

Проф. др Радмила Ковачевић-Кушитримовић, редовни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 347:340.134

ШТА ТРЕБА ДА САДРЖИ ОПШТИ ДЕО ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА¹

Апстракт: Аутор се у раду бави систематиком грађанског законика и то једним једним његовим делом - Општим делом. Указује се на бројне потешкоће у законском регулисању веома комплексне грађанскоправне материје, међу којима се једна односи и на постојање Општег дела, као саставног дела грађанског законика. У европскоконтиненталним кодификацијама се срећу, поједностављено речено, две шеме за класификацију грађанске материје. Једна је трочлана (лица, ствари и тужбе), и по њој су рађени Француски грађански законик и законици који су се угледали на овај законик, а друга је петочлана, и садржи, поред Стварног, Облигационог, Наследног и Породичног права, и Општи део. Будући да је у Републици Србији у току доношење грађанског законика, аутор разматра потребу за постојањем Општег дела, анализирајући појмове и институте који би били заједнички и корисни свим деловима грађанског законика. Због ограниченог обима рада, аутор се определио само за правне субјекте, изјаву воље, правни посао и неважност правних послова, као могућу садржину Општег дела.

Кључне речи: Општи део грађанског законика, правни субјекти, изјава воље, правни посао, неважност правних послова

¹ Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта “Право на приступ правосуђу-имплементација европских стандарда у правни систем Републике Србије“ (2006-2010), који се реализује уз финансијску подршку Министарства за науку и заштиту животне средине, под бројем 149043Д.

Увод

Пред нама је доношење грађанског законика Републике Србије. Правничкој јавности је познато да је законодавна активност на овом пољу веома сложен и тежак посао. Иако се доношење закона у парламенту доима као врло проста операција, чак и када се стављају нови предлози или преиначују поједина законска решења, то је само привид. Наиме, све су активности око доношења закона, од образовања комисије и договора о основним циљевима или, како се то данас уобичајено каже, стратегији за његово доношење, веома мукотрпне и захтевају велики интелектуални напор. Наравно, има различитих закона, неких са мањим обимом друштвених односа које треба регулисати, тзв. парцијални закони, а неких са веома широким кругом односа које треба уредити, као што је случај са грађанским закоником. И само питање обима и врсте односа које треба уредити овим законом, већ на самом почетку, законописцима задаје много невоља.

Међутим, оно што доста олакшава рад на изради овог законика, јесте нагомилано знање о овој правничкој радњи, као и велики број законика који су донети почетком 19. и у току 20. века (Француски, Аустријски, Немачки, Швајцарски, Италијански, Грчки и др.), да не помињем законике који су донети за савремене прилике и који могу бити добри узорни свим правницима, који на било који начин буду укључени у ову активност.

Када је у питању доношење грађанског законика РС, предмет нашег интересовања могу бити бројна питања, почев од његове садржине, укључивања постојећих парцијалних закона из ове материје (Закона о облигационим односима, Закона о основама својинско-правних односа, Закона о наслеђивању и др.) и начину њихове хармонизације у један законик, па до уграђивања појединих решења, које садржи право Европске Уније (у конвенцијама, одлукама, препорукама или као *acquis communautaire*). Уосталом, Комисија за израду грађанског законика сачинила је подужи списак питања која представљају изазов за кодификаторски рад и захтевају помоћ стручне јавности.

Ја сам се определила да се бавим само једним питањем које може бити од значаја, поготово ако се има у виду стање нашег

грађанског законодавства, као и законодавства у европским земљама, које, уобичајено, сматрамо погодним за упоређивање. Реч је о садржини Општег дела грађанског законика.

Општи део у грађанским кодификацијама

У разматрању овог питања најпре бих се, кратко, осврнула на питање општег дела у грађанској кодификацији, уопште и у нашем праву.

Најпре, Општи део, који је предмет мога разматрања, не треба изједначавати са уводним одредбама које има скоро сваки закон.² Њих садрже и законици који у својој садржини имају Општи део, попут, нпр, Грчког грађанског законика. Њима се регулишу, углавном, персонално, временско и територијално важење закона. Општи део није ни израз за правне принципе који се могу срести у законима који уређују ужу и хомогену правну материју, као што је стварноправна, облигациона, наследноправна, кривичноправна и сл. Општи део је примерен законцима који имају за циљ да на јединствен начин регулишу веома сложену и обимну правну материју, као што је грађанскоправна. Утврђивање општих правних принципа важећих за целокупну материју, било би веома тешко и они би представљали најопштије правне принципе, као што су принципи правичности, једнакости пред законом, уставности и законитости, правне сигурности итд. То су општи правни принципи и њихово понављање у Општем делу грађанског законика било би сувишно. Општи део, као саставни део грађанске кодификације, садржи опште појмове и институте заједничке осталим деловима законика.

Што се тиче нашег законодавства, у Србији је грађански законик донет средином 19. века (1844. год.), под великим утицајем Аустријског грађанског законика.³ Српски грађански законик, као ни његов изворник, није садржао Општи део, као ни Француски

² В. чл. 1-6. Француског грађанског законика.

³ Упркос изузетном значају који је овај законик имао за Србију у време када је донет, већинско је мишљење да је Српски грађански законик заправо скраћена верзија Аустријског грађанског законика. Ово само констатујемо, без вредносне оцене о томе, јер би нас то исувише удаљило од задате теме.

грађански законик донет пре Аустријског. Сматра се да је то последица прихватања традиционалне поделе грађанскоправне материје на лица (*personae*), ствари (*res*) и тужбе (*actiones*). Ако се има у виду да је реч о Гајевој подели, јасно је да се о општем делу није могло ни размишљати. Најпре, због тога што, по опште-прихваћеном схватању, римско право није вршило уопштавања, која су суштина садржаја општег дела. Затим, што је француско право имало велике симпатије за римско право, будући да је оно на југу Француске, мешањем са обичајним правом, важило као опште-важеће право. За систематику Француског грађанског законика од пресудног утицаја биле су Гајеве институције, а Гај је, иначе сматран класичарем римског права, приметио да се све норме могу поделити на оне које се односе на лица (*ius quod ad personas pertinet*), на ствари (*ius quod ad res pertinet*) и на суђења и тужбе (*ius quod ad actiones pertinet*), и по тој шеми изложио предавања или белешке о праву.⁴ Отуда ће подела грађанскоправне материје у *Code civil* бити трипартитна и узор и другим грађанским законцима донетим после њега, као што су Аустријски и, наравно, Српски грађански законик.

У систематици грађанскоправне материје, Општи део се среће код Немачког грађанског законика, који је донет доста касније, али су припреме трајале дуго и нису тако временски удаљене од времена ступања на снагу француског и аустријског грађанског законика. Сигурно је, стога, да установљивање општег дела у Немачком грађанском закону није плод неке посебне модернизације у кодификаторском раду, већ неких других околности. Гајеве

⁴ Гајеве Институције, иначе, садрже прву систематику правне материје, која је дуго била узор за све будуће уџбенике права, али и за законодавце. Оне садрже кратак увод, у коме се говори о томе на које грађане се примењује римско право, који су извори, као и како је систематизована материја коју излаже. Истини за вољу, Гајеве институције (по претпоставци, оригинална верзија) откривене су после доношења Француског грађанског законика, али су оне биле познате као део Јустинијановог кодекса. У правној науци се срећу и схватања да ова класификација не потиче од Гаја, као и да се не ради о систематизацији правних норми у којој би се свака норма налазила у одговарајућем делу, већ о начину посматрања правне норме на три начина, с аспекта субјекта, објекта и начина остваривања права из норме. Више, Р. Паунд, *Јуриспруденција*, књ. III, 2000. г, стр. 20, посебно, напомена бр. 67 и 68.

институције су објављене у време историјскоправне школе, али се део немачке правне науке - пандектисти (они правни теоретичари који су се залагали за враћање изворном римском праву), морао њима бавити, као и осталим деловима *Corpus iuris civilis*. Иначе, подела грађанскоправне материје у Немачком грађанском законнику добила је назив пандектна по Пандектама (Дигеста), које су, такође, чиниле део Јустинијанове кодификације.⁵ Могуће је да су Гајеве институције биле инспирација за нове идеје о систематизацији грађанскоправне материје, пошто ни Гајева подела није била доследна.⁶ Не треба занемарити ни Савињијево противљење кодификацији грађанског права, нарочито на начин како је то урађено у Француској. Његов историјскоправни приступ систематизацији грађанскоправне материје налагао је анализу правних концепција, правних принципа и прописа у развоју права, и установљавање универзалних категорија, које се јасно међусобно разликују.⁷ Неке од разлога за појаву Општег дела у Немачком грађанском законнику треба тражити и у филозофско-социолошкој оријентацији тога периода која проистиче из рационализма, као доминантног схватања. Сасвим упрошћено речено, рационализам, као основ развитка друштва, узима разум, универзални појам који може све да повеже, проучи и ослободи.⁸ Тачније, општи принципи људског

⁵ Иако су пандектисти материју приватног права делили на општи и посебни део (имовинско право, које обухвата стварно, наследно и облигационо, и породично). Као и у случају Гајевих институција, и Дигесте су имале интересантну "класификацију", при чему се много водило рачуна о поступку, јер долазе из времена у коме законско право још није било развијено, већ је важио систем правних лекова.

⁶ Наиме, Гај је део о наследном праву поделио на два дела, што и данас изазива бројне недоумице у погледу разлога којим се руководио. Више у: Гај, Институције, Нолит, 1982. г., у предговору О. Станојевића, стр. 9-27.

⁷ Зато Савињи предлаже следеће делове приватног права: извори права, правни односи, примена правних прописа на правне односе, Стварно, Облигационо, Породично и Наследно право. У овом предлогу се оцртавају обриси Општег дела, који ће касније, нешто друкчије уобличен, постати део Немачког грађанског законика.

⁸ Рационализам се јавља као замена за идеју о богу као једином творцу и покретачу историјског развитка друштва. Кодификације, уопште, још од најранијих дана и јесу покушаји да се уређење друштва препусти световном домену и изађе из доминације религије и цркве.

живљења и основне вредности могу се открити једино путем разума и применом логике која ће све то претворити у систем регула - правни систем. Указивање на примену логике говори о високом степену развоја, поред природних, и друштвених наука. У Немачкој је већ постојала богата ризница проучених правних појмова, уочених веза међу њима, као и дела о систематизацији правне материје, итд. Дуготрајни рад на Немачком грађанском законнику (око 23 године), морао је уродити посебном класификацијом, са пажљиво уређеном садржином, од рубрума до појединих решења. Исто тако, неки посебни услови у којима је донет Немачки грађански законик наметнули су потребу Општег дела. Наиме, поред несигурности и прегломазности немачког права, многа решења из старог обичајног права била су у потпуном нескладу са новим приликама. То је случај са заступништвом и изјавом воље, што је било довољно да се створи простор за јединствена или општа решења. Ако се има у виду да је изјава воље (дата лично или преко другог) основни елемент уговорног права, до општег појма правног посла није било тешко доћи. Уз појам правног посла дошао је и појам правне радње, правне чињенице, правног објекта, као и јединствено регулисање правних субјеката (нарочито правних лица), као носилаца субјективних права (овлашћења и обавеза).

На увођење Општег дела у Немачки грађански законик, сигурно је од изузетног утицаја било опште немачко право (*gemeines Recht*), које је представљало модерно римско право и које је, као амалгамом, повезивало поједине делове обичајног права.⁹ Најдоследнији у прихватању Општег дела као саставног дела је Грчки грађански законик, који је ступио на снагу 15. марта 1940. год. Интересантно је да и Грађански законик Руске федерације, донет у новије време (1995. год.), такође, садржи Општи део (Раздел I. Общие положения).

Из овога што је речено произлази да су се приликом доношења грађанских законика после доношења француског, тј. немачког

⁹ Овај чинилац је важан, али у склопу осталих. Наиме, познато је да и у англоамеричком праву постоји опште право (*common law*), које повезује права држава чланица, а да ипак није дошло до доношења грађанског законика САД. На ово указујем да се, приликом доношења грађанских законика, не би изгубили из вида и други важни чиниоци и циљеви, о којима је доста тога сазнатог.

грађанског законика, национални кодификатори опредељивали, више-мање, између ове две шеме: институционе и пандектне. Данас, када се у Србији припрема грађански законик, поставља се питање да ли је потребан Општи део и, што је још интересантније, шта би он садржао. Заправо, одговор на питање оправданости општег дела зависи од његове садржине.

Од разлога који су руководили друге творце грађанских законика за опредељење за један или други систем систематике у грађанским законима, остало је веома мало. Поред тога, неуједначено регулисање грађанскоправних односа у посебним законима у нашем праву, нарочито у погледу потпуности уређења грађанских односа (Закон о основама својинско-правних односа, Закон о облигационим односима и Закон о наслеђивању), пружа аргументе и за један и за други систем распореда грађанскоправне материје. Истини за вољу, до каквог-таквог уједначавања ове материје, може се лакше доћи путем општих појмова и приципа, него без њих. Међутим, већ постојећа регулатива неких појмова и института, нарочито у законима који важе већ три деценије (донетих у различито време, под различитим утицајима и сл.), отежава у великој мери поступак уопштавања. Тако, нпр., у Закону о облигационим односима регулисана је делом и материја општег дела: изјава воље, правни посао, пословна способност за закључење уговора, мане воље, форма, услов, рок, заступништво, застарелост. Ова материја је у Немачком грађанском законнику регулисана у Општем делу. На другој страни, питање је да ли има разлога за њихово уређење у општем делу. Конкретно, да ли су они такви да могу бити од значаја за правне односе који се налазе у посебним деловима - стварном, облигационом, наследном и породичном праву; имају ли својство општости, или број изузетака од општег појма не оправдава ту карактеристику.

Установљавање општих појмова је дело правне науке и од највеће је помоћи у изучавању права. Велики број конкретних права и појмова отежавало би, због низа специфичности, проучавање сваког од њих понаособ. На другој страни, уочено је да су многа права и појмови слични по неким карактеристикама, а различити по другим. Отуда су их правни теоретичари, полазећи од сличности, а одбацујући специфичности, сврставали под један, општи појам. За

ту правну делатност требало је имати у виду одређене критеријуме, тј. принципе, који ће омогућити „повезивање“ низа правних појмова или права у један општи појам. Изучавање општег појма омогућавало је познавање основних својстава и свих осталих појмова (права) којима је управо тај општи појам заједнички именитељ. На тај начин је лако савладаван правни систем, састављен од великог броја правних појмова, права, института. Даљи „поступак“ се сводио на савладавање посебности појединих појмова или изузетака од општег појма.

У истој мери у којој је укрупњавање појмова и права економично за правне теоретичаре, значајно је и за правне посленике који се баве применом права. Њима, можда још и више. Наиме, судија мора да пресуди случај, чак и када нема адекватне правне норме за дати случај, често ни сличне. У том случају ће пресудити на основу претпостављеног правила, до кога ће доћи изналажењем извесне сличности са општим својствима појмова датог правила. До грешке неће доћи ако постоји сличност у битним својствима. У свему томе је од значаја начин утврђивања заједничких и битних особина, као и оних занемарљивих, без утицаја на општи појам. Зато ћу размотрити у којој су мери појмови и институти, који се традиционално сматрају општим за целокупну грађанскоправну материју, заиста заједнички свим деловима грађанског права и могу носити обележје општости, тј. чинити садржину Општег дела. При томе имам у виду садржину Општег дела Немачког грађанског законика, која се углавном сматра и садржином дела уџбеника грађанског права под називом Општи део или Увод у грађанско право.¹⁰ То је традиција наше правне науке, нарочито послератне, јер је, ослобођена узора у Српском грађанском законнику због његове аброгације, прихватила пандектни систем за наставу грађанског права на универзитетима. Такође, напомињем да ћу овим радом обухватити само правне субјекте, изјаву воље као најзначајнију правну чињеницу приватног права и еманацију правних субјеката, док би се правним објектима, заступништвом и застарелошћу (у оквиру вршења права), као и

¹⁰ Овом приликом нећу улазити у расправу о разликовању увода у грађанско право и општег дела, те упућујем на: О. Станковић, В. Водинелић: Увод у грађанско право, Београд, 1995. г., и Р. Ковачевић-Куштримовић, М. Лазић, Увод у грађанско право, Ниш, 2008. г, стр. 2.

заштитом грађанских субјективних права, за које држим да су, такође, део садржине Општег дела, бавити у следећем раду. Таква подела је, поред моје замисли, опредељена и ограничавањем дужине рада само до одређеног обима.

А) Правни субјекти

У већини уџбеника грађанског права, у делу у којем се излажу појмови и институти заједнички за целокупну грађанскоправну материју, прво место припада правним субјектима (правним лично-стима).¹¹ Тако је и у Немачком грађанском закону (§§ 1-89). Оправдање за прво место у регулацији грађанскоправне материје правда се улогом коју имају правни субјекти у праву. Они су везивне тачке свих правних односа, носиоци овлашћења и обавеза. Човек - физичка личност, као једино свесно биће, творац је правног поретка, његов „први разлог“, и једини „прави“ субјект. Правни поредак се успоставља ради човека, а својство субјекта - правна способност, признаје му се управо ради могућности да има права и преузима обавезе. Зато се човек узима као „природни“ правни субјект, носилац свих правних односа, и, отуда, неспорни општи правни појам. Човек је дуго био и једини или доминирајући субјект у праву, стварајући тако модел правног субјекта.¹² Зато се чини да нема разлога да он не буде на првом месту у систему општих појмова и института у Општем делу грађанског законика. Човек - физичко лице, као субјект у праву, има „аутономни“ субјективитет на основу природних својстава: да је свесно биће и да је правни систем његова творевина којом регулише међусобне односе у заједници.

¹¹ Правним субјектима је прво место резервисано и у уџбеницима који се пишу у земљама чији су законици прихватили институциону шему за распоред грађанскоправне материје.

¹² Међутим, та „представа“ је ударила неизбрисив траг на учење о правном субјективитету, јер се у свим расправама о субјективитету увек полазило од човека, физичког лица, као субјекта у праву, а његова својства наметала и другим облицима субјективитета. Више, Ковачевић-Куштримовић, Р., „Прилог теорији правних лица“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. XXIX, 1989.

Међутим, поред човека, физичког лица као правног субјекта, већ од најраније историје права, а данас нарочито, јавља се и правно лице као правни субјект. Правно лице се од физичког лица разликује по много чему; њега чини скуп физичких лица, што компликује начин поступања у праву, нарочито могућност стварања воље (или предузимања недопуштене радње - деликта), као основних правних чињеница битних за правни субјективитет. Поставило се и питање, на који начин удружење физичких лица, коме се не може порећи значај у праву, може „из социологије прећи у право“, односно имати исти правни статус као појединац. Зато је овај облик субјективитета најпре негиран, а тек касније прихваћен. Појавиле су се бројне теорије које су покушале да дају одговор на то питање. Основни проблем је настао због покушаја да се правно лице као правни субјект уобличи по угледу на физичко лице, које је стекло статус јединог правног субјекта по природи ствари. Тек касније је уочено да је и физичко лице, тзв. природни правни субјект, *contradictio in adjecto*, јер је и оно до статуса правног субјекта стигло посредством права. Дакле, до одговора се дошло уочавањем чињенице да је у историји права човек могао бити без правног субјективитета (нпр., роб у раном римском праву) и да је до тог својства дошао признавањем од стране правног поретка. Тако је субјект постао правни појам (апстрактни појам), који има одређену функцију, коју може, поред физичког лица, обављати и удружење или организација физичких лица.¹³ Остваривање ове функције је захтевало одређене услове, уосталом, као и за физичко лице. Тако је занемаривањем бројних својстава физичког лица (да је јединка, да може изјављивати своју вољу, обавезивати се и одговарати за штету коју другоме проузрокује), створена још једна врста правних субјеката која има сличности са физичким лицем, али и доста разлике, с обзиром да се све што важи за појединца умногостручује, али не простим збрајањем, већ на начин који право прописује. То је дало за право да Прво поглавље Немачког грађанског законика носи наслов: Лица - правни субјекти.

На другој страни, може се поставити и питање, да ли се општост појма правног субјекта не нарушава његовим „деловањем“

¹³ Види, Raymond, M. *Personne et sujet de droit*, Rev. trim. de droit civil, Paris, No 4.

у праву у појединим грађанскоправним односима, који су, као што је познато, веома различити. Наиме, правни субјекти, било физичко или правно лице, јесу власници, повериоци, дужници, потрошачи, емитенти шкодљивих утицаја, старатељи, супружници, наследници, оставиоци итд, дакле, „распрострањени“ су у стварноправним, облигационоправним, наследноправним, привредним, породично-правним и другим грађанскоправним односима. У свим наведеним случајевима, правни субјекти имају одређену, али не истоврсну социјалну и правну улогу. Тако, власник држи, употребљава и располаже са ствари, задовољавајући своје потребе (материјалне и остале), и његов субјективитет се реализује овлашћењима држања, коришћења и располагања стварју. Поверилац је овлашћен да од дужника захтева одређену радњу, а оставилац да слободно располаже заоставштином - имовином стеченом за живота. Међутим, све ове модификације правног субјекта у појединим грађанскоправним односима, не доводе у питање општи појам правног субјекта као носиоца овлашћења и обавеза. Власник, поверилац, оставилац, супружник и сл. су носиоци тих грађанскоправних односа; из тих односа, зависно од њихове врсте, настају различита овлашћења и обавезе, а то је функција правног субјективитета. Њихова конкретна улога у појединим грађанскоправним односима не мења њихово опште обележје правног субјекта, јер је оно „маска“ за различите улоге у праву, за остваривање низа различитих права и обавеза.

Истина, ради реализације ових односа, право је морало да правним субјектима призна још једно својство које се назива пословна способност. Оно је нарочито важно за физичка лица, јер се она рађају неспособна да остваре овлашћења и обавезе ради којих им је признато својство правног субјекта.¹⁴ За то се захтева одређени степен зрелости. Наиме, полазећи од значаја законом признатих овлашћења, у циљу остваривања како индивидуалних, тако и општих циљева, физичка лица стичу пословну способност на одређеном степену узраста, уз испуњење осталих услова које право поставља. Могућност самосталног коришћења датих овлашћења и

¹⁴ Код правних лица се, начелно, тај проблем не поставља, јер правно лице чине пословно способна лица на једној страни, због чега је интересантнији начин формирања јединствене воље.

обавеза, решава се помоћу овог правног појма - пословна способност, и о томе ћемо нешто касније.

Међутим, правно лице још увек остаје у проблему, упркос чињеници да му је признато својство правног субјекта. Наиме, појам правног лица као правног субјекта не показује висок степен хомогености, јер се правна лица оснивају за остваривање веома различитих циљева, што, са своје стране, утиче на уопштавање појма ове врсте правног субјекта. Тако се правно лице, као правни субјект, може јавити, поред форме удружења или организације коју чини већи број физичких лица, и у форми појединца, као нпр., у случају радње или приватног предузећа (са једним власником). Правна теорија не успева, чак ни помоћу артифицијелних критеријума, да изврши неку крупнију поделу правних лица, осим неких основних (нпр., подела на установе и удружења, на лична и безлична правна лица, итд.). То није било могуће ни у примитивним друштвима, када су број и значај правних лица били мањи, а ни данас када су се друштвени односи толико променили да је друштвени живот незамислив без правних лица. Међутим, то није могла бити сметња за уопштавање и прихватање општег појма правног лица. Очигледно је да се идеја о „вечности“ правних правила, која би им давала снагу за примену, преобратила у идеју о сталној отворености за непрестане и дубоке друштвене промене. Данашње прилике то најочигледније показују. То је дало правац правној науци и пракси да се испод рубрума „правни субјекти“ могу наћи и физичко и правно лице, без бојазни да су истим појмом обухваћене различите ствари. Различитост циљева због којих се удружењима физичких лица или само једном лицу признаје својство правне личности или субјекта, не може битно утицати на општост појма правног лица, као правног субјекта, јер се и физичком лицу својство правне личности или субјекта признаје за остваривање веома разноврсних овлашћења и преузимање исто толико разних обавеза. Па ипак, то не доводи у питање општост својства да физичко лице (власник, титулар права службености, поверилац, купац, старатељ, усвојитељ, оставилац, итд.) мења својство правног субјекта. Оно је, као што је већ истакнуто, правна „маска“ за остваривање одређених друштвених циљева. Ако се под правним субјектом подразумева правна апстракција или „измишљени“ појам са одређеном сврхом,

онда је јасно да се он може пунити различитим садржајем. Чини се да је правна теорија одговор на питање суштине правног субјекта морала да дâ управо због појаве правних лица, као све значајнијих носилаца правних односа, нарочито на плану грађанског права. Када је суштина постојања правног субјекта, правне личности, нађена у правним критеријумима, онда је било лако доћи до закључка да ни физичко лице није природни правни субјект, већ се и њему то својство признаје, и да њихова различитост не утиче на општи појам правног лица, а заједно са физичким лицем као правним субјектом, на јединствен појам правног субјекта.

На другој страни, сматрам да се у општем делу правна лица могу уредити само на најопштији начин: појам правног лица, елементи појма, настанак - врсте аката на основу којих се оснивају (са упућивањем на садржину из посебног закона о врсти правног лица), циљеви због којих се не могу оснивати, и основне врсте (зависно од циља ради којих се оснивају - удружења, друштва и задужбине), одговорност за проузроковану штету и престанак правног лица (са упућивањем на специјалне законе). Ако грађански законик буде регулисао само грађанскоправне односе, без привредних (што захтева измене Закона о облигационим односима, који на јединствен начин регулише грађанскоправне и привредне односе), онда појам правних лица може бити потпуније регулисан. У нашем праву је донет Закон о привредним друштвима (2004. г.); њиме је уређена материја најзначајнијих субјеката грађанског (привредног права) и он би важио као *lex specialis* за правна лица привредног права.

Правни субјективитет или правна способност праћен је, као што је већ речено, још једним квалитетом, а то је пословна способност. Он је израз потребе правних субјеката да самостално реализују својство субјекта као носиоца права и обавеза, које му право признаје *in abstracto*. Пословна способност је претпоставка за заснивање грађанскоправних односа. Овим правним својством правних личности реализује се субјективна претпоставка о релевантности воље за заснивање грађанскоправних односа, и на тај начин пословна способност прераста „из друштвено условљене појаве у појаву друштвених односа регулисаних правом“.¹⁵ Конкретно, то

¹⁵ Више, Митић, М., „Физичко лице“, Правни есеји, Лесковац, 1983. г., стр. 11.

значи да правни субјект може да располаже са ствари, да закључи уговор и обавезе се њиме, да сачини тестамент итд. Она је условљена природним могућностима физичког лица да може самостално, без заступника, да учествује у правном промету, у најширем смислу. Код физичких лица та могућност је условљена одређеним степеном зрелости. Зато се правом одређују критеријуми на основу којих се утврђује моменат стицања те способности. Предлажем да стицање пословне и тестаменталне способности физичког лица буде одређено у општем делу, као и престанак, односно ограничавање пословне способности. Ова правила су неизбежна за вршење грађанских субјективних права (стварних, облигационих, па и наследних), због принципа правне сигурности у имовинском праву. Остале правне способности физичких лица да својом вољом ставе у покрет неке специфичне друштвене односе, да створе субјективну претпоставку о релевантности воље, у породичном и наследном праву, као што су консултативна, тестаментална и друге способности, могу бити предмет уређења Породичним законом, односно у делу у коме се регулишу наследноправни односи.

Поставља се питање да ли пословна способност правних лица може бити регулисана у Општем делу? Ако се под пословном способношћу подразумева својство субјекта да самостално врши грађанска субјективна права, онда такву способност правна лица имају од самог почетка, од самог настанка. Функција пословне способности правних лица иста је као код правних лица. Она су увек¹⁶ и од самог настанка, пословно способни правни субјекти, за разлику од физичких лица која ту способност стичу тек са пунолетством. То представља извесну разлику између ових субјеката, али их и у овоме приближава исти циљ који се постиже овим правним појмом. Пословна способност правног лица омогућава самостално вршење грађанских субјективних права, као и физичким лицима, а када то није случај, ради заштите њихових интереса, њихова права врше друга лица по посебном правном инструментаријуму.

¹⁶ Изузетно, правна лица нису способна да самостално реализују права из круга делатности у случају ликвидације. Тако нпр., ликвидациони управник је, у вршењу овлашћења и преузимању обавеза, ограничен само на оне послове који су усмерени на ликвидацију привредног друштва. Види, чл. 356 Закона о привредним друштвима („Сл. гл. РС“, бр. 125/2004).

Међутим, највише приговора правне теорије на уопштавање појма пословне способности, било је на обим пословне способности. Физичка лица имају општу пословну способност и могу самостално вршити, начелно, сва права и преузимати обавезе, а правна лица само она која произлазе из оквира делатности ради које се оснивају. Истиче се да правна лица имају специјалну пословну способност. Правна лица имају пословну способност у складу са делокругом права и обавеза који настају у обављању делатности за коју је „одобрен“ њихов правни субјективитет. Пословном способношћу правна лица реализују само оне грађанскоправне односе (друштвене односе), које описује круг њиховог субјективитета. С аспекта појма правног субјективитета, који претходи пословној способности, то питање се не поставља. Наиме, ни физичка лица не „исписују“, у сваком појединачном случају, пуни круг у вршењу стицању и вршењу грађанских субјективних права. Нека физичка лица, упркос признању потпуне пословне способности, не буду у прилици, из разноразних разлога, да је реализују. Тако посматрано, пословна способност правних и физичких лица чини, такође, општи појам. На то не утиче чињеница што се пословна способност правних лица стиче њиховим настанком, као ни чињеница да је конкретно одређена правном способношћу. Правна способност, која је за физичка лица, до пунолетства, апстрактна и може се реализовати преко заступника, за правна лица се у моменту настанка претвара у конкретну могућност реализације права и без заступника. То може представљати извесну логичку збрку, али правна логика следи социјалне циљеве и у служби је функционисања друштвене заједнице и њеног даљег развоја, односно његових чланова – појединаца и њихових удружења, тј. организација. Зато је у општем делу потребно одредити само појам правне способности, као и то да правна лица не могу бити носиоци оних субјективних права која се односе само на физичких лица, чиме је одређен и обим пословне способности правних лица.¹⁷ Даље ограничавање правне (пословне) способности правних лица мора бити, због велике различитости међу појединим облицима правних лица, уређено посебним

¹⁷ У том смислу добра је формулација чл. 62 Грчког грађанског законика из 1940. год. (Code civil hellénique, deuxième édition, Athènes, 1981. год).

законима.¹⁸ У општем делу могу бити одређени још и моменат настанка и престанка правног лица, из разлога правне сигурности (али не и услови за његов настанак и престанак), затим, обавеза законског регулисања назива и седишта. Општим делом грађанског законика потребно је утврдити и обавезу одговорности правног лица за проузроковану штету другоме.

Б) Правни послови и правне радње

За приватно право воља представља основну чињеницу, за коју право везује многобројна правна дејства. Наиме, друштвени односи који спадају у домен грађанског права нису уређени само објективно, правном нормом, већ и субјективно, релевантношћу воље правних субјеката да их активира. То је последица природе приватног права које за основу има приватну својину, било као статични однос-држање, употреба и располагање са ствари, било као динамични-промет правима поводом ствари (и услов имовинске одговорности за проузроковану штету), и, најзад, као заоставштина којом оставилац слободно располаже у случају смрти. Као основно људско право, својина је израз слободе личности и, отуда, слобода коришћења и употребе ствари, као и слобода располагања по сопственом нахођењу. Она се може остварити слободном вољом титулара, која се изражава разним принципима приватног права као што су аутономија воље, једнакост и равноправност воља страна у уговору, слобода располагања за случај смрти итд. За законодавца то је налог да, под одређеним условима, вољи правних субјеката обезбеди правно дејство. Зато је од доношења првих савремених

¹⁸ У савременом праву је постало уобичајено да се поједине врсте правних лица, чак и подврсте у оквиру већих група, регулишу посебним законима. Иако се манир законског уређивања свих људских активности регулише законима (или актима нижим од закона), чини се да он не трпи замерке када су у питању правна лица. У нашем праву је то више него потребно, јер је дуго времена ова материја била потпуно законодавно запостављена. Разлози за такво стање леже у њиховој недовољној развијености у систему колективне својине на једној страни, али и данашњој тенденцији оснивања и гашења правних лица на начин да је немогуће установити одговорност за штете које проузрокују у свом раду (гашење једних и отварање - преименовање истих).

грађанских законика, воља, експлицитно, основа вршења приватно-правних односа. Она је субјективна страна грађанских односа, без које се они не могу реализовати. Воља, односно њен објективизирани израз - изјава воље (приватна изјава воље), има највише разлога да чини садржину Општег дела. Она мора бити одређена појмовно, као правна чињеница, која може произвести правно дејство ако је изјављена слободно, са намером субјекта да произведе правно дејство, и у границама закона.¹⁹ Општим делом се морају уредити и средства и начини изјаве воље, нарочито неки од начина који су од значаја у свим гранама грађанског права, као што су изричита и тзв. прећутна изјава воље (посебно правне последице „ћутања“ као начина изјаве воље).

Исто тако, потребно је на принципијелан начин разрешити однос између воље и изјаве воље; да ли ће се приликом тумачења правног посла водити рачуна о стварној или о изјављеној вољи и какво дејство давати речима којима је воља изражена (субјективно) или оно које речи имају уобичајено у правном промету (објективно). Поред тога, изјава воље може бити последица преваре од стране другог сауговорача, затим принуде, али и сопствене заблуде, због чега правни посао закључен на такав начин не представља правични инструмент, нити израз слободне воље у реализацији грађанских субјективних права. Законодавац мора имати у виду интерес једног сауговорача да овлашћења и обавезе буду последица његове воље, али да при томе не буду претерано повређена ни оправдана очекивања друге стране. Тако се изјави воље датој у заблуди или под дејством принуде, правно дејство може одузети само под одређеним условима.

Пошто је изјава воље основна правна чињеница за настанак, промену и престанак правног посла, онда се за њу морају предвидети и други услови, нпр, форма у којој воља, у појединим

¹⁹ У нашем праву су одредбе о изјави воље садржане у Закону о облигационим односима, у одељку о уговору (види чл. 28 и 29); губи се из вида да су уговори само врста правних послова, па се запоставља дејство воље (појам, садржина, форма и сл.) и у другим деловима грађанског права - у стварном (за конституисање *iura in re aliena*) и наследном праву. Општи појам воље био би од помоћи и у једном и у другом случају, а специфичности би биле уређене у одредбама које се односе на поједине институте.

случајевима, мора да буде изјављена. У Општем делу морају се одредити појам, врсте и дејство форме. Ово због тога што изјава воље у бројним случајевима мора бити дата у одређеној форми. Форма се јавља као битан услов код неких правних послова *inter vivos* (у грађанском и привредном праву), али и *mortis causa*.²⁰ То одредбама о форми даје карактер општости. На такав карактер форме не утичу чињенице што форма у појединим случајевима може бити различита по садржини (обична и нарочита, нпр., у наследном-тестаменталном праву, као и у брачном праву),²¹ затим по основу настанка (законска и уговорна), по дејству (битна - солемнитатна и доказна – пробациона).

Садржина изјаве воље може, поред битних елемената, имати и неке елементе којима се правни посао може мењати, било да се његово настајање услови наступањем (или ненаступањем) одређене чињенице или да се одређеном чињеницом орачи његово трајање. И у једном и у другом случају ради се о садржини изјаве воље; у првом случају то је услов, у другом - рок, због чега је у општем делу неопходно одредити њихов појам и дејство. Тако би код услова требало регулисати почетак важења правног посла у случају наступања одложеног услова, као и случај намерног осујећења наступања (или ненаступања) услова. Специфичности услова код појединих изјава воље, нпр, код тестамена, могу се уредити тамо где су и оне посебно уређене.

Изјава воље је основна чињеница за настанак, промену или престанак једне врсте грађанскоправних односа у форми најразличитијих врста правних послова. Зато се правни посао, као апстрактна форма бројних уговора, али и једностраних изјава воље, јавља као општи појам. Појам правног посла је настао на „формули“ уговора, али обухвата и једностране изјаве воље које могу бити

²⁰ На страну што се данас, заиста, може говорити о оживљавању форме, нарочито у појединим областима приватног права, чак и тамо где се одвија брз и фреквантан правни промет, као што је привредно право (разне врсте банкарских послова обезбеђења потраживања), затим у ауторском и патентном праву итд.

²¹ У савременим правним системима најчешће се захтева писмена форма, али се, за пуноважност правног акта, може захтевати и присуство сведока, овера потписа од стране надлежног државног органа, или да правни посао буде закључен пред судијом (уговор о доживотном издржавању).

правно делотворне, као што су тестаменталне изјаве, затим пуномоћје, јавно обећање награде и сл. Из тих разлога се појам правног посла не може избећи у Општем делу грађанског законика, јер се јавља као правна форма за реализацију изјаве воље. Ако се уређује изјава воље, онда је логично уредити њене најважније правне последице; само се помоћу правних послова у којима је изјава воље битан елемент, могу стварати, мењати и укидати конкретна субјективна права. На основу правних послова правни субјекти најчешће стичу одређена овлашћења, а други преузимају одређене обавезе, нпр, уговором о продаји, закупу или послузи, јавним обећањем награде, издавањем хартија од вредности и сл. Тако се може остварити основна идеја приватног права о слободи воље, којом се остварују могући, законом допуштени исходи или циљеви.

В) Неважност правних послова

Најспорније питање код садржине општег дела јесте питање неважности правних послова. Теорија неважности правних послова заслужује посебно разматрање. Реч је о правним ситуацијама у којима правни субјекти не могу да остваре циљеве које су имали у виду закључењем правног посла, јер им право, упркос прокламовању принципа аутономије приватне воље, не пружа правну заштиту. Из одређених разлога, правни поредак одузима правно дејство правним пословима, сматрајући их неважећим. Ја ћу покушати да укажем на потребу уређења неважности правних послова у Општем делу грађанског законика. Потешкоће у овом настојању почињу од самог почетка. Поставља се најпре питање шта уједињује све врсте разлога који спречавају наступање последица које су стране имале у виду. Ово утолико пре што је принцип аутономије воље подигнут на ранг основног начела приватног права, нарочито у материји уговорног права. Који разлози могу довести до рушења тог основног постулата? Затим, зашто се у неким случајевима одузимање правног дејства правним пословима или правним актима уопште подводи под случајеве апсолутне ништавости, а у другим је случај релативне ништавости? Са овом поделом свих облика неважности срећемо се у свим уџбеницима који се баве изучавањем грађанског права. Она је владајућа у упоредном као и у

нашем праву, које се, као неразвијено, увек угледало на европско-континентална права.

Оно што се као неспорно може одмах уочити, то је да је ова подела настала у римском праву, одакле је ушла у сва европска права, и то из процесних разлога.²² Тужбе усмерене на реституцију (*restitutio in integrum*), повраћај датог, служиле су за случајеве у којима до закључења правног посла није ни дошло, а *exceptio doli* - у случајевима када би било неправично правне послове, због неког унутрашњег недостатка (заблуде, преваре, принуде), одржати на снази. Треба рећи, такође, да је до овог уопштавања дошло касније; дотле је свака тужба имала сопствени „интегритет“ и није се разврставала у једну или другу групу. Подела неважећих правних послова на апсолутно и релативно ништаве задржана је чак и после доношења грађанских законика, тако да је она, из домена процесног права, ушла у материјално право. Тако је француско право прихватило ову поделу и за њен принцип узело врсту интереса који се повређује. Ако се правним послом вређа јавни (општи) интерес, правни посао је апсолутно ништав, а када је у питању повреда појединачног (приватног) интереса, правни посао је релативно ништав.²³ Исту поделу прихватиле су и правне науке и пракса осталих земаља романско-германског правног круга. Слична је ситуација и у англосаксонском праву. Наиме, и у овом правном кругу, правном послу који је произвео неправични резултат може се одузети правно дејство само на основу чињенице да је повређена правна норма којом се штити правна сигурност. На тај начин се, индиректно, признаје подела на апсолутно ништаве и релативно ништаве или рушљиве правне послове или радње.

Међутим, иако се разликовање на апсолутно ништаве и релативно ништаве или рушљиве правне послове, имајући у виду

²² То је условљено значајем тужбе у римском праву, која је, због непостојања објективног права у модерном смислу речи, као система општих норми којима се правним субјектима гарантују одређена права, имала значај субјективног права; по правилу: ако имаш тужбу, имаш и право.

²³ Овај критеријум поделе – врста повређеног интереса, био је на мети научне критике, као веома несигуран. Више, Mazeaud, H, L, et J: *Leçon de Droit civil*. Т II, 1962.

законске одредбе модерних грађанских законика,²⁴ изводи по критеријумима материјалног права, санкције за њихову неважност су начелно исте. Наиме, између ништавих и рушљивих правних послова разлике постоје у „претходној фази“, у којој се одређује ко је овлашћен да захтева поништење и у ком року, и сл. Онда када се исходи поништење правног посла, последице су скоро исте. Захваљујући томе и чињеници да се одузимањем правног дејства правном послу ограничава слобода воље правних субјеката у приватном праву, оба облика неважности (ништавост и рушљивост) имају заједнички именоватељ и представљају, несумњиво, општи појам.

Приликом разматрања овог питања и његовог места у општем делу, треба имати у виду и чињеницу да је оно, имплиците, одређено регулисањем воље и изјаве воље у општем делу. Ако се правилима о неважности правним пословима, као најважнијој творевини правних субјеката, гарантованој основним принципом о аутономији воље, одузима правно дејство, то су она, без сваке сумње, део садржине општег дела. При томе, имамо у виду чињеницу да су правни послови основни извори облигационих односа. Зато је питање неважности у нашем праву, у недостатку грађанског законика, уређено Законом о облигационим односима. У Закону су одређени разлози због којих уговор не може да произведе дејство које су стране имале у виду. Они су такви да доводе или до ништавости или рушљивости уговора, зависно од тога да ли се правним послом повређују когентне правне норме, јавни интерес и добри обичаји, или је реч о недостацима у изјави воље.

Међутим, питање које се и даље може поставити јесте да ли је теорија о неважности правног посла од истог практичног значаја и за делове грађанског права мимо облигационог права, дакле - за наследно и породично право. Будући да се и у једној и у другој грани права многи правни односи заснивају на принципу аутономије

²⁴ У Немачком грађанском закону ништави правни послови су они који су противни добрим обичајима, у Закону о облигационим односима то су они правни послови који су супротни императивним правним нормама, јавном поретку и добрим обичајима, у француском праву се ништавост, односно рушљивост правног посла цени зависно од “квалитета“ да ли се њиме вређа општи или приватни интерес.

воље (тестаментално право, наследноправни уговори, брачни уговори итд.), то су правила о неважности скоро истоветна. И у наследном и у породичном праву има правних аката који, због извесних недостатака, не могу да произведу правно дејство од самог почетка-ништави су, док су други, такође, ништави, али се могу конвалидирати (оснажити) под одређеним условима, и за њих важи посебан правни режим, супротан у много чему од режима за апсолутно ништаве правне послове. Тако се у Закону о наслеђивању²⁵ регулише ништавост завештања на исти начин као и ништавост правног посла. Наиме, завештање је ништаво ако је његова садржина противна принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима.²⁶ Исте су и одредбе о лицима која се могу позивати на ништавост, о дејству ништавости и о роковима застарелости (чл. 161, 162. и 163). Сличне су и одредбе о рушљивости завештања (чл. 164. и 165). Јасно је, стога, да је појам неважности општи и заједнички појам и да је користан свим гранама грађанског права.²⁷

При опредељењу за или против лоцирања појма неважности у Општи део грађанског законика морамо се руководити и потребама усклађивања нашег са правом ЕУ²⁸, при чему општи појмови могу бити од изузетне користи. Усклађивање се може успешније остваривати преко општих појмова, који битно не нарушавају одступања у појединим случајевима, и на тај начин очувати систем логички повезаних и међусобно усклађених правних норми.

²⁵ „Сл. гласник РС“, бр. 46/95 и 101/2003.

²⁶ Види чл. 155. Закона о наслеђивању.

²⁷ Има много основа за веровање да је теорија уговора израсла из наследног права, будући да је у римском праву оно било најразвијеније и посебно значајно, због односа сродства, као битног за организацију првобитних друштвених заједница.

²⁸ Ковачевић-Куштримовић, Р, Лазић, М: „Грађански законик Србије и право Европске Уније“, Правни живот, тематски број, Право и слобода, том III, бр. 11, стр. 209.

Резиме

Грађански законици донети у 19. и 20. веку целокупну грађанску материју систематизовали су, по правилу, у три дела (лица, ствари и тужбе), почев од Француског грађанског законика, или у пет делова (општи део, стварно, облигационо, наследно и породично право), као у Немачком грађанском законнику. Правни теоретичари су истицали велики број аргумената за један или други начин поделе. При томе, једно од веома спорних питања, како у време кодификације, тако и после њеног завршетка, било је значај и садржина Општег дела, као саставног дела грађанског законика. Србија је данас пред изазовом доношења грађанског законика. Поред осталих циљева, његово доношење треба да олакша усклађивање права Републике Србије са правом Европске уније. Међутим, доношење Српског грађанског законика отворило је бројна питања, међу којима и питање систематике. За мене је од посебног значаја увођење Општег дела из неколико разлога. Најпре, зато што је преко општих појмова једноставније усклађивање са правом ЕУ. Затим, што су општи појмови заједнички за остале делове грађанског законика, чиме се поједностављује уређење појединих грађанскоправних односа. Избегавају се понављања, а специфичности лакше уочавају. Поред тога, општи појмови омогућавају практичарима аналогију у случајевима када за дати случај није могуће наћи конкретну правну норму. Оно што представља извештан проблем јесте то, што је грађанска материја, упркос извесној сличности, прилично хетерогена, па је тешко утврдити који су појмови или институти заједнички свим грађанскоправним односима. Сматрам, ипак, да садржину општег дела треба да чине следећи правни институти: правни субјекти, изјава воље и правни посао, неважност правних послова, заступништво, правни објекти, начела у вршењу и заштити грађанских субјективних права.

Prof. Radmila Kovačević-Kuštrimović, LL.D.
Full Professor
Law Faculty, University of Niš

THE CONTENTS OF THE GENERAL PART OF THE SERBIAN CIVIL CODE

Summary

*In this paper, the author deals with the legal systematics of the Serbian Civil Code, focusing in particular on its General Part. The author indicates numerous problems and difficulties in the legal regulation of the extremely complex subject matter of civil law. One of these intricacies refers to the General Part, as a constituent part of the Civil Code. Speaking in simplified terms, the European-continental codifications are based on two systems for the classification of the civil law subject matter. One of the classification systems includes three elements: *personae*, *res* and *actiones*; this structural pattern has been applied in framing the French Civil Code and other codes designed on the French model. The second structural pattern comprises five elements, including the General Part and specific areas of law (Real Property Law, Law of Obligations, Succession Law and Family Law). Considering the fact that the Republic of Serbia is still in the process of adopting its Civil Code, the author examines the need for the General Part by analyzing the concepts and institutes which would be common and functional in all parts of the Civil Code. Given the limited volume of this article, the author has chosen to examine only some legal institutes (such as: legal subjects, the statement of will, legal transactions, and invalidity of legal transactions) as possible contents of the General Part of the Civil Code.*

Keywords: *General Part of the Civil Code, legal subjects, statement of will, legal transactions*