

Dr Miloš Živković*

O KVALITETU NOVIJIH GRAĐANSKOPRAVNIH PROPISA U SRBIJI

Apstrakt: U radu se analizira sistemska usaglašenost pojedinih odredaba novijih građanskopravnih propisa u Srbiji sa načelima građanskog prava, pogotovo u onim delovima građanskog prava koji nisu uređeni jedinstvenom kodifikacijom, konkretno u stvarnom pravu. Cilj analize jeste utvrđivanje sistemske usklađenosti različitih propisa kojima je uređena jedna grana građanskog prava, primenom prevashodno egzegetičkog metoda. Izvršena analiza nekoliko odredaba pokazuje znatan stepen njihove neusaglašenosti sa nekim od temeljnih načela u građanskom, najvećma stvarnom pravu, uz zaključak da takvo stanje propisa nužno vodi i problemima u praktičnoj primeni prava. Kao trajno rešenje predviđa se kodifikacija stvarnog prava u jedinstvenom propisu, a u međuvremenu formiranje tela koje bi imalo zadatak da u zakonodavnom postupku utvrđuje postojanje sistemske usaglašenosti zakonskih nacrti s celinom sistema građanskog prava.

Ključne reči: Sistemska usaglašenost, građansko pravo, građanskopravni propisi.

I. UVOD

1. Kao što je poznato, Srbija, koja je prestankom postojanja državne zajednice Srbija i Crna Gora ponovo postala samostalna država 2006. godine, nema jedinstvenu građanskopravnu kodifikaciju, već je materija koja tradicionalno spada u građansko pravo regulisana, na potpun ili manje potpun način, posebnim propisima.¹ Iako od 2003. godine postoji projekat izrade stvarnopravne kodifikacije,² a od 2006. i Komisija za izradu

* Asistent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu

1 O stanju građanskopravnog zakonodavstva u Srbiji ukratko v. Vladimir Vodinelić, *Kodifikovanje stvarnog prava u Srbiji*, u: Promene stvarnog prava u Srbiji, Institut za uporedno pravo, Beograd 2005, str. 11. i dalje.

2 Radna grupa je prvi nacrt izradila 2007. godine, v. *Ka novom stvarnom pravu – Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima*, GTZ i Ministarstvo pravde Republike Srbije, Beograd 2007, a drugi nacrt predat je naručiocu 2009. godine.

Građanskog zakonika,³ dosad su se izmene građanskopravnog zakonodavstva vršile, uglavnom,⁴ donošenjem propisa kojima je regulisan samo neki građanskopravni institut, za čije je uređenje postojala preka ekonomska ili politička potreba. Tako smo, na primer, 2003. godine dobili Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar,⁵ a 2005. Zakon o hipoteci.⁶ Takođe, 2009. godine, dobili smo Zakon o državnom premeru i katastru,⁷ čiji se značajan deo odnosi na registraciju prava na nepokretnostima (katastar nepokretnosti). Ako bi se za ove zakone moglo reći da su rezultat isključivo ekonomskih potreba, za izmene Zakona o prometu nepokretnosti⁸ iz 2009. godine moglo bi se reći da su, pored ekonomskih, značajnu ulogu u motivaciji zakonodavca igrali i politički razlozi, odnosno potreba da se pokaže da zakonodavac preduzima mere kako bi se sprečile višestruke prodaje stanova o kojima su agresivno i s negativnom konotacijom po zakonodavca i izvršnu vlast izveštavali mediji. O kvalitetu nekih od ovih propisa već postoje stručni napisi, manje ili više kritički intonirani, ali čini se da sve veći broj ovakvih propisa opravdava jedan malo širi kritički osvrt, koji bi imao za cilj, prvo, da ukaže na potrebu sistemskog pristupa građanskopravnom zakonodavstvu, drugo, da pokaže meru u kojoj se ovakav pristup u novijem srpskom zakonodavstvu zapostavlja i treće, da predloži način na koji bi se ovaj nedostatak otklonio u budućnosti.

II. SISTEMSKI PRISTUP GRAĐANSKOPRAVNOM ZAKONODAVSTVU

2. Pod sistemskim pristupom građanskopravnom zakonodavstvu podrazumevam, pre svega, potrebu da svi građanskopravni propisi budu međusobno usaglašeni te da se, bez preke potrebe, u građanskopravnim propisima ne odstupa od nekih opštih pravila i načela koji su utvrđeni u doktrini građanskog prava. Sistemski pristup građanskopravnom zakonodavstvu tipičan je za kontinentalnoevropski pravni krug,⁹ kojem pripa-

3 V. Komisija za izradu Građanskog zakonika, *Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije, Izveštaj Komisije s otvorenim pitanjima*, Beograd 2007.

4 Izuzetak je Porodični zakon iz 2005. godine, kojim je oblast porodičnog prava (i neki delovi opšteg dela građanskog prava, poput poslovne sposobnosti fizičkih lica) uređena na jedinstven način, što ovaj propis čini kodifikacijom.

5 „Službeni glasnik RS“, br. 57/03 - 1, 61/05 - 70 i 64/06 - 12 (ispravka).

6 „Službeni glasnik RS“, br. 115/05 - 10.

7 „Službeni glasnik RS“, br. 72/09 - 139.

8 „Službeni glasnik RS“, br. 42/1998 - 973 i 111/09 - 51.

9 O podeli pravnih sistema na krugove i njihovim osobinama v. Konrad Zweigert/Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3 ed., translated by Tony Weir, OUP, Ox-

da i srpsko građansko pravo. U državama ovog pravnog kruga osnovni izvor prava jeste zakon (kodifikovano pravo), sudska praksa po pravilu nema značaj izvora prava i to omogućava veću sistematičnost i unutrašnju koherenciju pravnog sistema. Anglosaksonska prava, koja se zasnivaju na precedentom utvrđenom običajnom pravu, u značajno manjoj meri su uređena na ovakav, sistemski način, mada se i u ovim pravnim sistemima vodi računa o tome da pojedini delovi pravnog sistema budu međusobno usaglašeni, a doktrina i tamo pokušava da iz okeana pojedinačnih odluka izvede postojanje nekih rukovodnih načela, koja bi trebalo imati u vidu prilikom zakonodavnih intervencija, pa i donošenja novih precedenata. Razume se da iz osnovne razlike ova dva pravna kruga proizlazi da je anglosaksonski znatno više podložan „ispadanju“, odnosno donošenju pojedinačnih odluka koje nisu u skladu s opštim načelima koja vladaju predmetnom granom prava, ali valja priznati da ni kontinentalna prava nisu sasvim „imuna“ na situacije u kojima se odstupa od sistema i pravnih načela utvrđenih u nauci radi zadovoljavanja nekog prečeg interesa. Pravni život, čijem regulisanju pravo služi, nikada nije moguće uklopiti u racionalno izveden i do krajnosti koherentan sistem, pa je otud razumljivo da postoje pravni propisi (uostalom i pravni instituti) koji nisu sasvim usklađeni sa pravnim načelima koja inače vladaju odnosnom pravnom granom ili nisu sasvim „uklopivi“ u pravni sistem.¹⁰ Ovi izuzeci, međutim, spadaju u kategoriju onih koji „potvrđuju pravilo“ tako da, uprkos njihovom postojanju, nema sumnje da su propisi („objektivno pravo“) ustrojeni u sistem. Njihovo je postojanje neizbežno i upravo svedoči o tome da (pravni) život nije do kraja racionalno uređeni sistem, već da je sistemski usklađenost nešto čemu valja težiti, bez ambicije da se anuliraju svi izuzeci.

3. Prednosti sistemskog pristupa građanskopravnom zakonodavstvu nisu male, a mogu se, na najvišem nivou opštosti, svesti na značajno povećanje pravne sigurnosti. Sistem je ono što od nepreglednog mora propisa čini celinu, on donosi predvidljivost u pravnim odnosima, omogućava snalaženje i olakšava rad pravnicima. Zahvaljujući sistemu, studenti prava

ford 1998, str. 63. i dalje (u ovom delu kontinentalni sistem se dalje deli na romansku i germansku porodicu prava); na srpskom v. Budimir Košutić, *Uvod u velike pravne sisteme današnjice*, Službeni list SRJ, Beograd 2002, str. 19–28. za kontinentalnoevropska, str. 167. i dalje za anglosaksonska prava.

- 10 Primera radi, iz oblasti kojom sam se detaljnije bavio, postoje pravila koja predstavljaju imanentne izuzetke od načela akcesornosti zaloge (i jemstva), prema kojima smanjenje obezbeđenog potraživanja usled nasleđivanja prezaduženog ostavioca ili stečaja ne smanjuju obim obaveze zalogodavca, odnosno jemca, iako se u skladu s načelom akcesornosti obim njihove obaveze rukovodi upravo obimom obezbeđenog potraživanja. Više o tome v. Miloš Živković, *Akcesornost založnih prava na nepokretnosti*, doktorska disertacija, Beograd 2009, str. 156. i dalje.

moгу da nauče ono što je potrebno da bi postali pravnici – pravne principe, način razmišljanja i pravničkog rezonovanja, a ne tekstove svih propisa napamet. Postojanje sistema treba da onemogući da se dobre strane nekog propisa anuliraju donošenjem nekog drugog, čija su rešenja dijametralno suprotna. Upravo zbog toga evropski kontinent odlikuje postojanje građanskih kodifikacija, unutar kojih se koherentnost i sistemska uređenost postižu lakše nego kada se građansko pravo uređuje različitim zakonima. Jedno od jemstava postojanja sistema u pravu jeste načelo ustavnosti i zakonitosti i njegov čuvar – Ustavni sud. Kada je reč o građanskom pravu, sistem znači nešto više od neophodnosti da se održi hijerarhija pravnih propisa, jer u nedostatku kodifikacije postoji potreba da različiti građanskopravni propisi iste pravne snage budu međusobno usklađeni, što načelo ustavnosti i zakonitosti ne obezbeđuje.

4. Posmatrano s drugačije tačke gledišta, propis koji je sistemski usaglašen ima predispozicije da bude „dobro pravo“, a sistemski neusaglašen propis samim tim postaje „loše pravo“. Naime, svaki zakon koji u odgovarajućem postupku izglasa 126 ili više narodnih poslanika postaje „pravo“, a ako je usaglašen sa ustavom nema smetnji njegovom opstanku i primeni. To, međutim, ne znači da je taj zakon „dobar“, da će se njime postići željeni efekti, pošto kvalitet zakona ne zavisi samo od volje parlamentarne većine i sopstvene usklađenosti sa ustavom. Ako je zakon sistemski neusklađen, on će nužno izazivati protivrečnosti i probleme u primeni, i otud nema šanse da postane „dobro pravo“, bar dok se neusklađenost ne otkloni. S druge strane, ako je zakon sistemski usklađen, ispunjena je još jedna od pretpostavki da on, ako budu ispunjeni i neki dodatni uslovi, postane „dobro pravo“. Ne ulazeći ovde u sve te ostale uslove koji jedan zakon čine „dobrim pravom“, zadržaću se na konstataciji da bez sistemske usaglašenosti jednog propisa, taj propis nužno spada u „loše pravo“ i slede mu brze izmene i dopune, kao i brojni problemi u praktičnoj primeni.

5. Imajući sve navedeno u vidu, smatram da je sasvim nesporno da zakonodavac treba da pristupa kodifikaciji građanskog prava, posebno kada se ona vrši fragmentarno, tj. kada se uređuje samo jedan njegov deo na sistemski način, odnosno vodeći računa o tome da je svaki građanskopravni propis sistemski usklađen s ostalim građanskopravnim propisima. Činjenica koju pri tom ne treba prevideti, jeste da nije lako utvrditi sistemsku usklađenost nekog propisa. Takav posao iziskuje izuzetno poznavanje celine građanskog prava i poseban talenat, koji ponekad imaju pravni teoretičari a sasvim retko i pravnici koji se bave praksom. Zbog toga se čini da kontrola koju obavlja (ili bi trebalo da obavlja) specijalizovani državni organ u kojem rade činovnici, poput Sekretarijata za zakonodavstvo, nije dovoljna za postizanje sistemske usaglašenosti građanskopravnih propisa

(kao uostalom i za postizanje sistemske usaglašenosti u okviru drugih grana prava).

III. NOVIJE SRPSKO GRAĐANSKO ZAKONODAVSTVO

I SISTEMSKI PRISTUP

6. Pošto su porodično, nasledno i obligaciono pravo uređeni kodifikacijama (od kojih je samo porodičnopravna, kao što je rečeno, novija), ne čudi da su odredbe svake od ovih građanskopravnih grana unutar sebe usklađene – neusklađenost u okviru jednog zakonodavnog akta srazmerno je retka i svedoči o krajnjoj aljkavosti ili neznanju zakonodavca što, razume se, nije slučaj kod konkretnih zakona kojima su uređene pomenute grane građanskog prava. Zbog toga će predmet analize novijeg građanskopravnog zakonodavstva pre svega biti propisi koji spadaju u oblast stvarnog prava: zakoni o registrovanoj zalozi, hipoteci, prometu nepokretnosti i o državnom premeru i katastru. Pre sâme analize, valja pomenuti da je sada već sedamdesetogodišnje napuštanje „klasičnog“ stvarnog prava u Srbiji dovelo do toga da su se neka temeljna načela koja prožimaju ovu granu građanskog prava „izgubila u sećanju“ aktivnih pravnika. Ovo se pre svega odnosi na stvarnopravne odnose u vezi s nepokretnostima, gde je nepostojanje načela *superficies cedit solo* i posledična „razdvojenost“ nepokretnosti ozbiljno narušila sistematičnost propisa. Međutim, i načelo *numerus clausus*-a stvarnih prava te, posebno, načelo određenosti sadržine stvarnih prava zakonom, značajno su potisnuti, uz pripisivanje opštosti nekim načelima koja, pre svega, važe u obligacionom pravu, preciznije ugovornom pravu (sloboda ugovaranja, kauza itd). Razume se, ovakvo stanje ne može biti opravdanje za nedostatak sistemskog uređenja stvarnopravnih propisa, ali može da posluži kao objašnjenje.

7. Poći ću od Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar (dalje: ZRZ) i analizirati dve njegove odredbe sa sistemskog gledišta: prva je odredba kojom se izvod iz Registra zaloge proglašava za izvršnu ispravu (član 41. stav 3), a druga je ona koja zahtevanje potraživanja uslovljava upisom u Registar zaloge kao *modus-om acquirendi* (član 10. stav 2).

8. U pogledu prve odredbe, valja primetiti da se ona javlja u kontekstu posebnog postupka za predaju stvari na kojoj postoji registrovana zaloga u državinu založnog poverioca, o čemu govori član 41. Čini se da je zakonodavac imao nameru da overenom izvodu iz registra zaloge da

značaj izvršne isprave samo u ovom posebnom postupku, a ne uopšte.¹¹ Međutim, iz odredbe člana 41. stav 3, onako kako ona glasi – „Izvod iz registra zaloge izjednačava se, u smislu ovog zakona, sa izvršnom ispravom“ – proizlazi da se na osnovu izvoda iz registra zaloge može zahtevati i namirenje obezbeđenog potraživanja iz vrednosti predmeta zaloge, jer je i taj postupak uređen istim zakonom. Načelno govoreći, pošto Zakon o izvršnom postupku (dalje: ZIP)¹² dozvoljava da se nekoj ispravi posebnim zakonom da svojstvo izvršne isprave,¹³ ovo ne bi trebalo da bude problem po sebi. Problem je, međutim, u tome što neka isprava, da bi bila izvršna, treba da ima i određena svojstva, koja izvod iz registra zaloge ima kada je reč o postupku oduzimanja i predaje predmeta zaloge, ali ne i kada se radi o realizaciji zaloge unovčenjem i namirenjem. Naime, u postupku oduzimanja i predaje važno je da se iz izvršne isprave vidi da postoji zaloga i da je započeo postupak namirenja (dakle, da dužnik nije isplatio obezbeđeno potraživanje o dospelosti i da mu je poverilac poslao obaveštenje o nameri da se namiri iz vrednosti predmeta zaloge), što se iz izvoda iz registra zaloge zaista može utvrditi. Međutim, uslov za realizaciju zaloge jeste i utvrđivanje iznosa obezbeđenog potraživanja, kako bi se znalo šta se zapravo namiruje iz vrednosti založene stvari, a taj iznos se najčešće ne vidi iz registra (ne vidi se uvek kada je predviđena anuitetna otplata, što je veoma često, jer već posle isplate prve rate registrovani iznos ne odgovara stvarno dugovanom). Drugačije rečeno, izvod iz registra zaloge podoban je za izvršenje kada se radi o oduzimanju i predaji, ali nije podoban za izvršenje kada se radi o realizaciji zaloge, i to u smislu člana 34. ZIP, koji traži da u izvršnoj ispravi moraju biti „naznačeni izvršni poverilac i izvršni dužnik, kao i predmet, vrsta, obim i vreme ispunjenja obaveze“. Upravo je zbog toga ova odredba sistemski neusaglašena sa izvršnim postupkom, koji dođe dozvoljava da se posebnim zakonom nekoj ispravi da značaj izvršne, ali uz pretpostavku da su ispunjeni opšti uslovi podobnosti takve isprave za izvršenje. Formulacija člana 41. stav 3. ZRZ omogućava da se namirenje iz predmeta zaloge vrši na osnovu izvoda iz registra zaloge kao izvršne isprave, iako takav izvod ne sadrži sve elemente koji su prema članu 34. ZIP neophodni da bi neka isprava bila podobna da bude izvršna. Postoji

11 Sticajem okolnosti imao sam prilike da vidim nacрте ovog zakona koje je izradio profesor Miodrag Orlić, u kojima je takav domašaj izvoda iz registra zaloge bio nespornan. Konačan tekst zakona, međutim, sadrži drugačiju odredbu u članu 41. stav 3. i iz nje se samo „teškom mukom“ može izvesti tumačenje o ograničenom svojstvu izvoda iz registra zaloge kao izvršne isprave ali samo za postupak oduzimanja predmeta zaloge od njenog držaoca i predaje tog predmeta poveriocu.

12 „Službeni glasnik RS“, br. 124/04 – 33.

13 V. član 30. stav 1. tačka 3. ZIP.

mного načina da se problem neposredne izvršivosti kod registrovane zaloge reši na sistemski usaglašen način, ali se naš zakonodavac opredelio za način koji sistemski narušava oblast izvršnog postupka i bez preke potrebe je uveo izuzetak od uslova podobnosti za izvršenje neke isprave. Ono što dodatno zabrinjava jeste činjenica da, kada je Rubikon jednom pređen, Nacrt novog zakona o izvršenju i obezbeđenju¹⁴ sadrži opštu odredbu o tome da je izvod iz registra zaloge jedna od izvršnih isprava,¹⁵ čime se nepreciznost iz posebnog zakona pretvara u nekoherentnost matičnog (jer i u njemu postoji odredba o podobnosti isprave za izvršenje, koja postavlja uslove koje izvod iz registra zaloge ne ispunjava).¹⁶ Ako ovakva odredba odista uđe u sistemski zakon, naizgled sitna omaška u formulaciji ZRZ dovešće do sistemske nekoherentnosti zakona kojim se na opšti način uređuje (kodifikuje) izvršni postupak. Drugim rečima, sistemska greška, učinjena usled omaške i bez ikakve potrebe, metastaziraće i postaće deo sistema, njegova trajna i nepotrebna anomalija. Neko bi mogao da kaže da posledice nisu značajne i da odredba funkcioniše u praksi uprkos svojoj navodnoj sistemskoj neusaglašenosti, ali iako se takav stav na prvi pogled može činiti ispravnim, nešto dublja analiza pokazuje da će do problema u praktičnoj primeni gotovo izvesno doći, i to u vrlo bliskoj budućnosti. Činjenica da je izvod iz registra izvršna isprava dovešće do situacije u kojoj se poverioci naplaćuju u punom registrovanom iznosu obezbeđenog potraživanja i kada je ono uistinu manje, dok dužnicima preostaje samo postventivna zaštita, tj. mogućnost da naknadno tuže poverioce za povraćaj naplaćenog viška. Akcesornost zaloge postoji, inače, upravo da bi se izbegao ovakav položaj dužnika, pa pomenuta odredba bez potrebe narušava i dejstvo ovog načela. Inače, u praksi se kao izvršna isprava koristi izvod iz registra zaloge u kojem se vidi upis započinjanja namirenja (član 43. stav 1. ZRZ), pa se na taj način nedostaci izvoda kao izvršne isprave delimično nadomešćuju uslovima za vršenje ovog upisa. Naime, ovaj se upis vrši pošto založni poverilac pismenim putem obavesti dužnika i zalagodavca o nameri da se namiri iz vrednosti zaloge, a u praksi se za donošenje rešenja o izvršenju zahteva i da se uz predlog za donošenje tog rešenja dostave dokazi o visini obezbeđenog potraživanja (pri čemu je dovoljna računovodstvena evidencija poverioca, npr. kartice prometa koje

14 Link ka tekstu ovog nacrta dostupan je na <http://www.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon-o-izvršenju.html> (pristup 8. aprila 2010). Naznačeni datum na radnoj verziji je 5. decembar 2009. godine.

15 V. član 13. stav 1. tačka 3. tog nacrta.

16 Ovaj nacrt vreme ispunjenja obaveze izostavlja iz liste uslova koji ispravu čine podobnom za izvršenje (član 17. stav 1), ali izvodu iz registra nedostaje više od toga – nedostaje mu naznaka obima obaveze.

banka vodi za svoje klijente) i, po potrebi, dokaz da je potraživanje dospelo (ako se to ne može s izvješnošću videti iz izvoda iz registra zaloge). Pomenuti rizik da će se založni poverilac naplatiti u punom registrovanom iznosu obezbeđenog potraživanja i kad je ono delimično isplaćeno posebno je izražen u situacijama u kojima je punovažno ugovorena vansudska prodaja kao način realizacije zaloge, jer tada dužniku neće stajati na raspolaganju ni pravna sredstva predviđena izvršnim postupkom. Sistemski ispravno uređenje ovog problema zahtevalo bi da neko nepristrastan utvrdi dospelost i iznos obezbeđenog potraživanja. Takva potvrda bi mogla da od ugovora o zalozi, pa čak i od overenog izvoda iz registra zaloge, načini izvršnu ispravu, pošto bi te isprave učinila podobnim za izvršenje.

9. Druga sistemski neusaglašena odredba ZRZ je ona o tome da založno pravo na potraživanju nastaje upisom u registar zaloge (član 10. stav 2). Ova odredba se na prvi pogled čini sasvim logičnom, pošto postojanje registra u koji se može upisati zalaganje potraživanja naizgled iziskuje da upis bude konstitutivan. Odredba, međutim, odstupa od pravila koje je za zalaganje potraživanja predviđeno matičnim Zakonom o obligacionim odnosima (dalje: ZOO)¹⁷ koji propisuje da se zaloga na potraživanju stiče tako što dužnik bude pismeno obavešten o zaključenom ugovoru o zalozi potraživanja (član 989. stav 1). Prema preovlađujućem shvatanju, to znači da je *iustus titulus* za zalogu potraživanja ugovor o zalozi, a da je pismeno obaveštenje *modus acquirendi*.¹⁸ Odredbom člana 10. stav 2. ZRZ je, ako se pravila tumačenja korektno primene, prećutno derogirana ova odredba ZOO, a čak i ako se uzme da to nije učinjeno, stvoren je paralelan način zalaganja potraživanja, što je sa stanovišta sistema nedopustivo. Ne ulazeći na ovom mestu u raspravu o tome da li zalaganje potraživanja ima stvarnopravni karakter ili ne (pošto predmet zaloge nije stvar), moglo bi se reći da je očigledno da je pravilo predviđeno u ZOO sistemski, a i praktično znatno bolje postavljeno. Sistemski posmatrano, kako je predmet zaloge potraživanje, koje je obligacija između konkretnog poverioca i dužnika, obaveštavanje dužnika jeste ne samo najcelishodniji, već i jedini logičan način zalaganja potraživanja, pošto je dužnik taj koji potraživanje treba da ispuni. Drugim rečima, logika obligacionog prava ovde s pravom „na-

17 „Službeni list SFRJ“, br. 29/1978 - 1181, 35/1985 - 1129, 45/1989 - 1195, 57/1989 - 1438, „Službeni list SRJ“, br. 31/1993 - 681, 22/1999 - 2, 44/1999 - 17.

18 Tako Miodrag Orlić u: Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, NIU Službeni list SRJ, Beograd 1993, str. 258. Sasvim usamljeno suprotno mišljenje zastupa Dragoljub Stojanović, *Stvarno pravo*, 9. izdanje, Kragujevac 1998, str. 232. Prema ovom mišljenju *modus acquirendi* za sticanje zaloge potraživanja jeste predaja isprava o potraživanju, s pozivom na član 989. stav 2. ZOO, a ako isprava o potraživanju ne postoji, onda posebnog *modus-a acquirendi* nema, već je ugovor o zalozi konstitutivan. Čini se da ovakav stav nije utemeljen na tekstu ZOO i domaćoj sudskoj praksi.

djačava“ logiku stvarnog prava, pošto je predmet (stvarnog) prava zaloge obligacija. Ako bi se pošlo od toga da zaloga nastaje i pre obaveštavanja (što čini ZRZ), onda bi takva zaloga do obaveštavanja dužnika morala da bude defektna, jer bi dužnik mogao da se oslobodi obaveze ispunjenjem potraživanja prema zalagodavcu (poveriocu založenog potraživanja), čime bi zaloga prestala da postoji (što predviđa ZRZ u članu 11). Suprotno bi se, doduše, moglo propisati, ali to bi značilo da se dužnik ne može osloboditi obaveze plaćanjem svom poveriocu iako nije bio obavešten o zalaganju potraživanja, što bi bilo grubo narušavanje temeljnih principa obligacionog prava. S druge strane, činjenica da su sva lica sem dužnika saznala za postojanje založnog prava poveriocu ne vredi baš ništa, a upis u registar ne stvara pretpostavku nesavesnosti dužnika (jer on može obavezu ispuniti zalagodavcu dok ne bude pismeno obavešten o zalaganju). Tako propisivanje da upis u registar zaloge vodi sticanju zaloge potraživanja zapravo sistemski narušava načelo javnosti Registra zaloge i njegove posledice, jer se ne smatra da sva lica, dakle i dužnik, od trenutka upisa u registar znaju za postojanje zaloge. Kao što neki ciničniji profesori stvarnog prava primećuju, retki su dužnici koji dan počinju proverom zalaganja svojih dugova u Registru zaloge. Na praktičnoj ravni, odredba da se zaloga stiče registracijom nema nikakav značaj, jer dužnik može punovažno ispuniti obavezu zalagodavcu sve dok ne bude obavešten o zalaganju, a ako se to dogodi, od zaloge ne ostaje ništa. Praktično posmatrano, i prema odredbama ZRZ „prava“ zaloga potraživanja nastaje tek kad dužnik bude pismeno obavešten o zalaganju. Zbog toga je ovo pitanje tako trebalo i urediti, uz omogućavanje upisa zalaganja u Registar zaloge, čak i pre obaveštavanja ali bez konstitutivnog dejstva, ako založni poverilac smatra da je to celishodno. Svrha ovakvog upisa bila bi publicitetna. Ovakvim rešenjem, kao što je pokazano, stvara se pravna nesigurnost u pogledu važenja odredaba ZOO o zalaganju potraživanja, a sistemski se narušavaju kako obligaciono pravo, tako i propisi o registru zaloge.

10. Zakon o hipoteci (dalje: ZH) jeste, usudujem se da napišem, jedan od najlošije napisanih građanskopravnih propisa u Srbiji. U ovom tekstu ću detaljnije predstaviti jednu sistemsku neusaglašenost, ali mora se imati u vidu da ZH ima i imanentnih protivrečnosti, dakle onoga što sam ranije nazvao posledicama krajnje aljkavosti ili neznanja zakonodavca. Ova se tvrdnja pre svega odnosi na način uređenja prestanka hipoteke u slučaju vansudskog namirenja, pošto iz teksta proizlazi da hipoteka prestaje vansudskim namirenjem samo ako je obezbeđeno potraživanje naplaćeno, što je potpuno neshvatljivo rešenje koje obesmišljava izvršnu vansudsku hipoteku kao pravni institut.¹⁹ Sistemski neusaglašenost na koju želim

19 Detaljnije o tome, kao i o neusaglašenosti odredaba o podeli cene u vansudskoj prodaji s odredbama o prestanku hipoteke u vansudskoj prodaji v. Miloš Živković, *Novo*

da ukažem nije tako očigledna i drastična i ne dovodi do neposredne neprimjenjivosti ZH, ali je takođe veoma opasna. Reč je o članu 31. stav 3. tačka 1, prema kojem hipotekarni poverilac, u postupku vansudske prodaje predmeta hipoteke, rešenjem o upisu zabeležbe hipotekarne prodaje biva ovlašćen da je proda **u svoje ime**. Ova odredba, kao uostalom i ostale odredbe o namirenju privatnom, vansudskom prodajom nepokretnosti, preuzeta je iz anglosaksonskih prava (a do nas je došla preko Ukrajine). U anglosaksonskim pravnim sistemima ovo rešenje je sistemski usaglašeno, jer se hipoteka (*mortgage*) smatra prenosom svojine, a ne zasnivanjem užeg stvarnog prava kao na Kontinentu, pa posle tzv. *foreclosure*, koja ima značaj aktiviranja prenosa svojine usled neplaćanja obezbeđenog potraživanja o dospelosti i preuzimanja državnine na nepokretnosti, poverilac prodaje opterećenu nepokretnost u svoje ime **jer je njen pravni vlasnik**.²⁰ U našem pravnom sistemu, međutim, odredba je sistemski neusaglašena, jer **hipoteka nije prenos svojine i hipotekarni poverilac nije vlasnik**, već je reč o užem stvarnom pravu i imaoću takvog prava. Zbog toga je prodaja koju poverilac vrši u svoje ime odstupanje od niza stvarnopravnih načela, a da za tako nečim zapravo nema nikakve potrebe. Prodaja stvari koju vrši nevladnik odstupanje je od pravila da je svojina prethodnika uslov za sticanje svojine na osnovu ugovora. Ako se uzme da nije reč o sticanju svojine na osnovu ugovora s prethodnim vlasnikom (jer hipotekarni poverilac, koji jeste ugovorna strana, nije vlasnik nepokretnosti koju prodaje), postoji odstupanje od pravila o sticanju svojine od nevladnika, pošto je reč o nepokretnim stvarima koje se inače u našem pravu ne mogu steći po ovim pravilima (jedan od uslova za sticanje *a non domino* u našem pravu jeste da je stvar pokretna – član 31. Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa,²¹ dalje ZOSPO). Takođe, potreba da registar upiše svojinu kupca koji je ugovor o prodaji zaključio s licem koje nije upisano kao vlasnik u registru traži da se odstupa od načela knjižnog prethodnika, koje je temeljno načelo zemljišnoknjižnog, odnosno šire prava registara nepokret-

hipotekarno pravo u Republici Srbiji, u: Stvarnopravna uređenja tranzicijskih zemalja, stanje i perspektive, Zagreb 2009, str. 389. i dalje. Postoji niz nelogičnosti, netačnosti i grešaka u ovom zakonu, ali pomenuta neusaglašenost u vezi s prestankom hipoteke pojavila se konačno, polovinom 2009. godine, kao gorući praktičan problem.

20 O *mortgage* anglosaksonskih prava v. Roger J. Smith, *Property Law*, 5th ed., Longman, London 2006, str. 551. i dalje (već u prvoj rečenici uvoda govori se o pravu poverioca da proda opterećenu stvar da bi se namirio); ukratko o istorijatu E. H. Burn/J. Cartwright, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 17th ed., OUP, Oxford 2006, str. 720. i dalje; Judith-Anne MacKenzie/ Mary Phillips, *Textbook on Land Law*, 10th ed., OUP, Oxford 2004, str. 434. i dalje.

21 „Službeni list SFRJ“, br. 6/1980 - 189, 36/1990 - 1197, „Službeni list SRJ“, br. 29/1996 - 41.

nosti.²² Ovakvo pravilo je tim više nerazumljivo ako se uzme u obzir da bi se potpuno isti efekti mogli postići time što bi se hipotekarni poverilac smatrao zakonski ovlašćenim da opterećenu stvar proda u ime vlasnika, kao njegov zastupnik (poseban slučaj zastupanja na osnovu zakona), što bi bilo sasvim u skladu sa sistemom našeg građanskog prava. Ono što dodatno zabrinjava jeste da se ova sistemski neusaglašenost, „prošvercovana“ iz angloameričkih prava preko Ukrajine u jedan poseban zakon, sada nameće, „metastazira“ u sistemski zakon kojim se uređuje izvršenje i obezbeđenje. Nacrtom Zakona o izvršenju i obezbeđenju (član 107. stav 5) predviđeno je da sudski izvršitelj prodaje pokretne stvari „u ime izvršnog poverioca“ (kod prodaje nepokretnosti Nacrt zasad nije jasan, ali sudeći po upućivanjima na odeljak o prodaji pokretnih stvari, nije isključeno da se izričito predvidi da se pravilo primenjuje i na prodaju nepokretnosti). Dakle, jedno greškom preuzeto sistemski neusaglašeno pravilo, koje danas važi samo za jedan način realizacije hipoteke, treba da metastazira u opšte pravilo u izvršnom postupku, iako za nečim takvim nema ni praktične, ni teorijske, niti bilo kakve druge racionalno odbranjive potrebe.

11. Izmene Zakona o prometu nepokretnosti (dalje: ZPN) iz 2009. godine bile su izazvane jednim medijski praćenim slučajem višestruke prodaje stanova u izgradnji, kada je investitor stambene zgrade na Dorćolu u Beogradu jedan isti stan prodavao čak i po desetak puta.²³ Ovaj slučaj, koji nije bio usamljen, usmerio je pažnju javnosti na problem višestruke prodaje nepokretnosti, posebno stanova u izgradnji. Kupovina stanova u izgradnji bila je posebno pogodna za ovakve prevare, jer naš pravni sistem nije sadržao mehanizam kojim bi takve prevare bile, ako ne sasvim onemogućene, onda bar otežane, jer nije bilo mogućnosti da kupac stanova u izgradnji sazna da li je u vezi s tim stanom već zaključen ugovor o prodaji. Zakonodavac je reagovao tako što je 29. decembra 2009. godine usvojena dopuna ZPN, kojem je dodat novi član 4a.²⁴ Ovim članom

22 V. o ovom načelu Tatjana Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Informator, Zagreb 2001, str. 126. i dalje.

23 V. o tome http://www.b92.net/info/vesti/index.php?nav_id=387321&dd=18&mm=10&yyyy=2009. Ova vest iz oktobra 2009. godine sadrži i stav advokata oštećenih, izvesnog Vladana Zlatića, o tome da je centralna evidencija overe ugovora „jedini mehanizam“ da se ovakve prevare spreče, što je zakonodavac ubrzo potom poslušao.

24 Ceo tekst člana 4a glasi: „(1) Za overavanje potpisa ugovarača na ugovoru o prometu nepokretnosti nadležan je osnovni sud na čijoj se teritoriji nepokretnost nalazi. (2) Službeno lice koje obavlja overavanje doneće rešenje o odbijanju overavanja potpisa na ugovoru o prometu nepokretnosti, ukoliko uvidom u posebnu evidenciju o ugovorima o prometu nepokretnosti iz stava 8. ovog člana, utvrdi da su u sudu već overeni potpisi na ugovoru o prometu iste nepokretnosti, a prodavac je isto lice. (3) Potvrda o odbijanju overavanja potpisa sa brojem rešenja o odbijanju overavanja potpisa, datumom, pečatom suda i potpisom službenog lica koje obavlja overavanje, stavlja se

je, prvo, uvedena mesna nadležnost u pogledu overe ugovora o prometu nepokretnosti, koju ima osnovni sud mesta nalaženja nepokretnosti (ranije je overu mogao vršiti bilo koji sud), potom je predviđeno osnivanje posebne evidencije overe ugovora o prometu nepokretnosti pri svakom osnovnom sudu, i naposljetku naloženo je odbijanje overe ugovora ako je prema podacima iz evidencije ugovor o prometu iste nepokretnosti već overen s istim licem kao prodavcem (razume se, ovde treba da piše prenosioцем, jer promet je moguć i mimo ugovora o prodaji).²⁵ Uz pomoć sredstava Svetske banke pribavljen je odgovarajući softver koji je omogućavao umrežavanje baza podataka o overama za područja većih osnovnih sudova, poput Prvog osnovnog suda u Beogradu, gde se overa ugovora vrši na nekoliko fizički odvojenih lokacija, obučeno je osoblje za rad s nabavljenim softverom i početkom januara 2010. godine počela je primena ovog propisa. Na ovom mestu neću se udubljavati u nekoliko pitanja u vezi s ovom izmenom, već ću se zadovoljiti samo time da ih naznačim: prvo, da li je ovo ograničavanje vlasnika nepokretnosti da zaključi ugovor o prodaji svog stana u skladu s ustavnim jamstvom prava svojine, posebno s tačke gledišta proporcionalnosti ograničenja; drugo, da li će ovaj mehanizam zaista sprečiti da lakoverni kupci stanova budu prevareni;²⁶ i treće, da li je bilo celishodno iskomplikovati postupak overe tako da gužve na šalterima overe, uprkos krizi i slabom prometu na tržištu nepokretnosti,

na sve podnete primerke ugovora o prometu nepokretnosti. (4) Na rešenje iz stava 2. ovog člana ugovarači imaju pravo žalbe sudiji suda koji je nadležan za overavanje, u roku od osam dana od dana dostavljanja rešenja. (5) O žalbi iz stava 4. ovog člana, sudija je dužan da odluči u roku od tri dana od dana dostavljanja žalbe. (6) O odbijanju overavanja iz stava 2. ovog člana, službeno lice koje obavlja overavanje dužno je da obavesti nadležnog javnog tužioca. (7) Overavanje potpisa od strane službenog lica suprotno odredbi stava 2. ovog člana, predstavlja težu povredu dužnosti iz radnog odnosa u smislu zakona koji uređuje prava i dužnosti državnih službenika i nameštenika. (8) Sud vodi posebnu evidenciju o ugovorima o prometu nepokretnosti koji su podneti radi overavanja potpisa ugovarača. (9) Propis kojim se bliže uređuje vođenje posebne evidencije iz stava 8. ovog člana donosi ministar nadležan za pravosuđe.“

25 Detalje o tome kako su uvedene izmene, koliko je koštala njihova implementacija i koji je bio cilj uvođenja v. http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2009&mm=12&dd=19&nav_id=399297&fs=1. Prema tu navedenim rečima funkcionera ministarstva pravde Slobodana Homena: „Ovo uvodimo da bismo zaštitili građane zato što ih sudstvo nije štitilo od klasičnog krivičnog dela prevare. Suđenja su trajala po pet godina, kazne su bile neadekvatne, tako da je neefikasnost sudova dovela do toga da danas imamo 25.000 ljudi koji su na ovaj način bili prevareni.“

26 U neposrednom kontaktu sa službenicima overe Prvog osnovnog suda u Beogradu imao sam prilike da vidim kako funkcioniše pomenuti softver i da se uverim da i dalje postoje mogućnosti da, uprkos ovom sistemu, odnosno zahvaljujući njegovim nesavršenostima, jedan vlasnik u pogledu iste nepokretnosti zaključi više ugovora o prenosu svojine. To je sada, doduše, znatno teže i složenije nego pre uvođenja ovih izmena.

budu odista nesnosne, pošto overa jednog ugovora sada traje najmanje tridesetak minuta (dok je pre toga trajala do pet minuta). Podrobnije ću predstaviti samo analizu sistemske usaglašenosti ovog rešenja sa pravnim poretkom Srbije, konkretno sa odredbama stvarnog prava o sticanju svojine na nepokretnosti u našem pravu. Pri tom napominjem da nije sporno da su motivi zakonodavca sasvim ispravni, te da je postojala potreba da se onemogućí ili bar oteža višestruko otuđenje nepokretnosti.²⁷ Razlog za to je postojanje suviše velikog broja prevara u praksi, pogotovo kad je reč o tzv. stanovima u izgradnji, kod kojih nije bilo mogućnosti upisa postojanja ugovora o sticanju u registru nepokretnosti. Ono što mi se čini spornim jeste način na koji je to urađeno, i to iz više razloga, od kojih ovde detaljnije prikazujem jedan – sistemsku neusaglašenost (dok će ostali biti prikazani manje detaljno).

12. Pravo svojine na nepokretnosti u našem pravu stiće se upisom u registar nepokretnosti, na osnovu punovažnog ugovora usmerenog na prenos prava svojine zaključenog s knjižnim prethodnikom ili licem koje svoje pravo svojine može izvesti od knjižnog prethodnika ispravama podobnim za registarski upis. Konstitutivnost upisa za sticanje svojine je ono što naš pravni sistem razlikuje od sistema u kojima se registruju ugovori (tzv. *title registration*, čest u anglosaksonskim pravnim sistemima), ili sistema transkripcija, u kojima je (deklarativni) upis sredstvo publiciteta koje omogućava opštu suprotstavljivost upisanog prava koje se, inače, stiće vanknjižno, na osnovu ugovora koji ima translativno dejstvo. Ugovor o prometu nepokretnosti, dakle, kod nas predstavlja samo *iustus titulus*, pravni osnov sticanja, i sam po sebi ne dovodi do prenosa svojine – to mora da nauči svaki student prava najkasnije tokom druge godine studija. Otud, uz sve uvažavanje činjenice da građani, laici, mogu da imaju drugačije predstave o tome, vlasnik koji je zaključio ugovor usmeren na otuđenje nepokretnosti ostaje njen vlasnik sve dok se sticalac ne upiše u registar. Ovo rešenje ima brojne prednosti čija elaboracija je opšte mesto u doktrini zemalja koje imaju sistem registracije prava na nepokretnostima zasnovan na zemljišnoknjižnom sistemu, i ovde je neću detaljnije iznositi, a svodi se na visok stepen pravne sigurnosti ostvaren načelima upisa, javnosti i pouzdanja. Upravo zbog ovih prednosti Srbija se, u ne malom iznosu, zadužila kod Svetske banke kako bi ažurirala svoju evidenciju prava

27 V. noviji članak s pregledom sudske prakse i posebnim osvrtom na višestruku prodaju stanova u izgradnji Jelena Borovac, *Dvostruki promet nekretnina i sticanje svojine*, u: *Pravni život*, br. 11/2009, str. 1031. i dalje. Sudija Borovac takođe nije predložila da se dvostruki promet sprečava već na overi, već je predložila da se stvori posebna evidencija stanova u izgradnji, poput centralne evidencije hipoteka koju predviđa ZH. Ovo rešenje nije niti nelogično niti loše, ali mi se rešenje koje predlažem u ovom napisu čini još jednostavnijim, primenjivijim i delotvornijim.

na nepokretnostima,²⁸ i posle dugog niza godina uspeła je da, kako-tako, ažurira tu evidenciju. S te tačke gledišta posmatrano, sprečavanje vlasnika da overi ugovor o prometu nepokretnosti u situaciji u kojoj je to učinio ranije, s drugim pribavioem, pojavljuje se kao ograničenje prava svojine vlasnika. Efekat ove promene u propisima o prometu i overi ugovora jeste faktički prelaz na sistem u kojem ugovor ima translativno dejstvo, jer se od overe prvog ugovora usmerenog na prenos prava svojine vlasniku onemogućava raspolaganje nepokretnošću iako je ona još uvek njegova. Da bi overio novi ugovor, vlasnik mora ili da sporazumno raskine stari ugovor, uz overu potpisa na tom raskidu, ili da ga jednostrano raskine (recimo, zbog neispunjenja), ali u sudskom postupku, kako bi pribavio sudsku odluku kojom se potvrđuje raskid. Ako je ugovor bio zaključen pod odložnim uslovom koji se nije ostvario, vlasnik će morati ili da ga sporazumno raskida uz overu potpisa (pošto će to nekad biti formalno najjednostavnije, iako je zapravo nepravilno pošto uistinu nema ugovora koji bi bio raskinut posle frustracije uslova), ili da u sudskom postupku dokazuje da se uslov nije ostvario. Ovako posmatrano, pravilo člana 4a ZPN predstavlja izuzetak od opšteg pravila ZOO da se i formalni ugovori mogu raskinuti neformalnim sporazumom,²⁹ iako takav izuzetak nije izričito propisan i ne sledi iz cilja zbog kojeg je forma propisana, što znači da nije sistemski usaglašeno s odgovarajućim pravilom obligacionog prava. Ovakvo rešenje destimuliše pribavioca da svoje pravo upiše u registar i sistemski je neusaglašeno s načelom upisa. Rešenje destimuliše sticaoca i da ispuni overeni ugovor, pošto zna da vlasnik-prenosilac neće moći lako da prenese nepokretnost nekom trećem. Pošto pravilo uvedeno članom 4a ZPN ne važi samo za tzv. stanove u izgradnji, već za sve nepokretnosti, treba primetiti da je mnogo lakše i sistemski usaglašeno bilo moguće postići isti cilj time što bi hronološki najraniji sticalac predbeležio svoje pravo ili ishodovao od prenosiooca zabeležbu prvenstvenog reda. Ovakvi upisi, onako kako postoje u pravnim pravilima zemljišnoknjižnog prava, upravo su namenjeni za ostvarenje ove svrhe. Zahvaljujući načelu javnosti registra, svako lice se može obavestiti o tome da li se neko drugi, koji je ranije zaključio ugovor, možda predbeležio ili je u njegovu korist upisana zabeležba prioriteta. Na taj način je mogućnost višestrukog otuđenja smanjena bez sistemskog narušavanja i nepotrebnog (i neustavnog, po mom sudu) ograničavanja vlasnikovog prava raspolaganja. Kao jedini problem, u tom smislu, pojavljuju se objekti u izgradnji, pošto se oni do okonča-

28 Ovde konkretno mislim na IPA kredit iz 2004. godine, u iznosu od 31 milion američkih dolara, ali i na činjenicu da sveukupno ustrojstvo moderne evidencije nepokretnosti (uključujući i digitalne mape i druge elemente koji su širi od pravne evidencije) treba da košta oko 800 miliona američkih dolara.

29 V. član 68. ZOO.

nja izgradnje ne upisuju u registar, pa nije moguće upisati predbeležbu sticanja svojine ili zabeležbu prvenstvenog reda sticanja svojine na nečemu što u registru ne postoji. Apstrahujući činjenicu da će i ovaj problem, ponovnim uspostavljanjem načela jedinstva nepokretnosti, postati lakše rešiv, može se reći da bi se cilj koji je zakonodavac želeo da ostvari dopunom ZPN, kada je reč o stanovima (i zgradama) u izgradnji, sistemski usaglašeno mogao ostvariti predviđajem upisa zabeležbe postojanja ugovora o otuđenju objekta ili dela objekta u izgradnji, koji bi se upisivao u list nepokretnosti ili zemljišnoknjižni uložak u koji je upisana zemljišna parcela na kojoj se objekat gradi.³⁰ Ovakvo rešenje ne bi, kao što je objašnjeno, bez potrebe ograničavalo prava vlasnika, omogućilo bi pravnu sigurnost za pribavioce koji bi bili zaštićeni načelom pouzdanja u registar, a afirmisalo bi ulogu registra nepokretnosti, u čije se osnivanje i ažurnost ulažu značajna budžetska sredstva. Rešenje koje je zakonodavac usvojio, kao što se videlo, sistemski je neusaglašeno jer je primereno sistemu u kojem ugovor sâm prenosi svojinu, a ne sistemu gde svojinu prenosi tek upis u registar, ono je otud, po mom mišljenju, i neustavno, jer preterano i nepotrebno ograničava pravo svojine kroz ograničenje prava raspolaganja vlasniku. Ovakvo rešenje je i necelishodno, jer radi eliminacije nečega što, uprkos značajnom broju prevarenih, ipak predstavlja pravnu patologiju, bez potrebe uvodi pravila koja značajno komplikuju i usporavaju promet nepokretnosti, koji u preko 90 odsto slučajeva nije prevaran. Manir prema kojem se, radi regulisanja malog procenta pravne patologije, uvode rešenja koja komplikuju redovno obavljanje neke delatnosti nikada nije dobar, jer pravo treba da reguliše ono što je redovan tok stvari, a ne da taj tok otežava zbog srazmerno malo slučajeva prevare. Mogućnost prevare treba sprečiti, razume se, ali bez otežavanja velikoj većini koja vrši promet nepokretnosti bez prevara, i bez primoravanja svih da gube vreme i novac kako neki, inače nepažljivi, ne bi bili prevareni. Utoliko je sistem s upisom ugovora o otuđenju kod stanova u izgradnji, odnosno predbeležbe ili zabeležbe prvenstvenog reda sticanja svojine bolji, jer one koji imaju poverenja u prenosioca ne tera da gube vreme i novac da bi se osigurali, dok onima koji žele da se potpuno osiguraju omogućava da to na odgovarajući način učine. Ovim rešenjem se afirmiše i preuzimanje odgovornosti učesnika u prometu, koji, pošto su poslovno sposobni, moraju znati da su pre svega dužni da se sami staraju o zaštiti svojih prava i interesa, a da država treba samo da im omogući odgovarajući način da se zaštite. Nasuprot tome, dopuna ZPN iz 2009. godine kao da tretira učesnike u prometu nepokret-

30 Ovakvo rešenje predviđa i ZH za registraciju hipoteke na objektu u izgradnji, odnosno na posebnom delu objekta u izgradnji. Kad se uspostavi jedinstvo nepokretnosti za ovim u hipotekarnom pravu više neće biti potrebe, ali će i dalje biti potrebno za sticanje svojine na posebnom delu objekta u izgradnji.

nosti kao maloletne, predviđajući da ih država štiti od prevare tako što će svima nametnuti određene obaveze, na taj način podižući transakcione troškove i lišavajući učesnike u prometu potrebe da vode računa sami o sebi. Najuoštenije rečeno, borba protiv izuzetka menjanjem opšteg pravila nije dobar način i ne pruža dobre rezultate. Uveren sam da će se to pokazati i u pogledu sistemski neusaglašenog rešenja uvedenog dopunom ZPN iz 2009. godine.

13. Na kraju sam želeo da ukažem i na sistemsku neusaglašenost Zakona o državnom premeru i katastru (dalje: ZKN) kod načina na koji taj zakon definiše šta su nepokretnosti (član 4. stav 2). Naravno, i ovaj propis ima i nekih drugih, sitnijih ili krupnijih nedostataka. Primer sitnijeg nedostatka mogao bi biti neusaglašenost odredbe kojom se uređuju uslovi za upis predbeležbe (član 78. stav 2. tačka 1, koja govori o nedostatku klauzule intabulandi) sa odredbom koja uređuje opšte uslove koji moraju biti ispunjeni za sve vrste upisa (član 87. stav 1. tačka 2. zahteva postojanje klauzule intabulandi kod privatne isprave za sve vrste upisa, dakle i za predbeležbu), pri čemu je greška u ovoj potonjoj. Primer za jedan od najkrupnijih nedostataka jeste poveravanje drugostepene nadležnosti za odlučivanje o upisima u katastar nepokretnosti ministarstvu nadležnom za poslove prostornog planiranja i urbanizma, što je, nema potrebe za blažom formulacijom, prvoklasan skandal, jer o sticanju subjektivnih građanskih prava, pre svega svojine ali i drugih (hipoteke, službenosti...), neposredno odlučuje izvršna vlast. Ovaj nedostatak predstavlja i najozbiljniju sistemsku neusaglašenost, ali kako se ona odnosi na celokupan sistem jedinstvene evidencije koju vodi upravni organ, o njoj ovde neću detaljnije pisati.

14. Članom 4. stav 2. ZKN predviđeno je da se, u smislu tog zakona, nepokretnostima koje se upisuju u katastar nepokretnosti smatraju zemljište, objekti i posebni delovi objekata koji čine građevinsku celinu. Kada se uzme u obzir pomenuto sedamdesetogodišnje razdoblje „razlaza“ s osnovnim načelima stvarnog prava na nepokretnostima, pre svega načelom *superficies cedit solo*, ne čudi da ogromnoj većini danas aktivnih pravnikova ovakva odredba ne predstavlja nikakav problem. Naši pravnici, koji su profesionalno stasali uz saznanje da je „gradsko građevinsko zemljište“ uvek državno ili društveno, uzimaju zdravo za gotovo da je objekat (zgrada, bilo pod, bilo nad zemljom) posebna stvar, različita od zemljišta. Isto tako, velikoj većini naših pravnikova potrebno je posebno objašnjavati zbog čega je svojina na posebnom delu zgrade (etažna svojina) problem u pogledu pravne konstrukcije, jer im je sasvim neproblematično da jedno lice bude vlasnik dela zgrade (stana, poslovne prostorije...), a da u pogledu ostalih

delova zgrade i zemljišta postoji maglovita predstava u vezi sa svojinskim odnosima. Ovakve predstave, kao i nedostatak kodifikacije materijalnog stvarnog prava, donekle su izvinjavajuća okolnost za zakonodavca, pogotovo ako se ima u vidu da katastarske propise pišu mahom profesori i inženjeri geodezije, a ne kvalifikovani pravnici. Posledice ovako postavljenih propisa, međutim, pogubne su za sistem građanskog, posebno stvarnog prava, jer se u praksi dešava da na jednoj zemljišnoj parceli postoji više objekata, a da je pri tom moguće da su vlasnici različitih objekata različita lica, te da su opterećenja svakog od tih objekata zasebno, i zemljišta pride, međusobno različita.³¹ Imajući u vidu ponovno uspostavljanje sistemskog načela jedinstva nepokretnosti predviđenog Zakonom o planiranju i izgradnji iz 2009. godine (dalje: ZPI),³² prema čijim odredbama izgrađeno građevinsko zemljište prelazi *ipso iure* u svojinu vlasnika objekta (član 101. ZPI), postavlja se pitanje ko će biti vlasnik zemljišta na kojem je podignuto pomenutih pet objekata ako nije moguće sprovesti deljenje („cepanje“) parcele³³ i kakva će biti sudbina tereta koji postoje na zemljištu, s jedne, i svakoj od ostalih zgrada, s druge strane.³⁴ Tretiranje zemljišta i zgrade kao zasebnih objekata prava, koje na Kontinentu sem u Srbiji postoji još samo u Češkoj Republici, dovodi do teorijsko-dogmatskih problema koje je nemoguće rešiti, sledstveno tome dovodi do nepostojanja sistema u ovoj oblasti građanskog prava i, razume se, do velikih praktičnih problema. Jasnno je da je zamerka učinjena ZKN možda pogrešno usmerena, jer uistinu nije stvar registarskog propisa da određuje šta će se smatrati nepokretnom stvari i kakvi materijalnopravni svojinski odnosi će postojati na nepokretnostima. Međutim, ZKN je pripreman kada je Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima već uveliko bio napisan, i iz tog su se propisa mogla videti osnovna opredeljenja srpskog zakonodavca ili bar radne grupe koju je angažovala Vlada Srbije, a koja se mogu ukratko predstaviti kao povratak tradiciji pravne porodice kojoj srpsko pravo pripada. U tom smislu, zakonodavac je trebalo da vodi računa o, koliko mi je poznato, jedinstvenom stavu da u naš pravni sistem valja uvesti načelo jedinstva

31 Primer nije izmišljen. Reč je o parceli na kojoj se nalazi jedna benzinska stanica u Beogradu.

32 „Službeni glasnik RS“, br. 72/09 - 105, ispravka u 81/09 -76.

33 U konkretnom slučaju to nije moguće.

34 Inače, u konkretnom slučaju izdvajanje jednog dela objekta u zaseban objekat učinjeno je tako da hipoteka koja je postojala na upisanom objektu nije upisana na novonastalom objektu, jer on, razume se, nije bio obuhvaćen založnom izjavom pošto u trenutku davanja izjave nije ni postojao, što je skandalozna greška i povreda osnovnih načela hipotekarnog prava, konkretno načela nedeljivosti. I ova se greška duguje činjenici da se, prema članu 4. ZKN, svaka zgrada (ma i na istoj zemljišnoj parceli) smatra zasebnom nepokretnošću.

nepokretnosti,³⁵ te da je u tom smislu trebalo da predvidi pravila koja će pripremiti ovu promenu, a ne pravila čija će primena dodatno otežati ponovno uspostavljanje jedinstva nepokretnosti.

15. Posle ovog predstavljanja, teško je odoleti ciničnom komentaru da se naš savremeni zakonodavac prosto „lepi“ na pojedinačne greške učinjene u nedavno usvojenim propisima, sa željom da ih proširi i uopšti, umesto da ih ukloni. Time se sistemskom pristupu uređivanja građanskog prava, građanskopravnoj nauci ali i struci zadaje smrtonosan udarac, jer „klasični civil“ postaje tek puka volja birokrata koji zakone pripremaju i poslanika koji ih izglasavaju, što zastrašujuće podseća na „volju vladajuće klase“. U takvom okruženju poznavanje građanskog prava postaje hendikep, jer onaj ko građansko pravo zna vidi da je car go, što onima čije znanje nije dovoljno nažalost izmiče. Pravo postaje zbrka raznih međusobno suprotstavljenih pravila koje svako može da tumači na svoj način, „slobodnim stilom“, i od pravne sigurnosti ne ostaju ni tragovi. Iako ovaj zaključak deluje prilično sumorno, valja primetiti da bi kodifikovanje stvarnog prava značajno doprinelo da se ove sistemske neusaglašenosti svedu na manju meru, pošto u odranije kodifikovanim delovima građanskog prava ima znatno manje sistemskih neusaglašenosti (a i kad ih ima, posledica su tzv. posebnog zakonodavstva). Stvar bi jamačno izgledala još bolje ako bi se sačinila velika kodifikacija, koja bi obuhvatila celokupno građansko pravo. Ovaj rad ima ambiciju da ponudi i prelazno rešenje, koje bi do usvajanja, odnosno do završetka rada na kodifikacijama obezbedilo da se broj sistemskih neusaglašenosti svede na najmanju moguću meru. O tome govore izlaganja u završnom delu koji sledi.

IV. KAKO POSTIĆI SISTEMSKU USAGLAŠENOST PRE KODIFIKACIJE?

16. Postojanje sistemskih neusaglašenosti u oblasti građanskog, konkretno stvarnog prava, od kojih je na neke posebno ukazano u ovom radu, dovoljan je dokaz da postojeća zakonodavna procedura nije dovoljna da bi se postigla unutrašnja koherentnost u propisima iz građanskog prava. Dakle, procedura koja podrazumeva učesće jednog ministarstva kao predlagača, ostalih zainteresovanih ministarstava kao davalaca mišljenja na predlog, Sekretarijata za zakonodavstvo kao organa koji daje mišljenje

35 Ponovno uvođenje ovog načela osporavale su iz interesnih, a ne stručnih razloga, organizacije koje okupljaju potencijalne korisnike restitucije, zbog želje da se građevinsko zemljište vraća naslednicima lica od kojih je nelegitimno oduzeto u naturi. Ovaj predlog je, međutim, trajno propao donošenjem ZPI 2009. godine.

o ustavnosti nacarta, Vlade Srbije koja utvrđuje predlog, te skupštinskih odbora i naposljetku Narodne skupštine koja usvaja zakon, ne daje zadovoljavajuće rezultate. Iako mi to nije do kraja poznato, mogu osnovano pretpostaviti da slični problemi postoje i kad je reč o drugim granama prava, poput krivičnog (posebno u pogledu tzv. posebnog krivičnog zakonodavstva) ili upravnog. Zbog toga mi se čini da bi formiranje posebnog organa čiji bi jedini zadatak bio da ocenjuje nacрте propisa sa tačke gledišta njihove systemske usaglašenosti bio jedan od načina da se, posebno u periodu do donošenja kodifikacije, omogući systemska usklađenost pravnog sistema. Reč bi bila o nekoj vrsti „Saveta za pravni sistem“ ili, uže, „Saveta za građanskopravni sistem“. Iako sam svestan da bi postojanje ovakvog tela dodatno opteretilo i ovako složenu zakonodavnu proceduru, kao i činjenice da je politički kudikamo značajnije imati telo koje će ocenjivati da li su nacrti propisa usklađeni s evropskim *acquis*-jem, držim da jedno srazmerno manje telo, koje bi činili ugledni profesori (građanskog) prava i koje bi se moglo ustanoviti na relativno neformalan način (odlučkom Vlade ili Ministarstva pravde, poput komisija za izradu kodifikacija), ne bi predstavljalo preveliki teret. Pošto je systemska usaglašenost jedan od osnovnih preduslova za zakonitu primenu propisa, mislim da bi korist od rada ovakvog tela, pod uslovom da ono svoju ulogu shvati pravilno i obavi korektno, znatno premašila troškove i vreme koje bi zahtevao njegov rad. U zavisnosti od toga da li bi delokrug rada ovog tela bio ograničen na građanskopravne propise ili bi bio postavljen šire, broj članova ovog tela ne bi trebalo da bude manji od pet, niti veći od devet. Takođe, pošto se radi o poslu koji je nužno obavljati lično, telo ne bi trebalo da ima više od jednog administrativnog sekretara, a njegovi članovi treba da imaju kapacitet i radnu sposobnost neophodnu da lično pregledaju nacрте svih propisa koji im budu prosleđeni na mišljenje (a ne da potpisuju analize koje bi radio neko drugi). Čini se i da bi valjalo omogućiti telu da, za neke specifične propise, posebno angažuje ugledne pravnike koji nisu njegovi članovi da im pomognu u vršenju zadataka u pogledu tih propisa. Razlog za otvaranje takve mogućnosti jeste činjenica da nije verovatno da se, na današnjem stepenu razuđenosti pravnog sistema i propisa, nađe manja grupa stručnjaka koja bi svojim znanjem i sposobnostima samostalno i lično „pokrivala“ sve oblasti, čak i samo građanskog prava. Jedno od najjednostavnijih rešenja bilo bi regrutovanje članova ovog tela iz reda članova grupa koje se bave kodifikacijama (stvarnopravnom ili širom, građanskom), tako da bi njihov zadatak bio da vode računa o sistemu građanskog prava do usvajanja kodifikacije.

ON THE QUALITY OF RECENT CIVIL LAW LEGISLATION IN SERBIA

Miloš Živković

SUMMARY

As Serbia does not have a civil law codification, one of the specific challenges in adoption of civil law legislation, especially in parts of civil law which are not regulated by specific codifications, is to preserve a systemic approach to civil law legislation. A systemic approach stands for insistence on all civil law legislation being mutually and internally compliant and, other than in absolutely necessary, no exemptions from certain general rules and principles determined in the civil law doctrine. Such an approach is a typical feature of the continental European legal circle and has numerous advantages which come down to a high level of legal certainty. Analysis of certain provisions of the Law on Registered Pledges on Movable Assets (provisions on excerpts from the Pledges Registry as an executive document), Law on Mortgage (provisions on the right of the creditor to sell the mortgaged asset out of court in his/her own right), Law on Real Estate Transaction (provisions on prohibition of verification of a contract on real estate transaction if the same assigner has already concluded such a contract) and Law on State Survey and Cadastre (provisions on what is entered into the registry as immovables, i.e. what an immovable asset is), clearly shows that a systemic approach in civil law regulation, and more concretely property law, was completely neglected in newer civil law legislation and, further on, that such a neglect is one of the reasons for problems in practical implementation of legislation. Emphasising that the best way to overcome this problem is a codification, primarily for the nowadays not codified property law, this work suggests the establishment of an expert body which would, until the codification is adopted, have a task to monitor legislative procedure and ensure the systemic compliance of drafts of different civil law legislation.