера/супружника и дјетета - оријентационо 20.000,00 КМ;
- за случај губитка плода родитељима - оријентационо 7.000,00 КМ;
- за случај смрти родитеља:
  - дјетету које се налази на одгоју и издржавању - оријентационо 20.000,00 КМ и
  - дјетету које се не налази на одгоју и издржавању - оријентационо 12.000,00 КМ;
- за случај смрти брата или сестре - оријентационо 7.000,00 КМ.

Правична новчана накнада за душевне болове дјетета због смрти родитеља представља накнаду како за бол изазвану самим сазнањем за смрт, тако и за све касније болове које дијете трпи због губитка родитеља – љубави, његе и пажње коју би му родитељ пружао, па припада дјетету које због узраста није могло осјетити бол због саме смрти родитеља, јер је у питању накнада за јединствени облик нематеријалне штете.

### **ДУШЕВНИ БОЛОВИ ЗБОГ НАРОЧИТО ТЕШКОГ ИНВАЛИДИТЕТА БЛИСКЕ ОСОБЕ**

- за случај нарочито тешког инвалидитета брачног и ванбрачног партнера/супружника и дјетета оријентационо - 20.000,00 КМ;

- за случај нарочито тешког инвалидитета родитеља:

- дјетету које се налази на одгоју и издржавању - оријентационо 20.000,00 КМ,

- дјетету које се не налази на одгоју и издржавању оријентационо 12.000,00 КМ.

### **НАКНАДА ШТЕТЕ ЗБОГ НЕОПРАВДАНЕ ОСУДЕ ИЛИ НЕОСНОВАНОГ ЛИШЕЊА СЛОБОДЕ (ПРИТВАРАЊА)**

- оријентационо 100,00 КМ по дану.

*Код оцјене висине накнаде проузроковане нематеријалне штете због неоправдане осуде или неоснованог лишења слободе (притварања), у правилу, као основни параметар треба узети вријеме проведено на издржавању затворске казне, односно вријеме проведено у притвору, и то на начин да се оријентационо за један дан досуђује 100,00 КМ (аналогно замјенској новчаној казни за један дан затвора/притвора), с тим да на висину накнаде штете (односно на то да ли ће иста бити одмјерена испод или изнад износа од 100,00 КМ и колико испод/изнад) утичу и све друге околности случаја (нпр. кривично дјело које је оштећеном стављено на терет, ранију осуђиваност, друштвени статус у заједници прије и послје издржавања лишења слободе, утицај лишења слободе на здравствено стање, околности везане за породицу и слично).*

На састанку Панела, одржаном 22.12.2014. године, није постигнут консензус поводом предложених оријентационих критеријума. Учесници Панела нису сагласили са предложеним критеријумима, а ВСРС је изнио ставове тога суда који не подржавају методологију израчунавања новчане накнаде нематеријалне штете за физичке болове, страх, душевне болове због умањења животне активности и наружености. Закључком број 4. са истог састанка констатовано је да је потребно додатно консултовање судова о овом питању.

Поларизација ставова се јавља у два правца: један пол мишљења сматра да је ово корисно и практично рјешење које служи као помагало у раду судова, које се афирмисало у раду судија у Федерацији БиХ и у окружењу и да је подржано праксом Европског суда за људска права. Други пол мишљења, који претеже у Врховном суду Републике Српске, у крајњој линији налази да је овакво прописивање оријентационих критеријума за обрачунавање новчане накнаде нематеријалне штете незаконито. Пошто се ставови панелиста нису усагласили о питању оправданости постојања оријентационих критеријума на цијелом правном подручју БиХ, преурањено је и уједначавање

оријентационог износа за неосновано притварање (сва 100 КМ по дану), као и истицање потребе да се и за неосновано изречене мјере забране утврди уједначена накнада нематеријалне штете износа.

У међувремену, на сједницу Панела 18.6.2015. године, пристигао је приједлог оријентационих критеријума, који је припремио Врховни суд Републике Српске и који изгледа овако:

### ***ОРИЈЕНТАЦИОНИ КРИТЕРИЈУМИ за утврђивање висине правичне новчане накнаде нематеријалне штете***

Ови оријентациони критеријуми имају за циљ да се уједначи примјена одредбе члана 200. Закона о облигационим односима.<sup>383</sup>

Оријентациони критеријуми не представљају математичку формулу која аутоматизмом служи за израчунавање правичне новчане накнаде, јер у примјени наведеног прописа ваља увијек имати на уму све околности конкретног случаја.

Наведени критеријуми примјењују се на парничне поступке за накнаду нематеријалне штете у свим степенима суђења.

### ***ФИЗИЧКИ БОЛОВИ***

Оријентациони критеријуми и износ за утврђивање висине накнаде за физичке болове (по данима):

- јаки болови - оријентационо 70,00 КМ,
- средњи болови - оријентационо 40,00 КМ и
- слаби болови - оријентационо 10,00 КМ.

Код утврђивања износа накнаде треба имати на уму да су трајање и јачина физичких болова два нарочито важна елемента за досуђивање правичне новчане накнаде, али суд мора водити рачуна и о другим околностима случаја.

При томе, нелагодности у току лијечења (нпр. краћа несвјестица, хоспитализација, везаност за кревет, разне врсте имобилизација и фиксација, рендгенско снимање, број операција, инфузија, трансфузија, инјекције, превијање рана, одстрањивање шавова, употреба инвалидских колица, боловање, посјеђивање амбуланте, физиотерапија, трајање рехабилитационог поступка и сл.) које трпи оштећени разматрају се у оквиру накнаде за физички бол.

<sup>383</sup> Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85 и 57/89, „Службени лист РБиХ“, бр. 2/92 и 13/93, „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 29/03 и 42/11, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04, „Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ“, број 23/06.

Када ће и под којим условима поједина од наведених nelaгодности прерасти у какав други самостални облик нематеријалне штете (нпр. душевни болови због смањења животне активности) ваља оцјењивати узимајући у обзир све околности случаја.

Нематеријална штета која се у одређеном облику трајно или трајније испољава представља једну штету, па се одређује један износ накнаде узимајући у обзир трајање те штете до доношења пресуде и њено трајање у будућности.

Накнаду за будућу нематеријалну штету суд може досудити у смислу члана 200. ЗОО и кад се штетне посљедице у психи оштећеника још нису испољиле ако је извјесно да ће те посљедице настати у будућности.

### **СТРАХ**

- веома јаког интензитета - оријентационо 70,00 КМ по дану,
- јаког интензитета - оријентационо 60,00 КМ по дану,
- средњег интензитета - оријентационо 30,00 КМ по дану и
- слабог интензитета оријентационо 5,00 КМ по дану.

Висина накнаде штете у већим или мањим износима у односу на ове постављене вриједности одређује се као и код физичких болова, односно по члану 200. ЗОО, имајући у виду и све остале околности конкретнег случаја.

Правична новчана накнада за претрпљени страх досуђује се ако околности случаја, а нарочито трајање и јачина страха, то оправдавају.

### **ДУШЕВНИ БОЛОВИ ЗБОГ СМАЊЕЊА ЖИВОТНЕ АКТИВНОСТИ**

- до 20% оријентационо од 2.000,00 КМ до 4.000,00 КМ,
- преко 20 до 40% - оријентационо од 5.000,00 КМ до 10.000,00 КМ,
- преко 40 до 60% - оријентационо од 12.000,00 КМ до 24.000,00 КМ,
- преко 60 до 80% - оријентационо од 26.000,00 КМ до 44.000,00 КМ и
- преко 80 до 100% - оријентационо од 50.000,00 КМ до 70.000,00 КМ.

Корекција накнаде могућа је према обиму и тежини утврђених трајних посљедица, а као додатне критеријуме, треба цијенити животну доб, занимање оштећеног и слично. Овај облик штете је у правилу трајног карактера, али новчана накнада се може досудити и кад је смањење животне активности привремено, ако је јачег интензитета и дужег трајања, или ако то посебне околности оправдавају.

Смањење животне активности, као посебна основа за накнаду штете због душевних болова, обухвата сва ограничења у животним активностима оштећеника које је остваривао или би их по редовном току ствари у будућности извјесно остваривао. Под ограничењем се подразумијева и обављање активности уз повећане напоре или под посебним условима.

Код одмјеравања висине накнаде овог вида штете не узима се у обзир само проценат умањења животне активности него и све ове наведене околности.

**ДУШЕВНИ БОЛОВИ ЗБОГ НАРУЖЕНОСТИ**

- јаки степен наружености - оријентационо од 4.000,00 КМ до 7.000,00 КМ,  
 - средњи степен наружености - оријентационо од 3.000,00 КМ до 5.000,00 КМ и

- лаки степен наружености - оријентационо од 700,00 КМ до 1.500,00 КМ.

Корекција накнаде могућа је зависно од животне доби, занимања оштећеног, локације повреде и сл. Пол оштећеног, сам по себи, не утиче на висину накнаде по овом основу.

Основ за признање новчане накнаде за наруженост није само у томе да ли је и у којој мјери измијењена вањштина оштећенога изазива у околини гађење, сажалење или друге негативне реакције већ се у разумној мјери узимају у обзир и субјективна мјерила о утицају свих елемената (измијењена вањштина, примјетност, обим и слично) на психичку равнотежу оштећенога. Дакле, суд треба водити рачуна једнако о објективним и о субјективним околностима.

**ДУШЕВНИ БОЛОВИ ЗБОГ СМРТИ БЛИСКОГ СРОДНИКА**

*(брачни и ванбрачни партнер/супружник, дијете, губитак плода, родитељи, браћа и сестре):*

- за случај смрти брачног и ванбрачног партнера/супружника и дјетета - оријентационо 20.000,00 КМ;

- за случај губитка плода родитељима - оријентационо од 7.000,00 КМ до 20.000,00 КМ (зависно од старости плода и евентуалног губитка репродуктивне способности);

- за случај смрти родитеља - оријентационо 20.000,00 КМ и

- за случај смрти брата или сестре - оријентационо 7.000,00 КМ.

Правична новчана накнада за душевне болове дјетета због смрти родитеља представља накнаду како за бол изазвану самим сазнањем за смрт, тако и за све касније болове које дијете трпи због губитка родитеља – љубави, његе и пажње коју би му родитељ пружао, па припада дјетету које због узраста није могло осјетити бол због саме смрти родитеља, јер је у питању накнада за јединствени облик нематеријалне штете.

**ДУШЕВНИ БОЛОВИ ЗБОГ НАРОЧИТО ТЕШКОГ ИНВАЛИДИТЕТА БЛИСКЕ ОСОБЕ**

- за случај нарочито тешког инвалидитета брачног и ванбрачног партнера/супружника и дјетета - оријентационо од 10.000,00 КМ до 20.000,00 КМ и

- за случај нарочито тешког инвалидитета родитеља - оријентационо од 10.000,00 КМ до 15.000,00 КМ.

## НАКНАДА ШТЕТЕ ЗБОГ НЕОПРАВДАНЕ ОСУДЕ ИЛИ НЕОСНОВАНОГ ЛИШЕЊА СЛОБОДЕ (ПРИТВАРАЊА) И ИЗРЕЧЕНИХ МЈЕРА ЗАБРАНЕ

- оријентационо 100,00 КМ по дану.

Код оцјене висине накнаде проузроковане нематеријалне штете због неоправдане осуде или неоснованог лишења слобода (притварања), у правилу, као основни параметар треба узети вријеме проведено на издржавању затворске казне, односно вријеме проведено у притвору, и то на начин да се оријентационо за један дан досуђује 100,00 КМ (аналогно замјенској новчаној казни за један дан затвора/притвора), с тим да на висину накнаде штете (односно на то да ли ће иста бити одмјерена испод или изнад износа од 100,00 КМ и колико испод/изнад) утичу и све друге околности случаја (нпр. кривично дјело које је оштећеном стављено на терет, ранију осуђиваност, друштвени статус у заједници прије и послје издржавања лишења слобода, утицај лишења слобода на здравствено стање, околности везане за породицу и слично).

Ми смо презентовали оба приједлога да би заинтересовани читалац сам могао да изврши поређења и изведе одговарајуће закључке о могућности премотавања уочених разлика у приједлозима оријентационих критеријума два ентитетска врховна суда чија пракса је од највећег значаја и чије разлике највише доприносе неједнакој заштити грађанских права у Босни и Херцеговини, под условом да нису усаглашени.

Наше је мишљење, с обзиром на значај усаглашавања судске праксе по извјесност остваривања грађанских права, правну сигурност и повјерење у правосуђе, да радикална одбрана посебних концепата не доприноси овим високим правним вриједностима. Ријеч је о техници примјене правних норми која не задира у постојећа законска рјешења, него жели да допринесе њиховој правилној и праведној примјени, до доношења законских рјешења која би отклонила сврсисходност доношења оваквих оријентационих критеријума, јер би та законска рјешења омогућила судовима да доносе одлуке не стварајући неусаглашену, противрјечну и неизвјесну судску праксу. У прилог нашем ставу износимо ставове ЕСЈП, који показују да усвајање Оријентационих критеријума не представља поступање супротно Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода и пракси Европског суда за људска права.

У пресуди Клауз против Хрватске налазимо становиште Европског суда за људска права о примјерености постојања оријентационих критеријума, јер „*критерији поједностављују судачку дискрецију у оцјењивању висине накнаде која се додјељује за нематеријалну штету*“. Поред тога, истиче се потреба постојања транспарентне судске праксе, на примјеру незаконитог притварања, која би била доступна странкама како би поставиле одмјерене захтјеве за накнаду тог вида нематеријалне штете, те без тога није могуће утврдити шта би био „разуман“ захтјев новчане накнаде нематеријалне штете. С тим у вези је цитат сљедећи цитат из Пресуде Strasbourg 18. српња/јула



2013. године (коначна 9.12.2013) у предмету Клауз против Хрватске, како слиједи:

„88. С тим у вези Суд најприје понавља да је изнимно тешко процијенити нематеријалну штету, те да то често укључује истраживање ранијих предмета како би се на темељу сличних околности утврдио вјеројатни износ накнаде штете (види предмет Станков, претходно цитирано, ставак 62.). У предмету Станков Суд је пресудио да је дошло до повреде права приступа суду, првенствено јер је утврдио да се подносиатеља захтјева не може окривити због постављања високе цијене „вриједности” слободе у ситуацији у којој Влада није доказала да постоји развијена или доступна судска пракса одређивања висине накнаде за незаконито притварање. У том случају није било јасно како би било тко, па и правник, могао утврдити што би у подносиатељеву случају био „разуман” захтјев (види предмет Станков, loc. cit.).

89. Међутим, то није у потпуности тако у овом предмету. Према стајалишту Суда очито је да у Хрватској постоје критерији који поједностављују судачку дискрецију у оцјењивању висине накнаде која се додјељује за нематеријалну штету, конкретно: Смјернице из 1995. и Смјернице из 2002. (види претходне ставке 30.–31.) које је Врховни суд донио управо у ту сврху. Иако се чини да Смјернице из 1995. нису објављене, подносиатељ није тврдио да су његовој пуномоћници биле недоступне нити постоје докази који би на то упућивали. Насупрот томе, чињеница да износи које је подносиатељева пуномоћница тражила на име накнаде за физичке болове (15.000,00 ХРК) и страх (20.000,00 ХРК) нису претјерани у упоредби с горњим границама прописаним Смјерницама из 1995. (5.000,00 ДЕМ, односно 18.600,00 ХРК за физичке болове те 3.000,00 ДЕМ, односно 11.160,00 ХРК за страх) упућује на то да је подносиатељева одвјетница била упозната с тим Смјерницама (види претходне ставке 13. и 30.).

90. Суд даље примјећује да се највећи дио подносиатељевог захтјева за накнаду штете (335.000,00 ХРК) односио на душевне боли претрпљене због полицијског злостављања. У односу на ту врсту нематеријалне штете, подносиатељ је тражио 300.000,00 ХРК, но домаћи су му судови додијелили само 5.000,00 ХРК. С тим у вези, Суд примјећује да ни Смјернице из 1995. ни Смјернице из 2002. не наводе никакве износе гледе ове врсте штете, као и да судска пракса Врховног суда не упућује на то колика би била примјерена висина накнаде за ту врсту штете која се, у смислу чланка 200. Закона о обвезним односима из 1978. (види претходни ставак 29.) сматра штетом насталом због повреде права личности. Успркос тому, узимајући у обзир износе накнаде наведене у Смјерницама из 1995. за најтеже врсте нематеријалне штете попут смрти блиског сродника (15.000,00 ДЕМ, односно 55.800,00 ХРК) или тешког инвалидитета члана уже обитељи (20.000,00 ДЕМ, односно 74.400,00 ХРК), Суд сматра да су подносиатељ захтјева односно његова пуномоћница, иако можда нису имали јасну смјерницу, имали барем назнаку да је потраживање од 300.000,00 ХРК за душевне боли претрпљене због злостављања службених тијела вјеројатно претјерано. Гледе подносиатељева аргумента да се његов тужбени захтјев не би требао сматрати претјераним

јер сврха накнаде није само обештећење жртве, већ и одвраћање од будућег непримјереног поступања (види претходни ставак 75.), Суд примјећује да хрватски закон не предвиђа одштету казнене нарави (види претходни ставак 29.)“.

### 3. Затезне камате на потраживање новчане накнаде нематеријалне штете

Право на правичну новчану накнаду нематеријалне штете конституирано је одредбом члана 200. Закона о облигационим односима у ФБиХ, Републици Српској и Брчко Дистрикту БиХ.<sup>384</sup> Основ за досуђивање правичне новчане накнаде (новчане сатисфакције) постоји, према одредби члана 200. став 1. ЗОО, ако је нематеријална штета повријеђеном настала због **претрпљених**<sup>385</sup> физичких болова, **претрпљених** душевних болова због смањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободе или права личности, смрти блиске особе те за страх, ако околности случаја, а нарочито јачина болова и страха и њихово трајање то оправдавају. У погледу утврђивања висине правичне накнаде нематеријалне штете мјеродавна је одредба члана 200. став 2. према којој суд треба приликом одлучивања о захтјеву за правичну новчану накнаду нематеријалне штете из законом допуштених основа наведених у одредби става 2. истог члана ЗОО те о одређивању висине новчане накнаде водити рачуна о значају повријеђеног добра и циљу накнаде, као и о томе да се њоме не погодује тежњама неспојивим с њеном природом и друштвеном сврхом. Као што смо већ наводили, процјена правичне новчане накнаде правилном примјеном наведене одредбе представљала је, од доношења Закона о облигационим односима, проблем у судској пракси који је стално подстицао контроверзе и различито рјешавање истог питања. Навели смо настојања да се ово питање превазиђе (не и ријеши) доношењем оријентационих критеријума као правних ставова врховних судова.

Када се утврди висина износа захтјева за накнаду нематеријалне штете, Закон је, одредбом члана 186, прописао рок доспјелости, од тренутка настанка штете. Ова, на први поглед једноставна и саморазумљива одредба до дан данас изазива контроверзе у судској пракси. О томе ћемо нешто касније. Ако би се утврдио рок доспјелости, тада би се могле рачунати и посљедице дужничке доцње са испуњењем новчане обавезе настале стварањем облигационог односа накнаде нематеријалне штете. Од тренутка доласка дужника у доцњу он дугује осим главнице и затезне камате, по основу одредбе члана 277. став 1. ЗОО.

<sup>384</sup> „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/79, 39/85 и 57/89, „Службени лист РБиХ бр. 2/92, 13/93 и 13/94, „Службене новине ФБиХ“, бр. 29/03 и 42/11, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/79, 39/85 и 57/89, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 17/93, 3/96 и 74/04.

<sup>385</sup> Закон користи овај глагол у прошлом глаголском времену (перфекту)!

Проблем је настао поводом тражења одговора на питање: када је штета настала или када дужник накнаде нематеријалне штете пада у доцњу. О том питању судска пракса је, кроз еволуцију својих ставова, различито одговарала. Тако је, Начелно мишљење проширене Опште сједнице Врховног суда Југославије од 19. и 20. октобра 1970. године (Начелно мишљење 1/70), прије доношења Закона о облигационим односима, гласило: *„Затезна камата на новчано потраживање накнаде штете тече од сљедећег дана од када је оштећеник позвао дужника да накнади штету, односно од сљедећег дана од дана када је поднио тужбу којом остварује захтјев за накнаду штете.“* Према овом начелном мишљењу, затезна камата може тећи од два различита рока: од дана поношења захтјева или од дана подношења тужбе. Потраживање затезне камате доспијева сваког дана све до измирења главне обавезе, а застаријева у року од три године од дана доспијећа.

Након доношења Закона о облигационим односима Заједничка сједница Савезног суда, врховних судова република и аутономних покрајина и Врховног војног суда од 25. јануара 1979. године (Начелни став број 1/79) усвојила је начелни став, који гласи:

*„Затезне камате на новчано потраживање о накнади нематеријалне штете теку од тренутка настанка штете.“*

Коментатори истичу да је овакав став погодовао оштећеном.<sup>386</sup>

Даљња еволуција, преко критика упућених претходном ставу судова резултирала је начелним ставом Заједничке сједнице Савезног суда, врховних судова република и аутономних покрајина, те Врховног војног суда од 27. до 29. маја 1987. године, који гласи:

*„Затезна камата на правичну новчану накнаду нематеријалне штете тече од дана доношења првостепене пресуде којом је накнада одређена.“*

*„Приликом одлучивања о висини правичне новчане накнаде суд ће узети у обзир и вријеме протекло од настанка штете до доношења одлуке, ако дужина чекања на сатисфакцију и друге околности случаја то оправдавају.“*

Овај став, по мишљењу коментатора, погодује штетнику.<sup>387</sup>

Судови у Републици Српској су доскора слиједили овај начелни став из 1987. године.

Према Закључку који је донио Врховни суд ФБиХ 9.4.2003. године:

*„Затезна камата на правичну новчану накнаду нематеријалне штете тече од дана подношења тужбе.“*<sup>388</sup>

Уставни суд БиХ је у Одлуци број: АП-1757/06, од 8. јула 2008. године, поновио одредбу члана 186. ЗОО да затезну камату треба досудити од тренутка настанка штете.<sup>389</sup>

<sup>386</sup> Маријана Омерчаушевић, судија Врховног суда ФБиХ, реферат рађен за потребе Панела о уједначавању судске праксе из грађанске области, одржан 26.3.2015. године, стр. 4.

<sup>387</sup> Ibid.

<sup>388</sup> Билтен судске праксе Врховног суда БиХ, број 2002/2003 и број 1/05.

<sup>389</sup> Маријана Омерчаушевић, о. с., стр. 5.

Врховни суд Републике Српске је ускладио своју праксу на начин да законска затезна камата на доспјелу накнаду нематеријалне штете тече од дана настанка штете-штетног догађаја.<sup>390</sup>

Врховни суд ФБиХ данас промовише став по којем:

*„Затезна законска камата на правичну новчану накнаду нематеријалне штете тече од дана подношења тужбе, осим када је тужба поднесена прије 22.6.1998. године, у ком случају затезна камата тече од 22.6.1998. године, као дана пуштања у оптицај новчане јединице КМ.*

*У случају кад је тужба поднесена прије 22.6.1998. године, суд ће приликом одлучивања о висини правичне новчане накнаде узети у обзир и вријеме протекло од дана настанка штете до доношења одлуке ако дужина чекања на сатисфакцију и друге околности случаја то оправдавају.“<sup>391</sup>*

У погледу приједлога закључка Панела о уједначавању судске праксе из грађанске области, одржаном 26.3.2015. године, о питању одређивања доспјелости законских затезних камата на правичну новчану накнаду нематеријалне штете, Врховни суд ФБиХ определијели се за иницирање законских измјена, односно доношење измјена и допуна важећег Закона о облигационим односима ФБиХ, РС и Брчко Дистрикта БиХ, усвајањем одредбе члана 346. Нацрта ЗОО са стањем 16.6.2003. године,<sup>392</sup> док се Врховни суд Републике Српске определијели за враћање свом дугогодишњем ставу да затезна законска камата на правичну новчану накнаду нематеријалне штете тече од тренутка доношења првостепене пресуде.<sup>393</sup>

Занимљив је став Суда Босне и Херцеговине изражен у образложењу пресуде број: С1 3 П 006076 14 Рев, који гласи: *„Ревизијом тужиоца се оспорава одлука и у дијелу којим је одлучено о законским затезним каматама које су досуђене на име нематеријалне штете, почев од 5.6.2013. године, а не од дана подношења тужбе 6.6.2011.године, како је тражено постављеним тужбеним захтјевом. Наиме, у побијаној одлуци је јасно образложено да се због своје специфичне природе нематеријална штета не може репарирати ни приликом штетног догађаја, а ни касније, те се њени учинци само смањују новчаном накнадом као сатисфакцијом. Обим ове сатисфакције у смислу чл. 394. Закона о облигационим односима може бити познат тек када на правно обвезујући начин буде изражен бројем новчаних јединица, слиједом чега ни затезна камата по чл. 277. Закона о облигационим односима не може тећи док тај број новчаних јединица није одређен, пошто су тада испуњени сви услови за ту посљедицу дужникове доцње.“* Исти став Суда БиХ је експлицитно изражен: *„Рок од када почиње зарачунавање затезних камата на утврђени износ дуга новчане накнаде нематеријалне штете почиње од дана правоснажности судске одлуке којом је утврђен новчани*

<sup>390</sup> Ibid., Одлука Врховног суда РС, број: 86 0 П 001566 09 Рев, од 2.2.2011. године.

<sup>391</sup> М. Омерчаушевић, о. с. стр. 6.

<sup>392</sup> Ibid., стр. 6.

<sup>393</sup> Виоланда Шубарић: Затезне камате на накнаде нематеријалне штете, реферат изложен на Панелу о уједначавању судске праксе из грађанске области, одржаном 26.3.2015. године, стр. 6.

*износ дуга, односно потраживање повјериоца, оштећеног као тужиоца.*<sup>394</sup> Овакав приједлог за рачунање рока почетка зарачунавања законских затезних камата на новчани износ правичне накнаде нематеријалне штете изнијели су чланови Апелационог ревизионог вијећа Суда Босне и Херцеговине на засједању Панела за уједначавање судске праксе у грађанској области, одржаном 26.3.2015. године.

Врховни суд Републике Хрватске подржава слједећи став: *„У односу на законску затезну камату коју је другоступањски суд досудио од дана доношења првоступањске пресуде па до исплате, овај суд такођер прихвата да је правилно примијењена одредба чл. 1103. ЗОО, јер обвеза правичне новчане накнаде достијева даном подношења писаног захтјева или тужбе, осим ако је штета настала након тога, а у конкретном случају обзиром да је тужитељу висина накнаде неимовинске штете одређена на дан закључења главне расправе у цијелости треба узети да накнада неимовинске штете достијева у том тренутку, а што је прихваћено правно стајалиште овог суда.*<sup>395</sup> Одредба чланка 1103. Закона о обвезним односима<sup>396</sup> Републике Хрватске гласи: *„Обвеза правичне новчане накнаде достијева даном подношења писаног захтјева или тужбе, осим ако је штета настала након тога.“*

Слично ЗООРХ одређује и Нацрт ЗООФБиХ/РС са стањем на дан 16.6.2003. године одредбом члана 346. (ЗОО 277. измијењен), чији став 2. гласи: *„Затезна камата на потраживања новчане накнаде штете због оштећења или уништења ствари и на накнаду нематеријалне штете тече од подношења писаног захтјева за плаћање накнаде (опомена или тужба).“*

Горенцов коментар ЗООРХ о томе је слједећи: *„Овом одредбом Закон отклања двојбу достијећа накнаде имовинске штете (од тренутка настанка штете или пак од тренутка доношења пресуде о одговорности за проузрочену штету). Доспјелост накнаде имовинске штете од тренутка настанка штете утврђена је тако по сили закона, а судска одлука има деклараторно значење. Сходно овој одредби, од тренутка настанка штете оштећеник има право захтијевати поправљање штете, док је одговорна особа у обавези од тог тренутка штету поправити. Тренутак достијећа имовинске штете одређује кад дужник долази у закашњење с испуњењем обвезе, па с тим у вези и његову обавезу плаћања законских затезних камата (чл. 29.). Исто тако достијеће обвезе битно је с аспекта пријелаза права, односно обвеза, из ове основе на наслједнике за случај смрти одговорне особе, односно оштећеника.“*

У домаћој правној теорији запажен је слједећи исказ: *„Ког момента је за штетника, односно одговорно лице настала обавеза на накнаду штете, тј. ког момента је дошло до успостављања облигационог односа између оштећеног и штетника, односно одговорног лица? Ово из разлога,*

<sup>394</sup> Из образложења пресуде Ревизионог вијећа Апелационог управног одјељења Суда Босне и Херцеговине, број: С1 3 П 004731 12 Рев, од 11.12.2012. године.

<sup>395</sup> Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, број: Ревр 655/12-2, од 23. листопада/октобра 2013. године.

<sup>396</sup> „Народне новине“, број 35/05.

*што њеним успостављањем она и доспијева, па се мора и извршавати, а то значи и накнада пружити. Да ли је обавеза на накнаду штете успостављена у моменту проузроковања штете, с тим да су испуњени сви услови за деликтну грађанскоправну одговорност, или је обавеза накнаде штете успостављена у моменту доношења правоснажне одлуке? Стоји се на становишту да је обавеза накнаде штете настала у моменту проузроковања штете, ако су испуњени сви потребни услови за деликтну грађанскоправну одговорност (члан 186). Ови из разлога што се проузроковање штете другоме противправном радњом сматра правном чињеницом која доводи до настанка облигационог односа, представља извор настанка облигације. Евентуална судска одлука ће имати само декларативан карактер, само ће констатовати постојање обавезе на накнаду штете за одређено лице и установљење њене висине. Суд ће одређивати висину обавезе накнаде штете увијек онда када се оштећени и штетник, односно одговорно лице не могу о томе сагласити.*<sup>397</sup>

Судска пракса би морала бити сензибилнија на сагласне ставове правних теоретичара. Тачно је, како Горенц наводи, „по сили закона“ одређено вријеме доспјелости облигације на накнаду штете, посебно важећом одредбом члана 186. Закона о облигационим односима. Исто тако и Горенц и Лоза сагласни су да пресуда има само декларативно дејство и задатак је суда да утврди дан настанка штете. То је фактичко питање пресудно за правилну примјену материјалног права.

Уставни суд Босне и Херцеговине, по свему судећи, заузео је исправан став, у својој одлуци број: АП-1757/06, у ставу 43. се наводи: „...чланом 186. Закона о облигационим односима прописано је да се обавеза накнаде штете сматра доспјелом од тренутка настанка штете. Надаље, чланом 277. наведеног закона прописано је да дужник који закасни с испуњењем новчане обавезе дугује, поред главнице, и затезну камату. Стога, према мишљењу Уставног суда, иако наведеним члановима експлицитно није наведено од када се затезна камата досуђује при материјалној штети, ипак, из наведених законских одредаба произилази да би затезну камату у случају материјалне штете требало досудити од дана настанка штете.”<sup>398</sup>

С обзиром на ауторитативност одлука Уставног суда БиХ, који, када одлучује по апелацијама, наступа као касациони суд у односу на одлуке Суда Босне и Херцеговине, врховних судова ентитета и Апелационог суда Брчко Дистрикта БиХ, његов је став по питању доспјелости правичне новчане накнаде нематеријалне штете коначан и обавезујући.

Имајући у виду ауторитативност става Уставног суда БиХ о овом питању, могло би се предложити да законске затезне камате теку од подношења захтјева за накнаду штете ако се облигација за накнаду нематеријалне

<sup>397</sup> Богдан Лоза: Облигационо право - општи дио, „Службени гласник“, Београд, 2000. године, стр. 250.

<sup>398</sup> Наведено према: М. Омерчаушевић, о. с., стр. 5, која након овог цитата додаје: „Исти правни став овај суд има и када је у питању доспијеће затезних камата на досуђену накнаду нематеријалне штете.“



штете формира од тог тренутка, вансудским путем. Ако је захтјев за накнаду нематеријалне штете утужен, дио правосуђа у БиХ предлаже да законска затезна камата почиње тећи од доношења правоснажне пресуде у висини и обиму утврђеном од стране суда, који је поступио сагласно одредби члана 200. Закона о облигационим односима. Чланом 200. ЗОО прописани су услови и метод утврђивање висине накнаде, тако да се не може сам постављени захтјев третирати као правично одмјерен, мада би новчана сатисфакција била подобна за утврђење самим постављањем захтјева од стране оштећеног лица које би само одредило колики новчани износ би њему приуштио задовољење, ублажавање болова и патњи које трпи. Тек када суд, након проведеног поступка, утврди новчани износ правичне накнаде нематеријалне штете и када та одлука постане правоснажна, можемо говорити о одређеној новчаној облигацији. Тек на тако одређени новчани износ, уколико тај износ дужник не исплати у парцијалном року може почети да тече законска затезна камата. Сва ова хипотетичка рјешења различито утичу на обим новчаног износа, односно обим права на правичну новчану накнаду било повјериоца, тј. оштећеног или дужника, штетника, односно одговорно лице.

Имајући у виду став Уставног суда по којем је облигација на накнаду штете доспјела од дана настанка штете, може се рећи да је тиме само досљедно цитирана законска одредба која тако и гласи. Међутим, то није довољан одговор за разрјешење дилема судске праксе, јер су те дилеме значајне за правилну примјену права у овој материји. Због тога би, ако би се уважавали ставови из судске праксе, *de lege ferenda*, требало, у најмању руку, новелирати ову одредбу члана 186. ЗОО тако што би гласила да *облигација на накнаду штете настаје проузроковањем штете, а да ће доспјети када се фиксира њен утврђени новчани износ, односно одреди се радња, чиниоба новчане облигације правичне накнаде нематеријалне штете.*

Међутим, стање *de lege lata* није упитно. Ако упоредимо законске одредбе о питању застарјелости потраживања из основа уговора, оне прописују да рок застарјелости тече од доспјелости конкретне обавезе до истека законом предвиђеног рока за конкретну уговорну облигацију. У деликтној одговорности доспјелост наступа увијек у исто вријеме, од тренутка настанка штете.<sup>399</sup> Деликтна одговорност подразумијева субјективни рок, који тече од сазнања за причињену штету и штетника и износи три године<sup>400</sup> и објективни, крајњи рок за захтјев за накнаду штете, који износи пет година, од када је штета настала.<sup>401</sup> Затезна камата се дугује од падања дужника у доцњу с испуњењем новчане обавезе.<sup>402</sup> Дужник долази у доцњу<sup>403</sup> ако, у случају накнаде нематеријалне штете, не испуни обавезу, не накнади оштећеном штету, у року одређеном за испуњење.<sup>404</sup> Ако, хипотетички посматрано,

<sup>399</sup> Члан 186. ЗОО.

<sup>400</sup> Став 1. члана 376. ЗОО.

<sup>401</sup> Став 2. члана 376. ЗОО; види: Оливер Антић, Облигационо право, „Службени гласник“, Београд, стр. 446.

<sup>402</sup> Став 1. члана 277. ЗОО.

<sup>403</sup> Члан 324. ЗОО.

<sup>404</sup> Став 1. члана 324. ЗОО.



рок за испуњење не би био одређен, дужник би пао у доцњу након позива повјериоца да испуни обавезу вансудски или започињањем судског поступка<sup>405</sup>. Ово хипотетичко излагање у случају накнаде штете није примјењиво, јер је рок за испуњење законом одређен. Задатак суда је да закон поштује, да га примјењује ако су одредбе јасне и онда им и не треба тумачења. Судски ангажман није да законске одредбе прилагођава у толикој мјери да мијења њихово значење и смисао, да помјера рок доспјелости обавезе на накнаду штете. Све тешкоће које важеће законске одредбе привидно стварају могу се отклонити досљедном примјеном процесних правила и материјалних норми, коју може подржати правилна и законита декларативна изрека пресуде. Сигурно је да утврђивање судске истине о чињеницама момента настанка, односно проузроковања штете није претежак задатак за наше судове, јер ово фактичко питање има одлучујући значај и за ток затезних камата у случају доцње са исплатом главне обавезе, правичне новчане накнаде нематеријалне штете.

### Закључак

Одредбе главе XXXII ЗКПБиХ „поступак за накнаду штете“, рехабилитацију и остваривање других права лица неоправдано осуђених и неосновано лишених слободе прописују субјекте облигационог односа на накнаду штете. Правила ЗКПБиХ садрже одредбе о специфичним видовима материјалне и нематеријалне штете који су типични за повреду права на слободу „судском заблудом“ и упућују на супсидијарну примјену одредаба Закона о облигационим односима о накнади материјалне и нематеријалне штете. Одговорност државе за накнаду штете је самостална и објективна те је због тога гаранција ефикасног остварења права оштећеног на накнаду.

Право на судску заштиту не би требало бити условљено претходним обраћањем надлежном министарству за споразумно рјешавање захтјева за накнаду штете, јер је то супротно међународноправним документима који, у правном систему БиХ, имају приоритет у примјени над домаћим законима.

Расправљани вид заштите права личности требало би да задржи тежиште на нематеријалним облицима сатисфакције, а материјалним облицима сатисфакције, односно правичној новчаној накнади треба придавати акценорни значај и евентуалну примјену у нарочито оправданим случајевима. Тако како је и пјесник давно испјевао стих у славу права на слободу: *“Сва сребра, сва злата, сви људски животи, не могу бит плата твој чистој љепоти.”*

Правична накнада у облигационим праву подразумијева новчани еквивалент за претрпљену штету. Мада се употребљава као термин код накнаде нематеријалне штете овај еквивалент је могућ уистину само код материјалне

---

<sup>405</sup> Став 2. члана 324. ЗОО.

штете. Када се накнађује нематеријална штета, није могуће говорити о новчаном еквиваленту.

Несумњиво да пажњу и подршку правничке јавности, као и критичко промишљање правних теоретичара и практичара, заслужују предложена рјешења оријентационих критеријума, која се протежу преко *модела тарифирања* и супротног *модела минимума и максимума* као оквира у којем би се кретала судска пракса приликом досуђивања правичне новчане накнаде нематеријалне штете.

Ставови Панела за уједначавање судске праксе, који су организовани на иницијативу СТСВБиХ и уз подршку Савјета Европе, због уставне организације правосуђа у Босни и Херцеговини, нису на нивоу ауторитативности какву су својевремено имали ставови Врховног суда БиХ или ставови Заједничке сједнице врховних судова у Југославији. Тако је било јер су доносиоци ставова били највиши суверени судске власти на својој територији. Данас, према статусу у БиХ, врховни судови ентитета, Суд БиХ и Апелациони суд Брчко Дистрикта БиХ нису највиши суверени судске власти на цијелом државном подручју. Држава је једна, а правна подручја су умножена. Највиши суверен судске власти у БиХ, на цијелој територији, јесте Уставни суд БиХ. Мада нормативно, то није тако изричито казано, уставном додјелом апелационе надлежности Уставни суд БиХ је, *de facto*, у улози врховног касационог суда и ауторитативно је надређен свим судским инстанцама у БиХ. Отуда се прича о Врховном суду у БиХ, оvdје и сада, на томе завршава.

## ACTUALITY IN CIVIL LAW PROTECTING THE RIGHTS TO FREEDOM AND OTHER RIGHTS OF PERSONS

Constitutional predispositions had caused legal development post-dayton Bosnia and Herzegovina. Modernization and harmonization of civil law have been developing rapidly but it has stopped suddenly, because of reduction of support from international community. Internal harmonization is affirmed less than harmonization of domestic law to EU acquis. In the moment, equalization of court praxis in civil law matters shows up as necessary precondition for establishing rule of law.

Проф. др Бранко Мораит, судија Суда БиХ

## СПЕЦИФИЧНОСТИ НАКНАДЕ ШТЕТЕ ПО ЗАКОНУ О ЗАШТИТИ ОД КЛЕВЕТЕ<sup>406</sup>

### Апстракт

У чланку аутор излаже специфичности рјешења Закона о заштити од клевете и њихову усклађеност са рјешењима Закона о облигационим односима. Законодавац у Босни и Херцеговини је мотивисан афирмацијом “слободе изражавања” као прве пратиље модерне демократије. Због тога је изузео накнаду штете од клевете у односу на друге видове материјалне и нематеријалне штете и њихове накнаде прописане Законом о облигационим односима и годинама провјераваним у судској пракси.

**Кључне ријечи:** клевета, јавно информисање, слобода изражавања, накнада штете.

### Увод

Према одредби члана 11. Закона о заштити од клевете (у даљем тексту: ЗоК) под накнадом штете за клевету обухваћена је накнада и материјалне и нематеријалне штете. У Закону о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО) ова два вида накнаде штете уређена су са двије одредбе. Одредба члана 198. ЗОО уређује, као посебно питање, накнаду материјалне штете у случају повреде части и ширења неистинитих навода. Према одредби става (1) члана 198. ЗОО “*Ко другоме повриједи част као и ко износи или преноси неистините наводе о прошлости, о знању, о способности другог лица, или о чему другоме, а зна или би морао знати да су неистинити, и тиме му проузрокује материјалну штету дужан је накнадити је.*” Посебна одговорност за материјалну штету у случају изношења клевете оснива се на намјери или несавјесном поступању штетника.

<sup>406</sup> (Објављено у “Судска пракса”, Сарајево, број 65/1, стр. 9.-17); Република Српска донијела је Закон о заштити од клевете када је усвојен је на сједници Народне скупштине Републике Српске од 24, 25. и 26. јула 2001. године („Службени гласник Републике Српске“, број 37/01), а ступио је на снагу 11. августа 2001. године (у даљем тексту: ЗоК); Федерација Босне и Херцеговине усвојила је Закон о заштити од клевете у марту 2003. године („Службене новине ФБиХ“, број 19/03), а ступио је на снагу 14. маја 2003. године.

У одредби става 2. члана 198. ЗОО прописано је када се не одговара за причињену материјалну штету проузроковану клеветничким понашањем. Штетник који у заблуди, не знајући да је учинио неистинито саопштење, другоме проузрокује штету неће одговарати ако је он лично или онај коме је саопштење учињено имао у томе озбиљног интереса.

Одредбом члана 199. ЗОО предвиђен је специфичан вид накнаде нематеријалне штете због повреде права личности. Суд може наредити да се на трошак штетника објави пресуда, односно исправка неистинитог саопштења или наредити да штетник повуче изјаву којом је повреда права личности учињена, или да учини нешто друго чиме се може остварити сврха која се постиже накнадом штете. Према ЗОО, објављивање пресуде или исправке је примјерена сатисфакција која у одређеним случајевима може постићи сврху као и накнада штете и бити сурогат накнаде. За разлику од ЗОО, одредбе ЗоК придају овим мјерама значај ублажавања штете од стране штетника, а не самосталног вида накнаде штете. Тако је одредбом члана 8. ЗоК предвиђена “обавеза ублажавања” тако што је тужилац (а то је “оклеветани” према Закона о клевети) дужан да предузме све потребне мјере да ублажи сву штету узроковану наводним клеветничким изражавањем, а нарочито захтјев за исправку који упућује туженом. Из овога произилази да ће позитиван одговор туженог у виду изјаве о исправци бити цијењен као радња ублажавања штете што ће се одразити на утврђивање обима претрпљене штете.

С друге стране, постоји законом установљена, административна обавеза јавног гласила да:

- објави одговор на објављену информацију којим се допуњују чињенице и подаци у погледу истинитости и потпуности информације, а за што је предвиђена и новчана казна за прекршај главног и одговорног уредника јавног гласила,<sup>407</sup> који не може бити дужи од објављене информације, али који се не смије коментарисати приликом објављивања;<sup>408</sup>

- објави исправку објављене неистините и увредљиве информације којом су повријеђени нечије право, углед и интерес;<sup>409</sup> и то без измјена и допуна, на истом мјесту у медију који је објавио информацију, и то у првом односно најкасније у другом наредном броју штампе или у емисији РТВ програма по пријему исправке<sup>410</sup> и без истовременог коментара на објављену исправку објављене информације.<sup>411</sup> За необјављивање исправке предвиђена је прекршајна одговорност запријеђеном новчаном казном.<sup>412</sup>

Поред прекршајне одговорности због необјављивања исправке, подносилац захтјева за исправку има право на тужбу против главног и одговор-

<sup>407</sup> Закон о јавном информисању Републике Српске (пречишћени текст) утврђен је 21. априла 1997. године („Службени гласник Републике Српске“, број 10/97, у даљем тексту: ЗЈИ); члан 27. став 1. у вези са чланом 41. став 1. тачка 4. ЗЈИ.

<sup>408</sup> Члан 27. став 2. ЗЈИ.

<sup>409</sup> Члан 28. став 1. ЗЈИ.

<sup>410</sup> Члан 28. став 2. ЗЈИ.

<sup>411</sup> Члан 28. став 3. ЗЈИ.

<sup>412</sup> Члан 41. став 1. тачка 5. ЗЈИ.

ног уредника. Та тужба се може подићи ако јавно гласило одбије да објави исправку нетачне информације којом се повређује нечије право или интерес или је не објави на начин и у року који је предвиђен Законом о јавном информисању (у даљем тексту: ЗЈИ) или ако истовремено са исправком објави свој коментар исправке. Овај закон прописује и процесне одредбе тако што се као надлежни суд одређује онај на чијем је подручју сједиште, односно пребивалиште подносиоца исправке.<sup>413</sup> Истовремено се обавезује надлежни суд да одлуку по овој тужби донесе у року од 15 дана од дана пријема тужбе.<sup>414</sup>

### **Оквири за утврђивање висине накнаде нематеријалне штете**

Одредба члана 200. Закона о облигационим односима прописује могућност да се за штету за претрпљене душевне болове проузроковане повредом части, слободе или права личности може досудити правична новчана накнада, ако суд нађе да околности случаја то оправдавају. Закон дозвољава досуђивање новчане накнаде нематеријалне штете за повреду личних добара која се не могу процијенити у новчаном облику и независно од настале материјалне штете, односно досуђене накнаде материјалне штете, па и у њеном одсуству. Тиме је ЗОО разријешо дилему око досуђивања новчане накнаде за нематеријалну штету која је дуго постојала у југословенској, као и у европској правној традицији. У том смислу су, у ставу 2. члана 200. ЗОО, прописани посебни критеријуми којима је ЗОО суду поставио ограничења у погледу досуђивања износа накнаде нематеријалне штете, што говори да су дилеме и у важећој регулативи још присутне. Такав закључак произилази из формулације ове одредбе, по којој ће суд, приликом одлучивања о захтјеву за накнаду нематеријалне штете, као и о висини њене накнаде, водити рачуна о релевантним околностима, као што су: значај повријеђеног добра, циљ коме служи та накнада, као и о томе да се досуђивањем те накнаде не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом. Ове упуте и ограничења су, у југословенској судској пракси, разумијеване као својеврсна упозорења законодавца по којем је досуђивање накнаде штете за повреду личних добара нека врста изузетка од правила и да се мора уско, рестриктивно, тумачити. Ограничења која су предвиђена Законом, иду у два смјера: с једне стране, суд може да процјењује да ли ће уопште досудити такву накнаду штете, а, с друге стране, ако одлучи да постоји основ за досуђивање овог вида накнаде штете, да води рачуна да не дозволи да се досуђивањем накнаде појединцу постигне комерцијализација личних добара. Другим ријечима, суд је дужан пазити да се претјерано високи тужбени захтјев не прихвати као основ за досуђивање превисоког износа накнаде штете, како би се спријечило да се због повријеђених личних права не би неко обогатио, што би, погодовало тежњама које су неспојиве са природом накнаде нематеријалне штете и њеном друштвеном сврхом. Сматрало се, у вријеме

---

<sup>413</sup> Члан 29. став 1. ЗЈИ.

<sup>414</sup> Члан 29. став 2. ЗЈИ.

када је постојала криминализација увреде и клевете, да је кривична санкција примјеренија, а да грађанскоправна санкција треба да повријеђеном лицу донесе симболичну сатисфакцију јер, по природи повреде, она се и не може накнадити у новцу пошто се ради о нематеријалним добрима која немају свој новчани еквивалент који би суд могао узети за параметар у одлучивању. Поред тога, друштвена сврха није била богаћење појединца, јер то, у условима егалитарног социјализма, није било опортуно.

Према пракси Европског суда за људска права, у пресуди *Apicella против Италије и девет других случајева против Италије*, од 10. новембра 2004. године<sup>415</sup>, утврђен је образац за израчунавање накнаде нематеријалне штете због дужине трајања судског поступка. У Коментару, који је објављен у Правном билтену на ову пресуду, истиче се да је, усљед притиска од Савјета Европе, Италија 2001. године усвојила нов закон (*Pinto*), који пружа накнаду путем домаћег поступка лицима која су трпјела усљед одлагања поступка због недостатака судског система. Нажалост, одштета пружена овим законом показала се „потцјењивачком“ (2.500 евра за поступке који су трајали 12 година), а у овом конкретном случају је Европски суд закључио да гђа *Apicella* има право да прими додатну накнаду на име штете коју је претрпјела због одлагања. Суд је закључио да, као општа смјерница, подносиоци представке који могу да докажу да је члан 6. став 1. Конвенције повријеђен одлагањима треба да добију између 1.000 евра и 1.500 евра на име накнаде за сваку годину трајања поступка, без обзира на то да ли су подносиоци представке добили или изгубили домаћи поступак или је постигнуто пријатељско поравнање. Овај износ, међутим, може бити умањен да би се узео у обзир стандард живота у земљи, као и држање подносиоца представке ... Одштета Европског суда биће умањена и ако је подносилац представке примио пресуду домаћег суда да је захтјев „разумног рока“ члана 6. повријеђен и добио накнаду, ма како неодговарајућу, од домаћих институција. Ова основна рата треба бити увећана за 2.000 евра ако се случај односи (као *Apicella*) на питање које захтијева посебну ажурност, као што је исплата социјалног осигурања. (...) Парничари из других држава могу користити овај образац као смјерницу при изношењу таквих случајева пред Суд у Стразбуру, али остаје нејасно које ће суме бити досуђене против држава лошије економске ситуације него што је у Италији. Када домаће судије имају овлашћење да додијеле накнаду, мораће водити рачуна да не додијеле сувише скромне износе одштете.<sup>416</sup>

### Новелирање оквира за одмјеравање накнаде штете због клевете

Нова регулатива, у Закону о заштити од клевете, више је водила рачуна о заштити слободе изражавања као права медија, односно медијске слободе, а мање о ревизији, односно транзицијском прилагођавању одредаба Закона о облигационим односима новим друштвено-економским промјенама и напуштању социјалистичког погледа на нематеријалну штету и њену накнаду

<sup>415</sup> Правни билтен „Људска права у Европи“, број 60/децембра 2004., стр. 11.

<sup>416</sup> Ibid.

у законским оквирима. Тако је, у одредби члана 11. став 1. ЗоК определијелио циљ накнаде штете за клевету. Према овој одредби, накнада штете врши се искључиво са намјером надокнађивања штете нанесене угледу оштећеног, а та накнада мора бити пропорционална проузрокованој штети. Другим ријечима, угледнији оштећени имао би право на већи, а мање угледан на мањи износ накнаде штете. Наравно да овакво поједностављивање овог питања не би смјело доводити до неприхватљивих јудиката, те је законодавац, у другом дијелу исте одредбе, дао посебна мјерила или мјере о којима се мора водити рачуна приликом одмјеравања накнаде штете.

У првој групи посебних мјерила налази се упута суду да приликом одмјеравања накнаде штете води рачуна о свим околностима случаја, а нарочито о томе да ли су предузете мјере да би се ублажила проузрокована штета, као што су: - објављивање исправке; - опозивање изјаве или извињење; - оцјена чињенице да ли је штетник стекао новчану корист учињеним изношењем или проношењем изражавања, или - чињеница да би износ досуђене накнаде штете могао довести до великих финансијских проблеме или банкрота штетника.<sup>417</sup>

Све ове мјере су сегментирани видови обавезе ублажавања, чиме се иде у правцу заштите штетника од захтјева за накнаду штете који би били претјерано високи и значили неку врсту атака на слободу изражавања. Очигледно је законодавац заштиту грађана од клевете желио да сведе у одговарајући оквир у којем би опстала "слобода изражавања", као уставом зајемчено право у складу са највишим међународним стандардима утврђеним у члану 10. Европске конвенције о људским правима и основним слободама, а потврђеним од стране Европског суда за људска права, што би представљало важан допринос стварању слободе и демократије у Босни и Херцеговини.<sup>418</sup>

У прилог овој оцјени стоји и одредба по којој суд не може донијети **мјере о забрани или ограничавању изношења и проношења изражавања прије првог објављивања тог изражавања**.<sup>419</sup> Према нашем мишљењу, ова одредба садржи једну забрану и једно овлашћење. Ово је, у првом реду забрана увођења цензуре која би водила анулирању права на слободу изражавања, које је највиша вриједност установљена у јавном интересу. Стога се не може говорити о могућности примјене одредбе члана 176. Закона о облигационим односима, односно захтјева да се уклони опасност штете у примјени Закона о заштити од клевете. С друге стране, у овој одредби је садржано овлашћење да суд може донијети мјеру забране или ограничавања изношења и проношења изражавања након првог објављивања тог изражавања ако постоји могућност

<sup>417</sup> Како је то на Западу, говори нам податак како је прошао угледни дневник, „The Boston Globe“, поводом чланка објављеног 1995. године, у којем је погрешно оптужио докторицу Luiz Ajass да је прописала погрешну хемотерапију и изазвала смрт пацијента: лист је осуђен да плати 2,1 милион долара оштећеној докторици, од чега ће аутор текста сам платити 420.000 долара, а додатних 2,1 милион долара лажно оптуженој докторици исплатиће извор информација - Институт за лијечење рака, у којем је радила (према: Кемал Курспахић: „Независне новине“, 20-21.12.2003., стр 7).

<sup>418</sup> Из Образложења Нацрта закона о клевети, Министарство правде Републике Српске, Бања Лука, марта 2001. године.

<sup>419</sup> Члан 11. став 2. ЗЈИ.



и опасност да се оно понови. Сматрамо да се, у ову сврху, може користити тужба предвиђена у одредби члана 157. ЗОО, захтјев да се престане са повредом права личности. Тиме је ЗоК, као *lex specialis* дјелимично отворио могућност за примјену ЗОО као општег прописа у области заштите права личности.<sup>420</sup>

### **Привремена судска мјера забране проношења клеветничког изражавања**

Ријеч је заправо о судској мјери забране даљњег проношења изражавања, јер се мјера забране или ограничавања изношења или проношења изражавања може исходити само *post festum*, тј. тек након што штета настане<sup>421</sup> и њено изрицање је вишеструко условљено.<sup>422</sup> Да би исходило привремену мјеру забране даљњег изношења или проношења изражавања, након првог објављивања, оштећени мора доказати да је претрпио штету. ЗоК употребљава израз „учинити сасвим вјероватним“ да је изражавање изазвало штету оштећеном, као и да ће оштећени трпјети даљњу штету (будућу штету) која би настала као резултат продуженог проношења изражавања. У овом случају терет доказивања, што је процесна претпоставка, прелази на оштећеног, који мора да докаже („*учини сасвим вјероватним*“) да је претрпио штету (стварна штета, *damnum emergens*) и да ће трпјети непоправљиву штету у будућности. „*Непоправљива штета*“ је противрјечан појам, *contradictio in adjecto*. Штета се надокнађује и накнада штете служи поправљању штете. Опште је познато да су разни облици нематеријалне штете, у правилу, непоправљиви. Давање одређене накнаде и нема за циљ да поправи штету, него да оштећеном или повријеђеном досуди сатисфакцију чији је циљ задовољење. Накнада дата у име сатисфакције не даје се ради накнаде штете. Накнадити нематеријалну штету је илузоран подухват. Отуда је законска редакција ове одредбе неумјесна па чак, по нашем мишљењу, и неупотребљива од стране судске праксе, наравно, уколико сама судска пракса у примјени ове одредбе не поступи супротно од нашег мишљења.

### **Стална судска мјера забране проношења клеветничког изражавања или забране даљњег проношења таквог изражавања**

Мјера забране проношења клеветничког изражавања може се досудити у случају испуњења два кумулативна услова:

1. када је утврђено да је изражавање незаконито<sup>423</sup> и
2. када је утврђено да је лице за изношење или проношење изражавања одговорно.

<sup>420</sup> Rok Lampe: „Уређење права личности Законом о облигационим односима“, Зборник радова: „Биланс транзиције“, Марибор/Београд 2004. г.

<sup>421</sup> Члан 11. став 2. ЗоК.

<sup>422</sup> Члан 11. став 3. ЗоК.

<sup>423</sup> *Generaliter iniuria dicitur omne, quod non iure fit.* (Iust., Инст. 4,4, пр.) - *Онђенито се неправдом (инјурцијом, протуправности) назива све што се не чини (догађа) с правом.* Анте Ромац: Латинске правне изреке, стр. 271.

И у овој формулацији законски редактор се није посебно трудио да своје законодавно изражавање прилагоди код нас уобичајеној законодавноправној терминологији. По логици ствари, у овом случају може бити ријеч само о другом и наредном објављивању, јер забрана или ограничавање изношења или проношења изражавања, прије него што је оно први пут објављено, уопште није могућа, ако ћемо узимати да одредба члана 11. став 2. ЗоК уопште има снагу правне норме. Дакле, само друго и свако наредно изражавање може се забранити судском мјером, али само ако је утврђено да су односна изражавања незаконита. Значи да је потребно доказати да су конкретна изражавања незаконита у правном поступку или у поступку у којем се одлучује о трајној судској забрани изражавања. Да би изражавање било незаконито, оно треба да је неистинито. Одредба члана 35. став 2. ЗЈИ гласи: *Ако јавно гласило објави неистиниту информацију којом се нарушава углед или интерес правног или физичког лица на кога се информација односи, или којом се вређа част или интегритет појединца, износе или преносе неистинити наводи о његовом животу, знању, способностима, или на други начин вређа његово достојанство, заинтересовано правно или физичко лице има право на тужбу надлежном суду за накнаду штете против оснивача, издавача, главног и одговорног уредника и аутора информације.*“ Ова одредба директно кореспондира са одредбом члана 11. став 3. ЗоК јер рјешава питање које се изражавање сматра незаконитим, односно противправним. Противправност оштећујуће радње је један од услова грађанскоправне одговорности за проузроковану штету, јер само противправна, оштећујућа радња представља грађанскоправни деликт. Поред тога, ова одредба олакшава долажења до одговорног лица, јер су у овој одредби функционално одређена одговорна лица, а то могу бити: оснивач, издавач, главни и одговорни уредник јавног гласила (медијске куће) и аутор информације која је објављена у било којем медију информисања. Према формулацији одредбе члана 35. став 2. ЗЈИ произлази да је могућа законска солидарна облигација на страни садужника приликом утужења одговорног/одговорних лица.

Поред тога, мора се утврдити одговорност лица за изношење или проношење изражавања. Одговорно лице је оно које је дужно да накнади штету. У правилу, то је штетник за којег оштећени докаже да од њега потиче штета, односно да је он предузео штетну радњу изражавањем и да то лице може бити одговорно лице, јер је деликтно способно.<sup>424</sup>

### **Рокови застарјелости за потраживање накнаде штете по Закону о заштити од клевете**

Под роком застарјелости подразумијева се законом одређено вријеме протеком којег се облигационо субјективно право, тражбина, не може више

<sup>424</sup> Бранко Мораит: Облигационо право, књига друга, Бања Лука, 1999. године, стр. 31.

остваривати принудним путем.<sup>425</sup> Принуда се, у правничком аргоу, сматра правном принудом, која се реализује покретањем парничног поступка пред надлежним редовним судом тужбом (у формалном смислу). Сматра се да је субјективно грађанско право снабђено и овлашћењем и захтјевом, тј. да представља тужбу (у материјалном смислу). Међутим, да би тужба у материјалном смислу довела до ефективне принуде, она се равна према начелу диспозитивности, које се протеже кроз све фазе грађанског судског поступка. То значи да тужбом слободно диспонира тужилац или повјерилац. Повјерилац има право на тужбу у материјалном смислу, што је, само по себи, средство притиска на дужника да испуни дуг без покретања судског поступка. Савјесном дужнику је довољна спознаја да је облигациони однос, у којем се нашао, правни однос и као такав заштићен снагом правног поретка који се увијек може активирати тако да профункционише апарат правне принуде, који сваког ко је засновао облигациони однос и налази се на дужничкој страни може присилити да поштује тражбину повјериоца и да испуњава преузете грађанскоправне обавезе. Позната је подјела на опште и посебне застарне рокове. Општи рок има дејство као *lex generalis*, јер је његова примјена могућа на све облигационе односе уколико посебним законом није одређен неки други рок. У правилу, посебни или специјални рокови су краћи и дијеле се на субјективне и објективне. Почетак субјективног застарног рока зависи од сазнања субјекта за чињеницу или догађај од којег зависи наставак облигационог односа. Објективни застарни рок веже се за чињеницу од када је облигациони однос стварно настао независно од сазнања субјекта о томе и обично је дужи од субјективног. Посебни застарни рок застарјелости за потраживање накнаде проузроковане штете према одредбама Закона о облигационим односима дијели се на субјективни и објективни рок застарјелости. Како Закон прописује: *“Потраживање накнаде проузроковане штете застаријева за три године од кад је оштећеник дознао за штету и за лице које је штету учинило.”*<sup>426</sup> Према формулацији ове одредбе јасно је да се овдје говори о субјективном застарном року. Закон даље прописује да: *“У сваком случају ово потраживање застаријева за пет година од кад је штета настала.”*<sup>427</sup> У овој формулацији изражен је став законодавца да и онај који сазна или поднесе тужбу и након истека субјективног застарног рока јер у субјективном застарном року, из оправданих разлога, јер није могао да сазна за штету и починиоца, неће изгубити могућност да се тужбом обрати надлежном суду и захтијева правну заштиту свог права. И објективни застарни рок је застарни рок. То значи да протеком и објективног застарног рока наступа застарјелост, тј престаје право захтијевати испуњење обавезе.<sup>428</sup> Међутим, застарне рокове, па тако и објективни застарни рок, не треба схватати као преклузивне рокове. Најједноставније речено, на преклузивне рокове суд пази по службеној дужности, док на се на застару суд може оба-

<sup>425</sup> Бранко Мораит: Облигационо право, књига прва, Бања Лука, 1997. године, стр. 149.

<sup>426</sup> Члан 376. став 1. ЗОО.

<sup>427</sup> Члан 376. став 2. ЗОО.

<sup>428</sup> Члан 360. став 1. ЗОО.

зирати ако се дужник на њу позове и истакне приговор застаре. Закон јасно прописује: *“Суд се не може обазирати на застарјелост ако се дужник није на њу позвао”*<sup>429</sup> Међутим, ако дужник не истакне приговор застаре, суд може донијети пресуду којом дужника обавезује да изврши своју обавезу и ова пресуда, након што постане правоснажна, може постати и извршна.

С друге стране, дужник који изврши застарјелу обавезу неће се моћи позивати да је учинио нешто што није морао и то тражити назад путем суда, јер се, према начелима природног права сматра да испуњење задоцњеле обавезе није грешка, него дуг који се из моралних разлога треба поштовати, јер је и природна облигација облигација у складу с правним поретком чије се поштовање од стране дужника, било када да је извршење предузето, сматра његовом дужношћу, а не испуњењем неважећег или непостојећег дуга чије враћање би представљало предмет облигације из неоснованог обогаћења.

Према одредби члана 12. став 1. ЗоК, субјективни рок застаре износи три мјесеца од дана када је тужилац сазнао или могао сазнати за изражавање и идентитет особе која је проузроковала штету. Овом одредбом је, на помало неуобичајен начин, изражена идеја да субјективни застарни рок истиче након три мјесеца од сазнања или могућности сазнања за штету проузроковану изражавањем и за лице које је тим изражавањем проузроковало штету.

У истој одредби, у другом дијелу реченице, одређен је и објективни застарни рок, који износи једну годину од дана када је изражавање изнесено трећем лицу. Значи да је изражавање, које је учињено доступним трећем лицу, што узрокује штету или повреду угледа физичког или правног лица изношењем или проношењем нечег неистинитог, догађај од којег почиње рачунање протока рока застарјелости потраживања на накнаду штете због клевете.

У сваком случају, Законом о заштити од клевете осјетно су скраћени рокови за застару потраживања накнаде проузроковане штете прописани у Закону о облигационим односима. На сва остала питања застаре примјењиваће се одредбе Закона о облигационим односима.<sup>430</sup>

Још једна одредба из Закона о заштити од клевете изазива пажњу, јер на посебан начин одређује питање наслеђивања права на накнаду штете. Право на накнаду штете је субјективно имовинско право. Општепознато је да субјективна имовинска права улазе у појам имовине и тако чине имовинску масу која остаје након смрти оставиоца и која се дијели на наследнике. Овом одредбом је прописано да сукцесију тужиоца у парници може да настави само „наследник првог степена“ ако се тај наследник обрати суду у року од три мјесеца од дана смрти тужиоца и изјави да жели да настави поступак.<sup>431</sup>

---

<sup>429</sup> Члан 360. став 3. ЗОО.

<sup>430</sup> Члан 13. ЗоК.

<sup>431</sup> Члан 12. став 2. ЗоК.

## Закључак

Према изнесеном, намеће се закључак да је законодавац грађанско-правну заштиту од клевете желио да сведе у уски оквир који би омогућио афирмацију “слободе изражавања” као уставом зајемченог права у складу са највишим међународним стандардима утврђеним у члану 10. Европске конвенције о људским правима и основним слободама, а потврђеним од стране Европског суда за људска права. На описани начин постављене су и границе слободе изражавања као водеће полуге модерне демократије. Томе је претходила декриминализација клевете као кривичног дјела. Остала је неизвјесност у погледу висине одштетних захтјева које судови, правилном примјеном материјалног права, треба да досуђују оклеветаном лицу.

Branko Morait, PhD

Full time Professor an Faculty of Law

University in Banja Luka, Judge Court of Bosnia and Herzegovina

## SPECIFICS OF COMPENSATION CLAIMS UNDER THE DEFAMATION

**Abstract:** The author presents the specifics of solutions of the Law on Defamation and their solutions uskladenost with the Law on Obligations. The legislator in Bosnia and Herzegovina is motivated by affirming “freedom of expression” as first runner modern democracy. It is therefore excluded damages from defamation in relation to other forms of material and non-material damages and their compensation stipulated by the Law on Obligations and checked for years in case law.

**Keywords:** libel, public information, freedom of expression, compensation.

Проф. др Бранко Мораит,  
судија Суда Босне и Херцеговине

## ПРАВА ЛИЧНОСТИ И МЕДИЈСКЕ СЛОБОДЕ<sup>432</sup>

### Апстракт

Транзициони ход у постјугословенским државама критички социјални истраживачи оцјењују као ход по мукама кроз трње турбокапитализма, вулгарне демократије и политичке некултуре ка звијездама истинске демократије и државе благостања. На том путу демократски експерти су предложили промоцију слободе мас-медија као катализатора демократских процеса. Мас-медији су своју слободу узели у своје руке, а на мети су им се нашла права личности и људска права. Како помирити ове двије велике вриједности које су уставно и међународноправно признате: медијске слободе и људска права личности? Да ли је постојећа законска регулатива ових области прави одговор на постављено питање?

### Кључне ријечи:

демократија, слобода, мас-медији, штампа, либерализам, увреда, клевета

### Успостављање демократије

Свједоци смо да освајање слободе доноси многе жртве. Нашу пажњу смо одвојили за један сегмент друштвених збивања у којем се, у име развоја демократије, дозвољава кршење људских права. Развој демократије тражи жртве, а прва жртва је сам грађанин, припадник друштва у транзицији из недемократије у демократију, из неслободе у слободу. Овакав развој догађаја све је изненадио, јер је транзиција обећавала бољи и сретнији живот на овим просторима. Једно од средстава за освајање демократије је штампа. Да би она била ефикасно средство, мора бити слободна. Ако је посве слободна, она је неконтролисана и може да чини шта јој њена слободна воља налаже. Наравно, иза њене слободне воље крије се воља њених власника и контролора који јој налажу шта она да штампа. Због тога слободна штампа не

---

<sup>432</sup> Правна ријеч, Бања Лука, бр. 11/2007, стр. 43-57.

постоји.<sup>433</sup> Слобода штампе извана није могућа, јер ју контролишу оснивачи. Слобода штампе изнутра, од стране новинара, може бити у сваком тренутку угушена интервенцијом власника. И тако је круг, затворен. Нама се само намеће фикција како је штампа слободна. На новинарско питање: “Да ли постоји слободно новинарство?”, проф. др Неда Тодоровић, шеф Катедре за новинарство и комуникологију на ФПН у Београду одговара: “*Студентима у старту кажем: -немојте да имате илузије. Слободно новинарство не постоји нигде на свету. Свако новинарство је зависно од нечега...*” (...) “*И дајем им још два-три упутства: - сва своја верска, национална, партијска и друга опредељења и припадности морају да оставе пред вратима новинарске професије.*” Под штампом подразумевамо и све друге медије који преносе и “стварају” информације, од којих су данас најутицајнији електронски медији. А њихов демократски утицај лежи у чињеници да су то масовни медији, мас-медији или, како би се старинским рјечником назвало, “опијум за масе”. Упркос прокламованој слободи штампе, намећу се нека ограничења. Најпознатије такво ограничење постављено је законима о заштити личности од клевете.<sup>434</sup>

Демократија и слобода су два основна принципа демократске транзиције у посткомунистичким државама. Слобода изражавања спада у ред основних људских права и представља “квасац” демократије, за коју су грађани посткомунистичких, транзиционих држава на југословенском простору били ускраћивани педесет и више година, с повременим, у прошлости, кратким периодима развоја демократије, прекиданим диктатурама, страним окупацијама и ратовима. Демократија, која је падом Берлинског зида заведена на овим просторима под диктатом међународне заједнице, у форми помоћи и подршке демократским снагама и процесима, није органска и самоникла, већ је увезена на крилима глобализације и либерализације од водећих експонената тзв. новог свјетског поретка. Освајање демократије и транзиција у тржишну привреду на постјугославенским просторима није био једноставан задатак, већ је уплетен у рјешавање територијалних и међунационалних сукоба и ратова, процес распадања старе државноправне заједнице и сецесионистичко стварање нових државноправних ентитета који уживају подршку међународне заједнице, која кроз националсепаратизам на постјугославенским просторима настоји да успостави демократију и слободу.

Међу многим реквизитима којима се “усрећитељи” народа у транзицијским земљама служе, у циљу успостављања и развоја демократије, јесте

<sup>433</sup> „На крају крајева, жута штампа је најслободнија на свијету, она је слободна чак и од памети.“ (Aleksandar Genis)

<sup>434</sup> Calumnia = клевета

Nihil est tam volucre quam maledictum: nihil facilius emittitur, nihil citius excipitur, nihil latius dissipatur. (Cicero, Pro Mur. 6) - Ништа није тако хитро као клевета; ништа се лакше не износи, ништа брже не прихваћа и ништа даље не шири.

Diffamare cave, quia revocare grave. (Чувај се да не клеветаш, јер је (клевету) тешко опозвати.)

Анте Ромац: Латинске правне изреке, стр. 71.



и отварање простора за слободу информисања, слободан приступ информацијама, као и стварање слободног поља за политичку борбу кроз дозвољавање коришћења медија за политичке борбе и обрачуна супротстављених политичких опција, странака, партија и појединаца. Медији и стварање слободе говора и изражавања су неопходан пратилац успостављања демократије и рушилац свих забрана и цензура које су у прошлости резултирале гушењем слободе и демократије. Међутим, упркос благодетима које доносе слобода и демократија, недопустиво је, али, нажалост, стварно могуће актере друштвених процеса толико ослободити да користе медије и слободу ријечи у циљу који вријеђа људско достојанство<sup>435</sup> и највише људске вриједности. Човјекова част и достојанство улазе у ред највећих вриједности које се штите као основна људска права помоћу правних норми у законској форми. Међународни документи и стандарди као и уставна начела гарантују основна људска права законодавном техником и обликују се тако да се створи баланс који би одржавао оправдану друштвену равнотежу и не би доводио до поремећаја међуљудских односа у заједници. У транзицијској земљи, каква је постдејтонска Босна и Херцеговина, приступ међународног фактора је био радикалан у „завођењу демократије“ и примијењена је „шок-терапија“, јер домаћи политички фактор није био довољно мотивисан или кадар да у времену стрпљења међународне заједнице изведе коперникански обрт и уведе демократију према идеалним међународним стандардима, какве нигдје нема, али која је, према схватањима међународних менторских организација, идеална. Та „просвијећена демократија“, као пандан „просвијећеног апсолутизма“, у ранијем историјском периоду настојала се увести помоћу правне, тј. законодавне реформе. На плану реформе медија, према нашој радној хипотези, све друге вриједности човјека као духовног бића стављене су у други план зарад нове идеологије демократије. Човјек је постао једнодимензионална „политичка животиња“ којем је у друштву првенствено намијењена политичка улога изградње демократије. Политици се свако мора изложити и бити изложен, а све повреде које из тог ангажмана настану и неугодности које због тога трпи човјекова душа нужна су жртва „демократске транзиције“. У овом случају, као код института крајње нужде у области одговорности, мање добро се легитимно и легално жртвује већем добру и приватно човјеково биће је подређено јавном интересу и јавној по-

---

<sup>435</sup> Dignitas = достојанство

Magna dignitas. Magna cura. - Велики углед (достојанство, положај), велика брига.

Nemo dignitati perditae parcat. (Seneca, De clem. 1, 22, 1) - Нитко не штеди изгубљено достојанство. (Најугледнији и најпоштованији, кад падну, бивају изложени највећим нападајима.); Анте Ромац: Латинске правне изреке, стр. 253.

литичкој користи. Према неким оцјенама, барем у погледу законске регулативе медијског амбијента, под притиском фактора међународне заједнице, Босна и Херцеговина је, ма како то парадоксално изгледало, у предности над земљама у региону. Међутим, медијска пракса је управо проблем који се треба више освијетлити, јер је медијска угроженост приватности и права личности “контра ефекат” или “коллатерална штета” освајања медијске слободе зарад процвата демократије. Иако је право на слободу изражавања мишљења зајемчено и међународним и домаћим највишим правним актима, та слобода није безгранична или неприкосновена.

### Приватизација медија и јавни интерес

Политичко-друштвена стремљења у региону југоисточне Европе, западног Балкана или „бивше Југославије” показује да се транзиција медија кроз приватизацију одражава на јавни интерес, јер се професионална улога медија чини зависном од избалансираних рјешења у троуглу: медији, њихови власници и јавни интерес, а да би се избјегла (нежељена) појава „берлусконизације“ медија. Медијски (приватни) власници су опасност због утицаја који имају на своје медије и који утицај могу реализовати било када, зарад својих идеолошких, пословних или личних мотива, разлога, а у крајњој линији интереса. Због медијских слобода и приватизације медија не постоји традиција медијске независности и професионализма, а законска регулатива, која тек настаје, пројектује у области медија сљедећа рјешења: забрану медијског монопола, медијског рекламирања (оглашавања) и слободног приступа информацијама од јавног значаја, приватизацију медијских кућа, закон о информисању и кривично законодавство о клевети и увреди.<sup>436</sup>

У овом раду ми ћемо настојати испитати оправданост метаморфозе заштите људског достојанства, части, угледа и приватности од насртаја учињених изношењем или проношењем неистинитих информација о овим човјековим добрима. Покушаћемо да утврдимо да ли је демократија, као што пјесник рече за слободу, “... умела да пева, као што су сужњи певали о њој”? Или су слобода и демократија донијеле нове невоље напаћеном народу? Пошто се ради о путу без повратка, модалитети правног уређивања слободе изражавања, како би она служила развоју демократије, а не би шкодила људској личности, треба да буду подвргавани сталном преиспитивању. Један од уобичајених путева јесте придржавање међународних стандарда људских права кроз процесе унификације, хармонизације и других инструмената правне реформе у транзиционим земљама.

<sup>436</sup> Драган Јовановић: „Медији, њихови власници и јавни интерес“, „Република“, бр. 338-339, 1.-31. 8. 2004., стр. 40-42.

## Кратак осврт на филозофске основе либерализма, политичке демократије и јавног мњења

Шта је основна друштвена вриједност - питање је сад? Да ли је највиша вриједност појединац, грађанин или заједница? Кога је потребно примарно заштитити: појединца у заједници, заједницу од појединца или појединца од заједнице? Да ли је јавна сфера врхунска вриједност по себи или приватна и јавна сфера треба да уживају подједнаку правну заштиту? Да ли је уопште потребна дилема о томе коме треба дати јачу правну заштиту: појединцу или заједници, тј. институцијама заједнице? У овом раду је основно питање: да ли се може дозволити да се људска лична права или права личности могу некажњено вријеђати или се ове људске вриједности, које никоме не штете, не могу од било кога и зарад било чега повређивати зарад било којих друштвених или политичких циљева заједнице или се морају ефикасно санкционисати односно заштитити? Да ли се интензитет заштите ових људских вриједности може мијењати с обзиром на циљеве друштвених промјена, као што је то актуелно сада, у вријеме транзиције из планске у тржишну привреду или из социјализма у капитализам. Питамо се: да ли су нека људска права, вриједности или добра нешто неприкосновено што нико не смије да вријеђа и да ли, како нас учи правна теорија, лична права или права личности заиста имају апсолутно дејство?

Ово су примарна, филозофско-правна питања на која се не може ни лако ни брзо одговорити, јер су то питања, по нашем мишљењу, прије или изнад позитивног права. Чини нам се да је исходна тачка трагања за одговорима на постављена питања, или једно питање, у филозофским основама либерализма, као и у ономе што је у савременом друштвеном праксису остало од филозофије природног права, права разума или рационализма.

Да бисмо, колико-толико, почели ово истраживање, послужимо се, изводима из релевантне литературе. Ево првог извода: *“Која је дакле граница суверености појединца над самим собом? Гдје треба да почне ауторитет друштва? Који дио људског живота треба да буде резервисан за индивидуу, а који дио за друштво?”*<sup>437</sup>

Либерализам Франциско Вергара сматра политичким пројектом, који је друштвени пројект који подразумева широк простор личних, економ-

---

<sup>437</sup> John Stuart Mill (1859) „On Liberty and Other Essays”, Oxford University Press, Oxford, 1991), цитирано према: Прво поглавље књиге Франциска Вергаре, француског филозофа и економисте чилеанског поријекла: “Филозофске основе либерализма”, објављене у Паризу 2002. године, превела Lilliane Petrovic, објављено у „Републици“, бр. 344-345, 1-30.11.2004. године, стр. 41-47. У даљем тексту цитираћемо ово прво поглавље наведеног дјела Франциска Вергаре како је преведено и објављено у наведеном броју часописа „Република“. Наравно, цитираћемо само оне редове за које сматрамо да су значајни за основну тему нашег излагања, како бисмо пронашли кључ за разумијевање законодавних интервенција које су, према нашој хипотези, пресудне за актуелно потискивање значаја части, угледа и достојанства грађанина у савременом медијском свијету.

ских, религиозних и других слобода, слободе ријечи, итд.<sup>438</sup> Наставићемо лијепим цитатом: *“У свим историјским епохама људи су расправљали о ширини коју би требало да има слобода (...) Познате су (...) и француске дебате из XVII вијека о томе да ли би слобода говора у прилог атеизму требало да чини дио слободе изражавања или не. Лок (Lock) није мислио, на пример, да би слобода изражавања требало да буде проширена до те мере.”*<sup>439</sup> Надаље, *„Лок признаје легитимитет ропства (иако се овај статус, по његовој доктрини, не би требао преносити на децу робова) и прихвата цензуру сматрајући је уобичајеним средством у борби против неких „штетних“ идеја, таквих као што је атеизам.”*<sup>440</sup> И даље иде један подужи навод: *„Класици либерализма (...) нису били присталице неинтервенисања државе (...) као што нису били против сваке интервенције, тако нису одобравали ни сваку слободу.“* (...) Утемељивачи либерализма (...) - као Хјум, Смит, Бентам, Рикардо и Мил - подржавају експлицитно идеју да је на крају свега **једини** критеријум за распознавање добрих закона и добрих институција у односу на лоше (критеријум који надвладава све остале у случају конфликта) **срећа** коју могу да донесу заједници. *“Овдје је ријеч о етичкој доктрини названој „утилитаризам“ или „принцип јавне корисности“ или краће „принцип корисности.“* Наводимо даље: Адам Смит износи исти принцип: *“Свака власт(...) се оцењује **једино** према степену у којем доприноси повећању среће оних који живе под њеном надлежношћу. Ово је њихова једина сврха и **једини циљ.**“* (...) *„Као што о томе пише Давид Рикардо, „**једини** легитимни **циљ** сваке власти је **срећа народа** који живи под њеном јурисдикцијом; демократија, аристократија и монархија - или некаква њихова комбинација - треба да буду посматрани **једино као средство** за постизање овог циља.“* (...) *„Али идеја по којој „срећа“ (или „корисност“ како се каже у жаргону који је филозофија права наследила од латинског) представља врхунски циљ човеков на земљи и сходно томе критеријум за оцењивање закона и институција, није била по вољи многих мислилаца. Срећа је без сумње одлична ствар, пишу ови аутори, али зар човек не би требало да има неки **другачији** и **узвишенији циљ?**“* (...) *„Аутори који говоре о врхунском циљу „различитом“ и „племенитијем“ од среће мисле да се разумом (или Откровењем, Интуицијом, моралним осећањем или пак на неки други начин) може открити **скуп принципа** и из њих дедукуцијом извести **права и обавезе** који могу да представљају добре критеријуме за оцену закона и од људи формираних институција. Управо ови принципи, заједно са правима и обавезама који из њих произилазе, чине оно што се назива „природним правом“. Израз „природно право“ је данас ретко у употреби, јер му се преферира „**неутилитистичка** теорија права.“* За присталице ове доктрине природног права срећа једне заједнице је лош критеријум за процјену или оцјену било правила понашања било законодавства.(...) *„Базирајући се на једном од ова два етичка критеријума (принципу утилитарности или природном праву) класици либерализма су развијали и оправдавали визију идеалног друштва“, а, „институције*

<sup>438</sup> Ibid., 41.

<sup>439</sup> Ibid., 41.

<sup>440</sup> Ibid., 43.

које ови аутори предлажу су, у њиховим основним цртама, исте: **слобода изражавања** (подвлачење наше), слобода трговине, одговорност државе у области безбједности, образовања, инфраструктуре и помоћи особама без средстава за живот.<sup>441</sup> А надаље наводимо сљедеће редове: „Тако, законски пројекат који је најбољи за **здравље** становништва није увек најповољнији за слободу, јер може да подразумева карантин, ограничење кретања (у случају епидемије), обавезне медицинске прегледе (медицинске и друге), обавезне вакцинације итд. Којем добру дати предност у случају конфликта између „добра“? (...) „У утилитаристичкој доктрини, **срећа** је врхунско добро, а **срећа друштвене заједнице** је камен провере у случају конфликта секундарних критеријума. Тако у либералном утилитаризму **слобода** представља **подређено** добро које као такво треба да буде оцењивано са позиција **врхунског** критеријума. Уколико одређена слобода доприноси општој срећи, она се сматра добром и пожељном; уколико пак умањује глобалну масу среће, сматра се непожељном. Тако се сматра пожељним да индивидуе имају слободу избора занимања и мјеста боравка, јер такве слободе воде ка увећању колективне среће. Супротно томе, није пожељно да родитељи имају слободу да обезбеде или да не обезбеде образовање и васпитање својој деци или пак да предузетници имају слободу да се договарају о подели тржишта, јер такве слободе воде ка смањењу глобалне среће.“ „Идеја о „врхунском добру“, и „само једном критеријуму“ или „крајњем критеријуму“ је често критикована. Подржавају се идеје да су **слобода, демократија, различитост, достојанство вредности саме по себи** (једнако као и срећа) и да никада не би требало да буду подређене било којем врхунском добру.“ Тако је Џ. С. Мил сматрао да „Треба да постоји један критеријум који би омогућавао суд о добру или злу, апсолутном или релативном, циљевима или предметима жеља (...) јер када би било више крајњих принципа, једно исто понашање би могло да по једном принципу буде оправдано а по другом осуђено; и тада би био потребан још један општији принцип који би дао за право једном од ова два.“

Управо ове дилеме се нама постављају, јер се питамо да ли је боље дати слободу изражавања, што је компонента слободе и демократије, као вриједности „саме за себе“, која вријеђа достојанство људске личности као вриједности „саме за себе“, јер оне никада не могу бити подређене неком врхунском добру. Али, у „праксису“ то се непрестано понавља, а „позитивно право“ или „политички систем“ су тај опетовани и жилави „праксис“.

Да ли ће демократија, као политички пројекат с почетка навођења ових теоријских основа либерализма у интерпретацији Франциска Вергаре, боље „умети да нева“ ако погазимо људско достојанство, част, углед и приватност појединца зарад ње саме остаје да се открије.

Још у 18. вијеку јавља се појам јавно мњење (*public opinion, opinion publique*) као суд јавности, колективно мишљење или мишљење гомиле. Ријеч „мњење“ превод је латинске ријечи *opinio* (енг. и фра. *opinion*), чије је основно значење несигуран и недоказан суд. У значењу ријечи „мњење“

<sup>441</sup> Ibid., 45.

садржани су репутација, глас, углед и оцјена изведена из мишљења других људи. Тако су у појму мњења садржана два значења угледа који је сумњив и који тек треба да се докаже. Јавно мњење је носилац публицитета који обезбјеђује демократску контролу државне дјелатности, односно политике. Јавност политичког и сваког другог дјеловања омогућава образовање публице која тако бива носилац јавног мњења. Политичка демократија постала је општа норма јавног живота и миље људских и политичких слобода. Према либералној теорији, јавно мњење не постоји у оним државама које нису демократске. Ако сваки грађанин нема аутономију личности, онда нема услова за стварање и функционисање демократског јавног мњења, које од сваког грађанина ствара политички субјект, способан за критичко мишљење и политичко одлучивање. Најважнијим условом за успостављање и функционисање демократског јавног мњења сматра се слобода информисања, а то је, према либералној теорији и пракси, само тамо гдје средства информисања нису предмет државног монопола. У вријеме државног монопола над средствима информисања обликујући фактор јавног мњења јавља се у форми цензуре као „псеудојавности“. Цензура онемогућава критичку функцију јавног мњења и јавно мњење се као средство ослобађања друштва трансформише у средство репресије над друштвеним животом. Парадокс савременог јавног мњења је у томе што, упркос слободи информисања и техничким могућностима мас-медија, опада критичка оштрица јавног мњења и појединци све више своје лично мишљење усклађују са мишљењима и ставовима групе с којом се идентификују. Јавно мњење је изгубило значење народне воље, јер између слободе информисања и посредничке улоге медија јавно мњење постаје жртвом, тупи се критичка оштрица публице и настаје тиха деполитизација јавности. Како се истиче, савремени појам јавног мњења садржи двије компоненте: критичку инстанцу као норму и узор и манипулативни публицитет, који представља чињеницу. Манипулација јавним мњењем и публиком јавља се у виду пропаганде којом се формирају политички погледи јавног мњења од стране политичких интересних центара моћи и реклама које комерцијализују људске потребе. Отуда се јављају произвођачи јавног мњења (*opinion makers*) који креирају ставове јавности поводом разних друштвених питања.<sup>442</sup>

Да је јавна ријеч у не-демократском друштву носила опасност од робије, свједочи судска хајка на Васу Пелагића, који је због два чланка у листу „Занатлиски савез“, марта 1895. године, био кажњен са четири мјесеца затвора и двјеста динара глобе у корист државне касе, с тим да ако не могне платити трећином свог имања да буде двадесет дана у затвору. Судија Првостепеног суда за варош Београд изрекао је ову казну, јер је државни тужилац оптужио књижевника и народног трибуна због низа израза који су били инкриминисани у чланку „Моћ капитала...“ и „Радни народ сила распарчана“. У првом чланку су судије нашле да се напада и руши установа приватне својине, а истовремено чини и дјело дражења радничког сталежа против за-

<sup>442</sup> Према: Зорици Томић: „Лично или групно мишљење“, „Политика“, од 7. септембра 2002. године.



конитог стања у земљи. А у другом чланку позива се и дражи народ против законитог реда и поретка у земљи.<sup>443</sup>

Како се данас истиче, тачно је, али је и само пола истине, како у демократском свијету, којем тежимо, писање о било чему не може бити забрањено. Тако би и писање Васе Пелагића данас о капитализму и против капитализма и у капиталистичким земљама било дозвољено, јер се оне данас називају демократским. Али, друга половина истине говори да је писање неистина о људима у капиталистичким земљама данас строго санкционисано.<sup>444</sup>

### Извори права на слободу изражавања

Босна и Херцеговина донијела је Закон о слободи приступа информацијама у Босни и Херцеговини („Службени гласник БиХ“, број 28, од 17.11.2000. године), који је ступио на снагу 25. новембра 2000. године.

Република Српска донијела је Закон о слободи приступа информацијама („Службени гласник Републике Српске“, број 20, од 18. маја 2001. године), који је ступио на снагу 26. маја 2001. године уз *vakatio legis* од шест мјесеци, тј. до 26. новембра 2001. године.

Федерација Босне и Херцеговине донијела је Закон о слободи приступа информацијама у Федерацији Босне и Херцеговине (“Службене новине ФБиХ“, број 32, од 24. јула 2001. године. И овдје је одложена примјена донесеног закона на рок од шест мјесеци, тј. до 1. фебруара 2002. године.

Кривични закон Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 54/03) ступио је на снагу 1. јула 2003. године. И овај КЗ је декриминализовао кривична дјела клевете и увреде, али је отишао корак даље од КЗФБиХ у правцу кривичноправне заштите слободе изражавања. Наиме, одредбом члана 180. КЗРС прописано је као кривично дјело: “*повреда слободе изражавања мисли*“.<sup>445</sup>

Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине („Службене новине ФБиХ“, број 36, од 29.7. 2003. године), који је ступио на снагу 1. августа 2003. године и чијим је ступањем на снагу престао да важи Кривични закон ФБиХ („Службене новине ФБиХ“, бр. 43/98, 2/99, 15/99, 29/00 и 59/02), не садржи главу у којој су раније била прописана „*кривична дјела против чести и угледа*“, чиме је, између осталог, у овом основном извору кривичног права у ФБиХ извршена декриминализација клевете и увреде.

<sup>443</sup> Према „Политици“ од 8.9.2002. године.

<sup>444</sup> Кемал Курспахић у „Независним новинама“, 20-21.12.2003. године, стр. 7.

<sup>445</sup> „(1) Ко ускрати или ограничи слободу говора или јавног иступања, оснивања установа јавног информисања, слободу штампе или других средстава јавног информисања, казниће се новчаном казном или затвором до једне године.

(2) Казном из става 1. овог члана казниће се и ко нареди или спроводи цензуру, новинару ускрати или ограничи приступ информацији или слободу обавјештавања осим ако се ради о државној, војној или службеној тајни.“



Закон о јавном информисању Републике Српске (пречишћени текст) утврђен је 21. априла 1997. године („Службени гласник Републике Српске“, број 10/97).

Закон о јавном информирању Федерације Босне и Херцеговине?

## Извори права заштите од клевете

Република Српска донијела је Закон о заштити од клевете, који је усвојен је на сједници Народне скупштине Републике Српске од 24, 25. и 26. јула 2001. године („Службени гласник Републике Српске“, број 37/01), а ступио је на снагу 11. августа 2001. године.<sup>446</sup>

Федерација Босне и Херцеговине усвојила је Закон о заштити од клевете у марту 2003. године („Службене новине ФБиХ“, број 19/03), а ступио је на снагу 14. маја 2003. године.<sup>447</sup>

Закон о парничном поступку („Службени гласник Републике Српске“, број 58/03), од 17. јула 2003. године, ступио је на снагу у Републици Српској 1. августа 2003. године.

Закон о парничном поступку („Службене новине ФБиХ“, број 53/03), од 28. октобра 2003. године, ступио је на снагу у Федерацији Босне и Херцеговине 5. новембра 2003. године.

Закон о извршном поступку („Службени гласник Републике Српске“, број 59/03), од 23. јуна 2003. године, ступио је на снагу у Републици Српској 1. августа 2003. године.

## Закључак

Тешкоће увођења либералне демократије у посткомунистичка друштва су многобројне. С једне стране, то су објективне тешкоће јер потичу из јавне сфере, из домена политике. С друге стране, срећемо се са субјективним тешкоћама или субјективним слабостима, јер потичу из природе социјалних односа у нашој средини и природе “нашег човјека”.

Систем вриједности, који намеће либерална демократија, изграђиван је дуго времена у западним земљама. У нашој средини не постоји историјско памћење на изградњу политичког система либералне демократије, слобод-

<sup>446</sup> Чланом 1. ЗокРС прописано је да се овим законом уређују прихватљива ограничења слободе изражавања у погледу грађанске одговорности за штету нанесену угледу физичког или правног лица изношењем или проношењем нечег неистинитог.

<sup>447</sup> Чланом 1. ЗОКФБиХ прописано је да се овим законом уређује грађанска одговорност за штету нанесену угледу физичке или правне особе изношењем или проношењем изражавања неистинитих чињеница идентифицирањем те физичке или правне особе трећој особи.

ног тржишта и капиталистичког привредног система нити правних инсти-тута који надграђују ове социјалне чиниоце. У савремену епоху постбло-ковске подјеле свијета и “новог свјетског поретка” закорачило се директно из планске привреде и једнопартијског политичког монопола, без слободе предузетништва и плурализма политичких идеја и принципа “један човјек-један глас”. Ако се данас значајан популациони проценат, због грубог и кри-минализованог начина извођења транзиционих и демократских промјена, са носталгијом сјећа дана дириговане привреде и једнопартијске неслободе, тада са увођењем демократије код нас ствари не стоје понајбоље. Класик мо-дерне демократске мисли Џон Стјуарт Мил давно је упозорио: “*Могућност функционисања представничке демократије у вишенационалним заједница-ма - државама готово да је равна нули.*”<sup>448</sup> Појава етнонационализма као основа на којем почива политички сукоб и међупартијско вођење политике у постдејтонској Босни и Херцеговини изузетно усложњавају демократску транзицију.

С аспекта појединца, грађанина који је од “друга” постао “господин”, а прије него што је постао “друг” имао је патријархалан поглед на свијет, дјелује шокантно. Завиривање транзицијске либералне штампе у приватни живот, интимне односе и каријере “беспријекорних” грађана нагриса тра-диционални патријархални морал (патријархални поглед на свијет), који је утиснуо у колективну свијест народа самопоштовање, одбрану части, снаж-не емоције чојства и јунаштва.

Како произилази из законодавних реформи, извршена је декримина-лизација “увреде” и “клевете” као кривичних дјела, али је задржано као кри-вично дјело “повреда слободе штампе”. Тако се онај ко је посредством мас-медија некога увриједио ширећи негативне вриједносне судове о њему или оклеветао ширећи нетачне чињеничне судове о некоме или нечему више не може кривично гонити.

Како сада ствари стоје, очигледно је предност дата медијским слобода-ма науштрб права личности. Законодавством о заштити од клевете оста-вљена је грађанскоправна санкција на накнаду штете која је вишеструко ус-ловљена.

Сматрамо да је било могуће задржати новчану казну као кривично-правну санкцију у условима турбокапитализма и октроисања демократије како би се друштвени процеси одвијали мање конфликтно и са више пристој-ности, а прозивање било кога за лоповлук, крађу, проневјеру, сексуалне зло-употребе и слично, уз бујицу простаклука и вулгарности, можда би било смањено на подношљиву мјеру.

*De lege ferenda* предлажемо да се поред грађанскоправне санкције на накнаду штете посебним законодавством о заштити од клевете уведе и при-ватна казна у корист оклеветаног лица, која би, чини се била ефикаснија санкција за недозвољена прекорачења медијских слобода. Мада стоји да се новцем не могу купити част и углед, у недостатку адекватне санкције и

<sup>448</sup> Према: Ненад Кецмановић: “Немогућа држава“, „Глас Српске“, Бања Лука, 2007., стр. 260.

извршене декриминализације кривичних дјела против дигнитета личности остаје да се примјереним новчаним кажњавањем ова људска добра покушају ефикасније правно заштитити.

## Резиме

Аутор је настојао да укаже на парадокс савременог друштвеног тренутка по којем развој демократије и слободе медија доводи до кршења личних права. Уставом је прокламована демократија као основа политичког система, али је дат и каталог људских права у која спада и дигнитет личности.

Извршена је декриминализација “увреде” и “клевете” и створено посебно законодавство које на благ начин третира повреде медијских слобода. Посебним законодавством је отупљена оштрица Закона о облигационим односима, којим је предвиђена тужба којом се може забранити повреда права личности.

Аутор даје приједлог да се, *de lege ferenda*, посебним законодавством нормира приватна казна као оштрија грађанскоправна санкција примјерена степену политичке некултуре која трује друштвене односе и кочи истинске демократске промјене.

Branko Morait, PhD

Full time Professor an Faculty of Law

University in Banja Luka, Judge Court of Bosnia and Herzegovina

## RIGHTS OF PERSONALITY AND MEDIA FREEDOM

### Summary

Author endeavored to point out paradox of modern society considering development of democracy and freedoms, which leads to violation of individual rights. The Constitution promotes democracy as a base of political system, and provides human rights where belongs personal dignity.

Decriminalization of “ indignity” and “ aspersion” has been executed and special legislature has been made threats violation of media rights on very slightly way. Special legislature has been reduced efficiency of The Code of obligation which provides action for protection of individual rights.

Author gives suggestion “de lege ferenda” for new special legislature which should regulate privately penalty as more efficient civil law penalty, which is more appropriate to instance of political primitivism, which banes social relations and stops real democratic changes.

Др Бранко Мораит,  
редовни професор Правног факултета  
Универзитета у Бањој Луци

## ПРАВНИ ЖИВОТ И ХАРМОНИЗАЦИЈА ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА<sup>449</sup>

### Апстракт

Велике кодификације правних норми, у које спадају и велики кодекси на пољу облигација, па тако и југословенски Закон о облигационим односима из 1978. године, са каснијим измјенама и допунама, никада не престају да живе.<sup>450</sup> Професор Перовић је томе, визионарски, додао да „*временом, употребом државне власти, они могу бити стављени ван снаге, али, ван снаге живота, никада*“. Они се „*ко болест вечита наслеђују, од колена до колена потежу, од места к месту тихо се протежу*“.<sup>451</sup>

Нешто слично се десило и са југословенским Законом о облигационим односима,<sup>452</sup> који и након тзв. дисолуције југословенске државе наставља да живи, са мањим или већим измјенама и допунама, у свим бившим југословенским републикама, сада самосталним државама. У овом реферату ћемо покушати правни живот ЗОО приказати с више аспеката: као извора норми, субјектата на које се односе његове норме, скупа систематизованих норми и његовог садржаја *de lege lata* и *de lege ferenda*, с посебним освртом на стање у Босни и Херцеговини.

Ако период од тридесет година упоредимо са двестогодишњицом француског Грађанског законика, родоначелника тзв. модерних грађанских кодификација, учиниће нам се неупоредиво кратко. С друге стране, огроман је успјех на турбулентним југословенским просторима воспоставити овакав законски пројекат, у специфичним условима владавине концепта договорне и доходовне економије, удруженог рада и средстава, несвојинске концепције друштвене својине, негације права својине и уговора и перманентног рас-

---

<sup>449</sup> Реферат за IV мајске правничке дане Института за правне и друштвене науке Правног факултета у Крагујевцу, о теми: “Тридесет година Закона о облигационим односима *de lege lata* и *de lege ferenda*”.

<sup>450</sup> Закон о облигационим односима с регистром појмова, дванаесто, измењено и допуњено издање с најновијим законским изменама, предговор Слободан К. Перовић, ЈП “Службени лист СРЈ”, Београд, 2001., стр. 59. (у даљем тексту: Предговор професора Перовића).

<sup>451</sup> Ibid., цитат из Гетеовог “Фауста”.

<sup>452</sup> У даљем тексту: ЗОО.

пада јединственог југословенског тржишта и правног система, за који важи раширена и ничим оспоравана оцјена да је најуспјешнији законски пројекат у историји југословенског права.

**Кључне ријечи:** кодификација, закон, систем норми, садржај закона, субјекти облигационих односа, заштита потрошача

## НАСТАНАК И РАЗВОЈ ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА КАО ИЗВОРА ОБЛИГАЦИОНОГ ПРАВА

Под изворима облигационог права подразумијевају се формални извори, у којима су, од стране надлежних органа и на легитиман начин, утврђена правила (норме) облигационог права.

У савременим правним системима као најраспрострањенији и најлегитимнији општи нормативни акт (пропис) којим се уређују друштвени односи сматра се закон. За развој правног нормирања облигационих односа у српским земљама од великог је значаја доношење грађанских законика: Краљевине Србије 1844. године (Српски грађански законик, скраћено СГЗ) и у Књажевини Црној Гори 1888. године (Општи имовински законик, скраћено ОИЗ). Српски грађански законик најчешће се истиче у литератури, рађен је по узору на аустријски Општи грађански законик од 1811, скраћено ОГЗ. Овај, по мјерилима потоњег југословенског законодавства, страни пропис, са својим новелама из 1914, 1915. и 1916. године, важио је на просторима бивших југословенских земаља, Словеније, Хрватске, Војводине и Босне и Херцеговине, до уједињења свих југословенских земаља 1918. године у заједничку Краљевину СХС, као правни пропис за облигационе односе из разлога припадања ових југословенских земаља под окупацију Аустро-Угарске. У Краљевини Југославији израђена је Предоснова грађанског законика, која није никада прошла кроз законодавну процедуру и ступила на правну снагу. Стога је и у Краљевини Југославији на подручју облигационих односа владао правни партикуларизам. Такво стање наслиједила је и бивша авнојска Југославија. Авнојска Југославија након свог конституисања и међународног признања није одмах приступила кодификацији облигационог права. Неки дијелови облигационог права добили су своје законе већ 1946. године, као што је Закон о мјеници и Закон о чеку. За целокупне облигационе односе основни значај је имао и за друге грађанскоправне односе Закон о неважности правних прописа донијетих прије 6. априла 1941. године и за вријеме непријатељске окупације, који је донесен 1946. године. Овим историјским законом пролонгирана је примјена текстова бивших грађанских законика, који су важили на подручјима југословенских земаља, али не као правних прописа, већ као правних правила под условима и на начин предвиђен тим законом. Стога је судовима, органима за примјену права и дистрибуцију правде повјерена, необично значајна, креативна улога. Судови су

требало да, осим примјене правног правила, процијене и опортуност његове примјене с обзиром на основне уставне и политичко-правне вриједности новог поретка. То стога јер су тзв. бивша правна правила грађанских законика својевремено донијета као пропис у другачијим друштвено-економским и уставним системима. Судови су добили тим законом задатак да, у недостатку нових прописа за поједине друштвене области, тј. области друштвених односа за које је номотехнички нужно законско регулисање, на стваралачки, креативан начин примијене, “искористе” тзв. стара правна правила, водећи рачуна да не спутавају и не коче развој нових друштвених односа. Осим те идеолошко-правне равни, овим је заштићена основна правна фикција сваког правног поретка по којој правни поредак нема правних празнина.

Као што је у Краљевини Југославији, у преднацрту, остао југословенски грађански законик, односно његов пројекат, тако је у ФНР Југославији уложен напор на унификацији правила о накнади штете, који се зауставио на фази израде пројекта. Израђена су три нацрта закона о накнади штете (1951, 1960, 1961), који нису никада ушли у законодавну процедуру нити су из ње изашли као правоснажни акти. Савезна скупштина је у јулу 1969. године основала Комисију за цивилни кодекс. Након савјетовања у Београду, одржаног од 7. до 9. маја о “Месту цивилног кодекса у систему нашег права” умјесто да се иде ка законодавној процедури и довршавању цивилног кодекса, колебања теоретичара и притисци политичара условили су сторнирање и овог пројекта. За овакву судбину рада на цивилном кодексу најзаслужнији су тзв. политичари или “партијски идеолози” који су “открили” да правни теоретичари нису у стању кроз одредбе будућег цивилног кодекса признати права радника по основу рада друштвеним средствима, као субјективна грађанска права. Након тог сазнања они су изгубили интерес за цивилни кодекс, одбацивши га као нешто споредно оном главном што је требало да одрази концепт система удруженог рада, који се рађао у њиховим главама.<sup>453</sup> Како наводи професор др Слободан Перовић у Предговору Закона о облигационим односима са регистром појмова („Службени лист СФРЈ“, Београд, 1978, стр. 4-6), замах идеје о кодификацији облигационих односа почео је 1960. године, када је професору др Михаилу Константиновићу, од стране тада надлежних органа, повјерен задатак да изради текст који би у форми преднацрта послужио као основа за израду закона о облигацијама. Професор Константиновић је овај рад израдио под називом “Скица за законик о облигацијама и уговорима”, за њега је добио Седмојулску награду и рад је публикован, те је постао фактички незаобилазан документ јавне дискусије о питањима облигационог права. Скица је и у наше вријеме послуже распада Југославије изузетно инспиративна за научноистраживачки и будући законодавни рад. Заједничка комисија свих скупштинских вијећа за цивилни кодекс формирала је посебну Поткомисију за израду дијела цивилног кодекса о облигационоправним односима. Ова поткомисија је, како истиче професор Перовић, сагласно интенцијама са савјетовања о “Садржини Закона о облигацијама као дијела цивилног кодекса” (Загреб, јануара 1970.)

<sup>453</sup> Види: А. Финжгар: Архив за правне и друштвене науке, 1-2/86, стр. 118.

почела свој рад на основу Скице професора Константиновића. Измјенама Устава СФРЈ које су учињене Амандманима XX-XL утврђено је да федерација не може донијети грађански законик, него поједине законе из области грађанског права. Од 1971. године Поткомисија за израду Закона о облигацијама и уговорима израдила је двије радне верзије Нацрта закона (1973. и 1974.). Приједлог за доношење Закона о облигацијама и уговорима усвојила је Савезна скупштина у марту 1974. године. Након усвајања Устава СФРЈ од 1974. године Скупштина СФРЈ формирала је Комисију за припрему закона из области удруженог рада, у којој је била посебна Поткомисија за припрему закона о облигацијама и уговорима са задатком да припреми овај закон у складу са чланом 281. став 1. тачка 4. Устава СФРЈ, према којем “федерација преко савезних органа уређује основе облигационих односа (општи дио облигација) и уговорне и друге облигационе односе у области промета робе и услуга”. Поткомисија је припремила радни текст Нацрта од 1975. године и Нацрт закона о облигацијама и уговорима од 1976. године, које је 27. октобра 1976. године усвојило Савезно вијеће Скупштине СФРЈ. Поткомисија је на основу мишљења, примједби и приједлога из јавне дискусије припремила Приједлог закона о облигационим односима, децембра 1977. године, који је Савезно вијеће Скупштине СФРЈ усвојило 30. марта 1978, с тим да Закон ступи на снагу 1. октобра 1978. Тако је, према свједочанству професора др Слободана Перовића, донијет Закон о облигационим односима, којим су на јединствен начин уређени облигациони односи у области промета робе и услуга на јединственом југославенском тржишту и општи дио облигационог права. За вријеме постојања СФРЈ, поред Закона о облигационим односима (скраћено: ЗОО) формални извори облигационог права били су поред Устава СФРЈ и устава СР и САП, затим савезни закони: Закон о удруженом раду, Закон о поморској и унутрашњој пловидби, Закон о уговорима о превозу у друмском саобраћају, Закон о облигационим и основним материјалноправним односима у ваздушној пловидби, Закон о промету робе и услуга са иностранством, Закон о основама система осигурања имовине и лица, Закон о одговорности за атомске штете, Закон о цијенама и др. Ови савезни закони су у односу на ЗОО *lex specialis* тако да одредбе ЗОО према питањима уређеним овим посебним законима имају супсидијарну примјену. Републикама и покрајинама је по расподјели надлежности било остављено уређивање појединих облигационих односа који нису спадали у облигационе односе везане за општи дио облигације и уговоре у области промета робе и услуга на јединственом југославенском тржишту.

Од прописа који су некада улазили у тзв. републичко-покрајинску надлежност за облигационе односе важни су: Закон о промету непокретности, Закон о стамбеним односима, Закон о пословним зградама и просторијама, Породични закон, Закон о наслеђивању и др.

Након распада СФРЈ, до тада савезни закон, Закон о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89) претрпио је одређене измјене. У СФРЈ, која је била заједничка држава народа који су је сачињавали и федералних јединица као административно-политичких



ентитета, Србија и Црна Гора су уставно конституисале Савезну Републику Југославију, која се територијално састоји од бивших авнојских федералних јединица, СР Србије и СР Црне Горе. У тој новој држави донесен је Закон о измјенама и допунама Закона о облигационим односима („Службени лист СРЈ“, број 31/18, јун 1993), који садржи 60 чланова.

У Републици Српској, која је формирана на територији бивше СР Босне и Херцеговине, као државноправни ентитет у постдејтонској Босни и Херцеговини, донесен је Закон о измјенама и допунама Закона о облигационим односима („Службени гласник Републике Српске“, број 17, од 22. септембра 1993), који садржи 61 члан. Разлози за овакво номотехничко рјешење леже у одредбама Амандмана XIV (четрнаестог) на Устав Републике Српске, које одређују да Република Српска уређује и обезбјеђује својинске и облигационе односе. А према члану 12. Уставног закона Републике Српске, до доношења одговарајућих закона примјењиваће се закони и други прописи бивше СФРЈ и бивше СРБиХ, који су у сагласности са Уставом Републике Српске и који нису у супротности са законима и другим прописима које је донијела Народна скупштина Републике Српске.

У Федерацији БиХ, другом државноправном ентитету Босне и Херцеговине, југословенски Закон о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89) преузет је на основу Уредбе са законском снагом („Службени лист РБиХ“, број 2/92), а ступио је на правну снагу потврђивањем уредби са законском снагом („Службени лист РБиХ“, број 13/94).

## СУБЈЕКТИ ОБЛИГАЦИОНИХ ОДНОСА ПРЕМА ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

Облигациони однос има увијек двије стране: повјерилачку и дужничку. Која се лица у праву могу наћи у којем положају, статусу повјериоца или дужника даје одговор ЗОО. Лица која ЗОО признаје као субјекте облигационих односа мијењају се временом кроз измјене и допуне ЗОО. Тако су, према изворнику из 1978. године као субјекти облигационих односа били прописани: физичка лица, грађанска правна лица и друштвена правна лица. У статус друштвених правних лица уврштаване су тзв. организације удруженог рада, привредни субјекти чија су средства била у тзв. друштвеној својини, а чије је основно и најјаче право било тзв. право располагања. Друштвена правна лица су била припадници и репрезентанти система удруженог рада и затвореног тржишта, а њихови међусобни односи су се заснивали на избјегавању примјене одредаба ЗОО на рачун фаворизованих самоуправних споразума као вантржишних регулатора вантржишног промета добара између субјеката тзв. договорне економије.<sup>454</sup>

<sup>454</sup> Предговор професора Перовића.

Потпуно урушавање система вантржишне економије и удруженог рада, те уставна афирмација права својине у привреди одразило се и на редефинисање субјеката у новелираном ЗОО, који је рецепцијом продужио свој живот и у новоформираним самосталним државама насталим од бивших федералних јединица југословенске федерације.

Измјене и допуне ЗОО<sup>455</sup> од 16. јуна 1993. године ослободиле су законски текст од политичко-идеолошке терминологије. У Републици Српској је убрзо након тога извршена потпуна рецепција ових измјена и допуна ЗОО тако што је донесен Закон о измјенама и допунама ЗОО.<sup>456</sup> Према овим измјенама и допунама субјекти облигационих односа се не означавају као „учесници“, него као „стране“ у облигационим односима, а то могу бити физичка и правна лица. Ова измјена је условљена усклађивањем ЗОО са уставним актима тадашње СРЈ и РС. Уједно је тим измјенама и допунама искориштена прилика да се ЗОО врати своме изворнику, Скици професора Константиновића.<sup>457</sup> Овим измјенама и допунама ЗОО из 1993. године друштвена правна лица су ишчезла из облигационих односа, јер је озакоњен уставни принцип једнаке заштите свих облика својине и нису више постојали разлози за посебну заштиту друштвених правних лица у облигационим односима.

Потом се, у Републици Српској, приступа припремама за доношење новог закона о облигационим односима уз подршку њемачке организације *GTZ*, која израду Нацрта ЗОО повјерава њемачком професору *Helmutu Ruessmani*. Професор *Ruessman* је за основ израде изабрао ЗОО као модерно и успјешно законодавно дјело. Као важан разлог зашто се приступа изради новог закона о облигационим односима изнијета је потреба усклађивања ЗОО са директивама Европске уније о заштити потрошача. Владе ентитета формирале су двије експертске радне групе, које су помагале при изради Нацрта ЗОО. У току рада изражена су два различита мишљења о томе да ли питања заштите потрошача треба да уђу у текст Нацрта ЗОО или је овим питањима мјесто у посебном законодавству. Послије изношења аргумената за и против, те указивања на предности различитих рјешења у француском и њемачком праву одредбе о заштити потрошача остале су интегрисане у Нацрт ЗОО. Одредбом члана 5. Нацрта ЗОО одређено је да стране у облигационим односима могу бити физичка и правна лица. Поред ове, начелне одредбе, уграђене су још двије одредбе. Према одредби члана 15. „предузетник“ је физичко или правно лице које приликом закључивања неког правног посла дјелује у вршењу своје привредне или самосталне професионалне дјелатности. Према одредби члана 16. „потрошач“ је свако физичко лице које закључује неки правни посао у сврху која не спада у његову привредну или професионалну дјелатност. Ова издвојена дефинисања „предузетника“ и „потрошача“ у функцији су инкорпорисања одредаба о заштити потрошача у текст Нацрта ЗОО. Сви односи који се између потрошача и предузетника развијају предмет су посебних одредаба, које су саставни дио Нацрта ЗОО. Тако смо,

<sup>455</sup> „Службени лист СРЈ”, број 31/93.

<sup>456</sup> „Службени гласник Републике Српске”, број 17, од 22. септембра 1993. године.

<sup>457</sup> Предговор професора Перовића.

поново, добили једну издвојену категорију субјеката облигационих односа, који се издвајају из цјелине комплекса облигационих односа како би се успоставила равноправност страна у облигационим односима и јаче заштитили интереси потрошача, који су, у односима према предузетницима, слабија страна. Оваквим нормирањем конкретизују се, или чак доводе у питање, два принципа: принцип јединственог регулисања и принцип равноправности страна?

## ЕВОЛУЦИЈА СИСТЕМА ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

Садржај ЗОО чине правне норме диспозитивног карактера, мањи број норми императивног карактера и основна начела. Како ове норме распоредити унутар законског текста принципијелно је ријешило законодавац 1978. године. ЗОО дијели цјелокупну материју на општи и посебни дио. У општи дио уврштени су „основи облигационих односа“. Овакво означавање општег дијела облигација је, у правној теорији, наишло на оправдане критике, као на погрешан синоним за општи дио облигација.<sup>458</sup> Ова непрецизност у означавању дијелова ЗОО отклоњена је измјенама и допунама ЗОО из 1993. године, када је задржан само наслов „општи део“. Други дио ЗОО и даље носи наслов „уговори“. Тиме је ЗОО упозорио представнике правне теорије да други дио закона не назива „посебни дио“ него само „уговори“, јер се дио који садржи класичне именоване уговоре и посебни дио облигационог права у цјелини не могу поистовјетити.

С номотехничког аспекта, систематика Закона о облигационим односима је сложена. Почевши од одредаба које су систематизоване у „чланове“, који се даље рашчлањују у „ставове“, а ставови даље у „тачке“. Ставови су у законском тексту означени арапским бројевима у заградама (нпр. (1) итд.)

Шире цјелине у Закону су: дијелови, главе и одјељци. Уже цјелине су одсјечи и пододсјечи.

Дијелови, односно делови, означавају се само ријечима (нпр. Део први - Општи део).

Главе се означавају ријечима и римским бројевима без тачке (нпр. Глава II – Настанак обавеза).

Одјељци се означавају ријечима и арапским бројевима без тачке (нпр. Одјељак 1)

Одсјечи се означавају ријечима, арапским бројевима без тачке и ријечима које указују на њихову садржину (нпр. Одсек 2 - Заступање).

Пододсјечи се означавају римским бројевима са тачком и ријечима које указују на њихову садржину (нпр. I. Одговорност за материјалне и правна недостатке испуњења).

---

<sup>458</sup> Предговор професора Перовића, стр. 82.

Изнад правних норми стављене су одреднице, назив/наслов, којим се сажето указује на садржину правних норми (нпр. “Рачунање времена”).

Нацрт ЗООФБиХ/РС дио други назива „Поједини уговорни облигациони односи“. На плану систематике излагања овај текст не доноси ништа ново у односу на ЗОО/78 са измјенама од 1993. године, које важе како у Републици Србији, тако и у Републици Српској.

У погледу еволуције систематике ЗОО најдаље је отишао хрватски Закон о обвезним односима, који је ступио на снагу 8. листопада/октобра 1991. године и објављен у „Народним новинама Републике Хрватске“, број 53/91. ЗООРХ је, генерално, подијељен на дио први (општи дио), који садржи општа правила која се примјењују на све облигационе односе, а дио други (посебни дио) садржи уговорне облигационе односе (опште одредбе и поједине уговоре) и вануговорне облигационе односе (проузроковање штете, стицање без основе, пословодство без налога, јавно обећање награде и вриједносне папире). Трећи дио ЗООРХ садржи прелазне и завршне одредбе. Главе су подијељене на одјељке, одјељци на одсјеке, а одсјеци на пододсјеке, који нису тако названи него су означени римским бројем и великим словима. Сваки члан има свој назив/наслов.

Теоријска изучавања систематике облигационог права указују на двојаку тенденцију. Према једној, у посебни дио облигационог права треба издвојити именоване облигационе уговоре,<sup>459</sup> а према другој тенденцији у посебни дио облигационог права улазе уговори, једностранни правни послови и грађанскоправни деликти.<sup>460</sup> У уџбеничкој литератури запажено је дијељење облигационог права на двије књиге. У првој књизи се обрађује општа теорија облигације, општи и посебни дио уговорног права, а у другој књизи остали извори облигација (проузроковање штете, стицање без основа, пословодство без налога, једностране изјаве воље), као и питања дејства и престанка облигација.<sup>461</sup> Аутор овог чланка уџбенички излаже Облигационо право систематизовано у двије књиге. Обје књиге садрже и општи и посебни дио за све изворе облигација предвиђене у ЗОО, разврстано по критеријуму општости, односно апстрактности правила. Према том, основном критеријуму, у посебни дио прве књиге уврштени су именовани облигационоправни уговори, а у посебни дио друге књиге поједини случајеви проузроковања штете, поједини случајеви неоснованог обогаћења, поједини случајеви пословодства без налога и поједини облигационоправни вриједносни папире.

<sup>459</sup> Др Абедин Бикић, доцент: Облигационо право, посебни дио, Сарајево, 2005. године.

<sup>460</sup> Борислав Т. Благојевић, доцент универзитета: Посебни део облигационог права; Београд, 1939.

<sup>461</sup> Др Слободан К. Перовић, професор универзитета: Облигационо право, књига прва, Београд, 1981.

## (НЕ)ПРОМЈЕЊИВОСТ САДРЖАЈА ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

Садржај Закон о облигационим односима уско је повезан за важеће уставно уређење у којем је фокусиран јавни, општи интерес конкретне друштвене заједнице у уређењу облигационих односа, на својој територији у датом правно-историјском тренутку. Одредба члана 1. југословенског ЗОО/78 означавала је да овај законски текст садржи уређивање основа облигационих односа (општи дио) и уговорне и друге облигационе односе у области промета робе и услуга на јединственом југословенском тржишту. Ова одредба југословенског ЗОО, која је, како указује професор Перовић, садржавала „бујицу празних речи“<sup>462</sup>, брисана је, у цијелости, измјенама и допунама ЗОО из 1993. године. Умјесто тога унесен је потпуно нови текст на мјесто одредбе члана 1. ЗОО, који набраја изворе облигационих односа који се законски уређују, а то су, облигациони односи који настају из уговора, проузроковања штете, стицања без основа, пословодства без налога, једностране изјаве воље и других законом утврђених чињеница, те је ЗОО, по јасноћи формулација враћен своме изворнику, Скици професора Константиновића, и породици правне културе, према оцјени професора Перовића. Овим набрајањем извора, одредба члана 1. измијењеног и допуњеног ЗОО/93 није затворила круг извора и спријечила могућност настанка облигационих односа и из других чињеница, као што су сродство, брачна веза и сусједски однос.<sup>463</sup> У појединостима, ЗОО/93 претрпио је измјене тако што су брисане одредбе основних начела која се односе само на друштвена правна лица, одредбе посвећене самоуправним споразумима и њиховој доминацији над облигационим уговорима, позивања на морал социјалистичког самоуправног друштва, што је замијењено позивањем на установу јавног поретка и добре обичаје. Право располагања је уклоњено са свих мјеста у тексту и замијењено правом својине; ослобођена је могућност уговарања индексне клаузуле, редефинисан је институт стицања без основа и дата јасна дефиниција штете, те је општи рок застарјелости продужен са пет на десет година.

Уочени феномен да се важећи текст југословенског Закона о облигационим односима не примјењује ни за вријеме трајања југословенске федерације објашњаван је „федерализмом подијељене законодавне надлежности“<sup>464</sup> и постојањем конгломерата републичких и покрајинских прописа који су, благодарећи „суицидном“ члану 24. ЗОО, имали изворну надлежност у односу на изведену надлежност савезног прописа ЗОО. Одредба члана 24. ЗОО, уклоњена 1989. године, предвиђала је дерогацију одредаба ЗОО тако што је забрањивала да се на облигационе односе који се уређују републичким, односно покрајинским законима примјењују одредбе општег дијела ЗОО у питањима која су другачије уређена републичким, односно покрајинским законима. Политички разлози за редукцију садржаја ЗОО и непримјену одре-

<sup>462</sup> Предговор професора Перовића, стр. 99.

<sup>463</sup> Ibid., стр. 100.

<sup>464</sup> Ibid., стр. 79.

даба ЗОО јесу осамостаљењем бивших федералних република престали, али су штете учињене интегритету законског текста остале. Због тога су бивше федералне јединице, које су баштиниле југословенски ЗОО, постале свјесне потребе да се наслијеђене празнине законског текста, његовим измјенама и допунама, попуне. Историјски развој законодавства, прије доношења ЗОО, условио је да се многа облигационоправна питања уреде посебним законима, као што су: промет некретнина, стамбени односи, застарјелост потраживања, уговор о доживотном издржавању, законска права прече куповине, уговори између потрошача и монополиста у давању комуналних услуга, уговор о закупу, ортаклуку, играма на срећу, и разних врста одговорности: брачних другова према трећим лицима, супружанског издржавања, пољске штете, штете од животиња, грађевина, јавних саобраћајница, имисија и др. Судска пракса је и након доношења ЗОО осјећала недостатак правила о поменутих и другим питањима облигационих односа која су морала бити садржана у одредбама јединствене и цјеловите, нове кодификације облигационих односа, чему су препреке биле уграђене у конфедерализацију уставног уређења и разградњу савезне државе, те подјела уставних надлежности између Федерације и федералних јединица уз фаворизовање посебног законодавства истргнутог из цјелине корпуса уређених облигационих односа у ЗОО. Инсуфицијентности садржаја ЗОО придонијело је и изостављање појединих, рјешења из Скице професора Константиновића, а нарочито оних која се тичу уређивања именованих уговора.

Правна теорија је покушавала да ЗОО посматра као кодификацију облигационих односа и спријечи бујање посебног законодавства, истичући да оно што њиме није уређено то и не спада у корпус облигационих односа, а да, за попуњавање празнина, странкама и судовима стоје на располагању општа начела облигационог права и општа правила о облигацијама и уговору, те да више нема потребе да се празнине попуњавају тзв. старим правним правилима грађанских законика. Међутим, овај позив судови нису прихватили, јер им је комотније било примијенити конкретна, писана, па макар била архаична правила, него креативно примијенити општа правила и начела ЗОО на конкретан облигациони однос.

Да је овакав однос судова према примјени општих одредби ЗОО на неименоване уговоре и данас актуелан, наводимо примјер из праксе Уставног суда БиХ, који у једној својој одлуци, објављеној у „Службеном листу БиХ“, број 40/2004., стр. 3979, примјењује релевантне прописе на уговор о поклону. Уставни суд БиХ у поменутој одлуци истиче да уговор о поклону није уређен Законом о облигационим односима, а ни другим законским прописима. На односе који нису уређени постојећим прописима примјењују се правна правила Општег грађанског законика (ОГЗ), на основу члана 4, а у вези са чл. 2. и 3. Закона о неважности правних прописа донесених прије 6. априла 1941. године и за вријеме непријатељске окупације („Службени лист ФНРЈ“, број 86/46), који се у Републици Српској примјењује на основу члана 12. Уставног закона за провођење Устава Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 21/92). У наставку, у истој одлуци,



Суд наводи конкретна правила ОГЗ, која се могу примијенити у конкретном предмету. Ако имамо у виду да Уставни суд БиХ има апелациону и касациону надлежност на неодређени број одлука свих судова на територији БиХ, а нарочито врховних судова, као судова посљедње инстанце у ентитетима БиХ, тада се његов став о релевантним прописима за облигационе односе који нису уређени одредбама ЗОО мора сматрати општеобавезујућим за све судове чије одлуке потпадају под његову јурисдикцију.

Као што видимо, задаци на иновирању садржаја југословенског ЗОО, који стоје пред његовим баштиницима, разноврсни су и свеобухватни, али се могу обухватити заједничким називником, јер су за све правне системе који су га преузели готово истовјетни. Сви радови на уређивању садржаја ЗОО потичу из приказаног стања његове недовршености и потреба која намеће савремени политички тренутак повезан са тежњом за хармонизацијом домаћих правних система у регији са правом ЕУ. Тако, на примјер, као разлози за доношење новог ЗООРХ истичу се политичка опредјељења за придруживање Европској унији и уградња правних норми ЕУ у законе о облигационим односима бивших југословенских федералних јединица. Законодавство РХ је кренуло путем индиректне рецепције права ЕУ тако што је стручна комисија за израду Приједлога ЗОО након вишегодишњег рада сачинила текст новог ЗОО, који је приближен и усклађен са правним порецима германског права које се већ ускладило с правом ЕУ, а неке смјернице ЕУ укључене су директно у текст новог ЗООРХ.<sup>465</sup>

На сличним полазним премисама приступило се незавршеној припреми новог закона о облигационим односима у Босни и Херцеговини, односно њеним ентитетима. У пракси, законодавство о правним односима које треба да обухвати будући нови ЗОО у Босни и Херцеговини убрзано се попуњава посебним законима. Тако је донесен Закон о заштити потрошача<sup>466</sup>, који је обухватио највећи дио новог садржаја Нацрта закона о облигационим односима. Донијет је и Закон о лизингу, који је, такође, предвиђен радном верзијом Нацрта ЗОО. На поменути начин законодавац у БиХ и ентитетима нарушава радну концепцију приређивача новог Нацрта ЗОО у Босни и Херцеговини, јер је Нацрт ЗОО обухватио, поред одредаба о заштити потрошача, и многе уговоре аутономног привредног права. Тако су, у Нацрт ЗОО, међу нове, именоване уговоре, поред уговора из важећег ЗОО, уврштени: послови на кућним вратима, уговори о пословима на даљину, уговори о праву повремениг становања, потрошачки кредитни уговор, уговор о посредовању кредита, даровање, послуга, лизинг, ортаклук, франшизинг, уговор о доживотном издржавању, банкарски послови и утврђујући уговори. Нацрт ЗОО су публиковали установе - центри за едукацију судија и тужилаца ФБиХ/РС, у сарадњи са њемачком владином организацијом GTZ, у оквиру пројекта „Реформа привредног права“, а публикован/постављен је на веб-страници Министарства правде БиХ.

<sup>465</sup> Према: Горенц и др.: Коментар ЗОО, Загреб, 2005., стр. VII.

<sup>466</sup> „Службени гласник БиХ”, број 25/06.



Садашње уставно уређење Босне и Херцеговине и њему прилагођена, нетипична организација правосудног система условљава да се, евентуално, будуће усвајање Нацрта закона о облигационим односима мора спровести на сва четири нивоа, и то: у законодавним тијелима БиХ, оба ентитета и Брчко Дистрикта. Уз све садржинске недостатке и непрецизности припремљеног текста Нацрта ЗОО и оваква структура законодавних тијела ствара тешкоће законодавној техници и процедури, јер се може десити да истовјетан текст не могне бити усвојен синхронизовано, у свим законодавним тијелима, што би нас одвело у нови правни партикуларизам на малом простору.

## ЗАКЉУЧАК

Бивши, југословенски Закон о облигационим односима врши и данас велику утицај на законодавне процесе у свим бившим југословенским републикама. Сви нови законодавци у осамостаљеним државама пошли су у регулисању облигационих односа од истог изворника.<sup>467</sup> Упркос често неповољној политичкој клими у односу на ресентимане условљене трагичним распадом југословенске државе, то није утицало на одрицање од југословенског Закона о облигационим односима. Одступања се односе на нове одредбе, које се уносе под утицајем потребе хармонизације с правом Европске уније.

Заједнички извршни и законодавни органи Босне и Херцеговине сматрају да је опортунитије имати Закон о облигационим односима на државном нивоу. Они су на ово подстакнути документом Министарства иностраних послова Босне и Херцеговине под насловом *White Paper* – Извод из Бијеле књиге Европске уније - Припреме придружених земаља централне и источне Европе за интеграцију у унутрашње тржиште Уније. У поглављу 17. тог документа, који носи наслов: „Грађанско право“, наводе се правни извори Европске уније које треба хармонизовати у грађанско право које важи у Босни и Херцеговини. У првом реду помиње се Директива о одговорности за производ, која уређује објективну одговорност за штету произвођача неисправног производа са грешком. Друга је Директива 86/65/ЕЕС о комерцијалним агентима, који сами себе запошљавају да би се успоставио закон-

---

<sup>467</sup> Закон за облигационите односе Републике Македоније, од 20. фебруара 2001. године, са измјенама и допунама 2002. и 2003.; Облигацијски законик Републике Словеније, од 1. јануара 2002.; Закон о облигационим односима Републике Србије и Републике Црне Горе (“Службени лист СФРЈ”, 29/78, са измјенама и допунама (“Службени лист СФРЈ”, бр. 39/85, 45/89 и 57/89 и “Службени лист СРЈ”, број 31/93); Закон о облигационим односима Републике Српске (“Службени лист СФРЈ”, 29/78, са измјенама и допунама (“Службени лист СФРЈ”, бр. 39/85, 45/89 и 57/89 и (“Службени гласник Републике Српске”, бр. 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04); Закон о облигационим односима у Федерацији БиХ (“Службени лист СФРЈ”, бр. 39/85, 45/89 и 57/89 и “Службени лист РБиХ”, бр. 2/92, 13/93 и 13/94); Закон о обвезним односима РХ (“Народне новине РХ”, број 35/05).

ски режим односа између принципала и агента. Затим, потребно је, у доменима процесног права хармонизовати домаће грађанско право са Бриселском конвенцијом о јурисдикцији и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима од 27.9.1968. године. И, најзад, у домену међународног приватног права потребно је ратификовати и примјењивати Римску конвенцију из 1980. године о закону који се примјењује на уговорне односе.

Оно што југословенски Закон о облигационим односима задржава као изворник и образац новој кодификаторској пракси законодавних органа нових држава југоисточне Европе јесте несумњиви стручноправнички, номотехнички квалитет већине његових одредби и систематика излагања. То су оне врлине бившег југословенског Закона о облигационим односима које се састоје од примјерности законских правила реалним друштвеним односима, тј. императив да норма буде одраз колективне мисли, нужности и потребе оних којима је намијењена, а не списак пустих жеља и добрих намјера, како у стварним друштвеним односима не би долазило или да би што мање долазило до појаве „побуне факата против права.“<sup>468</sup> Тај „консензус колективне мисли“ требало би да задржи стил закона који је инспирацију нашао у Јеринговој препоруци, по којој „законодавац треба да мисли као филозоф, а говори као сељак“. То је уграђено у темеље Вукове граматике српског језика, чији је фонетски принцип „пиши као што говориш, а говори као што је написано“ подлога јасном, концизном и директном изражавању мисли, што је драгоцјено средство за изношење правничких формулација јавности. Правнички језик, у таквим језичким условима, може пружити сјајне резултате и омогућити корисницима, субјектима и судовима да се лако и суверено служе релевантним правним прописима, како при настанку облигационих односа, тако и при тумачењу и спорењу око правних питања из облигационог права. Врлина која краси ЗОО, а коју врједи преузети и даље бранити, јесте избјегавање преузимања и упућивања, која није, нажалост, досљедно одбрањена у Нацрту ЗООФБиХ/РС. Упркос свему, добро је за убудуће сачувати средства којима Закон о облигационим односима сузбија негативне тенденције универзализма и свемоћи правне норме, којима се крута и нееластична правна норма релаксира, а садржаним од законом признатих друштвених правила понашања и ванправних, метаправних критеријума, као што су правичност, савјесност и поштење и добри обичаји. У запажене врлине ЗОО спада и досљедност у одбијању појаве „ренесансе формализма“ и увођења диктата форме над правом. Номотехнички приступ, који треба да слиједе нови законодавци, баштинници југословенског ЗОО, јесте довољан и потребан временски оквир да се нова питања темељито претресу и кадровски оспособе и екипирају стручне законодавне комисије за ревизију прописа. Примјер брзоплетости интервенисања у органске законске цјелине срећемо у неким измјенама и допунама ЗОО извршеним у Републици Српској и Федерацији БиХ, које су израз полит-економског оптимизма да ће се разрушени економски токови и пустошење које носи транзиција и приватизација брзо исправити парцијалним мијењањем прописа о облигационим односима. Тако је

<sup>468</sup> Предговор професора Перовића, стр. 71.

брисан члан 180. ЗОО,<sup>469</sup> извршене су интервенције у одредбу члана 437. став 2, који се брише, а дозвољавао је предају заложене ствари пријемнику само ако залогодавац пристане на то. Умјесто ове одредбе додат је став 3. истог члана, који гласи: „Свако ажурирање јавних регистара због преноса потраживања и њихових споредних права је одговорност пријемника, уколико није другачије одређено уговором о преносу.“ Одредба члана 438. ЗОО, која прописује „обавјештавање дужника“, измијењена је тако да гласи: „За пренос потраживања није потребна посебна сагласност даваоца гаранције, власника гаранције, као ни било ког другог носиоца гаранције.“

Преносилац права дужан је обавијестити писменим путем даваоца гаранције, власника гаранције на споредним правима у року од 30 дана од дана извршења процјене.

Плаћање извршено прије достављања информација из претходног става биће правоснажно и ослобађа дужника од свих обавеза плаћања пријемнику. У супротном, обавеза остаје и он је обавезан да је испуни пријемнику.<sup>470</sup>

Најзад, у члану 40. ЗОО, који носи наслов: „Прихватање непосредне понуде“, додат је нови став 3, који гласи: „Наруцбеница послана факсом сматраће се писаном понудом.“

Законодавцу мора бити на уму упозорење да свако олако мијењање права доводи до слабљења ауторитета права. Осим тога, у Босни и Херцеговини је присутна тенденција по којој нови закон о облигационим односима мора бити донесен искључиво на државном нивоу, мада је то, из разлога специфичне структуре уставног уређења, немогуће извести, осим уз сагласност ентитета. Ова идеја се различито образлаже и напада, али је показатељ да се Закон о облигационим односима сматра у домаћим и страним политичким круговима важним привредним законом од интереса за цијелу земљу. Као што је познато, његове одредбе одолијевају, у највећој мјери, правном партикуларизму на цијелом бившем југословенском простору. Ипак, не треба сматрати да Закон о облигационим односима, ма како угледан и признат био, може спријечити политичке партикуларизме, сепаратизме, разбијање државних заједница и јединственог тржишта и измјену државних граница ако су фурије супротстављених политичких интереса спремне на деконструкцију постојећих политичких заједница.

<sup>469</sup> Закон о изменама и допунама ЗОО, “Службени гласник Републике Српске”, број 3/96.

<sup>470</sup> Закон о измјенама и допунама ЗОО, “Службени гласник Републике Српске”, број 39/03.

Др Бранко Мораит,  
редовни професор Правног факултета  
Универзитета у Бањој Луци

## ПРАВНИ ЖИВОТ И ХАРМОНИЗАЦИЈА ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

### Резиме

У чланку се аутор осврће на законско уређивање облигационих односа на простору бивше југословенске заједничке државе, с посебним освртом на стање у Босни и Херцеговини. У Босни и Херцеговини је припремљен Нацрт закона о облигационим односима, са стањем на дан 28.1.2003. године, када су двије радне групе ентитета завршиле рад на изради текста Нацрта у организацији министарстава правде ентитета подржаних од стране њемачке владине организације GTZ. Иза овог датума организацију око довршавања израде текста Нацрта ЗОО преузело је Министарство правде БиХ, уз подршку ОНР, али резултати њиховог рада нису јавно презентовани. Аутор покушава да освјетли значај текста југословенског Закона о облигационим односима из данашње перспективе и закључује да он и даље значајно утиче на законодавне токове уређивања облигационих односа у свим државама, бившим југословенским републикама. Вриједност правила и формулација која је понудио југословенски Закон о облигационим односима није могло да оспори ни острашћено антијугословенско и антисрпско расположење у осамостаљеним, етатизираним, бившим чланицама југословенске федерације. Закон о облигационим односима је продужио свој правни живот рецепцијом у нове правне поретке који су приступили његовим мањим или већим измјенама. И тамо гдје је донијет нови интегрални текст нису присутна велика одступања од изворника ни у систематици ни и у садржају законског текста.

Др Бранко Мораит,  
редовни професор Правног факултета  
Универзитета у Бањој Луци

## КОДИФИКАЦИЈА ГРАЂАНСКОГ ПРАВА КАО ДОПРИНОС ВЛАДАВИНИ ПРАВА<sup>471</sup>

### ЗАКОНОДАВНИ ИЗВОРИ ОБЛИГАЦИОНОГ ПРАВА

Под изворима облигационог права подразумијевају се формални извори у којима су, од стране надлежних органа и на легитиман начин, утврђена правила (норме) облигационог права.

Након распада СФРЈ, до тада савезни закон, Закон о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89) претрпио је одређене измјене. У СФРЈ, која је била заједничка држава народа који су је сачињавали и федералних јединица као административно-политичких ентитета, Србија и Црна Гора су уставно конституисале Савезну Републику Југославију, која се територијално састоји од бивших авнојских федералних јединица, СР Србије и СР Црне Горе. У тој новој држави донесен је Закон о измјенама и допунама Закона о облигационим односима („Службени лист СРЈ“, број 31/18 јун 1993), који садржи 60 чланова.

У Републици Српској, која је формирана на територији бивше СР Босне и Херцеговине, као државноправни ентитет у постдејтонској Босни и Херцеговини, донесен је Закон о измјенама и допунама Закона о облигационим односима („Службени гласник Републике Српске“, број 17, од 22. септембра 1993), који садржи 61 члан. Разлози за овакво номотехничко рјешење леже у одредбама Амандмана XIV (четрнаестог) на Устав Републике Српске, које одређују да Република Српска уређује и обезбјеђује својинске и облигационе односе. А према члану 12. Уставног закона Републике Српске, до доношења одговарајућих закона примјењиваће се закони и други прописи бивше СФРЈ и бивше СРБиХ који су у сагласности са Уставом Републике Српске и који нису у супротности са законима и другим прописима које је донијела Народна скупштина Републике Српске.

Измјене и допуне ЗОО<sup>472</sup> од 16. јуна 1993. године ослободиле су законски текст од политичко-идеолошке терминологије. У Републици Српској је

<sup>471</sup> Зборник радова „Владавина права и правна држава у региону“, Источно Сарајево, 2014., стр. 359-377.

<sup>472</sup> „Службени лист СРЈ“, број 31/93.

убрзо након тога извршена потпуна рецепција ових измјена и допуна ЗОО тако што је донесен Закон о измјенама и допунама ЗОО.<sup>473</sup> Према овим измјенама и допунама, субјекти облигационих односа се не означавају као „учесници“, него као „стране“ у облигационим односима, а то могу бити физичка и правна лица. Ова измјена је условљена усклађивањем ЗОО са уставним актима тадашње СРЈ и РС. Уједно је тим измјенама и допунама искориштена прилика да се ЗОО врати своме изворнику, Скици професора Константиновића.<sup>474</sup> Овим измјенама и допунама ЗОО из 1993. године друштвена правна лица су ишчезла из облигационих односа, јер је озакоњен уставни принцип једнаке заштите свих облика својине и нису више постојали разлози за посебну заштиту друштвених правних лица у облигационим односима.

У Федерацији БиХ, другом државноправном ентитету Босне и Херцеговине југословенски Закон о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89) преузет је на основу Уредбе са законском снагом („Службени лист РБиХ“, број 2/92), а ступио је на правну снагу потврђивањем уредби са законском снагом („Службени лист РБиХ“, број 13/94).

Потом се у Републици Српској и Федерацији Босне и Херцеговине приступило припремама за доношење новог Закона о облигационим односима и уз подршку њемачке организације GTZ која је израду Нацрта ЗОО повјерава њемачком професору Helmutu Ruessmanu. Професор Ruessman је за основ израде изабрао ЗОО као модерно и успјешно законодавно дјело. Као важан разлог зашто се приступа изради новог Закона о облигационим односима изнијета је потреба усклађивања ЗОО са директивама Европске уније о заштити потрошача. Владе ентитета формирале су двије експертске радне групе које су помагале при изради Нацрта ЗОО. У току рада изражена су два различита мишљења о томе да ли питања заштите потрошача треба да уђу у текст Нацрта ЗОО или је овим питањима мјесто у посебном законодавству. Послије изношења аргумената за и против, те указивања на предности различитих рјешења у француском и њемачком праву одредбе о заштити потрошача остале су интегрисане у Нацрт ЗОО. Одредбом члана 5. Нацрта ЗОО одређено је да стране у облигационим односима могу бити физичка и правна лица. Поред ове, начелне, одредбе, уграђене су још двије одредбе. Према одредби члана 15. „подузетник“ је физичко или правно лице које приликом закључивања неког правног посла дјелује у вршењу своје привредне или самосталне професионалне дјелатности. Према одредби члана 16. „потрошач“ је свако физичко лице које закључује неки правни посао у сврху која не спада у његову привредну или професионалну дјелатност. Ова издвојена дефинисања „подузетника“ и „потрошача“ у функцији је инкорпорисања одредаба о заштити потрошача у текст Нацрта ЗОО. Сви односи који се између потрошача и подузетника развијају предмет су посебних одредаба, које су саставни дио Нацрта ЗОО. Тако смо поново добили једну издвојену категорију субјеката облигационих односа који се издвајају из цјелине ком-

<sup>473</sup> „Службени гласник Републике Српске“, број 17, од 22. септембра 1993. године.

<sup>474</sup> Предговор професора Перовића.

плекса облигационих односа како би се успоставила равноправност страна у облигационим односима и јаче заштитили интереси потрошача који су у односима према подузетницима слабија страна. Оваквим нормирањем конкретизују се или чак доводе у питање два принципа: принцип јединственог регулисања и принцип равноправности страна.

## ПРЕГЛЕД САДРЖАЈА ПРЕДЛОЖЕНИХ ИНСТИТУТА ОПШТЕГ ДИЈЕЛА НАЦРТА ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА ФБиХ/РС

### Основна подјела

Општи дио нацрта Закона о облигационим односима, као и важећи Закон о облигационим односима подијељен је на следеће главе:

Основна начела (чл. од 1. до 17. Нацрта; чл. од 1. до 25. ЗОО)

Настанак обавеза (чл. од 18. до 328. Нацрта; чл. од 26. до 261. ЗОО)

Дејство обавеза (чл. од 329. до 363. Нацрта; чл. од 262. до 294. ЗОО)

Престанак обавеза (чл. од 364. до 482. Нацрта; чл. од 295. до 393. ЗОО)

Разне врсте обавеза (чл. од 483. до 542. Нацрта; чл. од 394. до 435. ЗОО)

Провјера повјериоца или дужника (чл. од 543. до 563. Нацрта; чл. од 436. до 453. ЗОО)

Главе општег дијела Нацрта, исто као и у општем дијелу ЗОО, подијељени су на одјељке и одсјеке.

### Основна начела

Одредбе начелног карактера садржане су у глави I, која је, у односу на изворник, ЗОО/78, претрпјела одређене измјене и допуне.

Од начела садржаних у ЗОО у овај нацрт су преузета, без икаквих измјена и допуна, следећа начела: савјесност и поштење, аутономија воље, добри пословни обичаји, забрана злоупотребе права, једнаке вриједности узајамних давања, проузроковање штете, дужности испуњења обавеза и поступање са дужном пажњом.

Нова одредба је садржана у члану 2. Нацрта и носи наслов „сходна примјена Закона“. Овим се тежи попуњавању правних празнина методом законске аналогije, тако да се на правно сличне односе, за које Закон не садржи никакву одредбу, сходно примијени одредба која је садржана у закону као пропис за правно сличне односе. Уколико нема таквих прописа у закону, треба примијенити општа правна начела и добре обичаје.



Нова је и одредба члана 3. Нацрта о „основним правилима терета доказивања“, према којој чињенице доказује страна која из њих изводи своја права, односно штити сопствену правну позицију. У расправама о Нацрту постављено је питање: да ли одредба о расподјели терета доказивања спада у један материјално правни пропис, јер је, иначе, процесноправне природе?

Одредбе чл. 15. и 16. Прве главе Нацрта дефинишу појмове „предузетника“ и „потрошача“ чије облигационе односе специјално уређује Нацрт уводећи заштиту потрошача у облигационо право. Током расправа о Нацрту и ово питање је било отворено за дискусију и о томе су се развили опречни ставови. Један дио чланова законодавне комисије сматрао је да ова питања нису од принципијелног значаја, да их не треба уносити у закон и да их треба оставити за посебно законодавство. Други су сматрали да је ово прилика да се директиве Европске уније унесу у домаће законодавство и тако изврши хармонизација домаћег права са правом Европске уније. Под утицајем мишљења главног редактора текста Нацрта, унијете су слjedeће директиве Европске уније:

1. Директива 85/577/EWG Вијећа, од 20. децембра 1985. године, о опозиву послова на кућним вратима,
2. Директива 90/7 Европског парламента и Вијећа, од 20. маја 1997. године, о продаји на даљину,
3. Директива 93/13 EWG Европског парламента и Вијећа, од 5. априла 1993. године, о забрањеним клаузулама у потрошачким уговорима,
4. Директива 90/314/ EWG Вијећа, од 13. јуна 1990. године, о паушалним путовањима и
5. Директива од 19. маја 1998. године о тужбама на пропуштање ради заштите интереса потрошача.

### **Настанак обавеза**

У пододјелку главе II Нацрта, која уређује сагласност воља уговорних страна, унијета је одредба члана 22. о „једностраним правним пословица“. Ријеч је о изјавама воље, као што су: изјава о раскиду, изјава о опозиву или отказу, односно изјавама за чију пуноважност није потребна сагласност друге стране. Одредбом члана 23. уређује се „опозив дозволе до закључења правног посла“. Одредба члана 24. уређује „ретроактивно дејство одобрења“. Одредба члана 25. Нацрта уређује питање „важности располагања предметом правног посла од стране неовлашћеног лица“ и прави се разлика између „послова располагања од неовлашћеног уз дозволу овлашћеног лица“ и „послова које господар посла накнадно одобри или лице које је неовлашћено располагало предметом посла такав предмет стекне без ограничења“.

„Испорука ненаручених чинидби“ од стране предузетника потрошачу неће довести до настанка облигационог односа. Ствар се може вратити

пошиљаоцу, и то је утврђено одредбом члана 32. Нацрта с циљем рецепције Директиве о продаји на даљину 91/9/ЕЗ, од 20. маја 1997. године.

„Наруцба електронским путем“ унијета је у Нацрт одредбом члана 33. ради рецепције одредбе члана 11. став 2. Директиве 2000/31/ЕЗ о електронском пословању.

Уређивање питања предмета уговора модификовано је на тај начин што одређивање предмета од трећег лица неће бити обавезујуће за уговараче уколико је очигледно неправично. У таквој ситуацији предмет уговора неће остати неодређен, јер се овлашћује суд да у том случају одреди предмет уговора.

Одређивање предмета уговора од стране једног уговарача врши се једностраном изјавом воље, која мора бити учињена према правичној процјени. Уколико овлашћени уговарач тако не поступи приликом одређивања предмета уговора, предмет ће одредити суд.

## Пословна способност

Одредба члана 55. Нацрта одређује „пословно неспособна лица“ као она која нису навршила четрнаест година живота, као и она која због душевне болести, менталне слабости, опијености и сличних стања нису способна да разумно поступају.

„Ограничено пословно способно лице“, према одредби члана 56. Нацрта, је малолетно лице са навршених четрнаест година живота и лице којем је дјелимично одузета пословна способност. Законски заступник може овластити ограничено пословно способно лице да самостално обавља неку привредну или професионалну дјелатност, на који начин то лице стиче потпуну пословну способност у оквирима те дјелатности (члан 63. Нацрта). Ограничено пословно способно лице може закључити пуноважан уговор и без сагласности законског заступника ако располаже средствима која му је ставио на располагање законски заступник или уз сагласност законског заступника неко треће лице.

Багателне, „послове мале вриједности уобичајене у свакодневном животу“ могу пуноважно предузимати пословно неспособна и ограничено пословно способна лица.

## Форма

Нове одредбе су настале измјенама одредбе члана 72. ЗОО (сада члана 78. став 5. Нацрта) и прописано је да се писмена форма замјењује и изјавама електронским путем. Осим ове одредбе, у текст Нацрта унесене су и одредбе које уређују нотарску обраду исправе (члан 80. Нацрта), нотарску овјеру исправе (члан 81. Нацрта), замјену за нотарску обраду исправе (члан 82. Нацрта) и уговоре који се морају нотарски обрадити.

## **Услов**

Нове су одредбе о „повратном дјеловању услова“, што подразумејева да уговор почиње производити облигационо правно дејство од момента наступања услова (члана 85. Нацрта); „заштиту условног права“, а ова одредба подразумејева накнаду штете за скривљено онемогућавање или сужавање условног права (члан 88. Нацрта) и „непуноважност располагања под условом“, тако што се забрањује располагање предметом уговора које онемогућује или забрањује дејство предвиђено условом (члан 89. Нацрта).

## **Рок**

Одредбе које су под овим насловом уврштене у Нацрт су нове. Потпуно су одређени термини, шта се подразумејева под почетком и крајем рока, шта је почетак, средина и крај мјесеца, продужење рока итд. (чл. од 90. до 97. Нацрта).

## **Заступање**

У овим одредбама Нацрта извршена је подјела на „посредно и непосредно заступање“ (члан 105. Нацрта). Прописивањем непосредног заступања новелиране су одредбе о дејству заступања (члан 106. Нацрта), неизменованом заступаном лицу (члан 107. Нацрта), ограничено пословно способном лицу као заступнику (члан 108. Нацрта), манама воље (члан 109. Нацрта), сукобу интереса (члан 110. Нацрта), злоупотребе овлашћења за заступање (члан 111. Нацрта), те обавезе накнаде штете за заступника без овлашћења за заступање (члана 113. Нацрта). Нове одредбе су додатни прописи о пуномоћи, претпостављена пуномоћ, заједничко заступање, пуномоћ ограничено пословно способног лица, дејство престанка пуномоћи у односу на треће лице, једностранни правни посао и враћање исправе о пуномоћи.

Код посредног заступања нове су одредбе о дејству посредног заступања, платежној неспособности посредног заступника и знатнијој повреди обавеза у односу на заступаног, као и платежна неспособност посредног заступника или знатнија повреда обавезе у односу на заступника.

## **Тумачење уговора**

У нацрту је додата нова одредба члана 136, у којој се одређује да заједничка намјера уговорних страна треба да се тумачи како би је схватила разумна лица истих својстава у таквим околностима.

## Раскидање уговора због неиспуњења

У овом дијелу Нацрта уређује се „једнострана изјава воље као форма раскида упућена другој уговорној страни“ (члан 168. Нацрта) и „недјељивост права на раскид када уговорне стране чини више лица“ (члан 169. Нацрта); изјава о раскиду нема дејства ако се дужник могао ослободити обавезе пребојом (члан 170. Нацрта) и клаузула у губљењу права дужника ако не изврши своју обавезу када повјерилац остаје овлашћеник права на раскид уговора.

## Право опозива и поврата код потрошачких уговора

У овом дијелу текста Нацрта интервенисано је у постојећи текст ЗОО ради провођења Директиве 97/7 ЕГ, по којој потрошач има право опозвати изјаву воље дату као пристанак на закључење уговора са предузетником. Опозив се даје у року од 15 дана од пријема правне поуке о опозиву (члан 172. Нацрта). „Право на поврат код потрошачког уговора“ могуће је замијенити „правом на опозив“ (члан 173. Нацрта). Поред овога уређују се правне посљедице опозива и поврата тако што се предвиђа сходна примјена законских одредаба о раскиду уговора (члана 174. Нацрта), те се дефинише појам трајног носача података (члан 175. Нацрта).

## Општи услови формуларних уговора

Све нове одредбе унијете су у Нацрт у циљу провођења Директиве 99/13/EWG, која говори о „преварним (злоупотријебљеним) клаузулама у потрошачким уговорима“, а овим новим одредбама је циљ да штите потрошача као купца робе или прибавиоца услуга, односно слабије стране у уговору, нарочито када се закључује уговор чији је садржај продавац унапријед и једнострано припремио.

Појам „формуларног уговора“ у одредби члана 184. Нацрта измијењен је у односу на формулисање таквог појма одредбом члана 142. важећег ЗОО. Утврђени су начини на које „општи услови“ постају дио појединачног уговора техником укључивања општих услова у уговор (члан 185. Нацрта). Одредба члана 186. прописује „неуобичајене одредбе“, које се не могу укључити у уговор и због тога не постају дио уговора, јер су тако неуобичајене да са њима саговорач приређивача општих услова не мора рачунати. Поред овога, у овај дио Нацрта унијета је и одредба члана 187. о „забрани знатнијег оштећења“, набројане су „забрањене одредбе“ у члана 188, правне посљедице „неукључивања“ и „непуноважности“ (члана 189.) те подручје примјене (члан 190. Нацрта).

## Уступање уговора

Одредбама Нацрта о „уступању уговора“ уводи се правило о стављању рока за сагласност када она није изјављена и посљедице неизјављивања сагласности (члан 192. Нацрта). Уколико одређени рок, позив страни која је закључила уговор о уступању, безуспјешно истекне, сматра се да је сагласност одбијена. „Прелаз споредних права“, након уступања уговора, чини се зависним од лица која су дужници споредних обавеза. Ако су то уговарачи, споредна права прелазе, али ако су дужници трећа лица, споредна права прелазе на новог повјериоца само ако се она сагласе.

## Проузроковање штете као извор облигација

Нова је одредба члана 203. Нацрта, која носи наслов „приписивање штете“. Према овој одредби штетник одговара само за штету која је са догађајем из кога произлази одговорност штетника тако повезана да се она, с обзиром на врсту одговорности и карактер штете, уз уважавање заштитне функције повријеђене правне норме, може сматрати посљедицом тог догађаја.

Нова је и одредба члана 225. Нацрта, која „одговорност за штету од животиња“ веже за власника, односно лице под чијим је надзором животиња на чувању или лијечењу.

„Одговорност за штету од грађевина“ из члана 226. Нацрта веже се за власника ако се штета догоди рушењем, падом грађевине или на неки други сличан начин. Власник се може ослободити одговорности само ако докаже да је штета настала дејством више силе или кривицом оштећеног.

## Одговорност за неисправне производе и одговорност за рекламу

Новост је одредба члана 228. став 1. Нацрта, која „одговорност произвођача“ везује за „грешку производа“. Оштећени је дужан доказати грешку, штету и узрочну везу између грешке и штете. Произвођач се ослобађа одговорности ако производ с грешком није ставио у промет, ако је производ одговарао принудним прописима у вријеме када га је ставио у промет, ако грешка није могла бити уочена или је грешка настала током уградње у неки други, финални производ. Одредба члана 232. Нацрта ограничава одговорност на штету узроковану „производом са грешком“ која је настала оштећеном као повреда живота и здравља или је узроковала уништење или оштећење какве оштећеникове ствари, изузимајући сам производ са грешком. Ове одредбе унијете су у текст Нацрта ради имплементације Директиве 85/374/EWG Вијећа од 25. јула 1985. године о одговорности за неисправне производе.

„Одговорност за рекламу“, прописана одредбом члана 235. Нацрта, утврђује одговорност за штету проузроковану рекламом лица које је контро-

лисало израду рекламе. Лице одговорно за рекламу може се ослободити одговорности ако докаже истинитост чињеница и тврдњи садржаних у реклами.

### **Накнада материјалне штете**

Измјена коју доноси Нацрт састоји се у допуни одредбе члана 192. важећег текста ЗОО тако што се „терет доказивања“ дијели између штетника и оштећеног за допринос оштећенога у настанку штете. Одредба члана 251. Нацрта уређује ситуацију када штетник одговара за накнаду штете и стиче право од оштећеног да захтијева да му „уступи право“ према трећим лицима, на примјер, из уговора о осигурању. Одредба члана 252. Нацрта садржи правило „пребијања користи са штетом“.

### **СТИЦАЊЕ БЕЗ ОСНОВА**

У дефинисању појма института стицања без основа извршене су непотребне редифиниције, јер се, по нашем мишљењу, предлаже окрњена дефиниција овог института, извора облигација, тако што се не спомиње ни недостатак основа за стицање „нечега“; у дефиницији се не наводи обавеза враћања или накнаде вриједности постигнуте користи. Тек у одсјеку III, који носи наслов „садржај и домет одговорности за стицање без основа“ допуњена је дефиниција „правилима враћања“. Тиме је постојећа дефиниција овог правног института непотребно дисперзирана и подвојена, што је недопустив граматичко-логички редакторски пропуст.

Одредба члана 273. Нацрта уводи случај „стицања без основа због промашаја сврхе“, то јест намјераваног циља правног посла (на примјер давања поклона супружницима ради очувања брака који се не одржи). Ово схватање основа није било прихваћено у важећој доктрини нашег права, јер се под правним основом подразумијева пуноважни правни основ, то јест правни посао или закон (члана 210. став 1. ЗОО), а као изузетак извршење неке природне обавезе, моралне или друштвене дужности (члан 213. ЗОО), што се означавало као објективно схватање правног основа. У одсјеку II садржани су посебни прописи за „поврат стеченог у односу на више лица“, а по овим рјешењима, која су преузета из параграфа 822. ЊГЗ, према којој одредби прибавилац који бесплатно отуђи ствари трећем лицу и искључи своју обавезу враћања даје осиромашеном право на тужбу према трећем лицу као да је трећи обogaћени без правног основа, мада правни основ, као што је на примјер уговор о поклону, уистину постоји.

### **Затезне камате**

Новост је уређење „доспјелости“ затезних камата, по којем оне доспијевају након изјављивања опомене или подизања тужбе када је пред-

мет обавезе потраживање накнаде штете у новчаном износу. На овај начин се жели заштитити повјерилац, пошто се дужнику више неће исплатити чекати на пресуђење, јер затезна камата своју везаност за утврђивање висине накнаде штете задржава само у погледу коначног обрачуна висине затезне камате зависно од висине прихваћеног тужбеног захтјева у пресуди. На тај начин ће се избјећи у досадашњој пракси уобичајена злоупотреба дужничких обавеза, одуговлачење намирења повјериоца накнаде штете у новчаном износу, које је у важећем ЗОО пројектовано у корист дужника, а на штету оштећенога, тј. повјериоца с обзиром на дужину трајања судског поступка.

### **Право задржавања**

Према новом прописивању, право задржавања више не престаје наступањем застарјелости потраживања. Предмет ретенције је прецизиран у односу на дужникову ствар тако што је сада изричито одређен као покретна ствар.

### **Престанак обавеза**

Код „испуњења са суброгацијом“ (измијењен и допуњен члан 300. ЗОО – члан 369. Нацрта) правило „уступања тражбине“ сходно се примјењује и на испуњење са суброгацијом. Ако се испуњење врши неовлашћеном лицу, то ће се сматрати *de facto* испуњење те се уређују правила враћања стеченог без основа.

Понекад, као предмет испуњења се појављује „преузимање нове обавезе“ према истом повјериоцу у сврху намирења раније преузете а ненамирене обавезе.

Промјена терета доказивања са дужника на повјериоца деситће се, ако је повјерилац прихватио други предмет, умјесто дугованог, у циљу испуњења.

Посебан значај се придаје „признаници код вриједносних папира“, јер се потврда исплате уписује на папиру, а издавање посебне признанице може дужник захтијевати уколико повјерилац задржи вриједносни папир.

Дужник, који одбије испуњење сматра се опоменути, а очигледно одбијање испуњења доводи до доцње, а да није потребна претходна опомена.

За новчане обавезе утврђени су законски рокови који ће опомињати умјесто повјериоца и за различите тренутке у облигационом односу теку 30 дана.

У случају „реалне суброгације“, камата на накнаду вриједности дуговане чинидбе, када се накнада даје умјесто предаје дугованог предмета обавезе, доспијева на исти дан.

Везано за немогућност испуњења утврђена је „законска цесија“ по којој повјерилац умјесто захтјева према дужнику може захтијевати да му дужник уступи право, то јест тражбину коју има према трећем лицу, јер је треће лице, на примјер, скривљено уништило предмет испуњења.



У подручју застаре „општи рок застаре“ своди се на пет година, чиме се за половину скраћује десетогодишњи рок застаре који сада постоји у важећем облигационом праву у РС.

### **Разне врсте обавеза**

„Камате на трошкове“ припадају повјериоцу по сили закона од дана настанка трошкова. Ако се трошкови састоје од обавезивања према трећем лицу, повјерилац не може тражити наплату, већ само ослобађање од обавезе према трећем лицу.

Враћање у пређашње стање врши се, у неким случајевима, „одстрањивањем неког уређаја“ који прелази висину дуга.

Рачунопологач је обавезан дати изјаву пред нотаром да је налогодавцу положен уредан рачун о вођењу прихода и расхода.

„Давање обезбјеђења“ је посебна врста обавезе утврђена уговором или законом за која се дају додатна правила.

Код новчаних обавеза, када је утврђена „валутна клаузула“ или „златна клаузула“, исплата се врши према курсу који важи у тренутку испуњења обавезе према продајном курсу овлашћене банке у мјесту испуњења обавезе важеће на дан плаћања.

Нацрт је либерализовао уговарање камате, чија се стопа своди на стопу затезне камате. Утврђена је забрана анатоцизма, без изузетка.

### **Солидарне облигације**

Нацрт ЗОО је прецизирао „претпоставку солидарности“ за уговоре између предузетника.

„Пребој“ је ограничен само на потраживање једног солидарног дужника.

„Субјективни приговори“ користе само једном садужнику, изузев ако природа облигационог односа не условљава да користи свима осталим садужницима.

„Замјена испуњења“ користи свим саповјериоцима.

Кад је недјељива облигација, заједнички дужници радњу извршавају заједнички, „сви за све“ и сачињавају једну процесну заједницу.

### **Измјена субјектата у облигацији**

Цесија ће произвести правно дејство када се уговори међу предузетницима упркос повреди уговорне клаузуле о забрани цедирања тражбине.

Споредна права заједно са потраживањима прелазе на цесионара исто као и неакцесорна средства обезбјеђења потраживања.

Цедент на цесионара преноси нотарски овјерен препис обвезнице или неке друге исправе о потраживању.

Дужник има право на приговор неиспуњења ако му се не преда цесиона исправа.

Повјерилац не може опозвати пристанак на преузимање дуга ако није резервисао право на опозив.

Законска је претпоставка да повјерилац није знао да је преузималац (нови дужник) презадужен.

Преузималац дуга не дугује камате доспјеле прије преузимања дуга, ни уговорену казну која је доспјела, а није исплаћена прије преузимања дуга.

## ЗАКЉУЧАК

У односу на југословенски закон о облигационим односима модернизација која је предузета у Босни и Херцеговини с циљем доношења новог закона о облигационим односима садржи одступања у односу на изворник. Нове одредбе уносе се под утицајем потребе хармонизације домаћег права с правном течевином Европске уније.

Оно што југословенски Закон о облигационим односима задржава као изворник и образац новој кодификаторској пракси законодавних органа нових држава југоисточне Европе јесте несумњиви правнички квалитет већине његових одредби и систематика излагања.

У политичко-правним структурама у Босни и Херцеговини присутна је тенденција по којој нови закон о облигационим односима мора бити донесен искључиво на државном нивоу, мада је то, из разлога уставног уређења немогуће извести, осим уз сагласност ентитета.

Задаци на иновирању садржаја југословенског ЗОО који стоје пред његовим баштиницима разноврсни су и свеобухватни, али се свести под заједнички називник, јер су за све правне системе који су га преузели готово истовјетни. Сви радови на уређивању садржаја ЗОО потичу из приказаног стања његове недовршености и потреба која намеће савремени политички тренутак повезан са тежњом за хармонизацијом домаћих правних система у регији са правом ЕУ. Тако, на примјер, као разлоге за доношење новог ЗООРХ истичу се политичка одређења за придруживање Европској унији и уградње у законе о облигационим односима бивших југословенских федералних јединица правних норми ЕУ. Законодавство РХ је кренуло путем индиректне рецепције права ЕУ тако што је стручна комисија за израду Приједлога ЗОО након вишегодишњег рада сачинила текст новог ЗОО који је приближен и усклађен са правним порецима германског права

које се већ ускладило с правом ЕУ, а неке смјернице ЕУ укључене су директно у текст новог ЗООРХ.<sup>475</sup>

Правни односи које је требало да обухвати нови закон о облигационим односима у ентитетима Босне и Херцеговине убрзано се попуњава посебним законима. Тако је донесен Закон о заштити потрошача<sup>476</sup>, који је обухватио највећи дио новог садржаја Нацрта закона о облигационим односима. Донијет је и Закон о лизингу, који је, такође, предвиђен радном верзијом Нацрта новог ЗОО. На поменути начин законодавац у БиХ и ентитетима нарушава радну концепцију приређивача новог нацрта ЗОО у Босни и Херцеговини, јер је Нацрт ЗОО обухватио, поред одредаба о заштити потрошача, и многе уговоре аутономног привредног права. Тако су у Нацрт ЗОО међу нове именоване уговоре, поред уговора из важећег ЗОО, уврштени: послови на кућним вратима, уговори о пословима на даљину, уговори о праву повременог становања, потрошачки кредитни уговор, уговор о посредовању кредита, даровање, послуга, лизинг, ортаклук, франшизинг, уговор о доживотном издржавању, банкарски послови и утврђујући уговори. Нацрт ЗОО су публиковале јавне установе - центри за едукацију судија и тужилаца ФБиХ/РС, у сарадњи са њемачком владином организацијом GTZ у оквирима пројекта „Реформа привредног права“, а публикован/постављен је на веб-страници Министарства правде БиХ.

Садашње уставно уређење Босне и Херцеговине и њему прилагођена, нетипична организација правосудног система условљава да се евентуално будуће усвајање Нацрта закона о облигационим односима мора спровести на четири нивоа, и то у законодавним тијелима БиХ, оба ентитета и Брчко Дистрикта.

Dr Branko Morait  
Law Faculty professor  
Of University of Banjaluka

## CODIFICATION OF CIVIL LAW AS A CONTRIBUTION OF THE RULE OF LAW

### Summary

In this article, the author looks back at accustoming of contractual relations in countries that once formed Yugoslavia, especially in Bosnia and Hercegovina. In Bosnia and Hercegovina, the Draft of Law of contractual relations was prepared, by the date of 28<sup>th</sup> of January 2003, when two study groups of entities completed their work formulating the text of Draft in organization of law departments of entities, supported by the German government organization GTZ. After the said date,

<sup>475</sup> Према: Горенц и др.: Коментар ЗОО, Загреб, 2005., стр. VII.

<sup>476</sup> „Службени гласник БиХ”, број 25/06.

Department of Law took the responsibility of organizing the works on completing the Draft, with the help of OHR, but the result of their labor did not become a positive judicial text. The author tries to clarify the importance of Yugoslav Law of contractual relations from today's perspective and concludes that it still largely affects the legislative processes of regulating contractual relations in all former Yugoslav republics. Law of contractual relations has prolonged its judicial life with the reception into new legal orders, which, in turn, subjected it to smaller or larger adjustments. And in places where the new legal text on contractual laws was passed, major deviations from the source have not been noticed, as in term of both the systematics and the content of the legal text.

Др Бранко Мораит, редовни професор  
Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

## О ПРЕДМЕТУ И МЕТОДУ СТВАРАЊА ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ<sup>477</sup>

### Апстракт/Сажетак

Свако вријеме тражи различите одговоре на велика правна питања. Једно од таквих питања је: који је оптималан метод за уређивање грађанско-правних односа у овом времену. Систематика и садржај будуће македонске грађанске кодификације, њен предмет и метод регулисања тема је овог рада.

### Кључне ријечи

Кодификација, грађанскоправни однос, приватно право, предмет, метод, систематика излагања

*Abstract: Each epoch demands different answers to large legal questions. One of them is which is optimal method in regulating civil law relationship in these times. Systematics and content of future Macedonian civil law codification, its subject i method of regulating is topic in this paper.*

*Key words: codification, civil law relationship, civil law, subject, method, systematic of presentation.*

### 1. О концепту Пројекта Грађанског законика Републике Македоније

Пројекат израде Грађанског законика Републике Македоније<sup>478</sup> (у даљем излагању: ГЗРМ) конципиран је као документ, односно елаборат о оправданости наведеног кодификаторског подухвата. Пројекат за израду ГЗРМ, након начелних напомена, садржи историјску ретроспективу европске кодификаторске карте и достигнутог степена кодификаторских прегнућа на бившим југословенским просторима, у регији југоисточне Европе. Потом се излаже стање тзв. секторске кодификације македонског грађанског права.

<sup>477</sup> Рад припремљен за објављивање у Зборнику радова о Нацрту грађанског законика Републике Македоније.

<sup>478</sup> Министарство правде Владе Републике Македоније, Скопје, јул 2009. године (у даљем навођењу: Пројект ГЗРМ).

На крају су дати прилози, извори те литература кориштена за израду елабората о Пројекту ГЗРМ.

Како из самог наслова недвосмислено произилази, основни метод који су редактори Пројекта изабрали је кодификаторски. Мада се редактори Пројекта залажу за цјеловиту, „органску“ обраду, кодификација до које се долази примјеном наведеног метода претпоставља синтезу из појединачног у опште, из конкретног у апстрактно. Практично, то је сабирање претходно одабираних појединачних закона, њихово декомпоновање, прекомпоновање и на крају њихово систематизовање, уношење, уграђивање у једно заокружено, цјеловито јединствено законодавно дјело. Од суме закона треба да настане законик. Кодификација<sup>479</sup> по свом општем значењу значи прибирање појединачних закона и њихово сређивање и уношење у једно јединствено, систематско дјело. Индукција је једна логичка метода којом се ваља послужити приликом закључивања, полазећи од појединачног ка општем. Супротан поступак је дедукција. За дедукцију, из општег суда изводити појединачни суд, закључак у законодавној активности данас, у данашњем свеprisутном стању хиперинфлације прописа, општих аката, закона, неизвјестан је подухват. Њега су политички законодавци већ стихијски извели и правна пракса као и правна теорија су затечени и стављени пред свршен чин. Политичка воља не постоји да се ови прописи, према узусима научне критике и критике праксе, уклоне или измијене, тако да правна теорија мора да затечено правно стање призна као реалну појаву коју не може заобићи и о којој мора размишљати као о објективном, односно позитивном праву, а правна пракса мора га примјењивати и тумачити, а не избјегавати, заобилазити или мијењати јер органи за примјену права не могу стварати право.

Процват кодификаторског метода у најразвијенијим европским земљама с краја XVIII и почетка XIX вијека захваљује синергији значајних правника теоретичара и просвијећених апсолутиста.

Коментаторима *Corpus iuris civilis* приписује се улога фрагментације овог значајног корпуса цивилног права и урушавања идеје јединственог регулисања друштвених односа по унапријед заданом плану, с методом и систематиком.<sup>480</sup> Кодификовање, као основни метод правног регулисања грађанскоправних односа током 19. и 20. вијека почива на учењу рационалне школе природног права. Према јуснатуралистичком учењу, правичан правни систем полази и почива на принципима који се откривају разумом, а потичу из људске природе и за све грађане треба да буду једнаки. То је био природноправни рационализам кодификовања грађанског права као основ за стварање „савршених“ закона, затворених система у којима су рјешења за све правне проблеме.<sup>481</sup>

<sup>479</sup> Lat. codex - законик; facere - чинити, правити

<sup>480</sup> Радмила Ковачевић Куштримовић и Мирослав Лазић, Грађански законик Србије и право Европске уније, зборник радова - Актуелна питања грађанске кодификације, Ниш, 2008, 22.

<sup>481</sup> Ibid., 25.

До данашњих дана опстају приговори присталица Савињија, који је сматрао да кодификација спречава развој права, јер је законик обично дјело једне генерације чије су идеје и појмови анахрони већ за сљедећу генерацију, те да је то контрапродуктивно за развој права, а да кодификација значи и површност у регулисању, јер се не може очекивати да законописци познају цјелокупну област права и да њоме суверено владају.<sup>482</sup> Историјски развој и значај великих кодификација грађанског права реално су одбацили Савињијева упозорења, нарочито француског и њемачког грађанског законика, што се не би могло рећи за бивше југословенске земље, а посебно за период југословенске државности, који је карактерисао пренормираност законске регулативе, те се може прихватити да би кодификација била препрека инфлацији закона.<sup>483</sup>

Република Македонија ухватила се укоштац са основним правцима развоја права у земљама Европе. С једне стране, подухватила се јачања националног права, које је у водећим земљама Европе кодификовано у 19. вијеку и сада се, у тим земљама, врши његова модернизација и рекодификација. Запажа се да је у већини земаља Европску унију законодавни рад усмјерен на јачање националног права, који прати и супротан тренд, денационализација правне регулативе, која се означава као хармонизација и унификација правне националних правних система с регулативом Европске уније као наднационалне, супер државе.<sup>484</sup> Денационализација грађанског права показује се као неопходност из разлога јачања економских односа на терену ЕУ, тј. несметаног кретања људи, робе, капитала и услуга. Као основни правци стварања наднационалног права показују се домени уговорног, одштетног и стварног права<sup>485</sup>, а посебно у области потрошачког права које постаје главни регулатор за унификацију протока робе.<sup>486</sup>

## 2. Напомене о предмету и метода израде ГЗРМ

Намјера овог прилога је да испита определијеленост редактора Пројекта ГЗРМ у односу на предмет и метод израде будућег цивилног кодекса. Чини се неспорно да је основни изабрани метод кодификаторски. Редактори Пројекта су се определијелили да кодификују најзначајнији и најконзистентнији дио приватног права насупрот којем стоји цјелокупна област јавног права. Ако се цјелокупно право дијели на приватно и јавно, тада је грађанско право најзначајнији дио приватног права.<sup>487</sup> Предмет Пројекта су грађанско-правни односи који настају и стварају субјективна грађанска права. У првом

<sup>482</sup> Ibid.

<sup>483</sup> Ibid., 22.

<sup>484</sup> Душан Николић, Хармонизација и унификација грађанског права, Нови Сад, 2004., 10.

<sup>485</sup> Ibid., 113.

<sup>486</sup> Ibid., 114.

<sup>487</sup> Пројект ГЗРМ, стр. 10.



реду то су својинскоправни односи и њихови деривати као и фактичка власт на ствари. Затим облигациони односи, као динамика грађанскоправних односа. То је основа или језгро имовинскоправних односа на коју се могу повезивати насљедноправни и породичноправни односи, као и односи везани за интелектуалну својину.<sup>488</sup>

Што се методе регулисања тиче, редактори Пројекта ГЗРМ имају јасна опредјељења. Ради се о типичној грађанскоправној методи регулисања која под грађанскоправни однос сврстава оне правне односе који се заснивају на принципима: равноправности страна, слободној иницијативи или аутономији воље, преносивости односно прометљивости права, њиховом имовинском карактеру и имовинској санкцији. Имовинска санкција има предимензиониран значај у односу на грађанскоправну санкцију која боље одражава могућност да се санкција одрази и на личности, али не у смислу кривичног права. Начелно посматрано, предмет и метод грађанског права нису спорни, па тако ни предмет и метод кодификације грађанског права. Проблем је у појединостима, у изради, а не у начелу. Пред кодификаторима стоји задатак да из једног правног система, који се развијао без примјене цјеловитог кодификаторског метода, изврши селекцију и сабирање оних норми, института и начела који би требало буду на највишем нивоу општости у односу на парцијална и специјална рјешења и односе који настају у пракси и који су већ законски уређени путем низа посебних законских аката.

Редактори Пројекта ГЗРМ полазе од тога да тзв. етапни кодификаторски пројекат, какав је руски или швајцарски приступ, замијене цјеловитим подухватом који би, у једном потезу, успио остварити интегрални, непротиврјечан и релативно комплетан систем правних норми које ће нормирати, надоградити, робно-новчане односе као најважније друштвено-економске односе. Значи да су редактори сагласни да једним закоником обухвате сва начела, институте (установе) и грађанскоправне норме. Осим тога, редактори су сагласни и у спорној тачки Пројекта, тј. да не постоји „јединствена формула“ за израду ГКРМ. Заправо они сматрају да није универзално пронађена ни прихваћена формула успјеха, односно некакав добар рецепт за кодификаторски посао. Као тачке ослонца редактори указују на два општепозната историјско-упоредна система кодификација, институционални и пандектни. Редактори су приврженији кодификацији, заправо систематизацији будућег кодекса по пандектном систему. То се види из приједлога у којем се кодификовање, односно систематизовање започиње једним општим дијелом. Такав општи дио није постојао у бившем југословенском правном систему, па тако није могао бити предмет сукцесије у новостворене постјугословенске државе. Материја општег дијела грађанског законика била је дисперзирана у разним прописима југословенског грађанског права, али законски никада није била заокружена, осим у теоријским дјелима и уџбеницима грађанског права. На први поглед, у опредјељењу за пандектни систем, који подразумева распоред материје грађанскоправ-

---

<sup>488</sup> Ibid., 13

них норми у општи дио, стварно, облигационо, насљедно и, евентуално, породично право, готово да је условљено затеченим, позитивноправним, стањем правног система, какав постоји у Републици Македонији, али и у осталим државама насталим дисолуцијом СФРЈ.<sup>489</sup> Затечено стање је у периоду након дисолуције СФРЈ и данашњих дана производ законодавних процеса реформисања грађанскоправних, као и многих других прописа под утицајем међународне заједнице у циљу уређивања робно-новчаних тржишних односа у приватноправној сфери и демократске, правне државе у јавноправној сфери. Доминантан је остао костур правног система у којем се законска регулатива заокружује на нивоу гране права, а доносе се и многобројни претећи прописи који су, најчешће, у форми посебних закона који утичу на неконзистентност па и противрјечност правног система посебно у сфери тумачења и примјене права.

Под утицајем полит-технократских кругова, а под плаштом реализације разноразних „неопходних“ пројеката нагомилао се огроман број прописа, општих аката, најчешће у форми закона. Другачије форме општих аката законодавци су нерадо користили, тако да је све, и што треба и што не треба, заогртано у законско рухо. Тиме су сваком предмету регулисања давали законски значај, не вршећи селекцију и претходно испитивање који друштвени односи заслужују законску регулативу, а који су технички и проведбени прописи који се могу у форми уредби, правилника и сл. општих аката примјереније регулисати. Затечено стање измијешаности законских и подзаконских норми отежава посао редакторима. Сада би требало „окренути лист“, раздвојити законске од подзаконских односа и прописа. Колоквијално речено, то се негдје назива „гиљотина прописа“, када се желе друштвени односи ослободити баласта непотребних прописа који отежавају привредни живот и социјалну егзистенцију.

Овдје бисмо дали претходну напомену, која указује на сложеност сваког кодификаторског подухвата. Друштвене околности, вјероватно, нису омогућиле да се законодавни процеси одвијају координирано и комплетно. Постсоцијалистичке државе, у сређивању својих правних система, требале би паралелно да проводе кодификацију, унификацију и хармонизацију својих правних система. Све ове законодавне методе треба складно синхронизовати. Данас, након прохујалог реформског периода у постјугословенским транзицијским земљама, затечено стање правног система је готово зацементирано, тако да ће тешко бити рушити па поново градити, а што се указује као неопходно. Више се не може говорити о правном партикуларизму, о територијалној расцјепканости правних рјешења. Сада је ријеч о унутрашњем партикуларизму, унутар правног система, због хиперинфлације некодификованих прописа који су се, под утицајем политичке воље, често и по „хитном поступку“ уносили у правни систем, настојећи нормирати само поједине друштвене односе који су у датом тренутку одговарали интересима актуелних законодаваца.

<sup>489</sup> Ibid., 17.

Редактори Пројекта Македонског грађанског законика настављају свој рад ослањајући се на Пројекат МАНУ.<sup>490</sup> Поред тога, у Пројекту се посебно и с правом наглашава значај питања језика будуће кодификације, који треба да буде успјешан спој стручног, правничког и уобичајеног, народног језика, по узору на језик Швајцарског грађанског законика.<sup>491</sup> Редактори Пројекта износе занимљив предлог кодификовања и кривичноправне и трговачкоправне материје.<sup>492</sup>

Искуства транзицијских земаља у окружењу су различита. Бивша југославенска република Словенија, која је већ постала чланица ЕУ није приступила кодификацији, а није ни Република Хрватска, која у јуну 2013. приступа ЕУ. То није учинила ни Република Црна Гора, као ни Босна и Херцеговина. Република Србија и Република Македонија најдаље су отишле на послу кодификације грађанског права. У Мађарској је Главна редакторска комисија још 2001. и 2002. објавила нови концепт за израду Мађарског грађанског законика. Главна њихова идеја је била да се, уз уважавање партикуларних измјена, донесе нови, модеран, јединствен цивилни кодекс усаглашен са захтјевима тржишне привреде и европског права. Нови Мађарски грађански законик треба да се заснива на неопходним општим правно-филозофским начелима, уз свеобухватну инкорпорацију свих области грађанског права, као и породичног права, радног права и права привредних друштава.<sup>493</sup> Бугарско грађанско право је кодификовано и по гранама.<sup>494</sup> Према професору Габору Хамзи, континуитет грађанског права у источној Европи последице Другог свјетског рата треба захвалити хармонизацији закона земаља централне и источне Европе које су постале чланице ЕУ од 1. маја 2004. године. Нацрти нових цивилних кодекса у Чешкој, Мађарској и Пољској означавају повратак римској правној традицији пандектистичке оријентације. Исто важи и за ГЗСР Русије проглашен између 199. и 2002. године.

Кодификаторски метод има и своје мотиве, који указују на симболично, политичко значење. Сама чињеница да једна земља приступа кодификацији грађанског права указује на висок степен правне културе, правне зрелости државе и друштва, те изражава државни суверенитет.<sup>495</sup> Поред правнотеоријског оправдања значајно је и политичко оправдање, „политичка воља“, да израда и усвајање Грађанског законика Македоније буде национални стратешки циљ како би се македонска држава и право укључили у породицу модерних европских држава које су демократске и правне државе, да би се стабилизовао грађанскоправни систем, спријечило дезинтегрисање и деградирање па и рушење основа цивилноправног сегмента националног

<sup>490</sup> Хармонизација правног система Републике Македоније са правом ЕУ, Скопје, 2008. године.

<sup>491</sup> Ibid., 18.

<sup>492</sup> Ibid., 17.

<sup>493</sup> Салма Јожеф: О хармонизацији и рекодификацији мађарског грађанског законодавства, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2003., вол. 37., бр. 1-2, стр. 83-100.

<sup>494</sup> Family Code, Obligations and Contracts Act, Child Protection Act, etc.

<sup>495</sup> Пројект ГЗРМ, стр. 17.

система права. Грађански законик у Републици Македонији имао би, по ставовима редактора Пројекта, стабилизаторску улогу и стожерно мјесто у цјелокупној приватноправној области. Специјални закони би имали значај за попуњавање правних празнина, а не би служили уређивању начелних питања од системског значаја која би по својој правној природи искључиво припадала Кодексу.<sup>496</sup> Ово можемо илустровати ријечима професора Александра Голдштајна поводом доношења југославенског Закона о облигационим односима: *“Закон о обвезним односима представља кодификаторски рад. Обвезно је право тим законом кодифицирано у цјелини, па се правна правила предратних грађанских законика и трговачких закона не могу више примјењивати. Ако је у том закону изостављено нешто што је до сада било регулирано, има се сматрати да је то учињено намјерно. Ако у њему има празнина, оне се не би могле попуњити позивањем на правна правила предратних закона, већ се могу попуњити усвојеним методама интерпретације. Тако, на примјер, Закон не познаје институт ортаклука, познат бившим грађанским законцима. Пракса се неће моћи одрећи тог института, али се неће моћи позивати ни на правна правила предратних закона, већ ће се ортаклук сматрати, с гледишта Закона о обвезним односима, неименованим уговором. С друге стране, Закон није обухватио цјелокупно обвезно право. За републичко, односно покрајинско законодавство резервирано је на основи савезног устава (чл. 281) све што не спада у опћи дио облигација и уговорне и друге облигационе односе у области промета робе и услуга. За непривредне субјекте требаће, дакле, прописе обвезног права потражити изван Закона о обвезним односима.”*<sup>497</sup>

### 3. Неке принципијелне напомене

Предмет и метод су основна питања за сваки кодификаторски подухват. Кодификаторски оптимизам једним дијелом потиче и из става да су, по својој природи, грађанскоправни односи, упркос међусобној разноликости, у суштини, јединствени и могу се свести на заједнички називник поводом односа у које субјекти тих односа свакодневно и вијековима ступају. Ријеч је, у принципу, о односима у које грађани ступају у приватном животу ради личног и породичног егзистирања у условима демократске и правне државе. То су односи размјене и потрошње који почивају на равноправности и слободи уређивања тих односа, њиховој имовинској природи и имовинској заштити. Сматра се да се доношењем кодификације грађанског права не ремети парцијално регулисање, али се спречава да поједини дијелови и институти не буду у супротности с генералним прописом, већ да морају бити усклађени, поштујући начело законитости. Тиме би се постигла ефикаснија заштита грађанских права а тако и људских права.

<sup>496</sup> Ibid., 102.

<sup>497</sup> Пролегомена Закону о обвезним односима; Обвезно право, књ. 1, Загреб, 1978., стр. 15.

Опредјелјење да се законописци окрену неком страном узору, ма како заводљиво било, није на југословенским просторима током прошлости уродило плодом. Мада на први поглед изгледа једноставно окренути се неком великом кодификаторском дјелу, то не даје охрабрујуће резултате. Преписи, рецепције и разни транскрипти страних изворника обили су се о главу наших предака, а последице и презир осјећају се до данас. Због тога је боље самостално крчити путеве, на начин како је Пројект МГЗ већ трасирао. Оно што је, по нашем мишљењу, нужно јесте утврдити предмет и метод израде као и однос између предмета и метода. Другим ријечима, сви они правни односи који су подложни истим методама регулисања (равноправности страна, аутономији воље, преносивости права, имовинском карактеру права и имовинској санкцији) треба да нађу мјеста у грађанској кодификацији. Предмет мора да слиједи ове методске одреднице.

То значи да је неспорна стварноправна и облигационоправна књига. Ове двије књиге будућег грађанског законика могу се формирати око већ постојећих кодификација облигационог и стварног права.

Породично и насљедно право, као посебне књиге, лично имовинска компонента, могу ући у будући кодекс са оним дијеловима који подлијежу нормама изведеним из наведених метода грађанскоправног регулисања. Чини се да прагматични разлози условљавају компромис да се садашње законске форме уређивања породичних и насљедних односа у цјелини, механички, унесу у будући кодекс. По нама, то није неопходно ако се жели очувати чистота метода и предмета регулисања. С друге стране, нису искључени посебни закони који уређују оне дијелове породичноправних и насљедноправних односа који нису подложни грађанскоправном методу регулисања. Тако, на примјер, тестаментарно располагање сигурно може да уђе као дио књиге о насљедном праву у грађански кодекс, али се поставља питање систематизовања законског насљедног режима. Исто се може поставити питање и за поједине, па чак и велике дијелове породичног права. Све те дијелове требало би одвојити по демаркационој линији која дијели приватноправно од јавноправног, односно област приватне аутономије од јавноправних, императивних, когентних, норми.

У том смислу, ако се редактори на овакву селекцију одлуче, треба гледати и на право интелектуалне својине и сродна права. Оно би се морало деконструисати јер, по изложеним критеријумима, не би могло да уђе као једна књига кодекса. Ако би се редактори будућег Грађанског законика Републике Македоније определијели за уношење ауторских и сродних права интелектуалног власништва, они већ имају парцијалну кодификацију ауторских и проналазачких, патентних права. Али, ако би поступили принципијелно, тада би морали приступити деконструкцији ове законске материје, подијелити је, примјерице, у књигу о својини и стварним правима, а остало у књигу о облигацијама. То се односи и на право заштите потрошача, пристајући уз све примједбе које је својевремено оправдано изрекао академик Слободан Перовић у погледу инкорпорације права потро-

шача у облигационо право.<sup>498</sup> Чини се да треба посебно додати да право потрошача треба посматрати дијелом јавног поретка, когентном нормом, фактором ограничавања слободе уговарања и страним тијелом у односу на принципе и правила уговорног права. То је тако када на ово гледамо као на принципијелно питање. Ако бисмо на ово питање гледали прагматично, могли бисмо се послужити једним великим страним узором, на примјер модернизацијом Њемачког грађанског законика, који је право заштите потрошача, путем хармонизације директива ЕУ о заштити потрошача, уврстио у текст Њемачког грађанског законика.

Оно што чини главну тешкоћу кодификаторима јесте концепт општег дијела грађанског законика. Ако се наша законодавна техника ослања и даље на швајцарска рјешења, која ни у Законику о облигацијама (1881) ни у Грађанском законуку (1912) не садрже општи дио, а оцијењени су и важе за успјешан пројекат, тада би питање општег дијела било унапријед скинуто с дневног реда. Мада смо баштинили Швајцарски законик о облигацијама, у редовима наших цивилиста преовлађује неизбјежност регулисања општег дијела. О томе постоје и неусвојени пројекти Комисије за цивилни кодекс из шездесетих година прошлог вијека. Заговорници општег дијела истичу бројне разлоге који то оправдавају. Концепт приватног права почива на основним принципима као и заједничком уређењу субјеката права, предмета и објекта, садржини и заштити субјективних грађанских права. Општи елементи грађанскоправних односа су субјекти права, правни послови, ствари, остваривање и заштита права. Обједињавање свих ових питања омогућило би оперативност система, јер су многа питања из овог комплекса сада регулисана на различитим мјестима, у разним законима, уз многа понављања и преплитања, у различито вријеме и на различити начин. Појам физичког лица, из система норми породичног права, чини се неповезан за појам правног лица уређен разним законима, па се стиче погрешан утисак да се ради о различитим институтима, а не једном јединственом. И наша правна теорија није се довољно посветила изградњи појмова општег дијела да утврди опште елементе права који се односе на субјекте и објекте права, правне послове и правне радње, вршење и остваривање права. Уређење општег дијела грађанског законика имало би значај и као основа за усаглашавање домаћег права са правном тековином ЕУ.<sup>499</sup> Ако општи дио посматрамо као предмет регулисања, тада ће кодификатори имати највише посла методом индукције, којом се морамо послужити приликом логичког закључивања, полазећи од појединачног ка општем. Поред тога, чини се да је, због непостојања грађанске кодификације у правној прошлости и правној пракси, осујећен значај кориштења метода дедукције, којим би се из општег суда изводио појединачни суд, када смо преплављени појавом посебних закона који сви за себе уређују своју материју тако да је специјализација доведена до потпуног помрачења

<sup>498</sup> Слободан Перовић: Стручно мишљење о Нацрту закона о облигационим односима Републике Српске/Федерације БиХ, Српска правна мисао, 1-2/2002, стр. 92-93.

<sup>499</sup> Радмила Ковачевић Куштримовић и Мирослав Лазић, Грађански законик Србије и право Европске уније, зборник радова - Актуелна питања грађанске кодификације, Ниш, 2008, 29.



цјелине и принципа, те је више из општих начела немогуће изводити појединачна правила. Индуктивни закључак полази од емпиријских (искуствених) чињеница, а закључак који се изводи из тих чињеница превазилази границе значења онога што те чињенице саме по себи и саме за себе значе.

#### 4. Историјска перспектива и поглед у будућност

Позитивна је оријентација редактора Пројекта ГЗРМ да подстакну регионалну сарадњу, чије се одсуство до сада одражавало на дезинтегрисаност правног простора источне и југоисточне Европе. Значај који има пројекат Форума за грађанско право југоисточне Европе (CLF), под вођством њемачке владине организације GIZ, у још већој мјери треба искористити за формулисање најбољих рјешења модела модерног цивилног кодекса. Очигледно је да је земљама југоисточне Европе потребна рекодификација (примјер Републике Србије, Републике Црне Горе) или кодификација као у Републици Македонији и другим земљама ако о томе донесу политичку одлуку на начин као што је то учинила Република Македонија. Било би најбоље да се након кодификације изведе процес хармонизације (денационализације) права у правцу стварања јединствених (униформних) правила.

У том правцу се правници југоисточне Европе сусрећу са ставом западних правника да је улазак у Европску унију условљен прихватањем *acquis communautaire* у цијелости *en block*, како се прихвата понуда адхезионог уговора, јер све услове хармонизације и приближавања одређује једна, економски јача страна.<sup>500</sup>

Могло би се закључити да се Пројект ГЗРМ ослања на неколико стубова: првенствено на реконструкцију класичних института грађанског права, на рекодификацију и кодификацију института грађанског права која иде упоредо са модернизацијом грађанског права. Значи, не враћање на стара рјешења и оживљавање старих грађанских законика, него усклађивање грађанског права са правним стандардима модерних западноевропских земаља, као и тековинама изградње, односно пројектима кодификовања европског грађанског права. Пројекти који су у оптицају, као што је Ландов и Баров и др., могу отклонити опасност коју македонски законодавац мора да заобиђе, а то је рецепција неког страног националног права. Ако се сва, и најстарија и најпостојанија европска грађанска законодавства модернизују, било би непримјерено сада вршити рецепцију било којег националног грађанског права.

Идеал домаћих правника може се подвести под реafirмацију идеје с овог поднебља да грађански законик треба представљати оригиналан законодавни рад, писан у духу европске правне традиције (данашњим рјечником речено, треба да стоји у духу модерних европских правних тенденција), али са нормативним рјешењима која би била примјерена средини за коју се до-

<sup>500</sup> Николић, Д., о. с., 125.



носи.<sup>501</sup> Тако конципирана и усвојена грађанска кодификација ријешила би питање коначног задовољавања потребе за cjеловитим регулисањем материје грађанског права и отклонила би потребу примјене правних правила из законика писаних крајем XVIII и почетком XIX вијека и судијске импровизиције зарад попуњавања правних празнина<sup>502</sup>, те би се уградио један велики потпорни стуб за изградњу савремене европске државе, пуноправне чланице европске породице народа.

## **О ПРЕДМЕТУ И МЕТОДУ СТВАРАЊА ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ**

### **Резиме**

У овом раду аутор се залаже да будућа кодификација грађанског права у Републици Македонији досљедно одражава предмет и метод регулисања ове материје, тј. грађанскоправне односе. Аутор се одређује за приватноправну природу грађанскоправних односа и предлаже редакторима будућег ГЗРМ да нова кодификација не прелази у јавноправно подручје, гдје владају императивне, когентне норме. Поред осталог, аутор се залаже и за органску расподјелу и селекцију материје која ће бити предметом регулисања будуће кодификације. Уједно се противи механичком сабирању важећих, посебних, парцијалних кодификација, којима су створене поједине гране грађанског права у форми посебних закона о појединим грађанскоправним односима (облигационим, стварноправним, насљедним и породичним), све без постојања општег дијела грађанског кодекса.

Branko Morait, PhD  
Full time Professor an Faculty of Law  
University in Banja Luka

## **ABOUT SUBJECT AND METHOD IN CREATING CIVIL CODE IN REPUBLIC OF MACEDONIA**

### **Summary**

In this paper author makes efforts that future civil law codification in Republic of Macedonia consistently expresses subject and method of regulating this matter - civil law relationship. Author is determined for civil law nature in civil law relationship and suggests redactors of future civil code Republic of Macedonia that new codification not exceed in field of public law where are dominant imperative rules. Besides, author advocates for organic separation and selection of issues which will be subject of regulating in the future codification.

<sup>501</sup> Ibid., 161.

<sup>502</sup> Ibid., 173.

At the same time, author opposes to mechanical collection of curent special and partial codifications which produced particular filed of law in forms special laws regarding certain civil law relationships (obligations, property, inheritance, family law), without existance of general part of civil code.

Проф. др Бранко Мораит

## КОДИФИКОВАЊЕ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ<sup>503</sup>

### Резиме

У раду се обрађује питање кодификовања грађанског права на подручју Републике Српске. Аутор сlijеди препоруке и закључке упућене члановима Удружења правника Републике Српске на Деветим октобарским правничким данима о подстицају размишљањима која иду у правцу реализације идеје кодификовања грађанског права. У раду се обрађују услови, принципи и стратешка одређења која би редактори будућег преднацрта кодификације требало да сlijеде у своме раду.

### Кључне ријечи

Унификација, кодификација, хармонизација, грађански законик, предмет и метод

### УВОД

Међу сталним препорукама и закључцима многих расправа, савјетовања и симпозијума неизбјежна је констатација да поред извршених реформи грађанскоправних прописа у Босни и Херцеговини и ентитетима постоји и даље проблем фрагментарности грађанског законодавства. Да се то негативно стање превазиђе, као могуће рјешење многи правнички ауторитети предлажу политичким факторима да се крене путем кодификације грађанског права доношењем грађанског законика. На тај начин би се, сматрају многи истакнути протагонисти правничке заједнице у Републици Српској, систематизовали битни институти из ове области и отклониле постојеће правне празнине, отклонила правна несигурност и постигла неопходна прегледност и нужна примјенљивост и извршивост правних норми.

<sup>503</sup> Објављено у Годишњаку Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, број 37, Бања Лука 2015, стр. 287-309.

## 1. ПРИНЦИПИ КОДИФИКАЦИЈЕ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА

У уставноправном систему у Босни и Херцеговини достојанство човјека, као основна и аутентична људска вриједност, није довољно афирмисано нити уређено као основни постулат из каталога људских права. У Анексу IV Дејтонског мировног споразума, уједно Устава БиХ, први став преамбуле гласи: “Засновано на поштовању људског дигнитета, слободе и једнакости... грађани БиХ овдје одређују да је Устав БиХ како слиједи...”. У одредби члана II истог документа набрајању се људска права и основне слободе, а у параграфу 3. исцрпно се набрајају. Тако је створен „каталог права и слобода“, али није створен основни постамент, у виду достојанства човјека, са којег би се полазило у развој и динамику заштите људских права и слобода. Нормативна затвореност, створена таксативним набрајањем права и слобода, донекле је ублажена позивањем уставног текста на међународне стандарде утврђене у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода и њеним протоколима који ће се директно примјењивати у Босни и Херцеговини и имати приоритет над сваким другим законом. Ову замисао је могуће практично реализовати само кроз познавање и примјену праксе Европског суда за људска права, јер текст одредаба ЕКЉП због своје уопштености није подобан за „директну“ примјену. Тако би пракса Европског суда за људска права требало да буде извор права за Уставни суд БиХ и редовне судове у БиХ. На овај, индиректни, начин преко судске праксе Уставног суда БиХ, као *de facto* Врховног суда БиХ, кроз рјешавање апелација на одлуке највиших судова у БиХ, односно одлука посљедње инстанце, постаје извором права и за редовне судове у БиХ.

Да ли ће и када уставна реформа у БиХ кренути путем који је присутан у упоредном праву, посебно њемачком праву, и у области људских права и приватном праву у области заштите личних права, остаје неизвјесно. Према свему изложеном, дуг је и неизвјестан пут да се у босанскохерцеговачком правном систему, односно правним системима у Босни и Херцеговини право на људско достојанство или људско достојанство прихвати као основно, матично људско право и слободу, као претпоставка, предуслов и оквир свих осталих права и слобода. Подсјећамо да заштита достојанства у њемачком праву проистиче из одредаба чл. 1. и 2. Основног закона, тако што оне гарантују заштиту достојанства човјека и права на слободан развој личности.<sup>504</sup> Њемачки Савезни суд је изрекао да светост људског достојанства и слободан развој личности из одредбе члана 1. Основног закона морају бити признати као опште право личности. Цјеловитост режима заштите људских права у Њемачкој потиче од основне идеје о слободи човјека.<sup>505</sup> Савезни суд означава људску личност као „над-правну“ основну вриједност правног поретка,<sup>506</sup> те се тако приближава концепту људских права као природних права човјека. Неповредивост људског достојанства је у њемачком правном

<sup>504</sup> Саша Гајин, *Људска права/правно системски оквир*, Београд 2011., стр. 120.

<sup>505</sup> *Ibid.*

<sup>506</sup> *Ibid.*, 121.

поретку уставна гаранција, комплементарна са осталим посебним правима и слободама човјека и нераздвојни пратилац опште слободе појединаца. Људско достојанство се квалификује као „формула људске природе“, а то је принципјелно разумијевање и прихватање човјека као интелектуалног и моралног бића способног за самоодређивање и развој сопствене личности.<sup>507</sup> Овакав правни развој потиче од плодносног сусретања великих филозофских идеја: Кантове идеје човјековог преласка „из сировости једног чисто животињског створења у човештво“<sup>508</sup> и Хабермасовог схватања праведног друштва као заштитника еманципације и људског достојанства, једнаког правног положаја и једнаког третмана, универзалног карактера права које гарантује слободу и интегритет (аутономију) свакоме.<sup>509</sup>

Ако посматрамо *de lege late*, домаћи правни систем повреду достојанства пројектује као повреду појединих права личности. Посматрано с друге стране, повреда права личности ма у којем виду заправо је повреда целокупног човјековог достојанства. Поштовање и заштита појединих права и слобода може се изједначити са уважавањем људског достојанства. Онај ко поштује каталог права другог поштује тада и његово људско достојанство. Повреда једног права или слободе уједно је напад на достојанство човјека. Јер, све су то заштићена људска права. Ипак, у досадашњој домаћој судској пракси заузет је став да људско достојанство чине компоненте као што су: част, углед, лични интегритет и слично и да таква повреда права личности ужива судску заштиту.<sup>510</sup>

Ако извршимо увид у систематику излагања Општег дела Грађанског законика Републике Србије у Преднацрту, видимо да је одредбом члана 2. насловљеном „циљ законика“ наведено да „Законик свим својим одредбама тежи остваривању врлине правде.“ Након тога, слиједи члан 3. „Савесност и поштење“, које је означено као врховно начело законика, чија се примјена не може искључити или ограничити. Чини нам се, *prima facie*, да је, одмах иза одредбе о циљу законика требало поставити начелну одредбу о праву на достојанство личности. Тако би ово право добило мјесто које заслужује, а не би се омела његова разрада у Одсеку 3. „Права личности“.

У предговору Преднацрта грађанског законика Републике Србије, истиче се да је начело о савјесности и поштењу предвиђено као врховно начело. Предложено је да све одредбе грађанског законика треба да теже његовом остваривању, које се не може ни искључити ни ограничити. Након тога посебно су формулисане остале начелне одредбе о: аутономији воље, равноправности лица, дужној пажњи, заштити човјекове средине, забрани проузроковања штете, тумачењу закона, примјени аналогije, правичности као извору права, забрани злоупотребе и изигравања права.<sup>511</sup> Како се даље

<sup>507</sup> Ibid., 123.

<sup>508</sup> Ibid., 124.

<sup>509</sup> Ibid., 124.

<sup>510</sup> Ibid., 93 (Из пресуде Врховног суда Србије, број: Рев-229/04).

<sup>511</sup> Влада Републике Србије, Комисија за израду грађанског законика, Преднацрт, Грађански законик Републике Србије, пета књига, Општи део, Београд, 2013. стр. 8.

истиче у предговору, Други одељак, у Општем делу, посвећен је субјективним грађанским правима, а нарочито је ново уређење многобројних права личности неутуђивих и драгоцјених за све субјекте грађанских права. Као основни извор тих права посебно је прокламовано право на достојанство личности. Тако да ова одредба у Преднацрту нема номотехнички значај начела нити начелне одредбе, него одредбу која представља „основни извор“ права личности, јер из ње произлазе права личности, као што су: право на живот, здравље, тјелесни интегритет; право на слободу; право на част и углед; право на лични идентитет и психички интегритет и друга лична права. Листа тих права није закључена тако да су утужива сва права личности утврђена Уставом, међународним конвенцијама и посебним законима.<sup>512</sup>

## 2. КОДИФИКАЦИЈА И УНИФИКАЦИЈА (ХАРМОНИЗАЦИЈА)

Значење појмова унификације, кодификације и хармонизације правних прописа је различито.<sup>513</sup> Ми ћемо овдје изнијети само суштинске закључке о дистинкцији ових појмова, чије је значење у свакодневном оптицају замагљено па можда и мистификовано. Према мишљењу др Аксића, унификација прописа је потпуно изједначавање тако да се умјесто више правних система ствара један, јединствен правни систем који даље важи на ранијим подручјима више правних система. Претпоставка унификације јесте претходно постојање више законодавних власти, више формалних извора права, више независних правних подручја које се, као последица унификације, стапају у једно правно подручје (јединствено).<sup>514</sup> Унификација је изједначавање, односно изједначење, стварање једног, умјесто више извора права затечених на територији на којој се врши унификација.<sup>515</sup>

Кодификација је номотехничка метода, систематизације и усклађивања, у редакцијском и техничком смислу, прописа из више сродних правних грана. Она није суштинско, нормативно-логичко сређивање појмова, јер суштинска кодификација већ постоји, јер сви појмови већ постоје, њихове везе већ дјелују и њих кодификација затиче.<sup>516</sup> Оно што је за наше правно подручје, у Републици Српској у Босни и Херцеговини занимљиво и о чему наши евентуални редактори будућег грађанског законика треба да воде рачуна, јесте констатација да: „кодификација, насупрот унификацији, као актуелно стање подразумејева једну законодавну власт, један извор права и јединствено правно подручје, у којем је унификација већ извршена. Није могуће започети кодификацију где нема унификације, односно где постоји

<sup>512</sup> Ibid., стр. 9.

<sup>513</sup> Аксић, Сава, Значење појмова унификације, кодификације и хармонизације правних прописа, 205.

<sup>514</sup> Ibid., 213.

<sup>515</sup> Ibid., 206.

<sup>516</sup> Ibid., 213.

више правних подручја или постоји једно правно подручје, али није извршена ни формална унификација.<sup>517</sup> Кодификација значи стање срећености, повезаности, односно супротно стању фрагментарности и разасутости правних норми и правних института који припадају истој правној грани или сродним правним гранима, у више законских извора.<sup>518</sup>

Хармонизација није унификација као процес стварања јединственог правног подручја. Хармонизација, за разлику од унификације иде на суштинско, вриједносно усклађивање правних прописа. Хармонизација је усклађивање извора права у материјалном смислу, значи синхронизовано поступање приликом стварања права стварних друштвених снага које су ствараоци права у материјалном смислу. Прихватање истих вриједности резултира полагањем од истих принципа с којима се усклађује домаће право и које тако постаје дио заједничког, комунитарног права. Хармонизација није рецепција правних рјешења или појединих правних аката него је она услов остварења виших циљева, као што је уклањање међудржавних привредних и других баријера које онемогућују слободан проток робе, капитала, радне снаге и сл.<sup>519</sup>

Поставља се питање да ли кодификација може да постигне истовремено и унификацију грађанског права? Ако погледамо претходне теоријске напомене, одговорили бисмо одрично! Али подсетимо се, једном историјском дигресијом, да се и такво нешто дешавало у историјској реалности. Ако погледамо унатраг, поред питања кодификације, питање унификације грађанског права било је основно правно-политичко питање након уједињења у Краљевину Југославију (Краљевину СХС) и за вријеме њеног трајања у периоду 1919-1941.<sup>520</sup> Доношење јединственог грађанског законика био је најпогоднији пут за потпуну унификацију грађанског права. Основни задатак Законодавног савјета био је тражење одговора на питање: како изједначити и кодификовати грађанско право у држави у којој су се примјењивале три грађанске кодификације. Аустријски грађански законик (ОГЗ) без новела, као најстарији и најраспрострањенији био је од стране Приватноправног одсјека Законодавног савјета изабран 15.1.1921. године за основу рада на изради југословенског грађанског законика. Идеја унификације образлагала се формулом: једна државна територија - једна правна територија, умјесто већег или мањег броја партикуларних правних територија.<sup>521</sup> Тиме је отпала могућност израде оригиналне кодификације грађанског права засноване на резултатима савремене цивилистике и прилагођене актуелним политичким приликама тадашњег југословенског друштва. ОГЗ је био најстарији, најраспрострањенији, с најразвијенијом правном догматиком и судском праксом. Приговори на његов избор за основицу кодификације били су његова анационалност, конзервативност и систематика која је по облику и распореду сличила нешто шире изведеном компендијуму институција грађанског пра-

<sup>517</sup> Ibid., 207.

<sup>518</sup> Ibid.

<sup>519</sup> Ibid., 213.

<sup>520</sup> Пантић, Д., Питање унификације породичног, наслебног и задружног права у Краљевини Југославији.

<sup>521</sup> Ibid., 45.



ва, јер су у њему нестале границе између законика и уџбеника, те су критичари предлагали, мада узалудно, угледање на Швајцарски ГЗ.<sup>522</sup> ОИЗ за Црну Гору, због своје оригиналности, био је најприхватљивији, али је у тадашњим политичким приликама важила примједба да је незгодно да се за основу југословенске кодификације узме грађански законик најмање и најнеразвијеније југословенске покрајине. Комисија за израду грађанског законика у почетку се строго држала текста ОГЗ, да би касније одступила и уносила савремена рјешења која су одударала од цјелине законског текста.<sup>523</sup> Комисија је одустала од намјере да по узору на њемачки БГБ изради општи дио, па је Предоснова почињала уводом, којем је слиједио први дио: „о личном праву“, који се даље дијелио на поглавље о брачном и о родитељском праву те статусном праву. Други дио је носио наслов „о имовинском праву“ и дијелио се на одјељак о стварним правима и одјељак о облигационом праву. Насљедно право није било формално уврштено у стварна права, али је уврштено у одјељак о стварним правима да се не би пореметила систематика ОГЗ.<sup>524</sup> Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију била је објављена у Београду 1934. године, као минимално преправљена верзија аустријског ОГЗ. Унификација грађанског права коначно је запела у политичком лавиринту предратне Југославије. Као што видимо из ове историјске ретроспективе, унификација је извођена методом кодификације, те се методом кодификације настојала постићи унификација грађанског права и елиминисање појаве правног партикуларизма.

### 3. О СТРУКТУРИ И САДРЖАЈУ ГРАЂАНСКОГ КОДЕКСА

Редактори пројекта израде грађанског законика могу поћи од тзв. етапног кодификаторског пројекта, какав је руски или швајцарски приступ, или да се опередијеле на цјеловит захват, какав је у Пројекту ГЗ Републике Македоније и Пројекту ГЗ Републике Србије, који би, у једном потезу, успио остварити интегрални, непротиврјечан и релативно комплетан систем правних норми које ће нормирати, надоградити, робно-новчане односе као најважније друштвено-економске односе. У наведеним пројектима редактори су сагласни да једним закоником обухвате сва начела, институте (установе) и грађанскоправне норме. У сваком случају, као тачке ослонца препознају се два општепозната историјско-упоредна кодификаторска система: институционални и пандектни. Редактори наведена два пројекта су приврженији кодификацији, заправо систематизацији будућег кодекса по пандектном систему. То се види из приједлога у којем се кодификовање, односно систематизовање почиње једним општим дијелом. Такав општи дио није постојао у бившем југословенском правном систему, па тако није могао бити прене-

<sup>522</sup> Ibid., 44.

<sup>523</sup> Ibid., 74.

<sup>524</sup> Ibid., 75.

сен у правне системе новостворених, постјугословенских држава. Материја општег дијела грађанског законика била је дисперзирана у разним прописима југословенског грађанског права, али законски никада није био заокружен осим у теоријским дјелима и уџбеницима Грађанског права. На први поглед, одређење за пандектни систем, који подразумева распоред материје грађанскоправних норми у општи дио, стварно, облигационо, насљедно и, евентуално, породично право, готово да је условљено затеченим, позитивноправним, стањем правног система, какав постоји у државама насталим дисолуцијом СФРЈ.<sup>525</sup> Затечено стање је у периоду након дисолуције СФРЈ и данашњих дана производ законодавних процеса реформисања грађанскоправних као и многих других прописа под утицајем међународне заједнице у циљу уређивања робно-новчаних тржишних односа у приватноправној сфери и демократске, правне државе у јавно правној сфери. Доминантан је остао костур правног система у којем се законска регулатива заокружује на нивоу гране права, а доносе се и многобројни претећи прописи који су, најчешће, у форми посебних закона који утичу на неконзистентност па и противрјечност правног система посебно у сфери тумачења и примјене права.

Под утицајем полит-технократских кругова, а под плаштом реализације разноразних „неопходних“ пројеката нагомилао се огроман број прописа, општих аката, најчешће у форми закона. Другачије форме општих аката законодавци су нерадо користили, тако да је све, и што спада и што не спада, заогртано у законско рухо. Тиме су сваком предмету регулисања давали законски значај, не вршећи селекцију и не преиспитујући се, који друштвени односи заслужују законску регулативу, а који су технички и проведбени прописи који се могу у форми уредби, правилника и сл. примјереније регулисати. И овакво стање измијешаности законских и подзаконских норми отежава посао редакторима. Сада би требало „окренути лист“ раздвојити законске од подзаконских односа и прописа. Колоквијално то се у политичког жаргону назива „гиљотина прописа“, када се друштвени односи желе ослободити баласта непотребних прописа који отежавају привредни живот и социјалну егзистенцију.

Овдје бисмо дали претходну напомену која указује на сложеност сваког кодификаторског подухвата. Друштвене околности, вјероватно, нису омогућиле да се законодавни процеси одвијају координирано и комплетно. Постсоцијалистичке државе у сређивању својих правних система требале би паралелно да проводе кодификацију, унификацију и хармонизацију својих правних система. Све ове законодавне методе треба складно синхронизовати. Данас, након прохујалог реформског периода у постјугословенским транзицијским земљама, затечено стање правног система је готово зацементирано, тако да ће тешко бити рушити па поново градити, а што се указује као неопходно. Више се не може говорити о правном партикуларизму, о територијалној расцјепканости правних рјешења. Сада је ријеч о унутрашњем партикуларизму унутар правног система због хиперинфлације некодификованих прописа који су се, под утицајем политичке воље, често и по „хитном

<sup>525</sup> Ibid., 17.

поступку“ уносили у прави систем настојећи нормирати само поједине друштвене односе који су у датом тренутку одговарали интересима актуелних законодаваца.

Редактори будућег пројекта грађанског законика посебно се и наглашено треба да посвете значају питању језика будуће кодификације, који треба да буде успјешан спој стручног, правничког и свакодневног - модерног, народног језика, по узору на језик Швајцарског грађанског законика.<sup>526</sup>

Кодификаторски метод има и своје мотиве, који указују на симболичко, политичко значење. Сама чињеница да једна земља приступа кодификацији грађанског права указује на висок степен правне културе, правне зрелости државе и друштва, те изражава државни суверенитет.<sup>527</sup> Поред правнотеоријског оправдања, значајно је и политичко оправдање, „политичка воља“, да израда и усвајање грађанског законика буде национални стратешки циљ како би се наш државноправни систем укључио у породицу модерних, европских, демократско-правних држава; како би се стабилизовао грађанскоправни систем, спријечило дезинтегрисање и деградирање па и рушење основа цивилно-правног сегмента националног система права. Грађански законик у Републици Српској имао би, по нашем мишљењу, стабилизаторску улогу и стожерно мјесто у цјелокупној приватноправној области. Специјални закони би имали значај за попуњавање правних празнина, а не би служили уређивању начелних питања од системског значаја која би по својој правној природи искључиво припадала Кодексу.<sup>528</sup>

#### 4. ПРЕДМЕТ И МЕТОД КОДИФИКОВАЊА

Предмет и метод су основна питања за сваки кодификаторски подухват. Кодификаторски оптимизам једним дијелом потиче и из става да су по својој природи грађанскоправни односи, упркос међусобној разноликости, у суштини јединствени и могу се свести на заједнички називник поводом односа у које субјекти тих односа свакодневно и вијековима ступају. Ријеч је у принципу о односима у које грађани ступају у приватном животу ради личног и породичног егзистирања у условима демократске и правне државе. То су односи размјене и потрошње који почивају на равноправности и слободи уређивања тих односа, њиховој имовинској природи и имовинској заштити. Сматра се да се доношењем кодификације грађанских права не ремети парцијално регулисање, али се спречава да поједини дијелови и институти не буду у супротности с генералним прописом, већ да морају бити усклађени поштујући начело законитости. Тиме би се постигла ефикаснија заштита грађанских права а тако и људских права.

---

<sup>526</sup> Ibid., 18.

<sup>527</sup> Пројект ГЗРМ, 17.

<sup>528</sup> Ibid., 102.

Будући редактори пројекта би се определијелили да кодификују најзначајнији и најконзистентнији дио приватног права насупрот којем стоји целокупна област јавног права. Ако се целокупно право дијели на приватно и јавно, тада је грађанско право најзначајнији дио приватног права.<sup>529</sup> Предмет пројекта су грађанскоправни односи који настају и стварају субјективна грађанска права. У првом реду то су својинскоправни односи и њихови деривати, као и фактичка власт на ствари. Затим облигациони односи, као динамика грађанскоправних односа. То је основа (језгро) имовинскоправних односа на коју се могу повезивати насљедноправни и породичноправни односи, као и односи везани за интелектуалну својину.<sup>530</sup>

Што се методе регулисања тиче, редактори морају имати јасна опередјељења. Окосница се налази у типичној, грађанскоправној методи регулисања која под грађанскоправни однос сврстава оне правне односе који се заснивају на принципима: равноправности страна, слободној иницијативи или аутономији воље, преносивости односно прометљивости права, њиховом имовинском карактеру и имовинској санкцији. Имовинска санкција има предимензиониран значај у односу на грађанскоправну санкцију, која боље одражава могућност да се санкција одрази и на личности, али не у смислу кривичног права. Начелно посматрано, предмет и метод грађанског права нису спорни па тако ни предмет и метод кодификације грађанског права. Проблем је у појединостима, у изради, а не у начелу. Пред кодификаторима стоји задатак да из једног правног система, који се развијао без примјене целовитог кодификаторског метода, изврши селекцију и сабирање оних норми, института и начела који би требало да буду на највишем нивоу општости у односу на парцијална и специјална рјешења и односе који настају у пракси и који су већ законски уређени путем низа посебних законских аката.

На првом мјесту неспорна је стварноправна и облигационоправна књига. Ове двије књиге будућег грађанског законика могу се формирати око већ постојећих кодификација облигационог и стварног права.

Породично и насљедно право, као посебне књиге, лично имовинска компонента, могу ући у свим оним дијеловима у будући кодекс који подлијезу нормама изведеним из наведених метода грађанскоправног регулисања. Чини се да прагматични разлози условљавају компромис да се садашње законске форме уређивања породичних и насљедних односа у цјелини, механички, унесу у будући кодекс. По нама то није неопходно ако се жели очувати чистота метода и предмета регулисања. С друге стране, нису искључени посебни закони који уређују оне дијелове породичноправних и насљедноправних односа који нису подложни грађанскоправном методу регулисања. Тако, на примјер, тестаментарно располагање сигурно може да уђе као дио књиге о насљедном праву у грађански кодекс, али се поставља питање систематизовања законског насљедног режима. Исто се може поставити питање и за поједине, па чак и велике дијелове породичног права. Све те дијелове

<sup>529</sup> Пројект израде Грађанског законика Републике Македоније (у даљем тексту скраћено: Пројект ГЗРМ), 10.

<sup>530</sup> *Ibid.*, 13

требало би одвојити по демаркационој линији која дијели приватноправно од јавноправног, односно област приватне аутономије од јавноправних, императивних, когентних, норми.

Оно што чини главну тешкоћу кодификаторима јесте концепт општег дијела грађанског законика. Ако се наша законодавна техника ослања и даље на швајцарска рјешења, која ни у Законику о облигацијама (1881) ни у Грађанском законуку (1912) не садрже општи дио, а оцијењени су и важе за успјешан пројекат, тада се питање општег дијела не би ни стављало на дневни ред. Ми сматрамо да се треба задржати и на страном узору, али не у цијелости, већ сходно нашим потребама, могућностима и погледима. И Швајцарски грађански законик, мада нема општи дио, има, на почетку Законика уводне одредбе у којима су изложена начела грађанског права. То су чувене генералне клаузуле, које су омогућиле стваралачку праксу судова и еволутивни развој грађанског права кроз судску праксу. То је омогућило да се избјегне тзв тврда примјена закона и да правна пракса слиједи моралне принципе и идеје социјалне правде.<sup>531</sup> Мада смо баштинили Швајцарски законик о облигацијама, у редовима наших цивилиста преовлађује неизбјежност регулисања општег дијела. Појам физичког лица, из система норми породичног права, чини се неповезан за појам правног лица уређен разним законима, па се стиче погрешан утисак да се ради о различитим институтима, а не једном јединственом. И наша правна теорија није се довољно посветила стварању појмова општег дијела да утврди опште елементе права који се односе на субјекте и објекте права, правне послове и правне радње, вршење и остваривање права. Уређење општег дијела грађанског законика имало би значај и као основа за усаглашавање домаћег права са правном тековином ЕУ.<sup>532</sup> Ако општи дио посматрамо као предмет регулисања, тада ће кодификатори имати највише посла са методом индукције, којом се морамо послужити приликом логичког закључивања, полазећи од појединачног као општем.

Као и у узору који је користио професор Константиновић, Швајцарском законуку о облигацијама из 1911. године, и у југословенском Закону о облигационим односима законске норме су јасно формулисане, сваки став се састоји од једне реченице и нема упућивања на друге релевантне одредбе. Као што се може рећи за Швајцарски грађански законик да је био примјер одличне номотехнике и успјелих нормативних рјешења,<sup>533</sup> то би се могло рећи и за југословенски Закон о облигационим односима. Ова одлична номотехника требало би да буде задржана и у преднацрту будућег грађанског законика.

Предмет будуће кодификације грађанског права мора бити подржан комплементарним методом регулисања. И, обрнуто, метод регулисања

---

<sup>531</sup> Николић, Д., Хармонизација и унификација грађанског права, 54.

<sup>532</sup> Ковачевић Куштримовић, Р. и Лазих, М., Грађански законик Србије и право Европске уније, 29.

<sup>533</sup> Николић, Душан, Хармонизација и унификација грађанског права, Нови Сад, 2004, 54.

грађанскоправних односа подразумијева такве правне односе који почивају на имовинском карактеру грађанских права и, у мањој мјери, личних и неимовинских права. Осим што су имовинског карактера и баш ради тога грађанска права која су предметом уређивања нормама грађанског законика су прометљива, тј. преносива због своје невезаности за личност, личне особине титулара тих права. Затим, она почивају на равноправности страна, гдје нема супрематије једног субјекта над другим у погледу наметања јаче воље. Битна је њихова заснованост на начелу аутономије воље. Принцип аутономије воље је идеја водила читаве зграде грађанског права. Нарушавање овог принципа може бити само од стране јавног поретка, а њему се треба приступати крајње опрезно. Недавни примјери нарушавања принципа *nulla crimen, nula poena sine lege* у судској пракси или политичка крилатица представника највеће свјетске силе да су, бомбардујући српске земље у рату деведесетих година прошлог вијека, поступали нелегално, али исправно, примјери су погубности нарушавања принципа. Најзад, сва права из породичних, насљедних односа, као и области заштите интелектуалне својине и права личности, која се могу уредити овим методом и заштитити имовинском санкцијом, треба да уђу у будући грађански законик.

## ЗАКЉУЧАК

Уколико се законодавац одлучи да слиједи препоруке Удружења правника Републике Српске и приступи припремним радњама за кодификовање грађанског права, неопходно је сагледати у којим је оквирима постигнута унификација права. У садашњим уставноправним оквирима нема сумње да је унификација права извршена на нивоу ентитета када је у ријеч о грађанском праву.

Наш је приједлог, *de lege ferenda*, да будућа кодификација грађанскоправних односа не треба да обухвати садржај Закона о облигационим односима. Као што смо навели ставове професора Голдштајна, Закон о облигационим односима је, по општем мишљењу у нашој цивилистици, успјела кодификација облигационог права. Због тога сматрамо да треба да се задржимо на нашем досадашњем узору, швајцарском грађанском законодавству и да наши кодификатори приступе изради грађанског законика и модернизацији Закона (законика) о облигационим односима.

Конечно, предлагемо да будући грађански законик садржи три књиге:

Прва књига: увод, општи дио, лица и лична права и породична права која почивају на аутономији воље,

Друга књига: насљедноправни односи који почивају на аутономији воље,

Трећа књига: својински и остали стварноправни односи, са евентуалним правима интелектуалне својине.

Као што смо и претходно навели, Закон (законик) о облигационим односима био би посебна кодификација, модернизована и хармонизована с обзиром на тржишне услове и достигнућа у развоју појединачних облигационоправних института.

С обзиром на овакав наш приједлог, основни принцип општег дијела грађанског законика било би достојанство човјекове личности, а основни принцип ревидираног Закона о облигационим односима било би начело савјесности и поштења.

Branko Morait, PhD  
Full time professor

## **CODIFICATION OF CIVIL RIGHTS IN THE REPUBLIC OF SRPSKA**

### **Summary**

In this paper author considers codification of civil law in Republic of Srpska. Author follows recommendations and conclusions notified to members of Association of jurists Republic of Srpska during ninth conference “October juristic days“, in order to encourage thoughts toward codification of civil law. In this paper author analyses conditions, principles and strategic orientations which should be followed by redactors of future civil code.

### **Keywords**

unification, codifikation, harmonization, Civil Code, subject mater and method

## **ЛИТЕРАТУРА**

1. Саша Гајин, Људска права/правно системски оквир, Београд 2011.
2. Сава Арсић: Значење појмова унификације, кодификације и хармонизације правних прописа, Зборник радова с међународног научног скупа Хармонизација грађанског права у региону, 26.октобра 2012., Пале - Источно Сарајево, 2013.
3. Драган Пантић: Питање унификације породичног, насљедног и задружног права у Краљевини Југославији (СХС) 1919-1941, Правни факултет, Источно Сарајево, 2006.
4. Пројект израде Грађанског законика Републике Македоније, Министарство правде Републике Македоније, Скопје, јул 2009.



5. Јожеф Салма: О хармонизацији и рекодификацији мађарског грађанског законодавства, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2003, вол. 37, 1-2, 83-100.

6. Слободан Перовић: Стручно мишљење о Нацрту закона о облигационим односима Републике Српске / Федерације БиХ, Српска правна мисао, 1-2/2002.

7. Душан Николић: Хармонизација и унификација грађанског права, Нови Сад, 2004.

8. Радмила Ковачевић Куштримовић и Мирослав Лазих: Грађански законик Србије и право Европске уније, Зборник радова Актуелна питања грађанске кодификације, Ниш, 2008.

## О ПРЕДНАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ<sup>534</sup>

### 1. О кодификацијама уопште

Влада Републике Србије објавила је, посредством Комисије за израду грађанског законика 2008. године, Преднацрт Друге књиге Грађанског законика Републике Србије, која носи наслов Облигациони односи.<sup>535</sup> Комисија за израду грађанског законика Републике Србије формирана је 2006. године са задатком да кодификује грађанско право и изради грађански законик.

У уводним напоменама, уз Преднацрт ГЗРС (у даљем тексту: Преднацрт ГЗРС) наведени су разлози потребе доношења грађанског законика Републике Србије. Први разлог је успостављање прекинутог континуитета важења Грађанског законика донесеног 1844. Овај разлог је заснован у самом феномену права. Karl Larenz је право окарактерисао као веома сложен феномен, који се не може редуковати на скуп правила јер, иако је право скуп правила (парафразирајући К. Larenza), оно се исказује на различитим нивоима културе, стварности и облицима повезаности: „*као језик, литература, умјетност, али и држава или правна цивилизација, право припада широј области људског стваралаштва; право је посебан дио свијета, који је у својству човјеку и само њему.*“<sup>536</sup> Српски грађански законик из 1844. године важио је пуних сто година, све до 1946. године, када је изгубио правну снагу под ударом „револуционарне силе“.<sup>537</sup> Редактори Преднацрта ГЗРС сматрају да је данашња Србија у задоцњењу, у односу на друге земље из европске породице права, јер још није извршила кодификацију грађанског законодавства, а да јој историјске прилике, постојеће стање законодавства у области грађанскоправних односа, развијена судска пракса и правна теорија те неспоран уставни основ то омогућавају.

Неспорно је да се под европском породицом права подразумијева европско-континентални систем права који се означава и као „*римско-германски*“ или „*цивилно право*“ за разлику од англосаксонског, односно *Common Law* система права. Правни историчари предлажу да се европскоконтинент-

<sup>534</sup> Рад припремљен за објављивање у овом избору радова.

<sup>535</sup> У даљем тексту: Преднацрт ГЗРС и број странице.

<sup>536</sup> Наведено према: Кошутић, Б., Увод у велике правне системе данашњице, ЛПСЛ СРЈ, Београд, 2002, стр. 24.

<sup>537</sup> Ibid, 25.

тални систем права означава као „*римско-византијско-германска породица права*“ или „*грчко-римско-германска породица права*“ као реакција на занемаривање или негирање од стране европског запада свега што носи жиг „*византијско*“. <sup>538</sup> Чини се да конвергенцију римско-германског система права са византијским правом прстиже убрзана хармонизација и унификација не само латинских и германских правних поредака него и англосаксонског система права. Предлаже се и нови назив, заједнички за англосаксонски и римско-германски систем права, „*западни или атлантски систем права*“. <sup>539</sup>

У овом смислу су и опредјељења редактора Преднацрта ГЗРС, који као метод којим ће се служити приликом проналажења одговарајућих законских рјешења у будућој кодификацији предвиђају да ће постојећа законска рјешења грађанског законодавства усагласити са рјешењима ратификованих конвенција и међународним стандардима и правом Европске уније.

Као сљедећи разлог опредјељења за кодификацију грађанског права у Републици Србији редактори Преднацрта ГЗРС наводе да је кодификаторски рад у области грађанскоправних односа допринос богатству правне заједнице и стабилности правних установа у њој. Практично сви субјекти права, грађани и правна лица добиће на једном мјесту корпус свих грађанских субјективних права. <sup>540</sup>

Као метод кодификације посебно се апострофира европска правна традиција по којој су све кодификације приватног права на европском континенту биле прожете тековинама правне науке. Ова констатација се допуњује методолошким упутством по коме кодификација не затвара токове даљој еволуцији грађанског права и стално усавршавање савременог правног поретка у цјелини већ, напротив, ту еволуцију управо подстиче.

Овдје се можемо запитати да ли се овим напушта полувјековна традиција до сада систематизованог грађанског законодавства која је трасирала пут развоја југословенског приватног права организованог према гранама права. Тако је и грађанско законодавство, с обзиром на предмет регулисања, изградило посебне законе из области стварног, облигационог, насљедног, породичног и статусног права. Редактори кодификације не образлажу посебно да ли је специјализација југословенског грађанског права била погрешан пут или је одговарала развоју права које прати друштвени развој и општу тенденцију пренормираности друштвених односа, односно избора адекватних норми за посебне предмете регулисања.

Наше је мишљење да редактори кодификације морају измирити двије супротстављене тежње: с једне стране, стварања једног чврстог законодавног оквира цјелокупних грађанскоправних односа и с друге стране, стварања услова да се кодификација не претвори у препреку даљем развоју права, његовом конзервативизму, а посебно да не нашкоди развоју аутономног права привредних субјеката, које се стално мијења.

<sup>538</sup> Ibid.

<sup>539</sup> Ibid., 23.

<sup>540</sup> Преднацрт ГЗРС, 4.

Историја нас учи да је кодификација чедо универзитета. Заступници кодификације истичу да је она модел права у сагласности са правдом и потребама друштва свога времена. Кодификација је свој ослонац нашла у рационалној теорији природног права, по којој је људски разум способан да из општих принципа извуче цјелокупну садржину универзалног, вјечног и непромјењивог природног права, а да носиоци законодавне власти то треба да признају, уобличе и промулгирају кроз један законодавни акт.

Током XVII и XVIII вијека кодификација је у пуном замаху те се правне норме обликују према нацртима универзитетских професора и озакоњују у позитивно право.

Кодификација је техника израде законских аката која омогућава да се систематски и свеобухватно уреди сва област друштвених односа. Због тога се и кодификаторски законици од стране систематизатора права проглашавају за правне области, а унутар њих се врши подјела на поједине гране права. Основна подјела права врши се на област приватног и област јавног права. Вјерујемо да је оваква подјела, у практичном смислу, неизводљива те је немогуће данас у потпуности извршити кодификацију по тој основној оси подјеле правног система. Једино је могуће грађанско право, схваћено као правна област, без подјеле на гране права, као што је до сада чињено и данашње стање система грађанског права у постјугословенским земљама, кодификовати као једну системску цјелину.

У прилог овоме добро се подсетити првобитне идеје европских кодификатора права, школе глосатора и постглосатора, који су вјеровали да стварају право са универзалним важењем, за примјену у судовима свих држава, али су се разочарано повукли када су утврдили да кодификације националних држава нарушавају јединство европско-континенталног (римско-германског) система права кроз појаву законодавног национализма и позитивизма. Умјесто озакоњења универзалног природног права, кодификацијом је само укинута правни партикуларизам у јединственој националној држави и створено јединствено национално право.<sup>541</sup>

С обзиром на овакву своју улогу, иза кодификације стоје и државотворни разлози којима се, на политичком нивоу, потврђује и учвршћује државотворност нације.

## 2. О садржају Преднацрта ГЗРС

Друга књига Преднацрта ГЗРС обухвата облигационе односе (облигације). Ова књига је и најобимнија у цијелој кодификацији. Њена структура се унеколико разликује од структуре важећег закона о облигационим односима.

Поред „основних начела“, први дио Друге књиге садржи одредбе о изворима облигација, тј. уговор, проузроковање штете, стицање без основа, пословодство без налога, једностране изјаве воље и хартије од вредности.

---

<sup>541</sup> Кошутић, Б., о. с. 53.

Други дио Друге књиге садржи дејство облигација, трећи дио престанак обавеза, четврти дио разне врсте обавеза, а пети дио измјену субјеката облигација, шести дио уговоре и седми банкарске послове.

Како је навео професор Орлић у Есеју о кривици (у грађанском праву),<sup>542</sup> на актуелности поново добија преиспитивање правног наслеђа федеративне Југославије. Као што се дешавало и након Другог свјетског рата слично се дешава и данас, приликом настанка текста Преднацрта ГЗРС, али у садашњим условима приступа се преиспитивању правног наслеђа Југославије и успостављања нових правила, која су, могуће, требало да важе и у претходном периоду на тлу Југославије, а нису прихваћена због утицаја идеолошко политичких арбитра свога времена.

Редактори Преднацрта ГЗРС, у Другој књизи, коју су изложили суду јавности, покушали су да надокнаде пропуштено вријеме и да уређење облигационих односа што више приближе изворнику, југословенском Закону о облигационим односима произашлом из Скице за законик о облигацијама и уговорима професора Михаила Константиновића, и да искористе прилику и текст Закона о облигационим односима осавремене измјенама и допунама које својевремено није могао партиципирати славни аутор Скице.

Редактори Преднацрта ГЗРС, у уводним напоменама, истичу да су у текст унијели дефиниције најважнијих правних института, као што су: *облигациони односи, привредни уговори, кривица, штета, опасне ствари, опасне дјелатности и битне повреде уговора*.

Регулисани су уговори који до сада нису били законом уређени, као што су: *поклон, послуга, ортаклук, уговорни секвестар, продаја са правом откупа и уговор о сарадњи у пољопривреди*.

Именовани су нови уговори из каталога уговора аутономног привредног права: *уговор о франшизингу, факторинг, форфетингу, уговор о дистрибуцији, издавачки уговор и лизинг*.

На разним мјестима и у различитим институтима облигационих односа разрађене су и допуњене одредбе о *закључењу уговора, заступању, прокури, преговорима, понуди, предуговору, тумачењу уговора и опционом уговору, дејству промијењених околности* и др.

Знатно су проширена рјешења *одговорности за проузроковану штету и право привредних субјеката на новчану накнаду штете и накнаду неимовинске штете због повреде права личности*.

Значајне новине су унијете у материју *хартија од вриједности, испуњење обавеза, компензацију, облигације са више предмета, као и појединих именованих уговора*.

<sup>542</sup> Београд – децембар 2008. (шапирографисано), „у промењеним друштвеним односима после Другог светског рата један од најважнијих политичких и идеолошких захтева односио се на преиспитивање правног наслеђа. Упоредо са тиме постављао се и задатак успостављања нових правила која је требало да важе на тлу Југославије“.

Комисија за кодификацију је упутила позив да се мишљења, сугестије и предлози могу достављати комисији па ми овај прилог чинимо у том смислу.

Посебно интересовање усмјеравамо на подручје одговорности за проузроковану штету, јер сматрамо да за то постоје важни разлози, пошто се Комисија определијела за дефинисање важних правних института и њихово законско нормирање.

Говорећи о методи да се закони учине разумљивијим народу, пок. академик Радомир Д. Лукић, у својим радовима, предлагао је: „*термине треба такође објаснити посебним одредбама Законика који ће садржавати одредбе (дефиниције) термина.*“<sup>543</sup> Према лексикографској, односно енциклопедијској одредници дефиниција (*definitio*) лог. одређење (или одредба) појма, објашњење једног појма другим појмовима, свођење једног појма на друге појмове; то бива назначивање најближег рода (*genus proximum*) тога појма и његове специфичне разлике (*differentia specifica*), тј. специјалних ознака које припадају само ономе појму који треба дефинисати.<sup>544</sup>

Дефинисање појмова је метод законске израде којим се, што потпуније и прецизније регулишу правни, у овом случају, облигациони односи, те се тако постиже да се закон састоји из много врло прецизних одредби којима се обухвата скоро све и не оставља никаква слобода субјектима да своје односе сами уређују.<sup>545</sup>

Поставља се питање да ли је таква методолошка оријентација примјерена код уређивања облигационих односа. Досадашња регулатива уређивања облигационих односа почивала је на методолошким принципима који су полазили од тога да законско регулисање треба бити гипко и еластично, јер се ради о диспозитивним нормама и да странке, у принципу, имају слободу да своје односе уређују саме и другачије од законодавца.

Овакве оцјене о методу регулисања давно су изречене од стране римских правника, који су изrekli: „*omnis definitio in iure civili periculosa est*“<sup>546</sup> или „*omnis definitio in lege periculosa*“.<sup>547</sup>

Насупрот методу дефинисања, који је стручноправнички метод подробног регулисања друштвених односа, конкурише регулисање уз слободу субјектата. Као што истиче академик Лукић, „*народски законици, особито у приватном праву, обично остављају што више простора тзв. аутономији воље субјектата, те им се тако да је већа слобода у сопственом уређивању правних односа, односно оставља се што већи број односа нерегулисан правом, па се у тим не правним односима субјекту крећу потпуно слободно.*“ (...), „*метод који томе одговара је употреба што гипкијих одредби, које ће*

<sup>543</sup> Радомир Д. Лукић: Методологија права, САНУ, Београд, 1977, стр. 199.

<sup>544</sup> Милан Вујаклија: Лексикон страних речи и израза, Просвјета, Београд, 1954, стр. 219.

<sup>545</sup> Лукић, Р. Д., о. с., стр. 200.

<sup>546</sup> Sec. Iavolenus –Д 50, 17, 202 према др Драгомир Стојчевић, др Анте Ромац: *Dicta et regulae iuris*, Савремена администрација, Београд, 1984, О 156.

<sup>547</sup> Sec. Iavolenus –Д 50, 17, 202, *Ibid.*, О 157, стр. 366.

*регулисати само главне ствари, а оставити субјектима да у том оквиру могу сами да утврђују појединости. У ту сврху се употребљавају алтернативне и диспозитивне норме као и правни стандарди.*<sup>548</sup> „Народски законици и јесу релативно кратки; стручњачки, пак обухватају и по неколико хиљада параграфа или и више“.<sup>549</sup> Правни појмови који изражавају правне појаве и посебна су творевина права морају бити одређени, прецизни, јасни и лаки за примјену.<sup>550</sup> Право мора да употребљава и гипке појмове, који се могу лако и потпуно прилагодити чињеницама, а то су правни стандарди (нпр. савјесност, пажљивост, правичност итд.) који за сваки конкретан случај имају другачију конкретну садржину.<sup>551</sup>

### 3. Дефинисање кривице

Одредба члана 171. Преднацрта ГЗРС замјењује одредбу члана 158. ЗОО тако да, у ставу 1. кривицу одређује као одступање од понашања разумног и пажљивог човјека у датим околностима. У одредби става 2. истог члана Преднацрта ГЗРС *кривица стручњака* дефинише се као *негативно одступање од понашања разумног и пажљивог стручњака у датим околностима*. Редактори Преднацрта ГЗРС овим су реципирали одредбу члана 127. Скице за законик о облигацијама и уговорима професора Михаила Константиновића. Професор Миодраг Орлић овакво законско рјешење карактерише као строже мјерило кривице и на њему заснован концепт субјективне деликтне одговорности. У центар појма кривице ставља се понашање учиниоца штете, а не његов психички однос према том и таквом понашању. Тиме смо добили одређење доњег прага кривице док без значаја остају степени кривице, односно степеновање кривице. Кривица се одређује као погрешно поступање.<sup>552</sup>

Професор Миодраг Орлић у Есеју о кривици образлаже да је у грађанском праву битно утврђивање постојања кривице штетника, и то њеног доњег прага. За оштећеног је мање важан степен кривице, јер је за изрицање грађанскоправне санкције, у виду накнаде штете, потребно утврдити да је штетник поступао са најблажим степеном кривице, тј. небрижљиво (*negligentio*).

На овај начин улази се у просуђивање кривице *in abstracto*, по објективизираним мјерилоу, према понашању као спољној манифестацији психичког стања штетника, које се сада потпуно апстрахује. Психичко стање је занемарено у приписивању кривице и мада код штетника постоји психички однос према својој радњи и посљедици, оно се више неће узимати у разматрање приликом утврђивања постојања кривице као услова и основа грађанско-

<sup>548</sup> Лукић Р. Д., о. с., стр. 200.

<sup>549</sup> Ibid. 2001.

<sup>550</sup> Ibid. 2009.

<sup>551</sup> Ibid. 210.

<sup>552</sup> Орлић, М., о. с., стр. 9.



правне одговорности. Рјешењем из Преднацрта ГЗРС напушта се одредба члана 158. важећег ЗОО, у којем није била дефинисана кривица него се она посредно дефинисала као стање када је *штета проузрокована од стране штетника његовом намјером или непажњом*. Намјера и непажња су психичка стања свијести и воље која се изводе из кривичноправног схватања кривице као умишљаја и нехата.

Поставља се питање: да ли након објективизације кривице можемо и даље оперисати са субјективном теоријом одговорности за проузроковану штету? Професор Орлић одговара да кривица и даље остаје субјективни елемент деликтне одговорности, јер је и даље ријеч о људском понашању, а оно је несумњиво субјективни феномен, али је мјерило по коме се кривица просуђује објективизирано. Ради се о објективизацији кривице, а не објективне кривице, што би била противрјечност, како закључује професор Орлић.<sup>553</sup>

Дефиниција кривице која се у Преднацрту ГЗРС предлаже не садржи појам пажљивог човјека. У одредби члана 171. Преднацрта ГЗРС дају се мјерила за оцјењивање да ли је лице које је штету проузроковало криво или не. Ако се понашало како је требало, неће се сматрати кривим. Лице се понашало како је требало ако је своје понашање изједначило са понашањем разумног и пажљивог човјека у датим околностима.

Због овога се предложена дефиниција кривице и даље може оквалификовати као правни стандард. Појам достојанственог човјека, према Кантовој дефиницији, гласи: „*достојанствен човјек је онај који не зазира од своје слободе и одговорности, чија савјест не чини уступке и који никада не служи туђим интересима*“. Овај примјер указује да би се пажња требало да посвети и дефиницији пажљивог човјека ради комплетирања дефиниције кривице.

По нашем мишљењу, правни појмови имају своје границе које се не могу ширити изван или преко тога, па тако и појам кривице. Таква опасност је одраније позната, јер је у правној теорији долазило до случајева изједначавања кривице и штете, кривице и противправности па до потпуног занемаривања кривице као услова одговорности. Корак у правцу објективизације одговорности, који је могао отићи даље од објективизације кривице, можда је могао да се формулише: „*ко другоме проузрокује штету, а не постоје разлози за искључење одговорности, дужан ју је накнадити*“. Тада би се штетнику могла приписати одговорност, штета би пала на његов терет, а оштећени би био доведен у још повољнији положај; штетник се није понашао одговорно, јер његово понашање није било одговарајуће. И професор Орлић закључује да се „*одговорност у грађанском праву лагано помјера од кривице схваћене потпуно субјективно до погрешке схваћене готово у објективном смислу*“. Професор Орлић даље истиче схватање професора Константиновића да је „*са овако схваћеном кривицом (in abstracto) непотребно истицати противправност као засебан услов одговорности*“.<sup>554</sup> Ипак, случајем искључења противправности који се традиционално означа-

<sup>553</sup> Ibid. 10.

<sup>554</sup> Орлић, М., о. с., стр. 12.

вају као нужна одбрана, стање нужде, отклањање штете од другог, дозвољена самопомоћ и пристанак оштећеног указују да се противправност не може у потпуности занемарити.

Поред тога, сугерише професор Орлић, чини се непотребним задржавање опште претпоставке о кривици у систему субјективне грађанске деликтне одговорности, јер ремети улогу процесног права, односно процесног начела о терету доказивања који лежи на страни тужиоца. Искуство у примјени важећег закона о облигационим односима и судској пракси која се у његовој примјени развила, према примјерима које наводи професор Орлић у Есеју о кривици, показује да је, и код схватања кривице као психолошког појма уважавано начело по којем се кривица просуђује „*in abstracto*“, те да тиме није судска пракса поступала *contra legem*. Непажња није дефинисана одредбама важећег Закона о облигационим односима. Због тога поступање суда у тумачењу и примјени законских одредби није било ограничено дефиницијом. Непажња схваћена као одступање од пажње пажљивог човјека служила је као мјерило за судску праксу. Судови су и до сада били дужни да утврде да ли је штетник, према својим субјективним својствима и способности, могао да схвати домашај своје радње и могућност да из тога проистекне штетна посљедица и немогућност избјегавања наступање штете.

Преднацрт ГЗРС не напушта пропис који одређује неодговорна лица.<sup>555</sup> Лице неће одговарати за штету, мада је штету проузроковало и може му се приписати због болесног стања свога душевног здравља, односно поремећене моћи расуђивања или незрелог ума. Из одредаба о неодговорности лица за штету указује се друга страна кривице, из које је видљиво да се кривица тражи у психичком стању штетника. У овим одредбама Закон и не говори о кривици, него о одговорности.

Преднацрт ГЗРС, истини за вољу, не напушта ни степене кривице, тј. намјеру и непажњу. Њих налазимо у одредби о снижењу накнаде штете.<sup>556</sup> Може се закључити да Преднацрт као основ одговорности задржава најблажи степен кривице дефинисан као небрижљивост или *culpa levis in abstracto*.

#### 4. Остале модификације појмова и института проузроковане штете као извора облигације у Преднацрту ГЗРС

Одредбом члана 168. Преднацрта ГЗРС у постојећу дефиницију имовинске и неимовинске штете из члана 155. ЗОО интерполирана је и „*повреда зајамчених права личности*“. Појам „*зајамчена права личности*“ дефинисаће се, како то редактори Преднацрта наговјештавају, у општем дијелу грађанског законика.

<sup>555</sup> Члан 172. Преднацрта ГЗРС – члан 159. ЗОО.

<sup>556</sup> Члан 216. Преднацрта ГЗРС – члан 191. ЗОО.

Као алтернатива овој дефиницији штете понуђена је допуна постојеће дефиниције са додатком да штета настаје и *„повредом сваког законитог интереса као и повредом права личности: слободе, части, угледа, стида, личног и породичног мира и других личних добара...“* Ова понуђена алтернатива преузета је из одредби члана 124. Скице.

Одредбом члана 187. став 1. Преднацрта ГЗРС понуђена је дефиниција опасне ствари преузета из одредбе члана 136. став 1. Скице, док је ставом 1. Преднацрта ГЗРС дефинисана опасна дјелатност као дјелатност која представља повећану опасност штете за околину.

Ново је рјешење из Преднацрта ГЗРС којим се успоставља одговорност органа правног лица за штету коју својим незаконитим радом проузрокује трећем лицу у вршењу или у вези са вршењем својих функција.<sup>557</sup> Идентично је рјешење понуђено за одговорност државе по којем органи правног лица и имаоци јавних овлашћења одговарају за штете према трећим лицима.<sup>558</sup>

Може се поставити питање прагматичности оваквих рјешења и њихове корисности за оштећеног с обзиром на ограничене фискалне могућности органа правног лица за сношење овакве одговорности. Повољније рјешење би било одговорност везати за правно лице, а регресну одговорност за орган правног лица.

Одговорност произвођача ствари са недостатком је објективизирана јер одговорност произвођача ће постојати независно од тога да ли је знао за недостатак ствари коју ставља у промет. У осталом уређивање одговорности произвођача ствари са недостатком препушта се посебном пропису.

Одредбе о одговорности за штете од животиња, из одредбе члана 197. Преднацрта ГЗРС преузете су из одредбе члана 142. Скице, као и одредбе о одговорности за штету од грађевина.

Нова је одредба члана 208. Преднацрта ГЗРС о професионалној одговорности лекара и другог медицинског особља као подврсти стручњачке непажње за лекарске грешке или пропусте.

Значајно за развој судске праксе је интерполирање одредбе члана 151. Скице у члан 210. Преднацрта ГЗРС, о одређивању висине накнаде штете по правичности, када се висина штете не може поуздано утврдити.

Код питања доспјелости обавезе накнаде штете редактори Преднацрта ГЗРС су уочили недостатке постојећих рјешења о доспјелости обавезе накнаде штете у тренутку настанка штете. Због тога редактори предлажу брисање члана 186. ЗОО (члана 211. Преднацрта ГЗРС) или ново рјешење које би раздвојило вријеме доспјелости различито у зависности од тога да ли се ради о имовинској или неимовинској штети. Једна од алтернатива, коју сматрамо прихватљивом, утврђује да је обавеза за накнаду штете доспјела од часа постављања документованог захтјева за накнаду штете. Ово би требало да вријеме доспјелости веже за час достављања документованог захтје-

<sup>557</sup> Члан 185. Преднацрта ГЗРС изведен из одредбе члана 172. ЗОО измијењеним новим ставом 2.

<sup>558</sup> Члан 186. Преднацрта ГЗРС.

ва одговорном лицу. Ово рјешење сматрамо оправданим, јер би допринијело спречавању затезања исплате накнаде штете од стране дужника те накнаде, јер би дужник могао да се упозна са захтјевом, да га оцијени основаним и изврши исплату на вријеме како би избјегао непотребно зарачунавање затезних камата, које би текле од наведеног рока доспјелости.

Објављивање пресуде или исправке и сатисфакција (члан 224. Преднацрта ГЗРС) је одредба преузета из члана 161. Скице и омогућава ефикасну кумулацију санкција; када постоје оправдани разлози који се састоје у „тежини кривице“ као оправдања за новчану сатисфакцију. Као алтернатива предлаже се задржавање одредаба чл. 199. и 200. ЗОО – објављивање пресуде или исправке и доношење декларативне пресуде о повреди зајемчених права личности и правичне новчане накнаде нематеријалне штете. Сматрамо да се алтернатива може прихватити, ако се брише одредба става 2. члана 200. ЗОО (члан 225. Преднацрта ГЗРС).

Прихватљива је и одредба члана 226. Преднацрта ГЗРС, која омогућава правичну накнаду штете због повреде угледа и других вриједности примјерених субјективитету правног лица.

Поред тога, сматрамо да је прихватљива алтернатива из члана 230. Преднацрта ГЗРС (члан 204. ЗОО) према којој потраживање накнаде неимовинске штете прелази на насљеднике и може бити предмет уступања, пребијања и принудног извршења и када није признато правоснажном судском одлуком или писменим споразумом.

## 5. Закључак

Сигурни смо да и остали дијелови Преднацрта Друге књиге ГЗРС заслужују сваку пажњу и коментаре, али смо ограничени насловом и намјером коментарисања, која је у овом раду посебно усмјерена на проузроковање и накнаду штете.

Запажамо да су редактори ГЗРС избјегли преузимање директива Европске уније, које, по мишљењу академика Слободана Перовића, садрже капиларне прописе у односу на принципијелни значај „облигационог законика као кодификаторског акта, трајног извора облигационог права и споменика културе једног времена који не треба да буде подложен честим измјенама ситних капилара тржишне размјене робе и услуга, што је домен смјернице и упутстава или налога подзаконских аката који се брже и ефикасније прилагођавају динамици тржишних односа.“<sup>559</sup> У погледу односа према новим уговорима аутономног привредног права у текст Преднацрта уврштене су одредбе о: франшизингу, факторингу, форфетингу, уговору о дистрибуцији и уговору о лизингу, како би правничка јавност оцијенила цјелисходност оваквог проширивања законског текста с обзиром да се ради о пословима чије

<sup>559</sup> Перовић, С., Стручно мишљење о Нацрту закона о облигационим односима РС/ФБиХ, књ. II, Поједини уговорни облигациони односи са стањем 20.1.2003, Српска правна мисао, 1-4/2003, стр. 92.

законско регулисање, према образложеним ставовима, подлијеже могућности различитог поступања, односно регулисања посебним прописима.<sup>560</sup>

Општи је закључак да је кодификаторски посао редакција провела са примјереном пажњом, одговорношћу и мјером с обзиром на природу односа који се уређују у новонасталим друштвеним условима.

Prof Dr Branko Morait  
Law Faculty of University of Banjaluka

## **PRELIMINARY DRAFT CIVIL CODE OF THE REPUBLIC OF SERBIAN**

### **Summary**

The paper analyzes Other books GZ-RS obligations. We have devoted special attention to specified provisions of guilt for causing damage, the violation of the rights guaranteed by the personality and justice as a measure awarding non-pecuniary damage. Editors proposed deleting Article 186 ZOO (Article 211 of preliminary draft GZRS) or a new solution that would separate time accrual differently depending on whether it is a property, or immaterial damages. One of the alternatives that we think is acceptable is determined that the obligation for compensation due from the time of installation of documented claims for damages.

---

<sup>560</sup> Ibid.

Др Бранко Мораит, редовни професор  
Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

## МИРЕЊЕ И/ИЛИ ПОСРЕДОВАЊЕ<sup>561</sup>

*Тако, свуда на свету, где год моја мисао крене или стане, налази на верне и ћутљиве мостове као на вечиту и вечно незасићену људску жељу да се повеже, измири и споји све што искрсне пред нашим духом, очима и ногама, да не буде дељења, противности ни растанка. (Иво Андрић: МО-СТОВИ)*

### Апстракт

Судски поступци у породичноправним стварима припадају грађанском правосуђу. У току је реформа грађанског правосуђа у Босни и Херцеговини. Један правац те реформе форсира алтернативно рјешавање спорова. Дошло је вријеме да се пресуђивање више не посматра као једини начин рјешавања спорова. Циљеви алтернативног рјешавања спорова у породичноправним односима јесу у постизању споразума о свим питањима због којих је избио сукоб међу супружницима. Да би се дошло до споразумног рјешења, потребан је адекватан посредник који је треће лице у односу на стране у сукобу. Успјешно брачно посредовање постиже да се развод не претвара у разлаз супружника, него адекватно редефинисање породичноправних односа у будућности.

**Кључне ријечи:** мирeње, посредовање, брачни спор, породично законодавство

### 1. Увод

Циљеви реформе грађанског правосуђа у Босни И Херцеговини<sup>562</sup> означени су као: стварање ефикаснијег и флексибилнијег правосуђа и изградња владавине права. Разлози за реформу су били уставноправни и организационо-функционални. Међу организационим разлозима истицани су: огроман број предмета, због чега је урушаван углед суда и паралисан његов рад; смањење мреже судова и броја судија сводећи број судова и бројност судија

<sup>561</sup> Зборник радова, Научни скуп, Развој породичног права - од националног до европског, Мостар, 21.12.2012. године, Мостар, 2013., стр. 56-69.

<sup>562</sup> Закон о парничном поступку („Службени гласник Републике Српске“, бр. 58/03 и 85/03); Закон о парничном поступку („Службене новине Федерације БиХ“, број 53/03); Закон о парничном поступку („Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ“, број 5/00).

у европске стандарде; дуго трајање поступака у судовима; велики број малих предмета, проблем рјешавања тзв. старих предмета, смањење трошкова и скраћивање рокова. Основни приступ рјешавању грађанских спорова је, с једне стране, традиционални, обично јавноправни у организацији државе, у којем поступају редовни судови и, с друге стране, алтернативни, обично приватни, у форми преговарања, медијације и арбитраже. У одредбама Закону о парничном поступку које уређују припремно рочиште, којем је дат приоритетни значај у циљу скраћивања трајања поступка, уврштене су и одредбе о „медијацији и судском поравнању“<sup>563</sup>. Према одредби члана 86. ЗППРС, суд може, уколико оцијени да је то сврсисходно, с обзиром на природу спора и друге околности, предложити странкама, најдоцније на припремном рочишту, да спор ријеше у поступку медијације, како је то предвиђено посебним законом.<sup>564</sup> Приједлог за рјешавање спора у поступку медијације могу поставити и саме странке све до закључења главне расправе. Најзад, одредбе чл. од 87. до 93. уређују „судско поравнање“ као мјешовити начин рјешавања спора, у којем се срећу и судски и алтернативни поступак рјешавања спора. Суд одобрава или не одобрава захтјев странака да спор ријеше поравнањем, јер неће уважити располагања странака која су противна принудним прописима.<sup>565</sup> Посебни парнични поступци у брачним споровима пресељени су из закона о парничном поступку у породичне законе.<sup>566</sup> Отуда је поступак посредовања у породичним стварима уређен Породичним законом ФБиХ. Због тога се у литератури истиче став да поступак посредовања, у смислу позитивног стања босанскохерцеговачког законодавства, није поступак медијације и да поступак посредовања не води медијатор у складу са Законом о поступку медијације.<sup>567</sup> Овакво одређење законодавца наговјештава неконзистентност законских рјешења у босанскохерцеговачком позитивном законодавству. У упоредном праву, с обзиром на етимолошку једнозначност термина „посредовање“ односно „медијација“, законски текст је насловљен као „Закон о посредовању - медијацији“.<sup>568</sup> Одредбом члана 1. наведеног закона прописано је да су њим одређена правила поступка посредовања-медијације као посредовање у имовинскоправним односима физичких и правних лица, трговинским, **породичним**, радним и другим грађанским споровима којима стране могу слободно да располажу уколико законом није прописана искључива надлежност суда. Медијација и посредовање су овим законом постављени као синоними, с тим што је посредовање ријеч домаћег језика. Већ самим термилошким рјешењем уочава се примјерена конзистентност која је у босанскохерцеговачком законодавном простору о овом питању изостала.

<sup>563</sup> Чл. од 86. до 93. ЗППФБиХ/ЗППРС.

<sup>564</sup> Закон о поступку медијације (“Службени гласник БиХ”, број 37/04).

<sup>565</sup> Члан 3. став 2. ЗППФБиХ/ЗППРС.

<sup>566</sup> Чл. 65-78. ЗППРС, чл. 287-311. ЗППФБиХ.

<sup>567</sup> Џемалудин Мутапчић, Медијација у правосудном систему БиХ“, прво издање, стр. 30-31.

<sup>568</sup> „Службени гласник Републике Србије“, број 18/2005.



## **2. Породично законодавство у Босни и Херцеговини de lege lata**

### **2.1. Породични закон Републике Српске**

Трећег септембра 2002. године у Републици Српској ступио је на снагу нови Породични закон (“Службени гласник Републике Српске”, број 54/02). Даном ступања на снагу новог Породичног закона престао је да важи Породични закон Социјалистичке Републике Босне и Херцеговине (“Службени лист СРБиХ”, бр. 21/79 и 44/89). Република Српска је искористила своје законодавне могућности предвиђене чланом 36. став 2. Устава Републике Српске, којим је прописано да се брак и породични односи уређују законом. Редактори Породичног закона Републике Српске, као основу за (нови) Породични закон користили су Породични закон СРБиХ, који је до тада био основни извор породичног права у Републици Српској, према одредби члана 12. Уставног закона за спровођење Устава Републике Српске из 1992. године, а који је прописивао да ће се, до доношења одговарајућих закона и других прописа Републике, примјењивати закони и други прописи СФРЈ и СРБиХ, који су у сагласности са Уставом Републике Српске и који нису у супротности са законима и другим прописима које је донијела Народна Скупштина Републике Српске.

Као уставни основ за доношење ПЗРС уведена је начелна одредба члана II, став 3. тачка j) и став 4. Устава БиХ, који је прописао да сва лица на територији БиХ имају право на брак и заснивање породице и да су сва лица равноправна без обзира на пол, расу, боју, језик, вјерска, политичка или друга увјерења, национално и социјално поријекло, припадност националној мањини, рођење и друге статусе. Начело равноправности потврђено је као основ породичног законодавства које уређује демократски брак и породицу.

### **2.2. Реформисани поступак мирења брачних другова у Породичном закону Републике Српске**

Одговарајућим одредбама Породичног закона Републике Српске<sup>569</sup>, на први поглед, значајно је реформисан поступак мирења брачних другова (чл. од 57. до 64. ПЗРС). Према раније важећем ПЗСРБиХ, поступак мирења је био фаза судског поступка, која се проводила након приспијећа тужбе за развод брака у суд. Према новом законском уређењу поступка мирења супружника, судском бракоразводном поступку претходи поступак мирења, који проводи орган старатељства. Органу старатељства се подноси захтјев и орган старатељства је дужан да спроведе поступак мирења у року од два мјесеца од подношења захтјева супружника. Ако је мирење успјело, ново

<sup>569</sup> У даљем тексту: ПЗРС.

покретање поступка мирења, у случају новог поремећаја брачних односа, неће бити могуће док не истекне рок од шест мјесеци, након уручења записника о завршеном мирењу. Уколико мирење пред надлежним органом старатељства не успије, супружници могу поднијети тужбу за развод брака, којој прилажу записник о неуспјелом мирењу, у року од шест мјесеци од дана пријема записника о исходу поступка мирења. Ако поменути рок протекне, а брачни другови остану при својој иницијативи да *“желе развод”*, дужни су поднијети нови захтјев за започињање новог поступка мирења. И цијели овај циклус почиње из почетка. Тако је законодавац желио избјећи релативизовање поступка мирења у досадашњој пракси, јер се настојало овај поступак избјећи или га само формално обавити, како би се отворио простор за радикално, судско, рјешавање брачног спора као „нерјешивог“ конфликта међу супружницима. Према правилу из раније важеће одредбе члана 64. ПЗСРБиХ, орган старатељства је био дужан настојати (у случају када мирење није успјело) да се супружници споразумију о **заштити, васпитању и издржавању заједничке малољетне дјеце**. Према одредби члана 61. (новог) ПЗРС орган старатељства ће имати обавезу да настоји да се пред њим супружници договоре и о **супружанском издржавању, подјели заједничке имовине, враћању поклона и свим другим питањима од значаја за супружнике, њихову малољетну дјецу, као и брачну и породичну заједницу** која престаје да функционише. У Закону није јасно прописано какву правну снагу ће такав споразум имати.

### 2.3. Поступак мирења у Породичном закону Брчко Дистрикта БиХ

Слично, као што је мирење супружника уређено у ПЗРС, а укратко скицирано у претходном излагању, поступљено је и у Породичном закону Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине (у даље излагању, скраћено: ПЗБД)<sup>570</sup>. По пријему тужбе, односно споразумног захтјева за развод брака, ако брачни партнери имају заједничку малољетну или усвојену дјецу или дјецу над којом је продужено родитељско право, суд ће затражити од органа старатељства да покуша мирење брачних партнера. Орган старатељства заказаће рочиште за покушај мирења, али није прецизиран рок као у ПЗРС. Уколико се, у току поступка, брачни партнери не измире, орган старатељства настојаће да се споразумију о заштити, васпитању и издржавању заједничке малољетне дјеце. Тако је у ПЗБД проширен садржај посредовања на статусна и имовинска питања заједничке малољетне дјеце, али је, у том погледу, остао на ужем подручју медијације него што је то прописано у ПЗРС, у којем је, поред статусних и имовинских питања заједничке малољетне дјеце, поступак мирења пред органом старатељства садржајно проширен и на постизање споразумног рјешења о питању издржавања и уређења имовинских односа супружника, као и свим осталим питањима од значаја за супружнике,

<sup>570</sup> „Службени гласник Дистрикта Брчко Босне и Херцеговине“, број 23/07.

њихову малољетну дјецу, брачну и породичну заједницу која се гаси јер се супружници не могу измирити.

#### 2.4. Посредовање умјесто мирења у Породичном закону ФБиХ

Породични закон Федерације Босне и Херцеговине (у даљем тексту: ПЗФБХ)<sup>571</sup> умјесто мирења као облик медијације уводи **посредовање**. Посредник је физичко или правно лице које испуњава услове прописане од федералног министра за рад и социјалну политику, а којег је надлежни министар изабрао путем јавног конкурса и уврстио у списак, који се води у Федералном министарству правде.

Захтјев за посредовање морају брачни партнери (или само један од њих) упутити овлашћеном посреднику прије покретања поступка за развод брака ако имају заједничку малољетну дјецу, односно дјецу над којом остварују родитељско старање, а такав захтјев могу поставити и брачни партнери који немају дјеце.

Овлашћени посредник на чијем подручју подносилац захтјева има пребивалиште, односно боравиште или на чијем су подручју брачни партнери имали посљедње заједничко пребивалиште (изузетно, овлашћени посредник изван сједишта) заказује, у року од осам дана, поступак посредовања. У поступку посредовања учествују брачни партнери лично.

Поступак посредовања, онако како је уређен у ПЗФБиХ, своди се на одраније познати и примјењивани, али никад потпуно афирмисани, поступак мирења. Поступак посредовања се, као и мирење, састоји од двију фаза: прва фаза је истраживање и уклањање узрока поремећаја брачних односа, док је друга фаза мирења брачних партнера. Савјетодавну улогу, у односу на брачне partnere који се налазе у конфликту, могу имати и брачна савјетовалишта и друге сличне установе. Поступак посредовања обухвата и упознавање брачних партнера, од изабраног и овлашћеног посредника, са посљедицама развода брака, а нарочито посљедицама које тешко погађају дјецу.

Неодазивање посредниковом позиву, слично као у ПЗРС, доводи до обуставе поступка, изузев ако је изостао брачни партнер који се насилнички понашао, чији изостанак не доводи до обуставе поступка посредовања. Ако се након обуставе поступка посредовања поднесе тужба или захтјев за споразумни развод, суд ће такав поднесак одбацити.

И у ПЗФБиХ стоји да, ако се брачни партнери не измире, овлашћеном посреднику налаже се да рјешава статусна питања малољетне дјеце (о мјесту живљења дјетета и о одржавању односа, контаката с родитељем од којег ће бити одвојено), о дјететовом издржавању и осталим садржајима родитељског старања. Ако брачни партнери не постигну наведени споразум или

<sup>571</sup> „Службене новине ФБиХ“, бр.35/05 и 14/05).

га постигну, али тако да не одговара интересима дјетета, орган старатељства ће настојати стручно ријешити сва ова питања.

Мада се сматра да је посредовање врста алтернативног рјешавања спорова и да оно не укључује мирење брачних партнера и уређивање посљедица развода брака, ПЗФБиХ је и ово питање повјерио овлашћеним посредницима. У одговарајућим одредбама ПЗФБиХ није дошла до изражаја идеја брачног посредовања, као поступка омогућавања брачним партнерима постизања „цивилизованог развода“ и што елегантнијег и безболнијег окончања „банкротираног“ брака. Умјесто таквог приступа законодавца уведен је, по ко зна који пут у наше законодавство, „мјешовити“ модел, који садржи елементе спасавања брака мирењем и елементе посредовања као могућности избјегавања катастрофалних посљедица развода брака.

## 2.5. Прелиминарна процјена позитивноправних рјешења

Пошто се унутар Босне и Херцеговине развија више паралелних система мирног рјешавања брачних и породичних сукоба, требало би покушати објединити напоре за изналагање најповољнијег модела вансудског, мирног рјешавања брачних и породичних сукоба. Мора истаћи да заговарање мирног споразумијевања и договарања, те развитак посредовања и сличних алтернативних начина рјешавања спорова не осујети грађанима приступ суду, као једно од основних људских права.

Терминолошки, израз „медијација“ одговара појмовно термину „посредовање“, док израз „концилијација“ значи мирење.<sup>572</sup>

Посредовање је нов термин за познати, породичноправни институт, покушај мирења брачних другова, али обухвата и друге аспекте пружања стручне помоћи у случајевима поремећених породичних односа.<sup>573</sup> Вјечно негативно оцјењивање друштвене појаве, пораста броја развода бракова, наводи државе да изналазе средства за савладавање овог друштвеног проблема. Правосуђе је средство које пружа темељ за праведно рјешавање овог питања. Међутим, државе увиђају да правосуђе има своја ограничења утврђена процесним начелима и прописана процесним законима.<sup>574</sup> Од суда се тражи одлука о основном правном питању, развргнућу брачне заједнице, која је као емотивна заједница „банкротирала“ и доношење праведних одлука о пратећим правним питањима статусног и имовинског карактера. Суд није савјетодавни орган нити „ординација“ у којој се могу лијечити поремећаји у међуљудским односима из оквира брака и породице. Суђење пред државним

<sup>572</sup> Алан Узелац, Мирење као алтернатива суђењу, [www.alanuzelac.from.hr/...Mirenje\\_kao\\_alternativ...](http://www.alanuzelac.from.hr/...Mirenje_kao_alternativ...) (преузето 24.12.2012. у 14,00), стр. 3.

<sup>573</sup> Алинчић, М. (1999.), Еуропско виђење поступка обитељског посредовања, *Ревизија за социјалну политику*, 6(3-4), 227-240.

<sup>574</sup> Узелац, *ibid.* 2., наводи смјернице Европске уније из тзв. Зелене књиге из 2002. године о мирењу.

судом се сврстава у евалуацијски поступак оцјењивања права странака, док мирeње има више фацилитацијски карактер, јер жели олакшати приближавање ставова странака.<sup>575</sup> Отуда се излаз почео тражити у разним облицима мирног рјешавања породичних неспоразума, као што су медијација, посредовање, мирeње, савјетовање<sup>576</sup>, покушај мирeња са савјетовањем, терапије и сл.

Мада су им циљеви заједнички и испреплетени, могуће је уочити сличности и разлике међу њима. Под мирeњем се треба подразумијевати сваки онај поступак у којем особа која га проводи нема овлашћење да изрекне обавезујућу мериторну одлуку-пресуду, која се може извршавати као и судска одлука. Главне особине мирeња, према једној класификацији<sup>577</sup>, јесу: - *неформалност и флексибилност*, - *добровољност и необавезност*; - *интересна оријентација и широки круг могућих рјешења*; - *проспективност и регулаторност*; - *ниска цијена и брзина поступања*. То се образлаже тако што се мирeње разликује од других метода рјешавања спорова по томе да представља природни продужетак страначких личних настојања да властитим снагама ријеше свој спор. Мирeње није могуће у одсутности једне од странака, али је могуће учинити обавезним покретање поступка мирeња одлуком суда који води други поступак<sup>578</sup>, као што је поступак за развод брака. Сврха мирeња није да се утврди ко је у праву, а ко је крив, него се њиме желе истражити интереси, мотиви и жеље странака, а не основаност њихових захтјева. Због тога је мирeње окренуто будућности, а не прошлости, оно је проспективно, а не ретроспективно. Сврха мирeња није ретрибуција, као успостава стања прије наступања сукоба, односно спора, него превенција будућих конфликта.<sup>579</sup> Права којима странке не могу располагати не би могла бити предмет њихове медијације, што је одређено и домаћим породичним законима и Препоруком Вијећа Европе.<sup>580</sup> Међутим, овдје долази до изражаја флексибилност поступка мирeња као и медијације, јер се могу примјенити и у споровима код којих се не ради о предметима уређеним диспозитивним нормама, него и о породичним стварима, које су, по правилу уређене императивним, когентним нормама и у којима се не може закључити судско поравнање. Због свега тога, окончање мирeња или медијације неће бити у форми судског или вансудског поравнања. Успјешно окончано мирeње до-

<sup>575</sup> Ibid., 5.

<sup>576</sup> Према извјештају о раду породичног савјетовалишта за 2007. годину Центра за социјални рад Бања Лука, од укупно 132 предмета, као разлог доласка у савјетовалиште у осам случајева наведено је мирeње брачних партнера. У плану рада за 2008. годину истакнуто мјесто унутар четири групе задатака заузимају и два задатка од интереса за нашу тему, и то: групни терапијски рад са разведеним партнерима који мају проблеме у контакту с дјецом и индивидуални/групни терапијски рад са дјецом разведених родитеља, када се контакт са родитељем код којег није дијете на чувању и васпитању не одвија редовно.

<sup>577</sup> Узелац., *ibid.*, 7.

<sup>578</sup> Ibid., 8.

<sup>579</sup> Ibid., 9.

<sup>580</sup> Ibid., 10.

води до излишности настављања судског поступка, а чак и ако не доведе до измирења, може довести до постизања споразум о неким елементима спора и тако олакшати даље процесуирање.<sup>581</sup> Поступак мирења је у правилу краткотрајан. Уочено је контроверзно кориштење мирења у брачним споровима, посебно када је обавезно, и практично се своди на непотребно одуговлачење доношења мериторне пресуде о разводу брака. С друге стране, медијацијом би се могла успјешно рјешавати поједина питања која су акцесорна у брачном спору, као што је диоба имовине, регулисање односа родитеља и дјеце, издржавање.<sup>582</sup> Из овог навођења видимо да је у ПЗРС мирење испреплетено с медијацијом, као уосталом и у ПЗФБиХ, гдје је медијација испреплетена с мирењем. Негдје је наглашено једно, а негдје друго значење алтернативног рјешавања спора.

Као разлози зашто је у ПЗФБиХ институт „мирења“ уступио мјесто институту „посредовања“, односно рedefинисао институцију мирења, као традиционално присутну у нашем породичном законодавству, у литератури<sup>583</sup> се наводе: лоши резултати мирења у пракси, повећан број развода и утицај европског законодавства. Када се посматра предмет породичног посредовања, не уочавају се оштре разлике у односу на предмет мирења. Миран начин рјешавања конфликта, успостављање нормалне комуникације, уклањање спора и непријатељства, обезбјеђивање одржавања личних контаката, најбоља заштита интереса дјетета, пружање стручне помоћи ради превазилажења сукоба и неспоразума, све су то активности које подразумевају и институт мирења. Очигледно је, *prima facie*, да се код нас институт мирења преплиће са институтом посредовања, како данас тако и у ранијим законодавним рјешењима. У Основном закону о браку<sup>584</sup>, одредбом члана 80. прописано је мирење брачних другова по тужби за развод брака. По свакој тужби за развод брака суд је обавезан предузети мирење, и то по предсједнику суда или по судији појединцу којег он одреди. На рочиште за мирење позивају се оба брачна друга, лично. Мирење се проводило одвојено од расправе, тј. на рочишту прије усмене расправе. Ову законску одредбу подржавало је инструктивно Упутство Врховног суда ФНРЈ о примјени чл. 80, 56. и 77. Основног закона о браку.<sup>585</sup> Судија појединац је поступао из разлога економичности и заштите интимног, данас званог, приватног живота. Помирење брачних другова је задатак на којем судија мора активно радити. На рочишту за мирење претресају се сви узроци који су довели до тужбе и покушава наћи компромисно рјешење. Мирење је морало бити суштински ангажовано, а не само формално, ради констатовања у записнику. Мирење се није морало водити у случају душевне болести, неспособности за расуђивање или нестанка брачног друга. Поступак за развод могао се наставити ако ниједан или један уредно позвани брачни друг не приступи рочишту

<sup>581</sup> Ibid.

<sup>582</sup> Ibid., 11.

<sup>583</sup> Др Неримана Траљић / др. Сузана Бубић: Брачно право, I издање, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2007., 113.

<sup>584</sup> „Службени лист ФНРЈ“, број 29/46.

<sup>585</sup> Су бр. 458/74-1 („Народни правник“, 1947., број 6-8)



за мирeње или ако оба приступе, али се не помире.<sup>586</sup> Како се у литератури наводи,<sup>587</sup> алтернативно, мирно, вансудско или предсудско, санирање конфликата у породици настоји се постићи мирeњем или посредовањем, комбинацијом мирeња и посредовања, као и породичним савјетовалиштем. Као основну измјену у погледу надлежности, стварне односно функционалне, која је повукла демаркациону линију између мирeња и посредовања у ПЗФБиХ, видимо у томе што је мирeње/посредовање измјештено из органа старатељства, односно центра за социјални рад у надлежност посредника, физичког или правног лица овлашћеног за посредовање. Правилником о условима које мора испуњавати особа овлашћена за посредовање<sup>588</sup> прописано је да та особа мора бити пословно и здравствено способна, са одговарајућом високом стручном спремом смјера дипл. психолог, дипл. iur., дипл. политолог - социјални радник, са најмање три године искуства у струци, против које се не води истражни или кривични поступак, нити је осуђивана за кривична дјела против живота и тијела, брака и породице или да против ње није изречена мјера у примјени Закона о заштити од насиља у породици. У погледу обавезности посредовања и прописаних изузетака, садржаја поступка, трајања и правних посљедица успјешног или неуспјешног посредовања нема значајнијих разлика између реформисаног поступка мирeња у ПЗРС и поступка посредовања у ПЗФБиХ. Према садржају, поступак посредовања је комбинавао медијацију и мирeње, јер се од посредника, у првом реду, тражи идентификација и откривање узрока поремећености брачних односа, а којем је циљ измирење брачних партнера. У таквом приступу се, у литератури, види недоследност законодавца приликом креирања овог „новог“ института, који није досљедно разрадио идеју посредовања као метода рјешавања сукоба у породици и пружања стручне помоћи, а без препоручивања брачног и сл. савјетовалишта, посреднику се указује незаслужена прилика да се ослободи, тј. растерети своје главне функције. Такође се, по нашем мишљењу, с правом, истиче да би посредник требало да на себе преузме рјешавање питања која се тичу посљедица развода брака у односу на дјecu или која највише погађају дјecu. „Најбољи интерес дјетета“ је основни правни стандард којим би се морао руководити посредник. Суд би постигнути споразум у погледу дјече морао оцјењивати кроз призму правног стандарда најбољег интереса дјетета и, ако га одобри, унијети га у изреку пресуде о разводу брака.<sup>589</sup> У свему смо сагласни са схватањем да не постоје суштинске разлике између законског уређења садржаја и предмета мирeња у једном дијелу породичног законодавства у БиХ, у односу на уређење посредовања у ПЗФБиХ.<sup>590</sup> Можемо закључити да је институт посредовања добио законски облик, али остаје упитно да ли се може афирмисати кроз праксу, постати ефикасан у мирном рјешењу спора, сузбити негативне посљедице развода брака и утицати да се

<sup>586</sup> Др Ана Прокоп, свеуч. доцент, Коментар Основном закону о браку, Загреб, 1953., 216.-217.

<sup>587</sup> Траљић, Н. / Бубић, С., *ibid.*, 194.

<sup>588</sup> „Службене новине ФБиХ“, бр. 5/06, 112/06.

<sup>589</sup> Траљић, Н. / Бубић, С., *ibid.* 116.

<sup>590</sup> *Ibid.*, 117.



највећи број бракоразводних парница оконча мирно, а да незнатан дио заврши мериторном судском одлуком о разводу брака. И да ли ће посредовање направити значајан помак у наведеном правцу у односу на традиционално, донекле реформисано мирење?

## 2.6. Медијација, мирење и породична терапија у породичним конфликтима

Како је, кроз примјену законских рјешења уочено, медијација је усмјерена на рјешавање конкретног, практичног сукоба, високоструктурирана је и краткотрајна. Медијација је усмјерена на осмишљавање рјешења и будућа понашања. Породична терапија је усмјерена ка промјени односа међу члановима породице. Терапији је циљ утврђивање узрока сукоба и подразумијева усмјереност терапеута на прошле догађаје и односе. Отуда је мирење ближе породичној терапији него медијацији, јер је циљ мирења да открије узроке који воде разводу и да их отклони. С друге стране, медијација је краткотрајни поступак, док је терапија (у коју, по нашем мишљењу, дјелимично, улази и мирење) дуготрајнија интервенција. Због тога незадовољство процентом успјешних мирења, његово формализовање и маргинализовање нису само посљедица суштинских недостатака овог вансудског модела рјешавања конфликта, колико временских оквира који су дати овом институту као и хроничној неизграђености кадровских капацитета за ову дјелатност.<sup>591</sup> Из свега произилази да су посредовање и мирење два одвојена поступка, али да постојеће законодавство оба поступка повјерава једном лицу. Такву улогу до сада су имали **социјални радници**, док би, од сада, барем у Федерацији БиХ, посредовање преузели **овлашћени посредници**, који могу бити сва физичка и правна лица која добију овлашћење за посредовање од надлежног државног органа. То би био још један пренос јавних овлашћења са државних органа на приватна лица, слично оном какво је уведено ентитетским законима о нотарима.

## 2.7. Начела посредовања према европским стандардима

Према Препоруци Вијећа Европе No.R(98)1, европске државе треба да се руководе предложеним начелима и примјењују их у прописима о породичном посредовању и пракси посредовања. Државе би требало да обезбиједе да се поступак посредовања води у складу са **десет начела**:

1. начело непристрасности, у односу на стране у спору, 2. начело неутралности посредника, у односу на исход поступка посредовања, 3. начело поштовања и једнакости преговорачког положаја странака, 4. начело добровољности прихватања рјешења од странака, 5. начело приватности провођења поступка посредовања, 6. начело повјерљивости расправе о току

---

<sup>591</sup> Branka Sladović Franz: Обилежја обитељске медијације, стр. 17.

посредовања и забране каснијег објављивања података, 7. начело обавезности информисања странака о могућностима коришћења брачног савјетовалишта, 8. начело обавезности посредника да у свом поступању полази увијек од поштовања најбољег интереса дјецe, 9. начело обавезног утврђивања питања да ли је у прошлости долазило до насиља у породици, како би могао, ако такву чињеницу позитивно сазна, обуставити своје даљње активности, и 10. начело правног информисања, јер је посредник обавезан давати обавјештења о правним питањима, али се не смије бавити давањем правних савјета.

У погледу **односа суда и посредника** потребно је да судови и други државни органи признају резултате посредовања. Држава је дужна да обезбиједи независност посредовања и у односу на судски поступак, као и да омогући да се посредовање проведе прије, за вријеме или након судског или другог правног поступка. Држава треба, у законодавним рјешењима, да обезбиједи прекидање судског поступка како би се омогућило провођење посредовања.<sup>592</sup>

## Закључак

Нашим законодавцима, којих у постдејтонској Босни и Херцеговини има више, као што смо и у овом раду изложили, предстоји обавеза усклађивања домаћег законодавства (домаћих законодавстава) са наведеним европским начелима, јер је домаће законодавство о мирeњу и посредовању само дјелимично усклађено са наведеним начелима.

Prof Dr Branko Morait

## RECONCILIATION AND/OR MEDIATION

### Keywords

Reconciliation, mediation, marital dispute, family legislation

### Summary

In the article, the author questions the insufficient harmonization of regulations in Bosnia and Hercegovina when it comes to marital mediation/reconciliation in three legislative family-legal systems.

The author highlights the remote differences between mediation and reconciliation in legal regulations when compared to theoretical specifics which point out the advantages of mediation over reconciliation.

<sup>592</sup> Алинчић, М., о. с.

The author also suggests that the education of mediators includes the newest theoretical and legal updates, principles, methods and means of marital mediation, so that it would present, in a most serious way, adequate expert profile for successful engaging in the function of a marital mediator.

Проф. др Бранко Мораит,  
Судија Суда Босне и Херцеговине

## АРБИТРАЖНО РЈЕШАВАЊЕ СПОРОВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ<sup>593</sup>

### Апстракт

Арбитражно рјешавање спорова произилази из начела аутономије воље уговорних страна у приватноправним, облигационим уговорима. Босна и Херцеговина има релативно дугу нормативну традицију институционалне арбитраже. У овом раду смо реферисали о основним питањима конституисања, организовања, надлежности и поступања Арбитраже при Спољнотрговинској комори Босне и Херцеговине. Улога и значај арбитражног рјешавања спорова умногоме зависи од степена развоја унутрашњих, полит-економских односа и од укључености домаће привреде у међународну пословну размјену.

### Кључне ријечи

Арбитража, избрани суд, арбитражна клаузула, компетез-компетенз, арбитражни уговор

### Увод

Има се утисак да је поратна реформа правног система у Босни и Херцеговини реафирмисала, па чак и промовисала алтернативно рјешавање спорова. У том правцу је запажено дјеловање иностраних савјетодавних фактора који су овом питању посветили запажене активности.<sup>594</sup> Алтернативно рјешавање спорова у посљедњих десетак година, посебно на подручју Америчке адвокатске коморе (АБА), постаје пожељан начин рјешавања спорова, како за странке и адвокате, тако и за судове, који санкционишу и истовремено подржавају овакав тренд.<sup>595</sup>

<sup>593</sup> Објављено у Зборнику радова Четрнаесто међународно савјетовање Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, Неум 17, 18., и 19. липња/јуна 2015. године, Мостар 2016., стр. 73-81.

<sup>594</sup> Јавна установа Центар за едукацију судија и тужилаца у ФБиХ/РС: „Алтернативно рјешавање спорова у Босни и Херцеговини: теорија, контекст и пракса“, Trevor C. W. Fagrow, Правни факултет, Универзитет Алберта, јун 2006. године.

<sup>595</sup> Ibid.

Према нацрту једног истраживања, као основни видови алтернативног рјешавања спорова истичу се: преговарање, медијација<sup>596</sup> и арбитража.<sup>597</sup> Основне предности алтернативних начина рјешавања спорова виде се у томе што су то приватни процеси, невезани за суд, или дијелом и везани за суд, и погодности које пружају у погледу трошкова поступка и с тим везаним трајањем, брзином поступка.<sup>598</sup> Арбитража, као процес рјешавања спорова који странке саме изабери може се користити у трговинским, инвестиционим, корпоративним, комерцијалним и радним споровима.<sup>599</sup> У литератури се наводе вишеструке предности рјешавања спорова пред арбитражом у односу на судски поступак, које се свде на: краће трајање поступка, утицај на именовање арбитра, већу слободу код уговарања мјеродавног права, тајност поступка, лакше признање и извршење арбитражних одлука у иностранству у односу на одлуке државних националних судова, приближавање националних прописа о арбитражи под утицајем UNICITRAL модела закона о арбитражи итд.<sup>600</sup> У овом чланку изложићемо сљедећа питања: историјски развој - изворе права, појам, врста и правна природа арбитражног рјешавања спорова, организовање арбитраже, надлежност арбитраже, избор арбитра и организовање арбитражног вијећа и, у главним цртама, арбитражни поступак.

## Историјски развој - извори права

Према историјским подацима, арбитража у Босни и Херцеговини започиње у аустро-угарском периоду, када је Законом о оснивању трговачко-обртничких комора Аустро-Угарске, 1909. године, у Сарајеву основана Трговачко-обртничка комора као јавноправна удруга господарства, која између осталог расправља и о споровима између твртки.<sup>601</sup> Након Другог свјетског рата у БиХ гаси се рад арбитраже, арбитража између домаћих правних субјеката није била дозвољена док је 1946. донијет Правилник о Спољнотрговачкој арбитражи при Трговачкој комори ФНРЈ, чија је правна сљедница Спољнотрговачка арбитража при Привредној комори Југославије задржала монопол на арбитражне спорове с елементом иностраности током цијелог периода егзистирања Југославије као државе.

Престанком постојања СФРЈ на простору БиХ престаје дотадашњи значај Спољнотрговинске арбитраже при Савезној привредној комори, чији

<sup>596</sup> Судски потпомогнута медијација; чл. 86. и 457. ЗПП; Закон о медијацији.

<sup>597</sup> Чл. 434-453. ЗПП.

<sup>598</sup> О. с. као у фусноти број 1.

<sup>599</sup> Ibid.

<sup>600</sup> Мр Катарина Јовичић, Арбитражно право држава у региону западног Балкана, у Зборнику: Право земаља у региону, Институт за упоредно право, Београд 2010., стр. 436.

<sup>601</sup> Енглески закон о арбитражи донесен је 1889, а Арбитражни суд у Лондону основан је 1892. године (према: Миле Ласић, Арбитражно право, 142).

Правилник је донесен 16. августа 1958. године, која постаје, у односу на правне субјекте из БиХ исто као и свака друга страна арбитража.

Раг од 1991. до 1995. прекинуо је арбитражно рјешавање спорова које се у БиХ проводило при Привредној комори СРБиХ, при којој је формиран Стални избрани Суд и 22. децембра 1965. године донесен Правилник о саставу и поступку Сталног избраног суда при Привредној комори Босне и Херцеговине.<sup>602</sup>

Дејтонско преустројство правног система у БиХ отворило је и интензивне реформске активности које су, на пољу процесног законодавства 1998. године, изњедриле ново парнично процесно право. То је дало подстицај да Управни одбор Привредне коморе БиХ 31. маја 1998. донесе Правилник о организацији и поступку пред сталним избраним Судом Привредне коморе БиХ. Овај правилник је важио кратко, до 17. јуна, када Привредна комора БиХ доноси Правилник о организацији и раду Арбитражног суда. Након тога је Управни одбор СТКБиХ, на основу законских овлашћења,<sup>603</sup> 20 децембра 2003. године, донио Правилник о организацији и раду Арбитражног суда при СТКБиХ.<sup>604</sup> Према дејтонском уређењу, ентитети имају своје привредне коморе, које могу имати своје арбитраже, које могу основати и организовати да рјешавају спорове и с међународним елементом и спорове без иностраног елемента. Користећи своја законска овлашћења из одредаба чл. 22. и 26. Закон о Привредној комори Републике Српске<sup>605</sup> и члана 68. Статута Привредне коморе Републике Српске, Скупштина Привредне коморе Републике Српске је на сједници од 2.7.1998. године донијела Правилник о спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Републике Српске.

Арбитражна клаузула, у двостраном међународном уговору о подстицању и заштити улагања (скраћено: ДМУПЗ) са Египтом, предвиђала је да се спор може изнијети Арбитражном суду Спољнотрговачке/ Вањскотрговачке коморе БиХ, чији је назив промијењен Правилником о организацији и раду Арбитражног суда Вањскотрговачке/Спољнотрговачке коморе БиХ из 2003. године.<sup>606</sup> Највећи број ДМУПЗ предвиђа арбитражну надлежност Међународног центра за рјешавање спорова (ICSID); *ad hoc* арбитраже и арбитра појединца према Арбитражним правилима Комисије УН за међународно трговачко право (UNCITRAL); Арбитражу међународне трговачке коморе у Паризу (ICC); Арбитражни институт привредне коморе Стокхолм; арбитражни трибунал уговорне стране на чијем је територију инвестиција извршена; административни трибунал уговорне стране која је стране у спору и заједнички *ad hoc* арбитражни суд уговорних страна.<sup>607</sup>

<sup>602</sup> Више види код: Синиша Трива и др., Арбитражно решавање спорова, Нови Сад, 1973. стр. 21.

<sup>603</sup> Закон о Спољнотрговачкој комори БиХ („Службени гласник БиХ“, 30/01): „Надлежност, поступак и састав Арбитражног суда утврђује се Статутом, правилницима и другим актима Коморе“, члан 20.

<sup>604</sup> „Службени гласник БиХ“, број 39/03.

<sup>605</sup> „Службени гласник Републике Српске“, број 20/92.

<sup>606</sup> Миле Ласић: о. с., 153.

<sup>607</sup> Ibid., 143.

## Појам, врсте и правна природа арбитраже

Арбитража је тијело недржавног карактера, састављено од једне или више особа које су странке споразумно изабрале и којима странке споразумно и добровољно повјеравају коначно рјешење свог имовинскоправног спора.<sup>608</sup> Арбитража у Босни и Херцеговини је институција и/или *ad hoc* основано тијело које ту дјелатност организује и/или обавља.<sup>609</sup>

Теорије о правној природи арбитраже полазе од цивилистичке или контрактуалне, према којој је арбитража уговорне природе, а одлука арбитраже није пресуда него уговорна обавеза странака да ће поштовати вољу арбитра, тако да је одлука нека врста грађанскоправне нагодбе или поравнања. Спомиње се и публицистичка или процесуална теорија која арбитражи придаје јавноправно, правосудно значење као органа правосуђа, јер јој правни поредак делегира, повјерава, правосудну функцију пошто њене одлуке имају правоснажност и извршност као и одлуке државних судова. Према компромисној теорији, заснивање арбитраже има уговорни, грађанскоправни, односно приватноправни карактер, док су процесна правила по којима арбитража ради и одлучује јурисдикционог, правосудног, односно јавноправног значења.<sup>610</sup> Најзад, теорија *sui generis* види арбитражу изван и изнад класичних цивилноправног и правосудног института којем придодaje и појаву арбитражног права које би било ново, *sui generis*, ни грађанско ни процесно.<sup>611</sup> Отуда потиче и афирмација праве арбитраже чије су одлуке снабђевене својством правоснажне судске пресуде исте правне снаге као и судска пресуда.<sup>612</sup> Како с правом истиче професор Трива, ако се арбитражна одлука изједначава са судском пресудом, онда она у међународном правном поретку трпи сва ограничења и потребу признања као и одлука државног суда, те се међународна арбитража све више окреће концепту арбитражне одлуке као специфичног грађанскоправног уговора којем се, због тога, не супротстављају национални правни пореци, као ни било којем грађанскоправном уговору.<sup>613</sup> С обзиром на своју улогу, арбитражни уговор се осамостаљује од главног, грађанскоправног уговора, у којем заузима мјесто једне уговорне клаузуле.<sup>614</sup> Аутономно третирање арбитражног уговора је од практичног значаја, јер отвара могућности заснивања надлежности арбитраже да поступа и одлучује у спору када се оспорава ваљаност главног, материјалноправног уговора.<sup>615</sup>

<sup>608</sup> Синиша Трива и др., о. с. стр. 5.

<sup>609</sup> Према: Миле Ласић, Арбитражно право, Свеучилиште у Мостару, Правни факултет, Мостар, рујан/септембар 2013., стр. 40.

<sup>610</sup> Синиша Трива и др., о. с., стр. 7.

<sup>611</sup> Ibid., 8.

<sup>612</sup> Ibid., 9.

<sup>613</sup> Ibid., 10.

<sup>614</sup> Ibid.

<sup>615</sup> Ibid., 11.



Арбитража или избрани суд<sup>616</sup> дијели се на *ad hoc* - повремене и институционалне, сталне арбитраже.

*Ad hoc* је арбитража за један спор, која престаје постојати након што обави свој задатак. Она је јединствена и непоновљива, како у организационом тако и у правосудном погледу. Таква арбитража има своје проблеме осигурања нормалног функционисања, од технике, администрације и процесних правила, уколико их саме странке нису понудиле. Таквих проблема ни за арбитраже ни за странке нема код институционалне арбитраже, сталног избраног суда.<sup>617</sup>

Институционална арбитража је стална организација са задатком да обавља функцију избраног суда када год јој се странке обрате. Тај елемент сталности не трансформише арбитражу у државни правосудни орган и по својој функцији она се не разликује од *ad hoc* арбитраже. Институционална арбитража је недржавни, приватно организовани сервис на диспозицији странкама које су вољне користити њихове арбитражне услуге које оне дају у складу са својим актом - правилником. Својство органа пресуђења институционалне арбитраже добијају за сваки спор изнова, вољом странака. Њихове предности у односу на *ad hoc* арбитраже су многобројне и могу се свести на следеће: - имају организационо-административни апарат, који ослобађа странке техничких и кадровских проблема проналажења квалификованих и поузданих особа вољних да се ангажују у улози арбитра, а њихови правилници дају рјешења за сва важна процедурална питања.<sup>618</sup> Својим постојањем и улогом институционалне арбитраже отварају поље за сарадњу међународних пословних партнера, који споразумом о арбитражи дерогирају надлежности државних судова, што је уједно компромисни уступак обију страна, домаћег и страног пословног субјекта, јер се домаћи одриче свог правног поретка, свог правосуђа и осјећаја сигурности у домаћем правном амбијенту.<sup>619</sup>

Ефикасност државног правосуђа је у обрнутој сразмјери са порастом праксе арбитражног суђења. Поступак пред државним судом је, у правилу, спор, компликован, неизвјестан и скуп те недовољно транспарентан у односу на пожељну дискрецију у трговачким односима. Судије у државним судовима су сваштари који морају да знају о многим правним стварима, што значи да знају мало о многим стварима. Без обзира на такву импресију, они су наметнути странкама и када не уживају њихово повјерење, неспособни од свакодневне рутине за осебујна креативна рјешења, тако да држава, доношењем обимних процедуралних правила, настоји обезбиједити странкама гаранцију против њихове самовоље и неспособности.<sup>620</sup>

<sup>616</sup> „Саме странке бирају суце, који ће им пресудити неки спор. Зато се то зове избрано или обраничко суђење“, наведено према: др Srećko Zuglia, др Синиша Трива, Коментар Закона о парничном поступку, II свезак, „Народне новине“, Загреб, 1957. Стр. 438.

<sup>617</sup> Проф. др Синиша Трива и др., о. с., 15.

<sup>618</sup> Ibid.

<sup>619</sup> Ibid., 16.

<sup>620</sup> Ibid., 17.

Арбитража осигурава повјерљивост поступања и расправљања, прихватљив амбијент и тон, једноставност процесних форми, брзину и релативну јефтиноћу своје услуге.

Арбитри су особе страначког повјерења, афирмисани експерти за подручје спорења, руковођени код арбитражања и одлучивања правичношћу и трговачким обичајима. Пред арбитра/арбитре се иде с надом да се све неће добити, али ни да ће се све изгубити. Пред државни суд се иде само када је странка сигурна или барем вјерује да ће све добити.

Наличје арбитраже лежи у тешкоћи проналажења адекватних особа за личност арбитра, у опструкцији странака конституисању арбитраже; у расту трошкова и баснословних хонорара арбитра, те у покретању поступака поништења арбитражне одлуке пред државним судом.<sup>621</sup>

## Организовање арбитраже

Правни основ за организовање арбитраже у Босни и Херцеговини налазимо у Закону о парничном поступку ФБиХ/РС и у Правилнику о организацији и раду Арбитражног суда Спољнотрговинске коморе БиХ од 17.6.2003. године.

Законом је дозвољено диспонирање странака које се могу споразумјети да рјешавање спора повјере избраном суду. Изузетак од ове диспозиције су захтјеви којима странке не могу самостално располагати.<sup>622</sup> Странке не могу самостално располагати захтјевима који су у супротности са принудним прописима.<sup>623</sup> Очигледно је уговарање арбитраже могуће само у подручју диспозитивних правних односа, које странке могу уговорати.<sup>624</sup>

Арбитражни суд при Спољнотрговинској комори Босне и Херцеговине (у даљем тексту: Арбитража) је самостални суд за арбитражно рјешавање спорова, са сједиштем у Сарајеву. Арбитража је надлежна за рјешавање сљедећих спорова: - трговачких спорова чијим предметом странке могу слободно диспонирати; - да за такав спор није прописана искључива надлежност редовног суда и да су се странке споразумјеле о надлежности Арбитраже.<sup>625</sup> У надлежности Арбитраже је рјешавање спорова, као и посредовање ради мирења.<sup>626</sup> Одредбе Правилника Арбитраже примјењују се на поступак спољнотрговинске арбитраже (спор у којем најмање једна странка има сједиште, односно пребивалиште на територији друге државе), као и на

---

<sup>621</sup> Ibid., 18.

<sup>622</sup> Члан 434. Закона о парничном поступку у Федерацији Босне и Херцеговине и Републици Српској (у даљем тексту: ЗППФБиХ/РС).

<sup>623</sup> Члан 3. став 2. ЗППФБиХ/РС.

<sup>624</sup> С. Трива и др., о. с., 24.

<sup>625</sup> Члан 1. Правилника о организацији и раду Арбитражног суда Спољнотрговинске коморе БиХ, од 17. 6. 2003. године (у даљем тексту: Правилник Арбитраже)

<sup>626</sup> Члан 1. став 2. Правилника Арбитраже.

поступак унутрашње арбитраже (спор међу странкама које имају сједиште, односно пребивалиште на територији Босне и Херцеговине).<sup>627</sup>

Арбитража, као самосталан избрани суд, има предсједника, замјеника предсједника, арбитражна вијећа и арбитраре појединце.<sup>628</sup> Стручно-административне послове обавља секретар Арбитраже.<sup>629</sup>

## Надлежност арбитраже

Уговор о избраном суду закључује се поводом једног одређеног спора или поводом будућих спорова међу странкама у вези са њиховим правним односима. Форма уговора о арбитражном рјешавању спора је писмена. Подразумијева се да су уговор потписале странке, јер је то иначе битни елемент писмене форме уговора.<sup>630</sup> Писмена форма је задовољена и када је дошло до подношења тужбе у којој тужилац наводи постојање арбитражног уговора и достављања одговора на тужбу у којем тужени то не оспорава.<sup>631</sup> Значајно је да уговор о избраном суду, закључен у писменом облику, има значење доказне форме, јер се уговор о избраном суду може доказивати само исправама.<sup>632</sup> Уговор о избраном суду сматра се закљученим и када је одредба о надлежности избраног суда садржана у општим условима за закључење правног посла.<sup>633</sup> Према општем схватању, општи услови су садржани у понуди и чине да садржај уговора обавезује и на основу генералне понуде ако су понуђеној страни били познати. Уговор о арбитражи сматра се закљученим и ако је до његовог закључења дошло размјеном писама, телеграма или факс-порука.<sup>634</sup> Уобичајена су два модела арбитражног уговора: компромис - самостални уговор који странке закључују пошто је спор међу њима настао и компромисорна клаузула - несамостални уговор који је клаузула у саставу главног грађанскоправног (трговачког) уговора, углављена прије него што је спор настао, већ у вријеме закључења главног уговора, да ће евентуалне будуће спорове који настану из основног посла, тј. њиховог правног односа повјерити арбитражном суђењу.<sup>635</sup> Ако су странке уговориле надлежност избраног суда, редовни суд којем је поднесена тужба у истом спору и међу истим странкама, на приговор туженога дат најкасније у одговору на тужбу, огласиће се ненадлежним, укинати проведене радње у поступку и одбацити тужба.<sup>636</sup> Надлежност Арбитраже је углављена уговором о надлежности Ар-

<sup>627</sup> Члан 2. Правилника Арбитраже.

<sup>628</sup> Члан 3. Правилника Арбитраже.

<sup>629</sup> Члан 4. Правилника Арбитраже.

<sup>630</sup> Члан 435. став 2. ЗППФБиХ/РС.

<sup>631</sup> Члан 435. став 3. ЗППФБиХ/РС.

<sup>632</sup> Члан 435. став 4 ЗППФБиХ/РС.

<sup>633</sup> Члан 436. ЗППФБиХ/РС; члан 11. став 3. Правилника Арбитраже.

<sup>634</sup> Члан 11. став 2. Правилника Арбитраже.

<sup>635</sup> С. Трива, о. с., 23.

<sup>636</sup> Члан 438. ЗППФБиХ/РС.

битраже, те странке прихватањем уговорене надлежности Арбитраже прихватају и одредбе Правилника Арбитраже. Тако се, могло би се рећи, Правилник Арбитраже односи према арбитражном уговору као општи услови пословања према појединачном уговору. Ако се приклањамо ставовима да подржавамо арбитражу и не подржавамо активности на подривање њеног мјеста и улоге у правном поретку, тада би се требало посветити изналажењу одговора на питање: да ли је приговор странака којим се оспорава право арбитраже да суди правилан?<sup>637</sup> У таквом случају треба дати прилику тужиоцу, страни која признаје надлежност арбитраже, да изнесе свој став пред арбитражу и да га пред њом и брани. Ако арбитража одбије приговор ненадлежности, њена одлука, према мишљењу професора Триве, има процесноправни значај и по екстремном ставу њена одлука је дефинитивна, а постериорна контрола државног суда могла би се ограничити на утврђење да ли су странке овластиле арбитражу да одлучује о својој надлежности, али не и да ли је њена одлука правилна. Друго је становиште супротно, да се редовном суду не може одузети право да одлучује о компетенцији арбитраже. Најзад, присутно је превлађујуће, компромисно, рјешење: да се арбитражи допусти да прелиминарно одлучује о својој надлежности<sup>638</sup> односно ваљаности спорног арбитражног уговора.<sup>639</sup> Таква је солуција понуђена и у Правилнику Арбитраже. Ако тужена страна оспори постојање арбитражног споразума, односно арбитражне клаузуле или не одговори на тужбу, формира се комисија од три члана (предсједник, замјеник предсједника Арбитраже и арбитар којег одреди предсједник Арбитраже која испитује и утврђује садржину уговора о надлежности Арбитраже).<sup>640</sup> Ако комисија утврди да међу странкама не постоји арбитражни уговор, позваће се тужени да се у року од 15 дана изјасни да ли прихвата надлежност Арбитраже. Тужени може да прихвати надлежност, али ако не одговори или изричито одбије надлежност Арбитраже, тужилац се обавјештава да се арбитражно суђење не може одржати.<sup>641</sup> Арбитражно вијеће (арбитар појединац) пази по службеној дужности на своју надлежност. Странке могу оспорити надлежност Арбитраже све док се не упусте у мериторно расправљање.<sup>642</sup> Ако је приговор ненадлежности истакнут у одговору на тужбу или прије почетка расправе,<sup>643</sup> о оспореној надлежности одлучује проширено вијеће (чланови арбитражног вијећа, предсједник и замјеник предсједника Арбитраже).<sup>644</sup> Ако је приговор ненадлежности Арбитраже истакнут на усменој расправи, арбитражно вијеће/арбитар појединац може одлучити да се одлучивање о приговору надлежности споји с одлучивањем о главној ствари ако се Арбитража огласи надлежном.<sup>645</sup>

<sup>637</sup> С. Трива, о. с., 38.

<sup>638</sup> Члан 12. Правилника Арбитраже.

<sup>639</sup> С. Трива, о. с., 39.

<sup>640</sup> Члан 12. Правилника Арбитраже.

<sup>641</sup> Члан 13. Правилника Арбитраже.

<sup>642</sup> Члан 14. Правилника Арбитраже.

<sup>643</sup> Члан 16. Правилника Арбитраже.

<sup>644</sup> Члан 15. Правилника Арбитраже.

<sup>645</sup> Члан 16. Правилника Арбитраже.

Закон о парничном поступку предвиђа разлоге за поништење одлуке избраног суда које се првенствено односе на питање постојања, односно непостојања уговора о избраном суду, односно његове ваљаности, тј. неваљаности.<sup>646</sup> Тужба се подноси надлежном редовном суду, који би судио у првом степену да није изабрана Арбитража, у року од 30 дана од достављања одлуке странци. Након истека рока од годину дана од правоснажности пресуде избраног суда, не може се захтијевати поништавање арбитражне пресуде.<sup>647</sup> Тужба за поништавање је конститутивна, а пресуда којом се усваја тужбени захтјев дјелује *ex tunc*. Поставља се питање: може ли након поништења пресуде избраног суда из разлога што није закључен уговор о избраном суду или што је он неправоваљан<sup>648</sup>, редовни суд, који би био надлежан у првом степену да није закључен уговор о избраном суду, судити у меритуму, према тужбеном захтјеву и одлучити о предмету спора? Према постојећој нормативној констелацији чини се да би се могло позитивно одговорити, јер је утврђивањем ненадлежности избраног суда отворен пут поступању надлежног редовног суда.

### Избор арбитра и организовање арбитражног вијећа

Странке могу изабрати да суди судија појединац.<sup>649</sup> Број судија избраног суда мора бити непаран.<sup>650</sup> Ако арбитражним уговором није одређен број судија, свака странка поставља по једног судију, а они бирају једног судију за предсједника.<sup>651</sup> Арбитре Арбитраже утврђују предсједник и потпредсједници Спољнотрговинске коморе БиХ формирањем двије одвојене листе за унутрашњу и спољнотрговинску арбитражу.

Законско уређење питања постављања арбитра је опште и за *ad hoc* и за институционалну арбитражу. Према тим одредбама, странка која треба да постави арбитра, на основу уговора о избраном суду, то ће учинити према уговору или по позиву противне странке у року од 15 дана, ако је противна странка поставила свог арбитра.<sup>652</sup> На основу уговора и треће лице може да постави арбитра, а обје стране могу га позвати да то учини у року од 15 дана.<sup>653</sup> Према Правилнику Арбитраже, страна у спору може изабрати арбитра који се налази на једној од листа арбитра и који испуњава критеријуме: да су арбитри високостручне особе које посједују специјализована знања из одређене области права и пословних односа.<sup>654</sup> Предсједник и замјеник

<sup>646</sup> Члан 451. став 1. тачка 1. ЗППФБиХ/РС.

<sup>647</sup> Члан 452. ЗППФБиХ/РС.

<sup>648</sup> Члан 451. став 1. тачка 1. ЗППФБиХ/РС.

<sup>649</sup> Члан 446. став 1. ЗППФБиХ/РС.

<sup>650</sup> Члан 437. став 1. ЗППФБиХ/РС.

<sup>651</sup> Члан 437. став 2. ЗППФБиХ/РС.

<sup>652</sup> Члан 439. став 1. и 2. ЗППФБиХ/РС.

<sup>653</sup> Члан 439. став 3. ЗППФБиХ/РС.

<sup>654</sup> Члан 23. став 3. Правилника Арбитраже.

предсједника Арбитраже, за вријеме трајања мандата, не могу бити бирани за арбитра.<sup>655</sup> На ово рјешење надовезује се питање да ли судија редовног суда опште надлежности може бити арбитра. Позитивно право садржи одредбу по којој судија не може судити ако је у истом предмету учествовао у доношењу одлуке нижег суда или другог органа.<sup>656</sup> Кандидат за мјесто судије мора задовољити критеријум способности за непристрасно, савјесно, ревносно, одлучно и одговорно обављање судијских задатака.<sup>657</sup> Ранији прописи су, у погледу својства избраног судије, постављали само једно посебно ограничење, по којем, „судија суда опште надлежности, привредног и војног суда може бити изабран само за предсједника вијећа, а не и за члана вијећа избраног суда.“<sup>658</sup> Таква је и одредба по којој: „суци редовних, привредних и војних судова могу бити бирани само за предсједнике изабраних судова.“<sup>659</sup>

Ако странке нису постигле споразум о броју арбитра и ако се нису у року од 15 дана од достављања тужбе споразумјеле да се именује један арбитра, спор се износи пред арбитражно вијеће.<sup>660</sup>

Ако судија избраног суда не би био на вријеме постављен, а из уговора не произлази нешто друго, арбитражног судију ће, на приједлог странке, поставити редовни суд.<sup>661</sup> Ако тумачимо ову одредбу, с обзиром на постојање Арбитраже и Правилник арбитраже, тада споразум странака о суђењу пред Арбитражом има значај уговора, тако да се неће примјењивати законска одредба која даје овлашћење редовном суду да постави арбитра. Ако су се странке определијиле за арбитра појединца, писмено обавјештавају Арбитражу о свом избору са одговарајуће листе арбитра. Своје право именовања арбитра појединца странке могу пренијети и на предсједника Арбитраже. Ако се странке не могу сагласити или у року од 15 дана од термина именовања арбитра појединца то не учине, арбитра појединца ће именовати предсједник Арбитраже.<sup>662</sup> Ако се странке определијеле да спор изнесу пред арбитражно вијеће, тада оне саме, тужилац у тужби, а тужени у одговору на тужбу, именују сваки свог арбитра. Ако једна или обје странке не поступе у наведеним роковима или ако је именовање арбитра повјерено предсједнику Арбитраже, предсједник Арбитраже именује арбитра и обавјештава странке и арбитра. У року од 30 дана од именовања арбитра бирају предсједника арбитражног вијећа. Уколико га у наведеном року не именују или именовање препусте Арбитражи, именовање предсједника арбитражног вијећа извршиће предсједник Арбитраже.<sup>663</sup> По нашем мишљењу, с обзиром на избор

<sup>655</sup> Члан 3. став 2. Правилника Арбитраже.

<sup>656</sup> Члан 357. став 1. тачка 4. ЗППФБиХ/РС.

<sup>657</sup> Члан 41. Закона о ВСТВ.

<sup>658</sup> Члан 438. југословенског ЗПП; наведено према: проф. др Боривоје Познић, Поступак избраног суда, у књизи: проф. др Сениша Трива и др., Арбитражно рјешавање спорова, стр. 49.

<sup>659</sup> Члан 458. ЗПП из 1957. године („Службени лист ФНРЈ“, број 4/1957).

<sup>660</sup> Члан 25. Правилника Арбитраже.

<sup>661</sup> Члан 440. став 1 ЗППФБиХ/РС.

<sup>662</sup> Члан 26. Правилника Арбитраже.

<sup>663</sup> Члан 27. Правилника Арбитраже.



Арбитраже на питање избора арбитра када је суђење уговором повјерено Арбитражи, примјењиваће се наведене одредбе Правилника Арбитраже, а не одредбе члана 440. ЗППФБиХ/РС, у којем је предвиђено када и под којим условима редовни суд одлучује о постављању избраног судије појединца, избору предсједника избраног суда и гашењу уговора о избраном суду.

У случају спријечености арбитра да поступа у току мандата, странка која га је именovala именовала другог арбитра најкасније у року 15 дана од позива Арбитраже. Уколико је спријеченог арбитра именовao предсједник Арбитраже, замјеника на мјесто арбитра ће именовати предсједник Арбитраже.<sup>664</sup>

Арбитражни судија може тражити своје изузеће као и странке ако сматра да су се стекле околности које би могле изазвати основану сумњу у његову непристрасност или независност, у складу с одредбама ЗППФБиХ/РС.<sup>665</sup> Разлози за изузеће, због којих арбитражни судија не може судити, јесу: 1) ако је сам странка, законски заступник или пуномоћник странке, ако је с том странком у односу саовлашћеника, саобавезника или регресног саобвезника или ако је у истом предмету саслушан или предложен као свједок или вјештак; 2) ако му је странка или законски заступника или пуномоћник странке сродник по крви у правој линији до било ког степена, а у побочној линији до четвртог степена или му је брачни, односно ванбрачни друг или сродник по тазбини, односно сродник ванбрачног друга до другог степена, без обзира на то да ли су брак, односно ванбрачна заједница престали или не; 3) ако је старалац, усвојилац или усвојеник странке, њеног законског заступника или пуномоћника; 4) ако је у истом предмету учествовао у доношењу одлуке нижег суда или другог органа; 5) ако постоје друге околности које доводе у сумњу његову непристрасност.<sup>666</sup> Странка која је поставила избраног судију/арбитра може тражити његово изузеће само ако је након његовог именовања сазнала за околност која би могла довести у сумњу његову непристрасност и независност.<sup>667</sup> Према законском рјешењу, за ово питање је надлежан суд који би био надлежан у првом степену да није склопљен уговор о избраном суду.<sup>668</sup> Ако је тужба поднесена Арбитражи, поступа се према одредбама Правилника Арбитраже, који предвиђа да се захтјев за изузеће арбитра подноси од странке која сматра да постоје неки од разлога за изузеће подноси Арбитражи у року од 15 дана од пријема обавјештења о именовању арбитра, односно 15 дана од дана сазнања за постојање околности за изузеће. Одлуку о изузећу доносе предсједник и потпредсједник Арбитраже. Након тога се приступа именовању новог арбитра по истој процедури по којој је изузети арбитар именован.<sup>669</sup>

<sup>664</sup> Члан 29. Правилника Арбитраже.

<sup>665</sup> Члан 29. став 1. Правилника Арбитраже; члан 442. став 1. ЗППФБиХ/РС.

<sup>666</sup> Члан 357. ЗППФБиХ/РС.

<sup>667</sup> Члан 30 став 1. Правилника Арбитраже; члан 442. став 2. ЗППФБиХ/РС.

<sup>668</sup> Члан 440. став 3. ЗППФБиХ/РС.

<sup>669</sup> Члан 31. Правилника Арбитраже.



## Арбитражни поступак (поступак пред изабраним судом)

У претходном излагању већ смо назначили одређена процесна питања која се односе на именовање арбитра, преко испитивања надлежности, изузеће арбитра, улоге државног правосуђа и др. Глава XXX Закона о парничном поступку има наслов „Поступак пред изабраним судом“.<sup>670</sup> Одредбе ове главе ЗПП су, с једне стране, одредбе принудне нарави, односно императивне норме, као што су иначе норме процесних закона, а с друге стране, то су норме суплеторног карактера, које се примјењују у неким процесним ситуацијама ако странке својим споразумом нису другачије уговориле. Тако нпр. Закон о парничном поступку забрањује споразумно одрицање странака од примјене одредаба члана 442. ст. 1. и 2. о изузећу судије; члана 447. ст. 2. и 3. - о изворнику и препису пресуде изабраног суда и чл. 450-452. - о надлежности суда за поништење пресуде изабраног суда по тужби странке, о разлозима за тужбу и року за подношење тужбе. За спорове по овој тужби надлежан је суд који би био надлежан у првом степену да није закључен споразум о изабраном суду.<sup>671</sup>

Правилник Арбитраже садржи правила о покретању и току арбитражног поступка. Тужба је иницијални поднесак одређеног садржаја, који обухвата: идентитетске ознаке обију странака, доказ о постојању арбитражног споразума уколико постоји, означање предмета и вриједности спора, чињенице и доказе и тужбени захтјев, те приједлог личности арбитра.<sup>672</sup> Тужба се доставља туженом на одговор у року од 30 дана.<sup>673</sup> До закључења главне расправе може се поднијети противтужба.<sup>674</sup> До заказивања главне, усмене, расправе, странке могу допуњавати процесни материјал.<sup>675</sup> Након прикупљања процесног материјала предсједник арбитражног вијећа, односно арбитар појединац може заказати усмену расправу. Пресуда се може донијети и без одржавања јавне расправе ако то странке не захтијевају.<sup>676</sup> Страначкој диспозицији су препуштени процесни рокови, који се могу, на њихов захтјев, продужавати, из оправданих разлога, али се не смију злоупотријебити дата процесна овлашћења.<sup>677</sup> Арбитража засједа, у правилу, у сједишту, а пресуда се обавезно доноси у сједишту Арбитраже.<sup>678</sup> Расправе нису јавне, али су отворене за странке, њихове пуномоћнике и евентуалне савјетнике. Пуномоћници могу бити и инострани држављани, ако странка има сједиште у иностранству.<sup>679</sup> Ако странка неоправдано изостане са расправе, расправља-

<sup>670</sup> Поред ова два термина користи се и термин „арбитражни суд“ у Правилнику Арбитраже.

<sup>671</sup> Члан 440. став 3. ЗППФБиХ/РС.

<sup>672</sup> Члан 18. Правилника Арбитраже.

<sup>673</sup> Члан 19. Правилника Арбитраже.

<sup>674</sup> Члан 20. Правилника Арбитраже.

<sup>675</sup> Члан 32. Правилника Арбитраже.

<sup>676</sup> Члан 33. Правилника Арбитраже.

<sup>677</sup> Члан 34. Правилника Арбитраже.

<sup>678</sup> Члан 35. Правилника Арбитраже.

<sup>679</sup> Члан 36. Правилника Арбитраже.

ње ће се одржати.<sup>680</sup> Докази се изводе по приједлогу странке или по наредби арбитра. Арбитар може наредити извођење доказа током цијелог поступка, а доказна снага изнесених доказа цијени се од арбитра по слободном увјерењу.<sup>681</sup> У току поступка арбитар доноси процесна рјешења о потребним процесним радњама.<sup>682</sup> Записник се обавезно води и у њега се уносе све радње предузете у току поступка.<sup>683</sup> Поступак се води на основу правила о којима су се странке договориле, према одредбама Правилника Арбитраже и према одредбама Закона о парничном поступку, која изабере арбитар као одговарајућа за конкретну процесноправну ситуацију. Странке могу уговорити да се у поступку пред Арбитражом примјењују Правила о арбитражи Комисије УН за међународно трговачко право (UNCITRAL).<sup>684</sup> Након закључења расправљања арбитар/арбитражно вијеће доноси пресуду. Материјално право одређују саме странке,<sup>685</sup> а оне могу одлучити да арбитар донесе пресуду на основу правичности.<sup>686</sup> Ако странке не одреде материјално право које ће Арбитража примијенити, арбитраи ће примијенити оно право на које упућује колизиона норма.<sup>687</sup> Пресуда се доноси у року од 15 дана од завршетка посљедње расправе или сједнице Арбитраже.<sup>688</sup> Пресуда се доноси већином гласова<sup>689</sup> ако уговором о арбитражи није другачије одређено.<sup>690</sup> Ако се не може постићи потребна већина гласова (квалификована већина), Арбитражни суд обавјештава странке, које могу затражити да надлежни редовни суд изрекне престанак важења уговора о арбитражи.<sup>691</sup> Пресуда има писмену форму и садржи: датум и мјесто доношења, имена арбитра и имена/називе странака, предмет спора, изреку и рок извршења те рјешење о трошковима и образложење. Образложење пресуде Арбитражног суда садржи одговоре на чињенична и правна питања.<sup>692</sup> Пресуда се не објављује<sup>693</sup> а странкама се доставља препис пресуде посредством надлежног суда.<sup>694</sup> Изворник пресуде Арбитраже и доставнице чувају се код надлежног суда.<sup>695</sup> Арбитражна пресуда има снагу правоснажне и извршне пресуде редовног суда<sup>696</sup>, изузев ако уговором о арбитражи није предвиђена жалба пред изабраним судом вишег

<sup>680</sup> Члан 37. Правилника Арбитраже.

<sup>681</sup> Члан 38. Правилника Арбитраже.

<sup>682</sup> Члан 40 Правилника Арбитраже.

<sup>683</sup> Члан 41. Правилника Арбитраже.

<sup>684</sup> Члан 43. Правилника Арбитраже.

<sup>685</sup> Члан 44. Став 2. Правилника Арбитраже.

<sup>686</sup> Члан 445. ЗППФБиХ/РС; члан 44. став 4. Правилника Арбитраже.

<sup>687</sup> Члан 44. став 3. Правилника Арбитраже.

<sup>688</sup> Члан 44. став 3. Правилника Арбитраже.

<sup>689</sup> Члан 47. Правилника Арбитраже.

<sup>690</sup> Члан 446. став 1. ЗППФБиХ/РС.

<sup>691</sup> Члан 446. став 3. ЗППФБиХ/РС.

<sup>692</sup> Члан 447. став 1. ЗППФБиХ/РС; члан 48. ст. 1-3 Правилника Арбитраже.

<sup>693</sup> Члан 48. став 4. Правилника Арбитраже.

<sup>694</sup> Члан 447. став 3. ЗППФБиХ/РС.

<sup>695</sup> Члан 448. ЗППФБиХ/РС.

<sup>696</sup> Члан 449. ЗППФБиХ/РС; члан 50. ст. 1. и 2. Правилника Арбитраже.

степенa.<sup>697</sup> На захтјев странке надлежни суд ће на препису пресуде ставити потврду правоснажности и извршности.<sup>698</sup> Поравнање којим се рјешава спор пред Арбитражом могуће је постићи у току трајања арбитражног поступка, а тако закључено поравнање имаће снагу арбитражне пресуде.<sup>699</sup>

## Закључак

Циљ претходног излагања био је да прикаже предности које нормативни поредак даје арбитражном рјешавању спорова пред институционалном арбитражом у односу на редовно судовање у Босни и Херцеговини. Нормативни и организациони оквир је постављен за успјешно арбитражно рјешавање спорова. На територији Босне и Херцеговине поред Арбитражног суда при Спољнотрговинској комори БиХ, чија правила смо приказали у овом излагању, постоји и Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Републике Српске. Тренутно се на Арбитражном суду при Спољнотрговинској комори БиХ води 70 предмета. Предсједник Арбитражног суда при Спољнотрговинској комори БиХ, проф. др Абедин Бикић, на Другим арбитражним данима, одржаним у Сарајеву 15.4.2016. године, истакао је да би број предмета могао бити много већи. Предсједник Арбитражног суда при Спољнотрговинској комори БиХ још је навео да је парадоксално да пословни људи, корпорације, трговци и други привредници своје спорове и даље чешће повјеравају редовним судовима, на којима поступак просјечно траје од три до пет година, а пред Арбитражним судом се завршава за шест мјесеци. На поменутих арбитражним данима још је наглашено да би промоција арбитраже била једна од претпоставки да се стране корпорације упусте у пословање на босанскохерцеговачком простору.<sup>700</sup>

Очигледно је да очекивана улога арбитражног рјешавања спорова у Босни и Херцеговини зависи од друштвено-политичке и економске ситуације, коју аналитичари оцјењује као најлошији у региону, јер су странци у БиХ у прошлој, 2015. години уложили тек 473 милиона КМ, док се стране инвестиције у осталим земљама региона мјере у милијардама евра.<sup>701</sup>

За шире упознавање са разним аспектима арбитражног рјешавања спорова упућујемо на радове проф. др Александра Голдштајна и проф. др Синише Триве, Међународна трговачка арбитража, Загреб 1987. године; проф. др Јелене Перовић, Уговор о међународној трговинској арбитражи, Београд 1988. године; радове проф. др Милене Петровић и проф. др Маје Станивуквић. Посебно истичемо књигу проф. др Миле Ласића, Арбитражно право, Мостар, 2013. године, као домаће систематско дјело из ове тематике, који је

---

<sup>697</sup> Члан 449. став 1. ЗППФБиХ/РС.

<sup>698</sup> Члан 449. став 2. ЗППФБиХ/РС.

<sup>699</sup> Члан 53. Правилника Арбитраже

<sup>700</sup> Наведено према: „Дневни Аваз“ од 15.4.2016. године.

<sup>701</sup> Наведено према: „Еуро Блиц“ од 2. 4. 2016. године.

значајан простор у књизи (стр. 95-108) посветио устроју и раду Спољнотрговачке арбитраже БиХ, а о овој књизи објављен је афирмативан приказ.<sup>702</sup>

Branko Morait, PhD

Fulltime professor, Judge in Court of Bosnia and Herzegovina

## **ARBITRATION SETTLEMENT OF DISPUTES BOSNIA AND HERZEGOVINA**

### **Abstract:**

Arbitration to settle disputes arising from the principle of autonomy of the will of the parties in private-law, Contractual agreements. Bosnia and Herzegovina has a relatively long tradition of normative institutional arbitration. In this paper, we reported to the basic issues of the constitution, organization, responsibilities and procedures of the Court of Arbitration for Foreign Trade Chamber of Bosnia and Herzegovina. The role and importance of the arbitration dispute resolution depends largely on the degree of development of internal, political-economic relations and the involvement of the local economy in international business exchange.

### **Key words:**

The arbitration, the arbitral tribunal, arbitration clause, kompetez-kompetenz, arbitration agreement

---

<sup>702</sup> Проф. др Мелиха Повлакић, „Арбитражно право“, аутор Миле Ласић, Правна мисао (Сарајево), број 3-4/2016, стр. 96-99.

Проф. др Бранко Мораит  
Правни факултет  
Бања Лука

**СПИСАК ОБЈАВЉЕНИХ НАУЧНИХ И  
СТРУЧНИХ РАДОВА  
(БИБЛИОГРАФИЈА)**

**КЊИГЕ И МОНОГРАФИЈЕ**

1. Мораит, Б.: “Уговор о коришћењу стана и станарско право”, Монографија, Издавач: Правни факултет у Бањој Луци, штампа “Братство” Бихаћ, март 1988. г., тираж 500 примјерака.
2. Мораит, Б.: “Стамбени уговори” - законодавство, теорија, судска и пословно-правна пракса, Издавач: “Службени лист СРБиХ”, Сарајево, 1990.г., рецензент др Илија Бабић, штампа: “Дом штампе”, Зеница, Тираж 1.000 примјерака. Штампање завршено у августу 1990.године, стр. 192, 20 цм.
3. Мораит, Б.: Облигационо право. Практикум за вежбе и материјал за испите. Рецензент: Др Љиљана Обрадовић, професор Правног факултета у Сарајеву, уредник Бранко Периф, Издавач: Друштво правника општине Теслић, За издавача: Ненад Ковачевић, Лектура и коректура: Бранко Периф, Штампа: Штампарија “Нели”, Теслић, 1993. године, стр. 83; 29 цм.
4. Мораит, Б. и др: “Правни аспекти Дејтонског споразума” - Еком, Бања Лука 1996.г., стр. 206 (у књизи аутор поглавља под насловом: “Права избјеглица и расељених лица према Дејтонском споразуму и Паришком мировном уговору”, стр. 41-88, 1997. година.
5. Мораит, Б.: Облигационо право - Књига прва, Бања Лука, 1997.г., Издавач “Атлантик бб”, стр. 362; 24 цм.
6. Мораит, Б.: Облигационо право, Књига друга, Бања Лука, 1999. год., “Атлантик”, стр. 217.
7. Мораит, Б., Породично право (Породични закон са предговором, регистром појмова и допунски извори породичног права; Бања Лука, 2004. године, “Графопапир” д.о.о. Бања Лука.
8. Мораит, Б./Бикић, А., Објашњења уз Нацрт закона о облигационим односима, Сарајево, маја 2006., стр. 266.
9. Мораит, Б.: Облигационо право, Књига прва, друго, измијењено и допуњено издање, Бања Лука, 2007. године, Графопапир, Бања Лука.
10. Мораит, Б., Облигационо право, књига друга (вануговорни облигациони односи), Бања Лука, 2007. године, Графопапир, Бања Лука.
11. Мораит, Б., Облигационо право, (књига прва - Облигације и уговори, књига друга - Вануговорни облигациони односи), Бања Лука, 2010, “Сomesgrafika”, Бања Лука.

**НАУЧНИ И СТРУЧНИ РАДОВИ**

1. Мораит, Б.: “Пресјек истраживања судске праксе у бракоразводним ствари-ма”, Годишњак Правног факултета у Бањој Луци, број II/78, стр. 141-169.
2. Мораит, Б.: “О правној природи самоуправних споразума”, Правна мисао, Сарајево, број 3-4/1978, стр. 167-188.
3. Мораит, Б.: “Концепција јединстава облигационог права”, Годишњак Правног факултета у Бањој Луци, број III/1979, стр. 151-169, 1980. година.
4. Мораит, Б.: “Прилог појмовном (правно-теоријском) разграничењу самоуправног споразума и облигационог уговора”, Адвокатура БиХ, 1/1980, стр. 12-20.
5. Мораит, Б.: “Начело сарадње у облигационим односима”, Правна мисао, 3-4/1980. г., стр. 37-49.
6. Мораит, Б.: “Развој и карактеристике друштвених правних лица, равноправних субјеката облигационих односа, у нашем правном систему”, Годишњак Правног факултета у Бањој Луци, број IV/1980, стр. 79-90, 1981. година.
7. Мораит, Б.: “Плурализам овлашћења на средствима у друштвеној својини у ЗУР-у и монизам у Закону о облигационим односима”, Адвокатура БиХ, број 24-26/октобар 1980., јуни 1981. године.
8. Мораит, Б.: “Прилог правно теоријском посматрању друштвене својине самоуправног социјалистичког друштва”, Годишњак Правног факултета у Бањој Луци, број VI/1982., стр. 41-51, 1983. године.
9. Мораит, Б.: “Заштита друштвене својине приликом заснивања облигационих односа”, Адвокатура БиХ, број 33-36/1983, стр. 40-47, 1984. године.
10. Мораит, Б.: “Правни инструменти промета друштвених средстава”, Наша законитост, 4/1984. г., стр. 414-46.
11. Мораит, Б.: “О правној природи станарског права”, Годишњак Правног факултета у Бања Луци, број VIII/1984, стр. 37-53.
12. Мораит, Б.: “Законодавчева критика уговора о коришћењу стана”, Годишњак Правног факултета у Бањој Луци, број X/1986. г., стр. 51-59.
13. Мораит, Б.: “Нормативни значај и практична примјена захтјева да се уклони опасност штете”, Правни живот, Београд, број 8-9/1986.године, 1987. г.
14. Мораит, Б.: “Грађанско-правне тужбе и еколошка (имисиона) заштита, Правна мисао, Сарајево, 3-4/1987. године.
15. Мораит, Б.: “Одговорност за скривене мане код куповног комисиона”, Привреда и право, 9-10/1987. године.
16. Мораит, Б.: “Критерији класификације основних начела облигационог права”, Правни живот број 4/1987. године.
17. Мораит, Б.: “Контроверза о правној природи уговора о коришћењу стана у југословенској правној литератури”, Годишњак Правног факултета у Бањој Луци, XI/1987, стр. 27-33, 1988. године.
18. Мораит, Б.: “Нека питања грађанскоправне, а нарочито облигационоправне заштите животне средине”, Реферат изложен на савјетовању: “Правни аспекти загађивања животне средине”, Зеница, 11-12. децембра 1987. године., шапирографисано, стр. 16. Објављено новембра 1989. Издавач:

- Удружење правника Зеница, Југословенско савјетовање - Правни аспекти загађивања животне средине стр. 96-116.
19. Мораит, Б.: “Актуелности правно-техничке обраде уговора о поклону (даровању), Годишњак Правног факултета у Бањој Луци, број XII/1988., стр. 25-49.
  20. Мораит, Б.: “Грађанско-правни аспекти заштите животне средине”, Комуна број 2/1988. г.
  21. Мораит, Б.: “Стамбена права радника у правном систему СФРЈ”, Зборник Правног факултета у Мостару, VII/87 стр. 197-209, 1989. године.
  22. Мораит, Б.: “Станарина (прилог питањима дефинисања и санкционисања”, Архив за правне и друштвене науке, Београд, број 1-2/1989. г., стр. 115-131.
  23. Мораит, Б.: “Претпоставке (услови) подизања захтјева да се уклони опасност штете”, Годишњак Правног факултета у Бањој Луци, XIII/1989., стр. 27-34.
  24. Мораит, Б.: “Ванправна природа друштвене својине”, Правни живот, 7-8/1990. г., стр. 1125-1135.
  25. Мораит, Б.: “Правни основи стицања стамбених права”, Годишњак Правног факултета у Бањој Луци, XIV/1990., стр. 63-77, 1991. г.
  26. Мораит, Б.: “Occupatio друштвене својине”, Преглед, Сарајево, 1/1991. г. стр. 37-56.
  27. Мораит, Б.: “Својински односи у правном поретку”, Копаоничка школа цивилног права, Библиотека “Правни живот”, Том I, “Функције уговора о закупу стана”, стр. 185-196, 1992. г.
  28. Мораит, Б.: “Уговор о закупу стана у француском праву”.
  29. Мораит, Б.: Номотехника Републике Српске, Српска правна мисао, број 2-4/1994. г, стр. 27-55.
  30. Мораит, Б.: “Обрачунавање времена у облигационом праву”, у “Аналима Правног факултета у Београду”, 6/1995., стр. 661-665.
  31. Мораит, Б.: “Побојна тужба према Закону о облигационим односима”, Годишњак Правног факултета у Бањој Луци, троброј XVII/XIX, Бања Лука, 1993-1995.г., стр. 69-83, 1996. г.
  32. Мораит, Б.: “Права избјеглица и расељених лица према Дејтонском споразуму и Париском мировном уговору”, “Гласник права”, Правни факултет у Крагујевцу, Књига 5, 1996. г. стр. 21-41.
  33. Мораит, Б.: “Право на напуштену имовину у Републици Српској”, - “Правни живот”-, број 10, Београд, 1996., Том II, стр. 81-91.
  34. Мораит, Б.: Економско-социјална људска права у Републици Српској, Српска правна мисао, Бања Лука, број 1-4/96, стр. 67-77.
  35. Мораит, Б.: “Уклањање опасности у систему облигационог права”, Реферат за саветовање: “Десет година Закона о облигационим односима”, Копаоник 15, 16 и 17. II. 1998. г., стр. 16.
  36. Мораит, Б.: “Противурјечности стварања, развоја и функционисања права у Републици Српској”, Зборник реферата са научног скупа: “Изградња



- и функционисање правног система Републике Српске”, Бања Лука, јуни 1998., стр. 73-97.
37. Мораит, Б.: Криза међународног (јавног) права, “Значења”, Добој, број 30/април 1998, стр. 65-75.
38. Мораит, Б.: Конститутивност народа у постдејтонској БиХ, у књизи Грађанин и народ, Центар за заштиту права мањина, Сарајево, и Верона форум, Брисел, 1998., стр. 66-75. (на српском) и стр. 188-195. (на енглеском).
39. Мораит, Б.: Основна начела облигационог права - начело законитости, Годишњак Правног факултета у Бањој Луци, број XXII/1998., стр. 31-53.
40. Мораит, Б.: Криза југословенске дипломатије, “Значења”, Добој, број 31/август 1998., стр. 75-81.
41. Мораит, Б.: Конститутивност Б-Х народа у постдејтонској БиХ, Дефендологија, Бања Лука, број 3/1998, стр. 17-28.
42. Мораит, Б.: Функције савремених модератора југословенске кризе, “Значења”, Добој, број 32-33/децембар 1998, стр. 35-43.
43. Мораит, Б.: Заштита субјективних грађанских права у процесу приватизације, Правни живот, Београд, II Том, број 10/1998, стр. 513-529.
44. Мораит, Б.: Право војних инвалида и породица погинулих бораца на обештећењу, Адвокатура, број 1, година I, Бања Лука, децембар 1998, стр. 71-85.
45. Мораит, Б.: Ентитетско питање у БиХ, Актуелности, Бања Лука, број 6/1999, стр. 23-36.
46. Мораит, Б.: Коначна арбитражна одлука за Брчко (збирка семантичких грешака), у књизи Дејтонски споразум и арбитража за Брчко, Бања Лука, 1999. г. стр. 37-46.
47. Мораит, Б.: Постдејтонска Босна и Херцеговина и Европа, Актуелности, Бања Лука, број 7/1999, стр. 19-27.
48. Мораит, Б.: Могућности реформе изборног система у триполарној тротничкој заједници, Годишњак Правног факултета у Бањој Луци, број XXIII, Бања Лука, 1999. г., стр. 91-104.
49. Мораит, Б.: Социолошко-правни аспекти постдејтонске Босне, Форум Bosniae, Сарајево, 6/99.
50. Мораит, Б.: Страх од приватизације у БиХ, Транзиција, број 2-3, новембар 1999., стр. 177-199.
51. Мораит, Б.: Подјела надлежности између Босне и Херцеговине и ентитета, у Зборнику радова са научног скупа “Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета”, Бања Лука, 1999., стр. 41-47.
52. Мораит, Б.: Душанов законик у свом и нашем времену, “Значења”, Добој, март 2000. године, стр. 83-99.
53. Мораит, Б.: Начела европског уговорног права о извршењу уговора, у Зборнику радова са савјетовања одржаног у Крагујевцу 15. и 16. новембра 2001. године на тему: “Начела европског уговорног права, прилог хармонизацији домаћег законодавства”, приредио: Радован Д. Вукадиновић, Крагујевац, 2001. г., Правни факултет у Крагујевцу, Центар за право европске уније и Институт за правне и друштвене науке, стр. 183-197.

54. Мораит, Б.: Реформисање поступка мирења супружника у Породичном закону Републике Српске, Годишњак Правног факултета у Бањој Луци, број XXIX, Бања Лука, 2005., стр.37-45.
55. Мораит, Б.: Декриминализација кривичноправне заштите права личности на част, углед и достојанство, Правна ријеч, Бања Лука, октобар 2005. године, стр.127-137.
56. Мораит, Б.: Основни видови заштите потрошача у БиХ, Правна ријеч, Бања Лука, бр. 8/2006, стр. 87-98.
57. Мораит, Б.: Осврт на нове одредбе Породичног закона Републике Српске, рад саопштен на научној конференцији - Новине у породичном законодавству - 28. априла 2006. године, објављен у истоименој монографији, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2006. године, стр. 39-51.
58. Мораит, Б.: Уговори у Закону о заштити потрошача, ГОДИШЊАК Правног факултета у Бањој Луци, број XXVII-XXVIII, Бања Лука, 2006., стр. 13-37
59. Мораит, Б.: “Мјесто и садржај уговора о доживотном издржавању у правном систему Босне и Херцеговине”, Зборник радова АКТУЕЛНА ПИТАЊА ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНОДАВСТВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ, Удружење судија Републике Српске, Јахорина, 19 – 21. октобра 2006.
60. Мораит, Б.: Права личности и медијске слободе, Правна ријеч, Бања Лука, бр. 11/2007, стр. 43-57.
61. Мораит, Б.: Закон о облигационим односима и заштита права личности, Правна ријеч, Бања Лука, бр. 16/2008, стр. 135-154.
62. Мораит, Б.: Престанак облигација без испуњења, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Бихаћу, број 1/2009, стр. 97 – 101, Бихаћ, 2009.
63. Мораит, Б.: О неким принципијелним питањима нематеријалне штете, Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Год. 32, Бр. 31/32, Бања Лука, 2010., стр. 69. - 79.
64. Мораит, Б.: Папири од вриједности и легитимациони папири, Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, број 33/2011, стр. 57-73
65. Мораит, Б., О односу теоријских и законодавних рјешења система норми и института кривце у облигационом праву, Правна ријеч (Бања Лука), број 28/2011, стр. 157-169
66. Мораит, Б., Актуелизација заштите личних права, Правна мисао (Сарајево), број 11-12/2011, стр. 87-98
67. Мораит, Б., Право у одговорности, Правни живот, број 10, Београд, 2011, Том II, Тематски број: Право и одговорност, 24 године копаоничке школе природног права, Удружење правника Србије)
68. Мораит, Б., Судска истина у конекситету правде, Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Год 34, број 34, Бања Лука, 2012, стр. 101-129
69. Мораит, Б. О моралности уговорног права, Правни живот, бр. 10/2012, стр: 733-753.
70. Мораит, Б., Актуелизација систематизовања правила грађанског права у регији југоисточне Европе, Форума за грађанско право за југоисточну Ев-

- ропу - Избор радова и анализа, Друга регионална конференција, Скопје, 2012, Књига II, ст.: 43-55.
71. Мораит, Б., Мирење и/или посредовање, Зборник радова Научни скуп Развој породичног права од националног до европског, Мостар, 21.12.2012. године, Мостар, 2013, стр: 56-69.
  72. Мораит, Б., Actualization of sistematizing of civil law in South-Eastern Europe, Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses Second Regional Conference, Скопје, 2012, Volume I, page 47-51.
  73. Мораит, Б., Заштита људског достојанства у облигационом праву, Правни живот, Београд, 2013.
  74. Мораит, Б. Слобода уговарања и право конкуренције у савременој судској пракси, Правна ријеч, број 36, Бања Лука 2013, стр: 101-117.
  75. Мораит, Б. Препоруке редакторима будућег грађанског законика, Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, број 36, Бања Лука 2014., стр. 213-231.
  76. Мораит, Б. Одговорност државе за штету због неоправдане осуде и неоснованог лишења слободе, Домаћа и страна судска пракса, Сарајево, април-мај-јун 2014. године, стр. 9-23.
  77. Мораит, Б. Кодификација грађанског права као допринос владавини права, Зборник радова “Владавина права и правна држава у региону”, Источно Сарајево 2014, стр. 359-377.
  78. Мораит, Б. Препоруке редакторима будућег грађанског законика, Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, број 36, Бања Лука 2014. Стр.213-229.
  79. Мораит, Б.: Кодификовање грађанског права у Републици Српској, Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, број 37/ 2015, стр. 287-309.
  80. Мораит, Б. Актуелности грађанскоправне заштите права на слободу и осталих права личности, Зборник радова, Тринаесто међународно савјетовање Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, Неум, 12., 13. и 14. липња/јуна 2015. године, Мостар 2015., стр. 62-83.
  81. Мораит, Б. Специфичности накнаде штете по Закону о заштити од клевете, Судска пракса, број 65/ јул-август-септембар 2015. године, стр. 9-17.
  82. Мораит, Б. Аутономија личности sine qua non Грађанског законика, Правни живот, Удружење правника Србије, Број 10, Београд, 2015, Том II, стр. 287-307.
  83. Мораит, Б. Арбитражно рјешавање спорова у Босни и Херцеговини, Зборник радова, Четрнаесто међународно савјетовање Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, Неум, 17., 18. и 19. липња/јуна 2016. године, Мостар 2016., стр. 73.-81.
  84. Мораит, Б. (2016), Актуелности морализације уговорног права, изворни научни рад, Друштвени огледи Часопис за правну теорију и праксу, Центар за друштвена истраживања International Burch University, година 3, број 1, мај 2016., едитор: проф. др Абедин Бикић (Faculty of Law in Сарајево), стр. 55-77, JEL Classification: K12, DOI: dx.doi.org/10.14 706/DO 16312, ISSN: 2303-5706

85. Мораит, Б. (2016) Достојанство личности и право на еутаназију, изворни научни рад, Зборник радова, Четврти међународни научни скуп ДАНИ ПОРОДИЧНОГ ПРАВА посвећен проф. др Неримани Траљић поводом 80. рођендана, година IV, број 4, 2016. година, главни уредник проф. др Сузана Бубић, Универзитет “Џемал Биједић” у Мостару, Правни факултет, Мостар 2016., ISSN 2303-6052.

## ОСТАЛИ РАДОВИ, ОСВРТИ, ПРИКАЗИ, РЕЦЕНЗИЈЕ

1. Мораит, Б.: Приказ књиге: Луција Спировић-Јовановић: “Гарантија за исправно функционисање ствари”, Годишњак Правног факултета у Бањој Луци, број I/1977.
2. Осврт на нека питања везана за нормативно уређење брака у Нацрту закона о породици СРБиХ”, Правна мисао, Сарајево, број 11-12/1978, стр. 82-93.
3. Мораит, Б.: Приказ књиге: Др Werner Merle: “DAS WOHNUNGSEIGENTUM IM SYSTEM DES BURGERLICHTEN RECHTS”, Duncker-Humblot, Берлин, стр. 226, Годишњак Правног факултета у Бањој Луци, број VIII/1984, стр. 223-225.
4. Мораит, Б.: “Улога члана СКЈ у разради и реализацији дугорочног програма економске стабилизације стамбене и комуналне области”, Годишњак Правног факултета у Бањој Луци, број IX/1985.
5. Мораит, Б.: Приказ књиге: Проф. др Јаков Радишић: “Професионална одговорност медицинских посленика”, Институт друштвених наука у Београду, 1986., стр. 296.
6. Мораит, Б.: Приказ књиге: Проф. др Драго Баго: “Друштвена својина”, Сарајево 1987, Правна мисао, 3-4.1988., стр. 102-105.
7. Мораит, Б.: “Правно-техничка питања нормирања и реализације права на рад”, Радни односи и самоуправљање, Београд, број 5/1989. г.
8. Мораит, Б.: “Сусвојина на стану”, Правна мисао, Сарајево, број 3-4/1989. г. стр. 63-76.
9. Мораит, Б.: “Да ли право власништва искључује могућност стицања станарског права”, Радни односи и самоуправљање, Београд, број 4/1989., стр. 56-59.
10. Мораит, Б.: Приказ књиге: Проф. др Јожеф Салма “Облигационо право”, Научна књига, Београд, 1988, стр. 399, Правна мисао, Сарајево, 7-8/1989., стр. 88-93.
11. Мораит, Б.: “Проблем оспоравања сукцесије у станарско право члану породичног домаћинства у судској пракси”, Радни односи и самоуправљање, Београд, број 11/1989., ст. 49-51.
12. Мораит, Б.: “Правне студије у Аустрији”, Годишњак Правног факултета у Бањој Луци, XIII/1989. г., стр. 196-200., 1990. г.
13. Мораит, Б.: “Радноправни статус радника и рационализација органа управе”, Савремена пракса, Београд, број 1319/23 април, 1990. г.

14. Мораит, Б.: “Осврт на легитимност и легалитет једног законског рјешења (lex specialis)”, Правна мисао, Сарајево, 1-2/1990., стр. 44-52.
15. Мораит, Б.: “Искусства и перспективе бодовања стамбених потреба радника”, Радни односи и самоуправљање, Београд, број 11/1990. г., стр. 49-53.
16. Мораит, Б.: “Радноправни статус радника органа управе за чијим је радом престала потреба”, Радни односи и самоуправљање, Београд, 12/1990., стр. 63-77.
17. Мораит, Б.: “Правно политички разлози, методе и застоји власничко-правне реформе у привреди”, Правни живот, Београд, 1-2/1991. г., стр. 129-137.
18. Мораит, Б.: “Власничко-правне реформе привреде”, Пословна политика, фебруар 1991. г., стр. 15-19.
19. Мораит, Б.: “Реформа својинских односа и права радника”, Радни односи и самоуправљање, Београд, број, 4/1991. г., стр. 3-9.
20. Мораит, Б.: “Стамбена реформа у Босни и Херцеговини”, Фелтон у дневном листу “Глас” из Бање Луке од 13.-16. маја 1991. г.
21. Мораит, Б.: “Разлози успостављања права својине у привреди”, Правна мисао, Сарајево, 1-2/1991. г., стр. 17-23.
22. Мораит, Б.: “Нацрт закона о становима”, ЗИПС, Сарајево, број 623/11 септембра 1991. г., стр. 14-16.
23. Мораит, Б.: “Да ли постоји општи интерес за надзиђавање зграда и претварање заједничких просторија у станове?”, Гласник Адвокатске коморе Војводина, Нови Сад, број 9/1991., стр. 26-32.
24. Мораит, Б.: “Стамбено-правни статус брачних другова”, Кореферат са Саветовања “Стамбена реформа у Босни и Херцеговини”, Сарајево, 15. октобра 1991. г., Зборник радова са саветовања, стр. 79-86.
25. Мораит, Б.: “Лична службеност становања у стамбеном праву”, Правна мисао, Сарајево, 5-6/мај-јун, 1991., стр. 71-76.
26. Мораит, Б.: “Трансформација у нову неправду”, “Ослобођење”, Сарајево, 23. новембра 1991. г.
27. Мораит, Б.: “Стамбено-правни статус брачних другова и реформа БиХ стамбеног законодавства”, Правна мисао, Сарајево, 7-8/1991. г., стр. 55-60.
28. Мораит, Б.: “Општи интерес за надзиђивање зграда и претварање заједничких просторија у станове”, Радни односи и самоуправљање, Београд, 11/1991., стр. 54-57.
29. Мораит, Б.: “Општи интерес за надзиђивање зграда и претварање заједничких просторија у станове у зградама у друштвеној својини”, Правна мисао, Сарајево, 11-12/1991., стр. 30-40.
30. Мораит, Б.: “Стамбено-правни статус брачних другова, Радни односи и управљање, Београд, број 2/1992., стр. 62-65.
31. Мораит, Б.: “Правно-социолошки аспекти својинске трансформације”, реферат објављен у Зборнику радова Симпозијума: “Актуелни пробле-

- ми промјене својинске структуре капитала”, Универзитет у Бањој Луци и Економски факултет у Бањој Луци, 02-03 април, 1992., стр. 200-210.
32. Мораит, Б.: “Правно-социолошки аспект својинске трансформације”, Привредно правни приручник, Београд, јул-август 1992. г., стр. 25-36.
33. Мораит, Б.: Приказ: Транзиција (највећа социјална и политичка драма савременог свијета) стр. 281-293, Зборник радова Матице Српске, Нови Сад, број 88, Српска правна мисао број 2-4/1994. г.
34. Мораит, Б.: “Правни извори регулисања и појам напуштене имовине” у Зборнику радова: “Правни режим напуштене имовине у Републици Српској”, Бијељина 1995. г., стр. 23-33. (у коауторству са доц. др Милорадом Живановићем).
35. Мораит, Б.: “Поводом Закона о државним предузећима Републике Српске” (приказ) “Привреда”, Бања Лука, број 8, фебруар 1996. г.
36. Мораит, Б.: Приказ: Др Зоран Јелић: Актуелна питања правне политике у СРЈ, Економика, Београд, 1995. г., у часопису: “Актуелности”, Бања Лука, број 1/97.
37. Мораит, Б.: “Три генератора југословенске кризе”, Значења, Добој, август 97, стр. 99-109.
38. Мораит, Б.: “Хитна приватизација с проценом вредности предузећа” у Зборнику радова - Приватизација и процена вредности предузећа” Република Српска, Дирекција за приватизацију и развој, Бијељина, 1997., стр. 103-111.
39. Мораит, Б.: “Претпоставке за изградњу и развој правног система у Републици Српској”, Округли сто “Правни и економски аспекти функционисања РС”, Институт за економику и развој, Бања Лука д.д., март 1997., стр. 45-56.
40. Мораит, Б.: Право војних инвалида и породица погинулих бораца на обештећењу, Адвокатура, број 1, година I, Бања Лука, децембар, 1998, стр. 71-85.
41. Мораит, Б.: Уређивање правне заштите потрошача у Републици Српској, Српска правна мисао, Бања Лука, број 1-4/97-99, стр. 19-25.
42. Мораит, Б.: Одговорност Хашког трибунала за тешке повреде личних права грађана, осумњичених, оптужених и осуђених лица, у Зборнику радова: Хашки трибунал за ех Југославију, Бања Лука, априла 2000., стр. 87-94
43. Мораит, Б.: Приватизација и реституција - вратити одузето, “Приватизација и ви”, број 7, јул 2000, стр. 18.
44. Мораит, Б.: Ново стамбено право, Зборник радова са научно-стручног савјетовања са темом: “Имовина и јавни интерес у јавним предузећима локалне самоуправе”, (стр. 27-33) Матарушка бања, 4, 5 и 6 октобра 2000. г. у организацији Удружења урбаниста Србије и Пословног удружења јавних предузећа за стамбене услуге и грађевинско земљиште.



45. Мораит, Б.: Право прече куповине у Приједлогу закона о промету непокретности Републике Српске, Глосаријум, Београд, број 11/новембар 2000. стр. 62-66.
46. Мораит, Б.: Извјештај Реформа облигационог права у Босни и Херцеговини, припремили: проф. др Бранко Мораит и проф. др Витомир Поповић, Гласник правде, број 6/2000., стр. 315-323
47. Мораит, Б.: Право на регрес Фонда здравственог осигурања Републике Српске према осигуравајућим организацијама, Вјештак, Бања Лука, број 4/2001, стр. 79-81.
48. Мораит, Б.: Право на откуп стана у Републици Српској, Правни савјетник, Сарајево, број 12/2001., стр. 75-82
49. Мораит, Б.: Отклонити дилеме о праву повратника на попуст у приватизацији државних станова, Отворено писмо господину Wolfgangu Petritschu, Завичај, број 41, новембра 2001., стр. 2
50. Мораит, Б.: Сертификат комисије за имовинске захтјеве расељених лица и избјеглица као нови извршни наслов у нашем праву, Правни савјетник, Сарајево, број 7/2001., стр. 45-50.
51. Мораит, Б.: Право на откуп стана у Републици Српској, Српска правна мисао, Бања Лука, број 1-4, јануар-децембар 2001., стр. 49-57
52. Мораит, Б.: Осврт на Нацрт Закона о облигационим односима, Српска правна мисао, Бања Лука, број 1-4, јануар-децембар 2001. стр. 451-467.
53. Мораит, Б.: Приказ: Иван Спасић и Милан Суботић: “Револуција и поредак”, Српска правна мисао, Бања Лука, број 1-4/јануар 2001., стр. 581-591.
54. Мораит, Б.: У лавиринту имплементације имовинских закона Високог представника за Босну и Херцеговину, Гласник правде, октобар, број 7/8 2001. г.
55. Мораит, Б.: Међусобни односи и надлежности органа Босне и Херцеговине за заштиту људских права (Уставни суд и Дом за људска права Босне и Херцеговине, Гласник Правде, 7-8/2001. г. стр 101-105 (рубрика Погледи и мишљења).
56. Мораит, Б.: Заштита стамбених права грађана од судова и управних органа у ентитету Босне и Херцеговине, Правни савјетник, Сарајево, број 10/2001., стр. 43-55.
57. Мораит, Б.: Реформа облигационог права у Републици Српској и Федерацији Босне и Херцеговине (заједно са проф. др Милорадом Живановићем), Право и привреда, број 5-8/2001., Београд, стр. 478-489.
58. Мораит, Б.: Прилози за реформу правосуђа у Босни и Херцеговини, Гласник Правде, 9/2002., стр. 113-144.
59. Мораит, Б.: Један издавачки подухват (приказ), Ослобођење, Српско Сарајево, 5. јуна 2002., број 487, стр. 15.
60. Мораит, Б.: Нови породични закон у Републици Српској, Правни савјетник, Сарајево, број 12/2002. стр. 75-79.



61. Мораит, Б.: Хајрија М. Мујовић-Зорнић: “Нежељено рођење детета као случај штете и одговорност лекара”, НОМОС, Београд, 2002., стр XVI, 129, 21 цм (приказ).
62. Мораит, Б.: Реформа Закона о облигационим односима у Републици Српској, у Зборнику радова: “Реформа и функционисање правног система у Републици Српској”, Бања Лука.
63. Мораит, Б.: Нови универзитетски уџбеници из облигационог права-приказ, Правни савјетник, Сарајево, број 1/2003., стр. 120-122.
64. Мораит, Б.: “Уговори у привреди-теорија-пракса-обрасци”, Правни савјетник, Сарајево, 6/03, стр.114- 116. (приказ).
65. Мораит, Б.:”Хајрија М. Мујовић-Зорнић: “Нежељено рођење детета као случај штете и одговорност лекара”, Правни савјетник, Сарајево, 9/03, стр.124-126 (приказ).
66. Мораит, Б.:”Закон о суду Босне и Херцеговине - неслужбени пречишћени текст”, Правни савјетник, Сарајево, 10/03, стр. 126-133.
67. Мораит, Б.:”(Ре)приватизација и глобализација”, Кадрија Хоџић Форум Vosnae, Правни савјетник, Сарајево, 22/03, стр. 546., 7-8/04 (приказ).
68. Мораит, Б.: Правна ваљаност уговора о промету некретнина закључених у периоду од 30. априла 1992. до 19. децембра 1998. године / Гласник правде, Бања Лука, март 2004. број 12, Година VI, (стр.121 до 142).
69. Мораит, Б.: Судска заштита изборног права, “Правна ријеч”, Бања Лука, октобар 2004., стр.73-93.
70. Мораит, Б.: “Копаоничка школа природног права - право и правда”, Правни савјетник, Сарајево, број 2/04, стр. 118-119 (приказ савјетовања).
71. Мораит, Б.:”Збирка правних послова / Уговори, опоруке, тужбе у свези уговора/”-приредила одвјетница Данка Вучина, Правни савјетник, Сарајево, 12/04, стр. 98-100. (приказ)
72. Мораит, Б.: Абедин Бикић: ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО, опћи дио, Универзитетска књига, Сарајево, 2004, у часопису Правни савјетник, број 4/2005, (приказ).
73. Мораит, Б.: Доц. др Мирјана Рађеновић: Право општег управног поступка-, Годишњак Правног факултета у Бањој Луци, број XXIX, Бања Лука, 2005, стр. 337-339, (приказ).
74. Мораит, Б.: Проф. др Неримана Траљић, проф. др Сузана Бубић: Брачно право (рецензија).
75. Проф. др Неримана Траљић, проф. др Сузана Бубић: Родитељско и старатељско право (рецензија).
76. Мораит, Б.: Надлежност суда у парничном поступку, Српска правна мисао, Год 14. Бр. 41, Бања Лука, 2007., стр. 25.-33.
77. Мораит, Б.: Финансирање политичких партија у Босни и Херцеговини - закон и пракса, Правна ријеч, број 18/2009, Бања Лука, 2009. године, стр. 37-49.

78. Мораит, Б.: О потреби дефинисања и мјери санкционисања говора мржње у изборном процесу, Зборник радова са међународног скупа на тему “Како превазићи говор мржње (националне, вјерске, расне, политичке) и нетолеранцију у интересу што боље политичке кампање и демократских резултата на парламентарним изборима 2010. године у Републици Српској и БиХ, Бања Лука, 2010. године.
79. Мораит, Б., Приказ активности Форума за грађанско право за југоисточну Европу, Правна мисао (Сарајево), број 3-4/2011, стр.121-124.
80. Мораит, Б., Гласник Удружења архивских радника Републике Српске, Бања Лука, Година III, број 3 (приказ часописа), Српска правна мисао, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Година 18, Број 45, Бања Лука, 2012.
81. Мораит, Б., Симовић, М.: О лику и дјелу проф. др Богдана Лозе, реферат академика проф. др Миодрага Симовића, потпредсједника Уставног суда БиХ и професора Правног факултета у Бањој Луци и проф. др Бранка Мораита, судије Суда БиХ за ПРАВНИЧКИ ЧАС посвећен животу и раду проф. др Богдана Лозе, професора и декана Правног факултета у Источном Сарајеву и судије Уставног суда БиХ, Правна ријеч, број 34/2012, Бања Лука, 2012., стр: 51-61.
82. Мораит, Б., Двадесет пети сусрет Копаоничке школе природног права - ПРАВО И МОРАЛ; Годишњак правног факултета у Бањој Луци, Год. 35, Бања Лука 2013., стр: 247-255 (приказ).
83. Мораит, Б., Досуђивање затезне камате на новчани износ накнаде нематеријалне штете, судска пракса Суда Босне и Херцеговине, Правна мисао(Сарајево), број 1-2/2013, стр: 106-108.
84. Мораит, Б. : Обвезноправно уређење у Босни и Херцеговини, аутор Марко Беванда, Мостар, 2013. (приказ), Правна мисао (Сарајево)), број 7-8 / 2014, стр. 97-101.
85. Мораит, Б. Др Зоран Васиљевић, “Правна теорија кредита”, (приказ) Српска правна мисао, Бања Лука, број 48/2015., стр. 331-335.
86. Мораит, Б. Права и обавезе из уговора о кредиту, аутор: др Зорана Васиљевић, Бања Лука, Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет, 2015 (Бања Лука: Графопапир) 285 стр.; 25 цм (приказ књиге); (Правна мисао (Сарајево) број 1-2/2016, стр. 105-111.
87. Мораит, Б. Осврт на преиспитивања породично-правних института у процесу реформе грађанског законодавства у Србији, Правна мисао (Сарајево), број 3-4/2016, стр. 100-112.
88. Мораит, Б.: Приказ књиге Маја Чолаковић: Право на тјелесни интегритет: приватноправни аспект, Мостар: Универзитет “Џемал Биједић”, 2015. г., 213 стр., 23 цм, Правна мисао (Сарајево), број 7-8/2016, стр. 97-99.
89. Мораит, Б: Приказ књиге Андреј Родинис: ПОВРАТАК ПОВЕЉЕ КРАЉА ДАБИШЕ... Правна мисао (Сарајево), број 9-10/2016, стр. 86-88.

CIP - Каталогизација у публикацији  
Народна и универзитетска библиотека  
Републике Српске, Бања Лука

34

МОРАИТ, Бранко

Збирка радова : 40 година наставно-научног дјеловања  
/ Бранко Мораит. - Бања Лука : Службени гласник Републике  
Српске, 2016 (Бања Лука : Службени гласник Републике  
Српске). - 272 стр. ; 25 cm

Тираж 150. - Напомене и библиографске референце уз текст. -  
Библиографија: стр. 260-271.

ISBN 978-99938-22-54-7

COBISS.RS-ID 6235928