

Проф. др Оливер Антић

Правни факултет Универзитета у Београду
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

МОРАЛ (ЕТИКА) У ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ

У раду, аутор говори о два основна начела на којима почива грађанско право – начелу приватне аутономије (аутономији воље) и начелу савесности и поштења. Приватна аутономија, која своје порекло изводи из теорије аутономије воље, одбрана је индивидуалистичког, а тиме и егоистичног принципа у праву, пре свега, потврда постојања субјективних грађанских права, али и гаранција положаја и улоге воље појединца у заснивању, промени и престанку грађанских субјективних права. Начело савесности и поштења супротставља се начелу аутономије воље у смислу неопходности борбе супротности, а тиме и равнотеже, између егоистичког у праву, с једне, и етичког и социјалног, односно заједничког, друштвеног, колективног, с друге стране. Право без етике је неправедно, неморално право, „право“ које лако склизне у зону антиправа, насиља па и злочина. О томе, нажалост, сведочи историја цивилизације. Морал, етика без правне санкције, дакле без права, немоћни је праведник који опомиње и запомаже, али без могућности да спречи превару, насиље, па и злочин. Етички систем лишен права је високи саветодавац кога готово нико, чак и када га разуме, не слуша. У свету различитих интереса, правни и морални поредак упућени су на заједништво, на преплитање, на коегзистенцију. Ко не разуме етику, тај не може разумети суштину права; ко, пак, не схвата право, тај засигурно не разуме смисао, сврху, живот етике. Отуда, право и етика не смеју да буду два раздвојена ентитета.

Кључне речи: Морал; Етика; Грађанско право; Приватна аутономија; Савесност и поштење.

Оливер Антић, antic@ius.bg.ac.rs.

Рад је објављен у оквиру рада на пројекту „Развој правног система Србије и хармонизација с правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“, за 2012. годину.

1. УВОД

Грађанско право почива на два основна начела: на приватној аутономији (аутономији воље) и савесности и поштењу. Приватна аутономија, која своје порекло изводи из теорије аутономије воље, у сваком случају је одбрана индивидуалистичког, а тиме и егоистичног принципа у праву, пре свега, потврда постојања субјективних грађанских права, али и гаранција положаја и улоге воље појединца у заснивању, промени и престанку грађанских субјективних права. Како су и у природи и у друштву иманентни закони дијалектике условљени свеприсутним супротностима, противтежама, противречностима, тако и приватна аутономија мора имати своју другу страну, а она се огледа у савесности и поштењу. Начело савесности и поштења супротставља се начелу аутономије воље у смислу неопходности борбе супротности, а тиме и равнотеже, између егоистичког у праву, с једне, и етичког и социјалног, односно заједничког, друштвеног, колективног, с друге стране. Као што су теретни уговори, будући да се сви заснивају на идеји размене, најнепосредније везани за приватну аутономију, где сагласности воља претходе, неретко, тешки и дуготрајни преговори с циљем усаглашавања супротстављених интереса, тако су добротини уговори најнепосредније повезани са савесношћу и поштењем у најширем смислу (исказивање племенитих емоција без материјалног интереса, нпр. захвалности, љубави, дивљења и сл.), у којима не може бити таквих преговора и предострожности као у теретним уговорима (поклон се, нпр. или одмах прихвата, или одбија, наравно, друго је питање заблуде када поклонопримац може из моралних разлога поклон вратити), али и једни и други, уз све разлике, подвргнути су одређеним заједничким правилима, која су, пак, резултанта равнотеже ова два велика начела.

Начело савесности и поштења било је у минулим вековима различито формулисано, његове границе биле су уже или шире, његова садржина се мењала, али оно је било увек присутно, као добра вера (*bona fides*), поштовање дате речи, поштовање преузетих обавеза све док су околности у основи исте као што су биле у тренутку уговарања, затим обавештавање о битним својствима ствари приликом преговора и сл. Ово начело има посебан значај у облигационом праву, и то како у класичном, тако и у трговинском, одн. привредном праву. Савесност и поштење су, наиме, таква врста обавезе која претходи свим другим обавезама – које ће тек настати настанком облигације, али прати облигацију, у извесном смислу њен је део, све до њеног престанка (гашења). Начело савесности и поштења и сви његови шири или ужи деривати представљају примену етике, морала у грађанском праву, јер морал без права је врло ограничен у свом дејству, а у савременим

условима готово немоћан, док је право без морала неправедно право, право које је на сигурном путу да постане антиправо, а то се у историји већ више пута дешавало. Управо, то су разлози због којих треба указати на бројна места примене моралних (етичких) правила у области материјалног и процесног грађанског права.¹

2. ЕТИЧКЕ (МОРАЛНЕ) НОРМЕ У ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

У недостатку грађанских кодекса у свим бившим федералним јединицама СФРЈ, начела и одредбе које имају општи карактер, садржана у Закону о облигационим односима, представљала су неку врсту замене за општи део грађанског законика. Отуда, произлази потреба да се, пре свих других, размотре управо ти принципи и норме.

У Закону о облигационим односима начело савесности и поштења постављено је императивно, стране су *дужне* да се придржавају овог начела. Ова дужност обухвата како период *заснивања* облигационог односа, тако и период *остваривања* права и обавеза из тих односа. То значи, да је ЗОО већ у једном од два темељна начела обавезао учеснике и на тзв. предуговорну одговорност (*culpa in contrahendo*), односно савесност и поштење обавезују и пре но што настану обавезе које произлазе из настале облигације. Другим речима, савесност и поштење налажу и обавезују да се правни субјекти већ у преговорима, чији је циљ заснивање облигационог односа, држе овог начела, да другу страну обавештавају о свим релевантним својствима ствари и околностима случаја који су од значаја за заснивање облигације. У ствари, то отвара могућност да управо зато што облигација није настала, и то због огрешења о начело савесности и поштења једне стране, она тада настане, само у другом облику и без намере правних субјеката. То ће, нпр. бити случај када једна страна неосновано прекине већ одмакле преговоре ради закључења уговора, друга страна тиме, по самом закону, стиче право на накнаду штете. Ово начело се, наравно и тим очигледније, примењује и пошто је облигациони однос већ настао. Оно обавезује не само дужника већ и повериоца. Дужник који, нпр. хоће да испуни своју обавезу о року, али тако што пред саму поноћ, на неколико минута пред истек рока, понуди повериоцу исплату великог износа новца у ситним апоенима кованог новца, не поступа у складу с начелом савесности и поштења, те поверилац има право да такво „испуњење обавезе“ одбије, а дужник ће трпети последице доцње. Поверилац који је овлашћен да одреди време дужникове престације, не по-

¹ У раду цитирани прописи односе се на право Р. Србије, али суштина одредаба је у основи иста у свим позитивним прописима држава насталих из бивше Југославије.

ступа у складу с начелом савесности и поштења ако то захтева нпр. у тренутку када дужник лежи болестан с високом температуром.

Етички одн. морални поредак се у Закону о облигационим односима пре свега појављује у најопштијем ограничењу приватне аутономије субјеката, одн. њихове диспозиције.

3. ДИСПОЗИЦИЈА СУБЈЕКТА

Диспозиција субјеката се односи на слободу коју субјекти имају у односу на конкретан уговор. То је, у ствари, примена слободе уговарања на конкретан случај. Слобода уговарања је, наиме, најопштији принцип уговорног права и отуда је апстрактна, тако да подразумева само основну опцију, уговорати или не. Другим речима, то је слобода уговарача да својом слободном вољом уреде садржину свог уговора.² Закон о облигационим односима је диспозицију субјеката сврстао у ранг начела и дао јој, чини се, можда, преширок маргинални наслов – Аутономија воље: „Стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи.“³ То значи, да садржина облигације која настаје уговором није у надлежности закона, већ уговарача. Такође, наведена одредба опомиње да та надлежност у одређивању садржине није безгранична, већ је, напротив, омеђена широким границама које су постављене императивним нормама, јавним поретком и етичком суштином права која је окупљена око појма добрих обичаја.⁴ Значај воље страна видљив је и у основним правилима тумачења, где је одређено да се при тумачењу спорних одредаба уговора не треба држати дословног значења употребљених израза, већ треба истраживати заједничку намеру уговарача...⁵

3.1. Принудни прописи

Воља уговарача, односно њихова обећања морају се кретати у оквирима принудних, императивних прописа. Принудни прописи који ограничавају слободу воље, односно слободу обећања правних субје-

² Дакле, слобода уговарања се сада конкретизује кроз слободу уговора. У том смислу, слобода уговора се у англо-америчком праву назива *freedom of contract*.

³ Члан 10 ЗОО.

⁴ У Скици проф. М. Константиновића, у чл. 1, тач. 1, било је предвиђено: „Стране уговорнице су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и морала, да своје односе уреде по својој вољи“.

⁵ Вид. чл. 99 ЗОО. Приликом тумачења, наравно, узеће се све у обзир, и сам текст уговора, односно употребљени изрази, намера странака, кауза уговора, која упућује на врсту уговора, а тиме и на диспозитивна и императивна законска правила која важе за конкретну врсту уговора.

ката могу бити веома разноврсне природе: грађанскоправни, тј. приватноправни прописи, домаћи и међународни, али и кривичноправни, управноправни, и то не само законски већ и подзаконски акти, нпр. у одређеним ситуацијама (нестација неких значајних врста робе и сл.) влада може, сагласно уставним прописима, да донесе уредбе које имају последице и на облигационе уговоре. Принудне прописе предвиђа, наравно, и основни извор облигационог права код нас, а такве норме се налазе у основним начелима Закона о облигационим односима,⁶ али и у низу конкретних норми.⁷ Императивни прописи се, у ствари, односе на садржину уговора и од њих зависи допуштено, односно недопуштено предмета и каузе уговора. Принудни прописи су статичан правни појам, јер је њихов број, ма колико велик, увек одређен у датом тренутку у једној држави, односно правно организованој заједници (нпр. Европска унија), односно тај појам је непосредно везан за *numerus clausus* позитивноправних прописа који у материји уговора имају као последицу апсолутну ништавост, која може погодити уговор у целини или само неке његове клаузуле.

3.2. Јавни поредак

Јавни поредак се може схватити у ширем или ужем смислу. У ширем смислу, то је скуп свих ограничавајућих правила која чине границу између допуштеног или недопуштеног у уговорном праву.⁸ У ширем смислу, дакле, јавни поредак подразумева и принудне прописе, и добре обичаје, и моралне норме. Ипак, релевантни прописи и у упоредном праву, али и домаћи прописи чине разлику између императивних норми, јавног поретка, добрих обичаја; понекад се издвајају и мо-

⁶ То су оне начелне одредбе ЗОО које се могу непосредно применити, нпр. одредба да у облигационом односу стране могу бити само физичка и правна лица (члан 2), што, поред осталог, значи да су животиње искључене, или одредба о равноправности страна у облигационим односима (члан 11), која је последица уставноправног начела равноправности, или забрана коришћења монополског положаја (члан 14), која, у ствари, произлази из равноправности страна, такође и начело еквиваленције престаџија (члан 15), које је конкретизовано у самом Закону у правилима о одговорности за материјалне и правне недостатке, правилима о прекомерном оштећењу, забрани зеленешких уговора и у правилима о раскиду или измени уговора због промене околности и сл.

⁷ На пример, забрана промене рока застарелости (члан 364), стопа уговорне камате (члан 399), камата на камату (члан 400) и др. Императивна норма се, наравно, мора поштовати, али постоје и такве принудне норме које нису у складу с праведношћу, нити са савременим тенденцијама у упоредном праву. Таква одредба је у члану 204 ЗОО, према којој потраживање накнаде нематеријалне штете није наследиво, осим у случају правноснажне судске одлуке или писменим споразумом.

⁸ Разуме се, ово се односи и на грађанско право као целину, али за нас је на овом месту битно уговорно право и зато ћемо анализу вршити са тог становишта.

ралне норме, а понекад се подразумевају у претходним појмовима, што нам даје, чини се, довољно разлога да у уговорном праву јавни поредак посматрамо са ужег становишта.

Међутим, и са ужег становишта разматран, јавни поредак као да измиче једној до краја одређеној дефиницији.⁹ То је разлог што се у науци јавља читав спектар различитих схватања овог појма. Прва група аутора сматра да постоји практична немогућност да се у присуству огромног броја прописа који постоје у савременим државама издвоје они који би чинили оквире јавног поретка. Због тога је прецизна дефиниција не само немогућа већ и непотребна, и стога, конкретизовање јавног поретка треба препустити судовима, који ће на основу битних елемената сваког случаја одговорити на то значајно правно питање. Друга група се делимично слаже са основном идејом прве, а то је да, услед сложености појма, није могуће дати чврсту дефиницију јавног поретка. Ипак, то не треба да представља изговор за избегавање покушаја да се дају одговарајуће карактеристике овог појма, јер би у супротном суд добио и сувише широку слободу за уређење уговорних односа, слободу која би се могла толико удаљити од воље, односно правог обећања уговарача, да би то водило у правну несигурност. Трећа група сматра да проблем треба поједноставити, и то тако што ће се извршити класификација закона јавног поретка, односно сачинити листа свих прописа који улазе у тај појам. Четврта група аутора је, у ствари, разнородна, јер оно што им је заједничко јесте да се сви залажу за јединствен критеријум у истраживању јавног поретка, али једни полазе од критеријума заједничког добра, онога што чини суштину социјалног интереса, други сматрају да су то норме државног поретка, без којих би се довело у питање функционисање државе, док трећи јавни поредак поистовећују с принудним прописима, а четврти с друштвеном солидарношћу и сл.¹⁰

Професор Слободан Перовић сматра да је јавни поредак установа друштвеног и правног поретка која је сложенија од једноставног израза неког законског прописа, јер представља симбиозу елемената правног и друштвеног поретка уопште. То је таква установа која је сачињена „од мноштва основних принципа које прихвата једна друштвена заједница у свом трајању и то принципа економске, филозофске, етичке, политичке и правне природе“..., то су друштвене норме које на „општи начин изражавају опредељења и стремљења једне друштвене заједнице у одређеном времену“. На основу обимне анализе научне грађе, проф.

⁹ Вид. Д. Стојановић, „Слобода уговарања и јавни поредак“, *Архив* 3/1968, 385 и даље; С. Перовић, *Забрањени уговори*, Београд 1975, 99 и даље.

¹⁰ Шире о томе, вид. С. Перовић, 99 и даље; С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1986, 162–168.

Перовић закључује да у материји уговорног права „јавни поредак је скуп принципа на којима је засновано постојање и трајање једне правно организоване заједнице, а који се испољавају преко одређених друштвених норми које су у домену предмета и циља уговора тако постављене да их уговорне стране морају поштовати“.¹¹

Чини се, да наведена дефиниција обухвата јавни поредак у ширем смислу, јер ако Закон чини разлику између принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, то значи да постоји нека граница између ова три појма. Наравно, у науци се могу и сва три наведена појма подвести под један, па и под појам јавног поретка, али тада је потребно начинити напомену да је то смисао таквог вишег појма, јер у супротном може лако доћи до термилошких спорова, који су иначе најчешћи у науци.

Нама се чини да је јавни поредак (у ужем смислу) саткан од оних принудних решења која нису обухваћена принудним прописима и добрим обичајима. Принудни прописи морају имати конкретан карактер, то су сасвим одређене наредбе или забране¹² и њих карактерише *numerus clausus*. Добри обичаји су пак правила понашања, настала понављањем, дуготрајном применом у одређеној средини и прихваћена су као правило у тој средини, чије непоштовање прати друштвена санкција. Закони, па и Закон о облигационим односима, понекад упућују на примену месних обичаја (тако фактички постају правни обичаји), нпр. дужност штетника да надокнади трошкове месно уобичајене сахране. Добри обичаји су посебно значајни у трговинском праву.

Када је реч о јавном поретку, сматрамо да ту улазе сви они обавезни прописи који нису обухваћени конкретним императивним прописима или добрим обичајима. То значи, да сва начела, садржана у уставним и законским прописима, која имају принудни карактер, али која нису конкретна и која се зато не могу непосредно применити, улазе у појам јавног поретка. Ту спадају и тзв. правни стандарди, односно генералне клаузуле, којима се судији дају одређене, уже или шире, смернице у вези с при-

¹¹ С. Перовић, (1986), 168–169.

¹² На пример, члан 154 ЗОО: „Ко другоме проузрокује штету дужан је накнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице.“ Или, члан 141 ЗОО: „Ништав је уговор којим неко, користећи се стањем нужде или тешким материјалним стањем другог, његовим недовољним искуством, лакомисленошћу или зависношћу, уговори за себе или за неког трећег корист која је у очигледној несразмери са оним што је он другом дао или учинио, или се обавеза дати или учинити.“ Или, члан 364 ЗОО: „Правним послом не може се одредити дуже или краће време застарелости од оног времена које је одређено законом.“ У принудне прописе, као што је речено, спадају и кривичноправни и управноправни прописи који предвиђају конкретне наредбе или забране.

меном одговарајућих норми.¹³ То је, у ствари, „дух“ једног правног система, који мора конкретизовати суд у сваком конкретном случају. То је чисто правно питање које се решава путем систематског и циљног тумачења свих правнорелевантних начела у конкретном праву, а поводом конкретног питања. На уговорном плану, јавни поредак чине, дакле, сва правнорелевантна правила која нису обухваћена појмовима принудних прописа и добрих обичаја, а која се јављају као ограничења садржине уговора. То су она ограничења која нису конкретизована, али која се могу конкретизовати у судском поступку из начелних и других одредаба које имају општи карактер.¹⁴ Та конкретизација јавног поретка, пошто се односи на садржину уговора, увек се јавља или у материји предмета или у материји каузе уговора. Конкретизација јавног поретка подразумева тумача који познаје „дух“ целокупног правног система, али и свих других околности (укључујући и међународне – политичке, војне, безбедносне, економске...) које су релевантне за примену (извршење) конкретног уговора.¹⁵

3.3. Добри обичаји

Обичаји су неписана правила понашања, која су настала спонтано дуготрајним упражњавањем фактичког понашања, а која су прихваћена у одређеној широј или ужој друштвеној групи. Да би фактичко понашање представљало обичај, потребно је да у таквој друштвеној групи постоји свест о обавезности понашања, оно се, дакле, у датој средини доживљава као норма.¹⁶ Ако такву свест не прати правна, већ само друштвена санкција (бојкот, презир и сл.), реч је о фактичком обичају. Уколико, пак, закон упућује на примену обичаја, посреди је правни обичај. Такво упућивање може бити генерално, опште, што је нарочито случај када је у питању трговинско право,¹⁷ а може бити и

¹³ Вид. Д. Стојановић, О. Антић, *Увод у грађанско право*, Београд 2001, 89–91.

¹⁴ Ту, спадају и прописи који овлашћују суд (нпр. „суд може...“) да у конкретном случају примени неко значајно начело. На пример, у члану 169 ЗОО предвиђа се одговорност по основу правичности. То су случајеви када је штетник лице које није одговорно, а накнада се не може добити од лица које је било дужно да води надзор над њим, суд може, и то „у случају кад то правичност захтева“ (...) осудити штетника да накнади штету... У ствари, овде суд није слободан да осуди или не осуди штетника да накнади штету, већ мора поступити у складу с јавним поретком, јер је захтев правичности, највиши правни захтев.

¹⁵ На пример, закључен је уговор о испоруци војне опреме са државом Х (допуштен са свих аспеката), али у међувремену та се држава сукоби са нама врло пријатељском државом од чијег става многоме зависи и наш међународни положај!

¹⁶ Вид. Д. Стојановић, О. Антић, 85–86. Таква свест о обавезности понашања мора бити заснована на правном убеђењу да такво понашање обавезује (*opinio iuris*).

¹⁷ На пример, одредба члана 21 ЗОО, која предвиђа да су учесници у облигационим

посебно, специјално упућивање.¹⁸ Коначно, и стране својим уговором могу да предвиде примену обичаја. Но, без обзира на то која је врста обичаја у питању, да би били примењени у конкретном случају, морају бити подобни да буду подведени под „добре обичаје“. Који су то *добри обичаји* јесте правно питање, које ће оценити суд у сваком конкретном случају, имајући на уму, пре свега, комплекс моралних норми које су владајуће у тренутку оцене. Наиме, могућно је да у некој средини постоје такви обичаји који ће, са становишта целокупног правног система, нарочито кроз призму јавног поретка, али и владајућих моралних схватања датог друштва, да буду оцењени као лоши обичаји¹⁹ и тада им суд неће дати подршку, напротив.²⁰ Коначно, увек треба имати на уму да су добри обичаји само једна од манифестација темељног начела савесности и поштења које влада у целокупној материји грађанског, односно приватног, а тиме и облигационог права. Другим речима, да ли ће један обичај бити прихваћен као добар, зависи од теста који ће му се поставити кроз филтар савесности и поштења, односно моралних норми средине у којој се питање поставља, али и целине јавног поретка датог правног система.

Закон о облигационим односима наводи само добре обичаје, не и морал. Скица проф. Константиновића, пак, наводи само морал, не и добре обичаје. У ствари, било би најбоље навести оба термина, јер „добри обичаји“ се више везују за трговинско (привредно) право, а „морал“ за класични цивил, одн. за уговоре између физичких лица. Но, у сваком случају, морал подразумева и поштовање добрих обичаја, као и *vice versa*.

Повреда добрих обичаја, а тиме и моралних схватања друштва, могућа је нарочито у односу на каузу уговора. Примена добрих оби-

односима дужни да поступају у складу с добрим пословним обичајима, као и да постоји могућност уговарања узанси, односно њихове примене када из околности случаја произлази да су странке хтеле да их примене.

¹⁸ На пример, одредба става 1, члана 193 ЗОО, која предвиђа да је лице које проузрокује нечију смрт дужно да накнади уобичајене трошкове његове сахране.

¹⁹ Лоши обичаји се могу назвати и неморалним обичајима.

²⁰ Тако је у судској пракси оцењено да је неморалан уговор заснован на лошем, „застарелом“ обичају према коме се оцу девојке плаћа извесни износ новца, како би се она удала за одређеног човека. Тужиоцу није пружена правна заштита ни по основу неоснованог обогаћења туженог, који је примио новац, али није испостицао споразум да се његова ћерка уда за одређеног човека. Пресуда ВС Србије, Гж. 2940/56. Слично је са „обичајем“ да много адвоката ставља нарочито у купопродајне уговоре клаузулу да се „уговор не може нападати по било ком основу“, односно да се купац и продавац одричу права да уговор о продаји нападају по било ком основу“. Таква одредба уговора, која предвиђа генерално одрицање од свих приговора је, у ствари, противна добрим обичајима, као конкретизацији најширег начела савесности и поштења.

чаја управо говори у прилог обећавајућим теоријама, јер је држање дате речи, односно испуњење учињеног обећања опште место у обичајима свих народа.²¹

4. КОНКРЕТНА ОГРАНИЧЕЊА ДИСПОЗИЦИЈЕ СУБЈЕКТА

Етички, одн. морални поредак, преко начела савесности и поштења, прожима цео Закон о облигационим односима, а у појединим његовим одредбама Закон му, непосредним навођењем, даје уже, сасвим конкретно значење.

4.1. Уговори правног лица

Правна лица имају ограничену, специјалну правну способност и могу закључивати уговоре само у оквирима те способности. Међутим, ако правно лице закључи уговор изван оквира своје способности, такав је уговор ништав, а друга страна може захтевати накнаду претрпљене штете, али под условом да је *савесна*.²²

4.2. Битна заблуда

Ако је једна страна, приликом закључења уговора, била у заблуди о битним својствима предмета, у погледу лица (ако је уговор *intuitu personae*), или околности које су у конкретном случају одлучне, она је овлашћена да тражи поништај уговора због битне заблуде, али друга страна, у случају поништаја, има право на накнаду претрпљене штете, али под условом да је била *савесна*.²³

4.3. Привидан уговор

Привидан (фиктивни) уговор је неважећи посао, без дејства међу учесницима, јер стране нису имале намеру да створе облигацију, већ само њен привид, лажну представу код трећих лица да је уговор настао. Привидан уговор може да скрива и неки други уговор, који испуњава услове пуноважности (симулован и дисимулован правни посао). Ипак, због поверења у правни промет, због сигурности правног

²¹ Постоји српска пословица која у оштром облику на то подсећа: „Во се веже за рогове, а човек за реч“. Смисао је јасан, што си обећао, мораш испунити, јер те на то обавезује твоје људско достојанство. У супротном, пошто си изневерио обећање, тиме си уједно одбацио људско достојанство, према теби ће бити примењена принуда, као према каквом неразумном бићу.

²² Вид. члан 54 ЗОО.

²³ Вид. члан 61 ЗОО.

промета, привидност уговора се не може истицати према трећем лицу, али уз услов његове *савесности*.²⁴

4.4. Услови и њихово дејство

Уговор је закључен под условом ако његов настанак или престанак зависи од неизвесне чињенице, али ако страна, на чији је терет услов одређен, *противно начелу савесности и поштења* спречи његово остварење, приступиће се правној фикцији да је услов остварен. И *vice versa*, ако остварење услова, *противно начелу савесности и поштења*, проузрокује страна у чију је корист он одређен, сматраће се, односно приступиће се правној фикцији да услов није остварен.²⁵

4.5. Последице ништавости

У случају ништавости стране су дужне да изврше натуралну или новчану реституцију. Међутим, ако је уговор по својој садржини или каузи (циљу) био противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, суд може да одбије захтев за враћање чинидбе *несавесне* стране, а приликом одлучивања о последицама ништавости суд мора да води рачуна о *савесности* обеју страна.²⁶

4.6. Околности од значаја за одлуку суда (при раскиду или измени уговора због промењених околности)

Уговор се закључује тако што се рачуна на стабилност, непроменљивост одређених околности (*rebus sic stantibus*), али ако се после закључења уговора околности битно измене тако да отежавају испуњење обавезе једне стране или се због њих не може испунити сврха уговора, суд може, на захтев стране којој је отежано испуњење обавезе или која не може остварити сврху уговора, да одлучи да уговор раскине или га измени. При том одлучивању суд се, поред осталог, руководи и начелима *поштеног* промета.²⁷

4.7. Одрицање од позивања на промењене околности

Уговарачи се могу својим уговором унапред одрећи позивања на одређене промењене околности, али само под условом када је такво одрицање у складу с *начелом савесности и поштења*.²⁸

²⁴ Вид. члан 66 ЗОО.

²⁵ Вид. члан 74 ЗОО.

²⁶ Вид. члан 104 ЗОО.

²⁷ Вид. члан 135 ЗОО.

²⁸ Вид. члан 136 ЗОО.

4.8. Накнада трошкова (при стицању без основа)

Стицалац без основа дужан је да врати део имовине осиромашеног лица који је стекао без одговарајућег правног основа, путем правног посла или закона, али има право на накнаду нужних трошкова које је учинио у вези с тако стеченим делом имовине осиромашеног лица. Међутим, када су у питању корисни трошкови, право стицаоца (обогаћеног лица) на висину накнаде зависи од његове савесности, односно уколико је био *несавестан*, накнада иде само до висине износа који представља увећање вредности у тренутку враћања.²⁹

4.9. Испуњење обавезе и последице неиспуњења

Поверилац је у облигационом односу овлашћен да од дужника захтева испуњење обавезе, а дужник је дужан испунити је *савесно* у свему како она гласи, у супротном, дужан је повериоцу да накнади штету.³⁰

4.10. Уговорно проширење одговорности (за причињену штету)

Уговором се може проширити одговорност дужника и на случај за који он иначе не одговара, али само ако је то у складу с *начелом савесности и поштења*.³¹

4.11. Одговорност за наплативост (за цесију)

Уступилац одговара за наплативост уступљеног потраживања ако је то уговорено, али до висине онога што је примио од пријемника, као и за наплативост камата, трошкова око уступања и трошкова поступка против дужника, а то је уједно и највише што се може уговорити када је у питању *савесни* уступилац.³²

4.12. Опозивање налога за посредовање

Налогодавац може да опозове налог за посредовање по својој вољи ако се тога права није одрекао, као и под условом да опозивање није противно *савесности*.³³

²⁹ Вид. члан 215, у вези са чланом 210 ЗОО.

³⁰ Вид. члан 262 ЗОО.

³¹ Вид. члан 264 ЗОО.

³² Вид. члан 443 ЗОО.

³³ Вид. члан 816 ЗОО.

5. НАЧЕЛО САВЕСНОСТИ И ПОШТЕЊА

На већ насталу облигацију примењује се и низ ужих, специфичних начела која деривирају из начела савесности и поштења.

5.1. Начело забране злоупотребе права

Чини се, да је до краја јасно и логично да титулар права може и да врши право, а онај ко своје право врши не може поступати злонамерно, нити другоме наносити штету.³⁴ Међутим, развојем правног искуства појавиле су се ситуације када титулар, који одређено субјективно право несумњиво има, у конкретном случају то право врши на начин којим омета уживање, остваривање неких других права, других титулара.³⁵ Апсолутна слобода једног субјекта значила би неслободу, ropство другог, што се у савременим правима, наравно, још мање може толерисати него што је то био случај у старим правима. Зато је и „нај-апсолутније од свих права“, право својине, у свим модерним правима ограничено: оно се врши у границама одређеним позитивним прописима. Ти прописи понекад обавезују на нечињење, нпр. прописи који уређују градско грађевинско земљиште, а понекад на чињење, нпр. прописи о пољопривредном земљишту.³⁶ Ограничења се односе и на апсолутна и на релативна права, јер би се њиховом злоупотребом негирало начело савесности и поштења. Забрана злоупотребе права морала је бити посебно издвојена, како би се раздвојило формалноправно право власника – који би, имајући само тај формални критеријум, био овлашћен и на злоупотребу – од суштине (циља) права, због кога оно уопште постоји као такво.³⁷

Непосредна одредба која уређује питање злоупотребе права у материји апсолутних (стварних) права предвиђена је Законом о основним својинскоправним односима, где се наводи да власник остварује право својине у складу с природом и наменом ствари, и у складу с друштвеним интересима одређеним законом, као и да је забрањено вршење права својине противно циљу због кога је законом установљено или признато, или противно моралу друштва.³⁸

³⁴ То је уочено и истакнуто још у римском праву. Вид. Gajus, D. 50, 17, 55; Paulus, D. 50, 17, 151.

³⁵ Зато је већ у преторском правичном праву за такве случајеве уведено правно средство *exceptio doli*.

³⁶ Ограничења су предвиђена Законом о основама својинскоправних односа и Законом о пољопривредном земљишту, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 62/06, чл. 59.

³⁷ „Ни својим се правом служит не можеш, тек другоме на штету ил досаду“, члан 1000 ОИЗ, из 1888. год.

³⁸ Вид. члан 4, став 2 Закона о основама својинскоправних односа.

С друге стране, забрана злоупотребе права посебно је уређена и за релативна (облигациона) права. Законом о облигационим односима предвиђена је забрана вршења права из облигационих односа, противно циљу због кога је такво право законом установљено или признато.³⁹ Када је реч о злоупотреби права са становишта облигационог односа, несумњиво је да постоји корелација између субјективног права повериоца и обавезе дужника, између потраживања и дуга, али постоји поремећај у корелацији између захтева и одговорности. Тај поремећај, најшире посматрано, условљен је не захтевом повериоца или испуњењем одговорности дужника, већ начином испуњења, односно извршења престације. Дужник, нпр. нуди исплату дуга, о року, од 10.000 евра у кованом новцу од по једног евра. Поверилац захтева исплату дуга, нпр. по основу зајма, последњег дана рока, а већ сутрадан ће по основу другог уговора, нпр. купопродаје или закупа, морати и сам да исплати другој страни исти износ новца. У оба примера постоји правна корелација између захтева и одговорности, али не и етичка корелација. Злоупотреба права је тачка тангенте у којој се спајају право и етика.

5.2. Начело једнаке вредности давања

Двострани уговори (с накнадом, теретни) заснивају се на идеји размене (*do ut des*): разлог, основ, кауза чинидбе једне стране је противчинидба друге. Отуда претпоставка да у заснивању двостраних уговора стране полазе од начела једнаке вредности узајамних давања (еквиваленције престација),⁴⁰ али како је једнака вредност узајамних давања у дословном смислу, по правилу, немогућа и фактички недоказива, Законом се одређује у којим случајевима нарушавање тога начела повлачи правне последице.⁴¹ Сам појам облигације чији је извор воља, у извесном смислу, подразумева постојање овог начела. Облигација подразумева корелацију потраживања и дуга,⁴² што када су посредни двострано обавезни уговори, у ширем смислу, подразумева и једнакост узајамних давања. У једном смисленом акту, којим се једна страна обавезује због обавезе друге стране, којим се остварују своје потребе и штите своји интереси, рачуна се на одговарајућу противу-

³⁹ Вид. члан 13 ЗОО.

⁴⁰ Претпоставка је оборива јер, нпр. једна страна може дати вишу цену због посебне наклоности (колекционар и сл.), тзв. *praetium affectionis*.

⁴¹ Вид. члан 15 ЗОО.

⁴² У древним правима обећање давања неке ствари без противуслуге није стварало правну обавезу предаје, није стварало облигацију. Чак се и римско право дуго није ослободило увреженог схватања да захтев мора бити заснован на некој претходној чинидби. Остатак тог схватања јесте и форма мандипације (купопродаје) и за доброчине послове: мандипациони поклон, чак мандипациони тестамент!

слугу, а одговарајућа противуслуга је само друго име за еквивалентну престацију која се основано очекује од друге стране. Разуман субјект се, у теретним пословима, неће обавезати тако да по реализацији уговора супротна страна знатно увећа своју имовину тако што је његова знатно умањена. Отуда право предвиђа неколико конкретних инструмената заштите овог начела: а) одговорност за материјалне недостатке; б) одговорност за правне недостатке; в) прекомерно оштећење; г) зеленашки уговор; д) промене околности.

а) *Одговорност за материјалне недостатке.* – У уговорима с накнадом сваки уговарач одговара за материјалне недостатке свог испуњења, а при том се сходно примењују правила уговора о продаји (купопродаји), односно правила о обавезама продавца.⁴³

Материјални недостаци постоје: ако ствар није имала потребна својства за редовну употребу или промет; ако није имала потребна својства за нарочиту употребу у погледу сврхе набавке, а која је била или је морала бити позната продавцу; ако ствар нема својства и одлике који су изричито или прећутно уговорени, односно прописани; када је продавац предао ствар која не одговара узорку или моделу, осим ако узорак и модел нису показани само ради обавештавања. Продавац, по правилу, одговара за материјалне недостатке ствари које је она имала у часу прелаза ризика на купца, без обзира на то да ли је то продавцу било познато. Изузеци се тичу случајева када је купац знао за недостатке или му они нису могли остати непознати. Несавесни продавац ће увек одговарати за ове недостатке. Одговорност продавца се огледа у корелацији права купца да захтева испуњење уговора (отклањање недостатка или предају друге ствари без недостатка), снижење цене, раскид уговора, а у сваком случају купац има право на накнаду претрпљене штете.

б) *Одговорност за правне недостатке.* – Уколико неко лице врши фактичко узнемиравање титулара права, титулару стоји на располагању тужба због сметања поседа, државинска тужба (посесорна заштита). Међутим, правно узнемиравање је нешто сасвим друго. Продавац, наиме, одговара ако на продатој ствари постоји неко право трећег које искључује, умањује или ограничава купчево право, а о чијем постојању купац није обавештен, нити је пристао да узме ствар оптерећену тим правом (заштита од евикције). Уколико је у питању пренос неког другог права (нпр. ауторског права или индустријске својине), продавац гарантује да оно постоји (веритет) и да нема правних сметњи за његово остварење.

⁴³ Вид. члан 121, ст. 1 и 3 ЗОО. Правила одговорности за материјалне недостатке предвиђена су од члана 478 до члана 507 ЗОО.

в) *Прекомерно оштећење (laesio enormis)*. – Уговарач, у двостраном уговору, који у време закључења уговора за праву вредност обавеза није знао нити је морао знати, па је на своју штету закључио уговор у којем постоји очигледна несразмера чинидби, има право да у року од једне године захтева поништење таквог уговора.⁴⁴ Друга страна, при том, има *facultas alternativa*, те може понудити допуну до праве вредности, чиме ће уговор остати на снази.

з) *Зеленашки уговор*. – Ако се једна уговорна страна користи стањем нужде или тешким материјалним стањем или недовољним искуством, лакомислености или зависношћу друге стране, те закључи у своју корист или у корист другог такав уговор да су престације у очигледној несразмери, уговор је ништав. Оштећена страна може, у року од пет година, да захтева смањење обавезе на правичан износ и ако суд, по могућности, таквом захтеву удовољи, тако измењен уговор остаје на снази.⁴⁵ Дакле, на захтев оштећене стране уговор ће се свакако поништити, с тим да на предлог оштећеног, уколико је у конкретном случају могуће, по усклађивању престација с начелом еквиваленције, важи други уговор између истих странака.

д) *Промењене околности*. – Уколико после закључења уговора наступе околности које отежавају испуњење обавезе једне стране, или се због тих околности не може остварити сврха уговора, а све у тој мери да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би га, по општем мишљењу, било неправично одржати, страна којој је отежано испуњење, односно страна која не може да испуни сврху уговора, може захтевати раскид таквог уговора. Ипак, уговор се неће раскинути уколико друга страна понуди или пристане да се уговор правично измени. У случају раскида, на захтев друге стране суд ће обавезати страну која је раскид захтевала да другом накнади правичан износ штете коју због раскида трпи.⁴⁶ Иначе, идеја заштите начела еквиваленције престација преко установе промењених околности наводи се у ЗОО и у читавом низу посебних услова и уговора, нпр. већ у предуговору, који не обавезује уколико су наступиле промењене околности; када се у уговору о зајму покаже да су материјалне прилике зајмопримца такве да је неизвесно да ли ће он бити у стању да врати зајам, зајмодавац може одбити да изврши своју обавезу, ако за то није знао у време закључења уговора, као и ако се погоршање материјалних прилика зајмопримца догодило после закључења уговора; у уговору о делу када је накнада уговорена на основу прорачуна са изричитим јемством посленика за његову тачност, не може се захтевати по-

⁴⁴ Вид. члан 139 ЗОО.

⁴⁵ Вид. члан 41 ЗОО.

⁴⁶ Вид. члан 133 ЗОО.

већање накнаде ни у ком случају, али се тиме не искључује примена установе промењених околности; у уговору о грађењу када настану хитни и непредвиђени радови или измена цена; у уговору о лиценци када је накнада постала очигледно несразмерна у односу на приход који стицалац лиценце остварује; када су у уговору о остави уговорени место или начин чувања ствари, оставопримац их може променити само ако то захтевају промењене околности; у уговору о организовању путовања право путника или право организатора путовања да одустане од уговора у вези с промењеним околностима, као и право организатора да измени програм путовања.⁴⁷

ђ) *Начело монетарног номинализма*. – Када је предмет обавезе одређени износ новца, дужник мора да исплати онај број новчаних јединица на који обавеза гласи, осим када закон одређује што друго. Ако, пак, новчана обавеза гласи на плаћање у иностраној валути или у злату, њено испуњење може да се захтева у домаћем новцу према курсу који важи у тренутку испуњења обавеза.⁴⁸ Овакво начело је у складу са општијим начелом савесности и поштења, као и начелом еквиваленције престација, јер, у сваком случају, дужник који задоцни са испуњењем новчане обавезе, поред главнице, дугује и законску затезну камату.⁴⁹

5.3. Начело забране проузроковања штете

Свако је дужан да се уздржи од поступака којим се може другом проузроковати штета.⁵⁰

5.4. Начело дужности испуњавања обавеза

Стране у облигационом односу су дужне да изврше своју обавезу и одговорне су за њено испуњење, а обавеза се може угасити само сагласношћу воља страна у облигационом односу или на основу закона.⁵¹

5.5. Начело одређене пажње у извршавању обавеза и остваривању права

Страна у облигационом односу је дужна да у извршавању своје обавезе поступа с пажњом која се у правном промету захтева у одговарајућој врсти облигационих односа (пажња доброг привредника, односно пажња доброг домаћина). Међутим, када је у питању страна у облигационом односу која извршава обавезе из своје професионал-

⁴⁷ Вид. члан 45, став 6 и чланове 560, 624, 634–639, 703, 714, 877–879 ЗОО.

⁴⁸ Вид. члан 394 и 395 ЗОО.

⁴⁹ Вид. члан 277 ЗОО.

⁵⁰ Вид. члан 16 ЗОО.

⁵¹ Вид. члан 17 ЗОО.

не делатности, она је дужна да поступа с повећаном пажњом према правилима струке и обичајима (с пажњом доброг стручњака). У сваком случају, страна у облигационом односу је дужна да се у остваривању свог права уздржи од поступака којим би се отежало извршење обавезе друге стране.⁵²

5.6. Начело поштовања добрих пословних обичаја

У облигационим односима, када је реч о правном промету из области трговинског права, стране су дужне да поступају у складу с добрим пословним обичајима. Будући да су одредбе ЗОО диспозитивне природе, стране могу уговорити и примену кодификованих обичаја (узанси) на конкретан случај, а узансе ће бити примењене и уколико из околности произлази да су уговарачи хтели њихову примену.⁵³

5.7. Начело поступања правних лица у складу са општим актима

Правна лица су дужна да при заснивању облигационих односа поступају у складу са својим општим актима. То, нпр. значи да уговори које закључују правна лица морају бити у складу са статутом тог лица. Међутим, уговор који је закључен супротно општем акту или правна радња предузета супротно таквим актима остаје на снази, осим ако је друга страна била несавесна, тј. знала или морала знати да је поступљено противно општим актима, као и када је Законом прописано што друго.⁵⁴

5.8. Начело мирног решавања спорова

Стране у облигационом односу треба да настоје да спорове решавају усаглашавањем, посредовањем или на други миран начин.⁵⁵

6. КАУЗА И ПРЕДМЕТ КАО БИТНИ УСЛОВИ НАСТАНКА УГОВОРА И ЊИХОВА ВЕЗА СА ЕТИЧКИМ (МОРАЛНИМ) ПОРЕТКОМ

Кауза (основ уговора) је универзалан правни институт уговорног права, јер је, у крајњој линији, један од инструмената који деривира из једног од два основна начела грађанског права, начела савесности и поштења. С друге стране, како се основна правила уговорног права

⁵² Вид. члан 18 ЗОО.

⁵³ Вид. члан 21 ЗОО.

⁵⁴ Вид. члан 22 ЗОО.

⁵⁵ Вид. члан 9 ЗОО.

базирају на начелима грађанског права, кауза мора постојати како у уговору приватног, тако и у уговору јавног права (нпр. у међународном јавном праву). У приватном праву кауза ће увек зависити од два елемента метода грађанског права: аутономије воље, и савесности и поштења. Аутономија воље, односно приватна аутономија је *conditio sine qua non*, почетни услов за било какво споразумевање из којег ће се рађати обавезе. Намера странака ће, доследно томе, увек бити узета у обзир када се разматра кауза. У синалагматичним уговорима, у складу с начелом савесности и поштења, и принципом еквиваленције престација, који такође произлази из претходног начела, кауза је објективног карактера, она одсликава међузависност обавеза и састоји се у противпрестацији друге стране, односно у правној симетрији престација уговарача. Поремећај те симетрије изван разумне мере поништава каузу, а тиме и сам уговор. Иста последица би морала бити и у јавном праву, односно када су у питању уговори јавног права (међународни како двострани, тако и вишестрани уговори). Кауза је етички, морални контролор којег су савесност и поштење послали да изврши провере у сфери приватне аутономије. Из тога следи да кауза има улогу морализације уговорног права, јер подразумева истраживање циља и смисла преузимања уговорних обавеза. У том смислу, не може јача уговорна страна тумачити испуњење уговорних обавеза према свом интересу и нахођењу, већ у смислу расподеле уговорних обавеза према циљу, каузи конкретног уговора, без обзира на то да ли је реч о приватном или јавном праву.

Кауза је универзално начело права као таквог, јер произлази из најдубљих слојева који творе право, дакле, мора у себи садржати идеју правде, а правда се не може ни замислити без етичког, моралног поретка. И заиста, кауза је у сваком правном послу управо језичак на ваги правде, али уједно она садржи и идеју поштовања човека као рационалног бића у правном промету. Само би неразуман или неслободан човек (нпр. у великој невољи) препустио неко своје имовинско (или друго) право без каузе, у ком случају би такође одсуствовала и праведност. Разумна заштита својих интереса подразумева поштовање интереса других, а то је поље правде и праведног права, то су уједно префињене струне каузе. Кауза је манифестација потребе потврђивања и заштите праведне узајамности, равномерности у материји правних послова а посебно уговора. Као што се у збирци исправа уговор чува као формалан разлог промене власника непокретности (*iustus titulus*), тако сваки уговор чува у себи каузу, као суштински разлог промета у конкретном случају. Али та стара идеја, идеја праведне узајамности, изражена чувеном максимом *Ubi emolumentum, ibi*

onus,⁵⁶ постоји и у другим областима права, нарочито при накнади штете, у објективној одговорности за штету, у радном праву и др. Кауза уговора, односно правних послова само је сужено остваривање те општије идеји у грађанском праву и она је, без обзира на различитост назива, нужан елемент сваког савременог права. Одузмемо ли праву каузу, одузећемо схватање рационалног разлога преноса права, односно рационалног разлога обвезивања. У том случају би и цео правни промет морао да се „врати“ у сферу ирационалног, у старо, већ готово заборављено време свечаних речи и гестова којима се, у ствари, вршио верски обред обвезивања према божанствима. У том случају морале би нестати и многе савремене правне установе, нпр. промењене околности, прекомерно оштећење, раскид уговора због неиспуњења, зеленашки уговор итд.

Правни посао је, у извесном смислу, правна норма *in concreto*, која има диспозицију и санкцију. Кауза је диспозиција норме, без ње нема ни предвиђене санкције, она је обавезујући разлог, чињенична подлога примене принудног дела „норме“, она конкретна равнотежа праведности. Кауза, у том смислу, значи: *зато што си дао имаи право да тражиш*.⁵⁷ Како је облигација увек управљена на одређено понашање дужника, ова формула каузе важи у свим врстама правних послова, чак и без обзира на поделу на теретне и добротине послове. Право је, на неки начин, управљено у будућност, јер нормира понашања каква би требало (у будућности) да буду, па је и кауза управљена у будућност, јер обавезујући се или чинећи одговарајућу престацију, поверилац антиципира понашање дужника, обавезује се, односно врши дату престацију *да би* дужник извршио своју. На тај начин обезвређује се један од главних приговора антикаузалиста, да пошто уговорне обавезе настају истовремено, али кауза логички претходи настанку дејстава уговора, она мора да претходи самим уговорним обавезама, па отуда ако је услов настанка обавезе једне стране, настанак обавезе друге, логично, те обавезе не могу настати. Кауза се састоји у извршењу обавезе друге стране и зато је, као уосталом и само право, уперена *pro futuro*, али њени правни квалитети (допуштеност) морају бити присутни већ при настанку правног посла. У ствари, допуштеност каузе мора постојати *ab initio*, а њено постојање мора се протезати све до гашења конкретне облигације, нпр. поверилац испуни своју обавезу, а и дужник испуни своју обавезу, али у време или на начин који су у потпуности обесмислили повериочев интерес, или су га ста-

⁵⁶ Где корист, ту и терет (Paulus, D. 50, 17, 10).

⁵⁷ Ту се, наравно, подразумевају и могући варијетети, нпр. зато што си спреман да даш, овлашћен си да тражиш давање, односно обећао си давање да би (*ut*)..., а то обавезује.

вили у положај који свакако није у складу с разлогом ступања у облигациони однос (враћање дуга у врећи најситнијих апоена, сервирање obroka на неучтив начин). Понекад је постојање каузе, као каква лична службеност, везана за личност обе уговорне стране и траје током целог њиховог живота (нпр. поклонопримац одбије да помогне у издржавању поклонодавца који је изгубио способност за рад и пао у оскудицу).

Наиме, подела правних послова, посебно подела уговора на теретне и добротине, увек је била најјаче оружје антикаузалиста. Ако је, наиме, кауза неопходан и универзалан појам, како то да је нема у једној важној групи правних послова, односно уговора, или како то да се она сада дефинише негативно? Каузалисти су одговарали на различите начине, али одговор, чини се, никада није био сасвим доследан. У теретним пословима то уопште није спорно, уосталом, начело еквивалентности престација заштићено је различитим правним инструментима, а њихов основ основа јесте сама суштина каузе. Међутим, у добротиним располагањима преносилац се само привидно одриче (против)потраживања. Потраживање постоји, али је оно оку лаика потпуно невидљиво, јер је латентно. Поклонодавац се одриче еквивалентности (против)престације, али поклонопримца обавезује правна норма на одређено понашање, а то је сама суштина сваке облигације. Поклонопримац је дужник, а његов дуг није безначајан већ самом чињењем што спада у трајне облигације, он је дужник до краја живота: поклонопримац *мора* бити благодаран. Одређени степен незахвалности (нпр. груба незахвалност, очигледна незахвалност, велика незахвалност), што је правни стандард који у различитим правима има различиту квантитативну димензију, активира повериочево право да тражи повраћај датог, *јер је дао*, а друга страна своју обавезу није испунила. Та неблагодарност је посебно изражена у случају када поклонодавац доспе у положај немања нужних средстава за живот, тако да више није у стању да издржава како себе, тако ни лица која је по закону дужан да издржава. Благодарност поклонопримца тада се, у ствари, претвара у његову дужност да поклонодавцу пружи нужна средства за издржавање. Уколико поклонопримац не предузме одговарајуће чињење у циљу давања потребног издржавања, поклонодавац, као у теретним уговорима када је реч о раскиду уговора због неиспуњења, има право да захтева повраћај датог, раскидајући уговор о поклону. Сличне правне ситуације јављају се приликом поклоне и када је кауза симулована или фиктивна, нпр. у паулијанској тужби, повредама права нужних наследника и др. Као што се види, обавеза поклонопримца се састоји како у уздржавању од чињења (чињење кривичних дела према поклонопримцу, насилничко понашање, крајње некултурно по-

нашање и сл.), тако и чињења (давање неопходног издржавања када таква потреба настане). Разуме се, оно што је речено за поклон *mutatis mutandis* важи и за остале добротине уговоре, као и за друге правне послове, односно правне радње које се по закону уподобљавају с поклоном, нпр. одрицање од наслеђа у корист санаследника.⁵⁸

У каузи је садржана идеја једнакости давања, еквивалента, а та идеја је садржана у идеји правде и правичности, које пак чине суштинске елементе сваког „правог“, „природног“ права. Изгледа да је идеја правде, одн. идеја једног моралног, етичког поретка, остварена у свом највишем домету управо у грађанском праву, а посебно у облигационом праву, нарочито преко установе каузе и свих пратећих инструмената њене заштите. Кауза је, дакле, једно од средстава заштите начела савесности и поштења, а тиме и установа које деривирају из тог начела: јавног поретка, добрих обичаја (наравно и морала као сегмента јавног поретка и добрих обичаја), као и начела еквивалентности престација у домену реализације приватне аутономије, односно аутономије воље у материји правних послова а посебно уговора. Кауза, у крајњој инстанци, одређује разлику између добра и зла, она је етички цензор приватне аутономије, односно аутономије воље. Отуда кауза мора бити универзалан правни појам, не само у приватном већ и у јавном праву.⁵⁹ У ствари, кауза је и један од основних научних појмова у праву,⁶⁰ јер даје одговор на основно научно питање: *зашто?* У механичким наукама (одсуство воље) одговор је *quia*, *зато јер...*, у друштвеним (присуство воље) *ut*, *зато да би се постигло...*⁶¹ Кауза је обавезујући разлог понашања друге стране, јер ако тога нема, нема каузе, а када нема каузе, правни посао једноставно не постоји (непостојећи правни послови, као део апсолутне ништавости). У ствари, кауза је правни услов за обавезујућу снагу обећања, односно за обавезност саме облигације, без обзира на то да ли је у питању цивилна облигација, где је престација подобна за принудно извршење, или натурална облигација, у којој добровољно испуњење, макар и у заблуди, спречава примену установе правно неоснованог обогаћења.

Када је реч о *предмету* уговора, веза са моралом (етиком) се најупечатљивије огледа у материји недопуштености предмета, тзв. правна немогућност (за разлику од фактичке која је веома ретка) предмета.

⁵⁸ Вид. Д. Стојановић, О. Антић, 309–315; О. Антић, *Наследно право*, Београд 2004, 362–364.

⁵⁹ Дубље разматрање каузе у јавном праву захтевало би знатно већи рад, који би, у сваком случају, превазишао намену и замишљени обим овог рада.

⁶⁰ Кауза мора постојати и у свим јавноправним споразумима уговорног карактера (нпр. међународни споразуми контрактuelне природе).

⁶¹ За разлику *quia* и *ut*, вид. Р. Јеринг, 18–19.

Правна немогућност, дакле, односи се у ствари на допуштено, односно недопуштено,⁶² дакле, на све оне случајеве када предмет уговора није или јесте противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима.⁶³ Недопуштено предмета односи се пре свега на јавна добра. Нпр. главни комуникациони правци у свакој држави морају бити у режиму јавних путева и отуда, као и некада у старом Риму, морају спадати у *res extra commercium*, док, с друге стране, када је реч о путним правцима који немају такав карактер и налазе се на приватним имањима, могу спадати у приватне путеве и делити правну судбину непокретности на којима се налазе, дакле, бити ствари у промету. Ствари ван промета су и велике водене површине и комуникације у вези с тим водама: мора, језера и реке, као и њихове обале, мостови који спајају њихове обале, канали који их раздвајају, као и луке у њиховом приобаљу. Ствари које су од посебног културног (уметничког и историјског) значаја за једну државу или ширу заједницу (нпр. ствари под заштитом Унеска), такође су ван промета. Законска одредба која говори о недопуштености предмета у случају противљења императивним прописима, подразумева не само грађанскоправне већ све принудне прописе у једној држави, дакле, и уставне, и кривичне, и управне. Нпр. према уставним прописима многих држава, забрањено је стварати монополистичке организације, тако да би сваки уговор чији би се предмет односио на формирање монополистичких организација на тржишту био ништав управо због забрањености предмета. Уговор који би као предмет имао производњу опојних дрога или лажног новца, или њихово стављање у промет (купопродаја), био би ништав због забрањености предмета у вези са забранама које имају основ у кривичноправним прописима. По истом основу било би ништаво и уговарање вршења или невршења неког кривичног дела или дела које је противно административним прописима (нпр. прекршаји против јавног реда и мира). Купопродаја ватреног оружја, противна одређеним управним (административним) прописима, такође је недопуштена са становишта предмета. Правна (не)могућност, односно (не)допуштено јесте променљива категорија,⁶⁴ тако да оно што је данас недопуштено, већ сутрадан може да буде допуштено, јер та граница зависи пре свега од промена позитивних прописа. Тако је и у на-

⁶² *Res extra commercium humani iuris*.

⁶³ Вид. члан 49, као и члан 10 ЗОО.

⁶⁴ Наравно, у крајњој линији све је променљиво, тако да је у том смислу променљива и фактичка (не)могућност. Ипак, за разлику од фактичке, за чију је промену потребан релативно дужи период (нпр. напредак у техници у погледу брзине превоза и сл.), правна (не)могућност се може изменити, чак из основа, у кратком периоду (нпр. револуције у којима су читаве категорије добара стављане или изузимане из правног промета).

шем праву донедавно било забрањено поседовати непокретности (пољопривредно земљиште или станови) изван допушеног максимума или забрањено коришћење свега онога што се налази испод површине земље, јер је имало режим рудног или другог природног богатства које „спада у општенародну имовину“.⁶⁵ У правну (не)могућност спадају и ствари у ограниченом промету: оружје, лекови, отрови, делови људског тела и сл., јер су за њихово стављање у промет потребне посебне дозволе или одобрења. Када је, дакле, реч о стварима у ограниченом промету, „ограничен“ значи да је један ограничени круг лица овлашћен да стиче одговарајућа права (нпр. својину), а та ограничења су предвиђена посебним (специјалним) законским прописима. Забрана уговарања одређених престација може бити постављена и у грађанскоправним прописима. Тако, у наследном праву није допуштено закључивање уговора о наслеђивању, затим уговарање садржине завештања, или уговор који би као предмет имао обавезу да се завештање не сачињава или не мења, или пак уговор о одрицању од будућег наследног права (располагање наследном надом),⁶⁶ уговарање било ког облика фидеикомиса,⁶⁷ а у неким правима где постоји посебан режим наслеђивања пољопривредног земљишта, нпр. у Аустрији и Словенији, постоји забрана отуђења наслеђеног земљишта за одређено време.⁶⁸ Забрањене престације у погледу предмета могу се јавити, у ствари, у свим правним областима где се јављају уговори без обзира на то да ли је реч о грађанском (приватном) или јавном праву, од породичног права, нпр. забрана одрицања од права на стицање заједничке својине, до радног права, нпр. забрана уговарања непримерено дугог рада (доживотног рада и сл.).⁶⁹ Забране у погледу предмета, поред мате-

⁶⁵ Вид. богату судску праксу из тог периода код С. Перовић, (1986), 313, нарочито примедбе 619–620. Тада се чак и цигларска глина или стена у утроби приватног земљишта сматрала општенародном имовином! Вид. *Ibid.* Тек уставним променама из последње деценије XX века створени су правни услови да се код нас „врати“ права тржишна привреда и укину многа готово неприродна законска ограничења у вези с предметом уговора. Вид. Устав Републике Србије, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 1/90 из 1990, Устав СР Југославије, *Сл. лист СРЈ*, бр. 1/92 из 1992. и Устав Републике Црне Горе, *Сл. лист РЦГ*, бр. 48/92 из 1992. године.

⁶⁶ Овај уговор је забрањен у Србији, али је, под одређеним условима, допуштен у Црној Гори. Вид. О. Антић, (2004), 309–314.

⁶⁷ За суштину фидеикомиса вид. О. Антић, (2004), 218–224.

⁶⁸ Тај рок је десет година, а за ближе услове вид. О. Антић, (2004), 21–25.

⁶⁹ Извесни аутори у недопуштеност чинидбе, поред забрањених и неморалних правних послова, као и послова с неодређеном или неодређивом чинидбом, убрајају и зеленашке правне послове. Вид. М. Vedriš, Р. Klarić, *Osnove imovinskog prava*, Zagreb 1983, 112–114. Нама се чини да забрана зеленашких послова не спада у забрањеност предмета, већ у сферу забрањености каузе облигације, јер ту чинидбе, саме по себи, нису недопуштене. Напротив, недопуштен је разлог због кога су стране уговориле управо такве престације, тј. престације између којих постоји очигледна диспро-

ријалног права, нпр. забрана измена у режиму застарених⁷⁰ или преклузивних рокова, јављају се и у процесном праву, нпр. забрана уговарања одрицања од правних лекова и сл.

7. ЕТИЧКЕ (МОРАЛНЕ) НОРМЕ У ПОРОДИЧНОМ ЗАКОНУ СРБИЈЕ

7.1. Правни положај ванбрачне деце, усвојеника и деце без родитељског старања⁷¹

Дете рођено ван брака има једнака права као дете рођено у браку. Усвојено дете има једнака права према усвојитељима као дете према родитељима. Држава је дужна да детету без родитељског старања обезбеди заштиту у породичној средини увек када је то могуће.

7.2. Брачне сметње везане за крвно сродство⁷²

Брак не могу склопити крвни сродници у правој линији, а од сродника у побочној линији брак не могу склопити: рођени брат и сестра, брат и сестра по оцу или мајци, стриц и синовица, ујак и сестричина, тетка и братанац, тетка и сестрић, деца рођене браће и сестара, те деца браће и сестара по оцу или мајци.

7.3. Брачне сметње везане за адоптивно сродство⁷³

Сродство засновано усвојењем (адоптивно сродство) представља сметњу за склапање брака на исти начин као и крвно сродство.

порција, а до тога уопште не би дошло да на једној страни, овде поверилачкој, није било стање нужде, или тешко материјално стање, или недовољно искуство, или лако-мисленост, или пак однос зависности. Да је у питању забрањеност предмета, санкција би била апсолутна ништавост, која се не би могла отклонити. Међутим, уколико се отклони разлог због кога је дошло до недопуштености, дакле, ако поверилац у одређеном року (пет година) захтева смањење своје престације на правичан износ и уколико се то оствари, уговор ће остати на снази. Вид. члан 141 ЗОО. Правила о зеленашком уговору су један од правних инструмената заштите начела еквивалентности престација у двостранообавезним уговорима, а суштински разлог таквој заштити пружа теорија каузе.

⁷⁰ „Правним послом не може се одредити дуже или краће време застарелости од оног времена које је одређено законом. Правним послом не може се одредити да застарелост неће тећи за неко време“ – члан 364 ЗОО. „Дужник се не може одрећи застарелости пре него што протекне време одређено за застарелост“ – члан 365 ЗОО.

⁷¹ Члан 6, ст. 4–6 Породичног закона Србије – ПЗС, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 18/05.

⁷² Члан 19 ПЗС.

⁷³ Члан 20 ПЗС.

7.4. Брачне сметње везане за тазбинско родство⁷⁴

Брак не могу склопити тазбински сродници у првом степену праве линије: свекар и снаха, зет и ташта, очух и пасторка, те маћеха и пасторак. Суд може, из оправданих разлога, дозволити склапање брака између наведених тазбинских сродника.

7.5. Брачне сметње везане за старатељство⁷⁵

Брак не могу склопити старатељ и штићеник.

7.6. Утицај каузе на правну судбину брака⁷⁶

Брак је ништав ако није склопљен ради остваривања заједнице живота супружника. Брак између лица који није склопљен ради остваривања заједнице живота супружника неће се поништити, ако је заједница живота супружника накнадно успостављена.

7.7. Утицај брачности на правну судбину брака⁷⁷

Брак је ништав ако је склопљен за време трајања ранијег брака једног супружника. Нови брак неће се поништити ако је ранији брак у међувремену престао.

7.8. Право детета на сазнање о пореклу⁷⁸

Дете, без обзира на узраст, има право да зна ко су му родитељи, а то право може бити ограничено само законом. Дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може извршити увид у матичну књигу рођених и у другу документацију која се односи на његово порекло.

7.9. Право детета на одговарајуће односе са родитељима и одговарајуће животне услове⁷⁹

Дете има право да живи са родитељима и право да се родитељи, пре свих других, о њему старају. То право детета може бити ограничено само судском одлуком, када је то у најбољем интересу детета.

⁷⁴ Члан 21 ПЗС.

⁷⁵ Члан 22 ПЗС.

⁷⁶ Члан 32 ПЗС.

⁷⁷ Члан 33 ПЗС.

⁷⁸ Члан 59 ПЗС.

⁷⁹ Члан 60, ст. 1–2, чл. 61 и 62, ст. 1 ПЗС.

Дете има право да одржава личне односе са родитељем са којим не живи, а то право може бити ограничено само судском одлуком када је то у најбољем интересу детета. Суд може донети одлуку о ограничавању права детета да одржава личне односе са родитељем са којим не живи ако постоје разлози да се тај родитељ потпуно или делимично лиши родитељског права или у случају насиља у породици. Међутим, дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може одлучити о одржавању личних односа са родитељем са којим не живи.

Дете има право да одржава личне односе са сродницима и другим лицима са којима га везује посебна блискост, ако ово право није ограничено судском одлуком.

Дете има право на обезбеђење најбољих могућих животних и здравствених услова за свој правилан и потпун развој.

7.10. Право детета на слободу мишљења⁸⁰

Дете које је способно да формира своје мишљење има право слободног изражавања тог мишљења. Оно има право да благовремено добије сва обавештења која су му потребна за формирање мишљења. Мишљењу детета мора се посветити дужна пажња у свим питањима која га се тичу и у свим поступцима у којима се одлучује о његовим правима, а у складу са годинама и зрелошћу детета.

Дете које је навршило 10. годину живота може слободно и непосредно изразити своје мишљење у сваком судском и управном поступку у коме се одлучује о његовим правима; оно може само, односно преко неког другог лица или установе, да се обрати суду или органу управе и затражити помоћ у остваривању свог права на слободно изражавање мишљења. Суд и орган управе утврђују мишљење детета у сарадњи са школским психологом односно органом старатељства, породичним саветовалиштем или другом установом специјализованом за посредовање у породичним односима, а у присуству лица које дете само изабере.

7.11. Дужност детета да помаже родитеље⁸¹

Дете је дужно да родитељима помаже у складу са својим годинама и зрелошћу. Ако дете стиче зараду или има приходе од имовине дужно је да делимично подмирује потребе свог издржавања, односно издржавања родитеља и малолетног брата односно сестре, под условима одређеним овим законом.

⁸⁰ Члан 65 ПЗС.

⁸¹ Члан 66 ПЗС.

7.12. Права и дужности родитеља око подизања детета и лишење родитељског права⁸²

Родитељи имају право и дужност да чувају и подижу дете тако што ће се они лично старати о његовом животу и здрављу. Родитељи не смеју подвргавати дете понижавајућим поступцима и казнама које вређају људско достојанство детета и дужни су да дете штите од таквих поступака других лица. Родитељи не смеју остављати без надзора дете предшколског узраста, али га могу привремено поверити другом лицу само ако то лице испуњава услове за старатеља.

Родитељ који злоупотребљава права или грубо занемарује дужности из садржине родитељског права може бити потпуно лишен родитељског права.

Родитељ злоупотребљава права из садржине родитељског права: ако физички, сексуално или емоционално злоставља дете; ако израбљује дете силећи га на претерани рад, или на рад који угрожава морал, здравље или образовање детета, односно на рад који је забрањен законом; ако подстиче дете на вршење кривичних дела; ако навикава дете на одавање рђавим склоностима; ако на други начин злоупотребљава права из садржине родитељског права.

Родитељ грубо занемарује дужности из садржине родитељског права: ако је напустио дете; ако се уопште не стара о детету са којим живи; ако избегава да издржава дете или да одржава личне односе са дететом са којим не живи, односно ако спречава одржавање личних односа детета и родитеља са којим дете не живи; ако с намером и неоправдано избегава да створи услове за заједнички живот са дететом које се налази у установи социјалне заштите за смештај корисника; ако на други начин грубо занемарује дужности из садржине родитељског права.

Судска одлука о потпуном лишењу родитељског права лишава родитеља свих права и дужности из садржине родитељског права, осим дужности да издржава дете. Таквом одлуком може бити одређена једна или више мера заштите детета од насиља у породици.

Родитељ који несавесно врши права или дужности из садржине родитељског права може бити делимично лишен родитељског права. Судска одлука о делимичном лишењу родитељског права може лишити родитеља једног или више права и дужности из садржине родитељског права, осим дужности да издржава дете. Родитељ који врши родитељско право може бити лишен права и дужности на чување, подизање, васпитавање, образовање и заступање детета, те на управљање и располагање имовином детета. С друге стране, родитељ који не врши родитељско право може бити лишен права на одржавање личних односа са дететом и права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета. Суд-

⁸² Чланови 69, 81 и 82 ПЗС.

ском одлуком о делимичном лишењу родитељског права може бити одређена једна или више мера заштите детета од насиља у породици.

7.13. Усвојење⁸³

Дете се може усвојити ако је то у његовом најбољем интересу.

Усвојити може само лице за које је утврђено да има лична својства на основу којих се може закључити да ће родитељско право вршити у најбољем интересу детета.

Не може усвојити: лице које је потпуно или делимично лишено родитељског права; лице које је потпуно или делимично лишено пословне способности; лице оболело од болести која може штетно деловати на усвојеника; лице осуђено за кривично дело из групе кривичних дела против брака и породице, против полне слободе и против живота и тела.

Усвојењем се између усвојеника и његових потомака и усвојитеља и њихових сродника заснивају једнака права и дужности као између детета и родитеља односно других сродника.

7.14. Хранитељство⁸⁴

Хранитељство се може засновати ако је то у најбољем интересу детета.

Хранитељ може бити само лице за које је утврђено да има лична својства на основу којих се може закључити да ће се старати о детету у његовом најбољем интересу.

Хранитељ не може бити: лице које је потпуно или делимично лишено родитељског права; лице које је потпуно или делимично лишено пословне способности; лице оболело од болести која може штетно деловати на хранџеника; лице осуђено за кривично дело из групе кривичних дела против брака и породице, против полне слободе и против живота и тела.

7.15. Ко не може бити старатељ и награђивање старатеља⁸⁵

За старатеља се не може поставити: лице које је потпуно или делимично лишено пословне способности; лице које је потпуно или делимично лишено родитељског права; лице чији су интереси у супротности са интересима штићеника; лице од кога се, с обзиром на његове

⁸³ Чланови 89, 100 и 104 ПЗС.

⁸⁴ Чланови 111 и 117 ПЗС.

⁸⁵ Чланови 128, 133, ст. 1 и 144, ст. 2 ПЗС.

личне односе са штићеником, родитељима штићеника или другим сродницима, не може очекивати да ће правилно обављати послове старатеља.

Орган старатељства дужан је да без одлагања разреши старатеља ако утврди да је он из било ког разлога престао да обавља дужност, или да злоупотребљава права односно грубо занемарује дужности старатеља, или да је наступила нека околност због које он не би могао бити постављен за старатеља.

Награда старатељу исплаћује се првенствено из штићеникових прихода, осим ако се тиме не угрожава штићениково издржавање.

7.16. Издржавање у породичном праву

Супружник који нема довољно средстава за издржавање, а неспособан је за рад или је незапослен, има право на издржавање од другог супружника сразмерно његовим могућностима.

Нема право на издржавање супружник: који је у време склапања ништавог или рушљивог брака знао за узрок ништавости односно рушљивости; ако би прихватање његовог захтева за издржавање представљало очигледну неправду за другог супружника.

Ванбрачни партнер који нема довољно средстава за издржавање, а неспособан је за рад или је незапослен, има право на издржавање од другог ванбрачног партнера сразмерно његовим могућностима.

Мајка детета која нема довољно средстава за издржавање има право на издржавање од оца детета за време од три месеца пре порођаја и годину дана после порођаја.

Нема право на издржавање мајка ако би прихватање њеног захтева за издржавање представљало очигледну неправду за оца.

Малолетно дете има право на издржавање од родитеља.

Малолетно дете има право на издржавање од других крвних сродника у правој усходној линији ако родитељи нису живи или немају довољно средстава за издржавање.

Дужност малолетног детета да делимично подмирује потребе свог издржавања од сопствене зараде или имовине супсидијарна је у односу на дужност родитеља и крвних сродника.

Пунолетно дете које је неспособно за рад, а нема довољно средстава за издржавање, има право на издржавање од родитеља све док такво стање траје. Пунлетно дете које се редовно школује има право на издржавање од родитеља сразмерно њиховим могућностима, а најкасније до навршене 26. године живота. Пунлетно дете има право на издржавање од крвних сродника у правој усходној линији сразмерно

њиховим могућностима ако родитељи нису живи или ако немају довољно средстава за издржавање.

Нема право на издржавање пунолетно дете ако би прихватање његовог захтева за издржавање представљало очигледну неправду за родитеље односно друге крвне сроднике.

Родитељ који је неспособан за рад, а нема довољно средстава за издржавање, има право на издржавање од пунолетног детета или другог крвног сродника у правој нисходној линији, односно од малолетног детета које стиче зараду или има приходе од имовине, сразмерно његовим могућностима.

Нема право на издржавање родитељ ако би прихватање његовог захтева за издржавање представљало очигледну неправду за дете односно другог крвног сродника.

Малолетни брат односно сестра имају право на издржавање од пунолетног брата или сестре, односно од малолетног брата или сестре који стиче зараду или има приходе од имовине, ако родитељи нису живи или ако немају довољно средстава за издржавање.

Малолетни пасторак има право на издржавање од маћехе односно очуха.

Нема право на издржавање малолетни пасторак ако је брак између родитеља и маћехе односно очуха престао поништењем или разводом.

Маћеха односно очух који су неспособни за рад, а немају довољно средстава за издржавање, имају право на издржавање од пунолетног пасторка сразмерно његовим могућностима.

Немају право на издржавање маћеха односно очух ако би прихватање захтева за издржавање представљало очигледну неправду за пасторка.

Издржавање се одређује према потребама повериоца и могућностима дужника издржавања, при чему се води рачуна о минималној суми издржавања.

Потребе повериоца издржавања зависе од његових година, здравља, образовања, имовине, прихода, те других околности од значаја за одређивање издржавања.

Могућности дужника издржавања зависе од његових прихода, могућности за запослење и стицање зараде, његове имовине, његових личних потреба, обавезе да издржава друга лица те других околности од значаја за одређивање издржавања.

Минимална сума издржавања представља суму коју као накнаду за храненике односно за лица на породичном смештају периодично утврђује министарство надлежно за породичну заштиту, у складу са законом.

Поверилац издржавања може по свом избору захтевати да висина издржавања буде одређена у фиксном месечном новчаном износу или у проценту од редовних месечних новчаних примања дужника издржавања.

Ако се висина издржавања одређује у проценту од редовних месечних новчаних примања дужника издржавања (зарада, накнада зараде, пензија, ауторски хонорар итд.), висина издржавања, по правилу, не може бити мања од 15 % нити већа од 50 % редовних месечних новчаних примања дужника издржавања умањених за порезе и доприносе за обавезно социјално осигурање.

Ако је поверилац издржавања дете, висина издржавања треба да омогући најмање такав ниво животног стандарда за дете какав ужива родитељ дужник издржавања.

Издржавање може да траје одређено или неодређено време. Издржавање супружника после престанка брака не може трајати дуже од пет година. Изузетно, издржавање супружника по престанку брака може се продужити и после истека рока од пет година ако нарочито оправдани разлози спречавају супружника повериоца издржавања да ради.

Висина издржавања може се смањити или повећати ако се промене околности (*rebus sic stantibus*) на основу којих је донета претходна одлука.

Супружник остварује право на издржавање првенствено од другог супружника. Крвни сродници остварују међусобно право на издржавање редоследом којим наслеђују на основу закона. Тазбински сродници остварују међусобно право на издржавање после крвних сродника. Ако има више поверилаца издржавања, право детета на издржавање има првенство.

Ако је више лица истовремено дужно да даје издржавање, њихова обавеза је подељена.

Издржавање престаје: када истекне време трајања издржавања; смрћу повериоца или дужника издржавања.

Издржавање може да престане: када поверилац издржавања стекне довољно средстава за издржавање, осим ако поверилац издржавања није малолетно дете; када дужник издржавања изгуби могућност за давање издржавања или давање издржавања постане за њега очигледно неправично, осим ако поверилац издржавања није малолетно дете.

Издржавање супружника престаје и када поверилац издржавања склопи нови брак односно ванбрачну заједницу.

Супружник чије је право на издржавање једном престало не може поново остварити право на издржавање од истог супружника.

7.17. Имовина супружника⁸⁶

Ако је током трајања заједничког живота у браку дошло до незнатног увећања вредности посебне имовине једног супружника, други супружник има право на потраживање у новцу сразмерно свом доприносу. Али, ако је током трајања заједничког живота у браку дошло до знатног увећања вредности посебне имовине једног супружника, други супружник има право на удео у тој имовини сразмерно свом доприносу.

Ако је после престанка заједничког живота у браку дошло до увећања вредности заједничке имовине, сваки супружник има право на потраживање у новцу односно право на удео у увећаној вредности сразмерно свом доприносу.

Ствари за личну употребу једног супружника припадају му у искључиву својину без урачунавања у његов удео, ако њихова вредност није несразмерно велика у односу на вредност заједничке имовине и вредност ствари за личну употребу другог супружника. Међутим, ако је вредност ових ствари несразмерно велика, оне припадају у искључиву својину супружнику са урачунавањем у његов удео.

Ствари за вршење заната или занимања једног супружника припадају му у искључиву својину са урачунавањем у његов удео.

Предмети домаћинства на којима један супружник након престанка заједнице живота у браку има државину у трајању од најмање три године припадају му у искључиву својину са урачунавањем у његов удео.

Дете и родитељ који врши родитељско право имају право становања на стану чији је власник други родитељ детета ако дете и родитељ који врши родитељско право немају право својине на усељивом стану. Право становања траје до пунолетства детета.

Немају право становања дете и родитељ ако би прихватање њиховог захтева за право становања представљало очигледну неправду за другог родитеља.

7.18. Насиље у породици⁸⁷

Насиље у породици, у смислу овог закона, јесте понашање којим један члан породице угрожава телесни интегритет, душевно здравље или спокојство другог члана породице. Овим насиљем сматра се нарочито: наношење или покушај наношења телесне повреде; изазивање страха претњом убиства или наношења телесне повреде члану породице или њему блиском лицу; присиљавање на сексуални однос;

⁸⁶ Чланови 182, 184–185 и 194 ПЗС.

⁸⁷ Члан 197 ПЗС.

навођење на сексуални однос или сексуални однос са лицем које није навршило 14. годину живота или немоћним лицем; ограничавање слободе кретања или комуницирања са трећим лицима; вређање, као и свако друго дрско, безобзирно и злонамерно понашање.

Члановима породице сматрају се: супружници или бивши супружници; деца, родитељи и остали крвни сродници, те лица у тазбинском или адоптивном сродству, односно лица која везује хранитељство; лица која живе или су живела у истом породичном домаћинству; ванбрачни партнери или бивши ванбрачни партнери; лица која су међусобно била или су још увек у емотивној или сексуалној вези, односно која имају заједничко дете или је дете на путу да буде рођено, иако никада нису живела у истом породичном домаћинству.

7.19. Мирење⁸⁸

Мирење се спроводи само у брачном спору који је покренут тужбом за развод брака. Сврха мирења јесте да се поремећени однос супружника разреши без конфликта и без развода брака.

7.20. Утврђивање и оспоравање очинства и материнства⁸⁹

Дете може поднети тужбу ради утврђивања или оспоравања материнства без обзира на рок. Дете може поднети тужбу ради утврђивања или оспоравања очинства без обзира на рок.

7.21. Вршење родитељског права⁹⁰

У спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права, суд је увек дужан да се руководи најбољим интересом детета.

Споразум родитеља о заједничком или самосталном вршењу родитељског права уноси се у изреку пресуде о вршењу родитељског права, уколико суд процени да је тај споразум у најбољем интересу детета.

Ако родитељи нису закључили споразум о вршењу родитељског права или суд процени да њихов споразум није у најбољем интересу детета, одлуку о поверавању заједничког детета једном родитељу, о висини доприноса за издржавање од стране другог родитеља и о начину одржавања личних односа детета са другим родитељем доноси суд.

⁸⁸ Чланови 233–234 ПЗС.

⁸⁹ Чланови 249 ст. 1, 250 ст. 1, 251 ст. 1 и 252 ст. 1 ПЗС.

⁹⁰ Чланови 266, ст. 1 и 272 ПЗС.

Када суд донесе одлуку о заједничком или самосталном вршењу родитељског права, а дете се не налази код родитеља који треба да врши родитељско право, суд ће наредити да се дете одмах преда родитељу који треба да врши родитељско право.

7.22. Име детета⁹¹

Родитељи имају право да слободно изаберу име детета, али не могу одредити погрдно име, име којим се вређа морал или име које је у супротности са обичајима и схватањима средине.

7.23. Повреда права на лично име⁹²

Право на лично име може се повредити нарочито: спречавањем имаоца да се служи својим личним именом или делом имена, односно ометањем на други начин да врши право на лично име (спречавање и ометање вршења права на лично име); приписивањем имаоцу другачијег личног имена или дела имена односно тврдњом да је ималац дужан да се служи другачијим личним именом или делом имена, означавањем имаоца другачијим личним именом од његовог, оспоравањем имаоцу на други начин права да се служи својим личним именом (оспоравање права на лично име); искривљеним, скраћеним, проширеним или другачијим навођењем имаочевог личног имена или дела имена, осим када је то уобичајено или неопходно (искривљавање личног имена); означавањем себе, другог лица, организације, ствари или појаве имаочевим личним именом или делом имена, навођењем другог или допуштањем другог да себе означава имаочевим личним именом или делом имена, неовлашћеном употребом имаочевог личног имена или дела имена на други начин без пристанка имаоца (неовлашћена употреба личног имена).

8. ЕТИЧКЕ (МОРАЛНЕ) НОРМЕ У СТВАРНОМ ПРАВУ

Својина, као најшире од свих грађанских субјективних права, такође је подвргнута одређеним ограничењима од којих многа имају етичку основу. Та ограничења су на најопштији начин понекад била постављана и у највишем правном акту. На пример, у немачком Уставу (Вајмарски устав) из 1919. стоји: „Својина обавезује. Коришћење својине мора истовремено бити допринос који се чини у општем ин-

⁹¹ Члан 344, ст. 3 ПЗС.

⁹² Члан 351 ПЗС.

тересу”, или у нашем Видовданском уставу из 1921. год.: „Употреба својине не сме бити на штету целине”.⁹³

8.1. Остваривање и вршење права својине⁹⁴

Власник остварује право својине у складу са природом и наменом ствари. Забрањено је вршење права својине противно циљу због кога је законом установљено или признато.

У Нацрту законика о праву својине и другим стварним правима наводи се читава лепеза могућих злоупотреба својине.⁹⁵

Ималац права не врши право већ злоупотребу, ако шкоди другоме: само или првенствено да би му нашкодио; без оправданог интереса, ради безначајног интереса или бескорисно; несразмерно више него што себи користи; или му шкоди више него што би да поступа на други начин којим такође остварује интерес; изигравши његово оправдано поверење, које је створио да неће вршити своје стварно право; поступајући противно циљу тог стварног права; поступајући противно друштвеном моралу; поступајући противно правичности и у другим случајевима злоупотребе.

8.2. Стицање права својине у судској пракси са становишта етичког поретка

У наредним редовима, навешћемо неке од судских одлука из наше судске праксе, а које су се тицале стицања права својине.

Закон о основама својинскоправних односа (члан 33)

Непостојање сукоба правног основа, односно вишеструког отуђења

Сентенца: У случају непостојања вишеструког отуђења, савесност као морална и правна чињеница, не производи правно дејство на судбину права својине, односно не представља услов за стицање права својине, будући да тада не постоји сукоб правног основа када се даје предност савесном купцу, и када савесност представља елемент стицања права својине.

⁹³ Члан 153, ст. 3 немачког Устава и члан 37 Видовданског устава. О различитим дефиницијама својине и њеним ограничењима, вид. О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Београд 1981, 88–92.

⁹⁴ Члан 4 Закона о својини и другим стварним правима.

⁹⁵ Члан 14 Нацрта. Вид. В. Водинелић, *Нацрт Законика о праву својине...*, Београд 2007.

Из образложења:

„Према утврђеном чињеничном стању, тужилац је као син наследио свога оца (па и спорне непокретности) по оставинском решењу из 1950. године. Његова мајка (првотужена) задржала је право плодоуживања на спорним непокретностима. Стара кућа (предмет спора) саграђена је 1934. године у брачној заједници родитеља тужиоца, на земљишту чији је искључиви власник био отац по основу наслеђа. У катастарске књиге као искључиви држалац била је уписана првотужена са списком промена. Она је 1983. године кућу са земљиштем које је описано и које служи за редовну употребу објекта продала туженом А. Р. из Н. и Р. Р. који је у току ове парнице умро (његови наследници су трећетужени и четвртотужена). Купци су по закључењу уговора адаптирали и реновирали постојећу стамбену зграду и они се налазе у њеној државини. После закључења уговора, а пре градње, тужилац је опомену купце да продавац непокретности није искључиви власник и забранио им је градњу.

Код таквог чињеничног стања, правилно је примењено материјално право када је утврђено право својине тужиоца на спорним непокретностима по основу наслеђа (кући и земљишту које се налази испод зграде и које служи за редовну употребу) и искључиво право својине на делу једне парцеле која и није представљала предмет предмета. Као претходно питање у овој парници, утврђено је да је првотужена (мајка тужиоца) власник са 1/2 спорних непокретности по основу стицања у брачној заједници. Имајући у виду да власник може да пренесе само онолико права колико сам има правилно је становиште нижестепених судова да у односу на тужиоца спорни уговор о продаји (испуњава услове форме) не производи правно дејство за 1/2. Иако то правило није изричито прописано ни Законом о основама својинскоправних односа, а ни Законом о облигационим односима, оно се као општеусвојени принцип примењује.

За стицање права својине у смислу члана 33 Закона о основама својинскоправних односа (а и по основу ранијих правних правила) када је у питању правни посао нужно је извршити упис права својине у земљишне односно јавне књиге. За остале видове деривативног стицања, као што је наслеђе, или за оригинарне начине стицања права својине (одржај), упис права својине није конститутивни елемент стицања већ производи само декларативно дејство. Зато је у овом случају тужилац био и остао власник дела спорних непокретности по основу наслеђа без обзира на чињеницу што то његово право није уписано у јавним књигама. Он је постао власник по основу закона тренутком смрти оставиоца, а евентуални упис у јавним књигама имао би само декларативно дејство. С обзиром на то да је за стица-

ње права својине потребно постојање правног основа (у овом случају правног посла) и начина стицања (уписа), то савесност као правна и морална чињеница није од значаја код деривативног стицања права својине. Изузетак је постојање сукоба основа код вишеструког отуђења и давање предности савесном другом купцу иако је први купац уписао своје право својине у земљишној књизи. Овај изузетак (да савесност представља елемент стицања права својине) има за циљ заштиту поштенних купца код вишеструког отуђења који су све предузели како би се уверили да је продавац истовремено и власник предмета продаје.

Из реченог, произлази да савесност у случају непостојања вишеструког отуђења не производи никакав правни учинак на судбину права својине, па су зато неосновани сви ревизијски наводи у којима се истиче да су купци предузели све мере како би поуздано утврдили својину купца извршивши увид у катастарске књиге и распитавши се у просторијама месне заједнице о држаоцу. Осим тога, катастарске књиге до доношења Закона о државном премеру и катастру и спровођењу посебног поступка за јединствену правну евиденцију непокретности не представљају књиге својинског стања којима се гарантује тачност својине већ представљају јавне регистре државинског стања и нису искључиви доказ о својини.

Иако савесност није трећа чињеница која је од одлучног значаја за стицање права својине у овом случају, купци нису савесни, јер су у ситуацији када катастарске књиге не представљају искључиви доказ о својини морали да приликом разгледања катастарских књига затраже збирку исправа како би поуздано утврдили по ком основу је првотужена извршила упис државине. Очигледно је да постоји несагласност између оставинског решења и стања у катастру. Да је упис у катастру извршен на основу оставинског решења (по ком би тужена имала само право уживања) јасно би се утврдило да продавац није власник већ само титулар личне службености због чега није могао да изврши отуђење целе непокретности. Но, како је првотужена (продавац) власник по основу заједничког стицања у брачној заједници то уговор о отуђењу за 1/2 производи правно дејство.“

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1/2004 од 19. априла 2005. год.)

Савесност и стицање права својине на непокретностима (чл. 103 ст. 1 ЗОО) Несавесност стицаоца

Сентенца: Како се питање ваљаности стицања права својине на непокретности просуђује и решава и с обзиром на савесност стицаоца, на савесност се не могу позвати лица која су знала, односно која

су по редовном току ствари могла знати за постојање уговора о доживотном издржавању између продавца и тужиоца.

Из образложења:

„Како се питање ваљаности стицања права својине на непокретности просуђује и решава и с обзиром на савесност стицаоца, правилно је првостепени суд закључио да се на савесност не могу позивати лица која су знала, односно која су по редовном току ствари могла знати за постојање уговора о доживотном издржавању између продавца и тужиоца.

Овакав закључак, насупрот жалбеним наводима, произлази из чињенице да је адвокат који је туженима као купцима сачинио уговор о продаји, писмено и усмено контактирао са тужиоцем у вези са раскидом уговора о доживотном издржавању, и накнаде за издржавање датом Т. Л. Уз то, из чињеничног утврђења да је тужилац у присуству туженог Т. Ј, упозорио Т. Л. да до окончања парнице за раскид уговора о доживотном издржавању не предузима никакве правне послове у вези са предметним станом, произлази да је овај тужени знао за постојање уговора, те да је адвокат Т. са тужиоцем контактирао у вези са уговором о доживотном издржавању по његовом налогу.

Из изнетих разлога, правилно је првостепени суд, утврђујући несавесност купаца у склопу свих околности које су претходиле закључењу купопродајног уговора, применио материјално право када је поништио уговор који су тужени као несавесни уговарачи закључили са Т. Л.“

(Пресуда Окружног суда у Зрењанину, Гж. 10/2002 од 5. фебруара 2002. год.)

Јаче право код стицања својине на непокретностима

Закон о основама својинскоправних односа (чл. 33)

Држалац непокретности

Сентенца: Када су више лица, као савесни стицаоци закључили уговоре о купопродаји непокретности, односно имају основ за стицање својине на њој, јачи у праву је онај који је у државини непокретности, односно онај коме је она предата.

Из образложења:

„Основани су, такође, жалбени наводи да у ситуацији у којој би више лице закључило, као савесни стицаоци, уговоре који су основ стицања својине, суд одлучује о праву својине имајући у виду која странка је јача у праву, а управо сходном применом одредаба члана Закона о основама својинскоправних односа, који предвиђа стицање права својине на непокретности уписом у јавне књиге односно држа-

вином непокретности, јача у праву је онај купац који је применом начела савесности и поштења и начела забране злоупотребе права у државини те непокретности. Како све наведене спорне чињенице у погледу извршења Уговора о купопродаји, који су били основи стицања, првостепени суд није утврђивао, нити је ценио, која од странака је јача у праву на наведену непокретност, а то су релевантне чињенице за доношење одлуке о основаности тужбеног захтева, то су основани жалбени наводи да нису утврђене све релевантне чињенице за доношење правилне одлуке о основаности захтева.“

(Решење Вишег трговинског суда, Пж. 2010/2008(1) од 8. маја 2008. године – Судска пракса трговинских судова – Билтен 4/2008)

Начин стицања својине на непокретности

Закон о основама својинскоправних односа (чл. 33, 34 и 72)

Државина по другом основу

Сентенца: Уколико је купац непокретности у тренутку куповине већ био у државини купљене непокретности по другом основу, он постаје власник закључењем уговора без потребе преузимања непокретности.

Из образложења:

„Према изнетом, према становишту овог суда правилно је првостепени суд заузео правно становиште да је у ситуацији у којој је дошло до двоструке продаје наведеног пословног простора и то први пут од стране инвеститора тужиоцу а потом од стране Б. И., коме је инвеститор такође продао спорни пословни простор – умешачу за решење спора, одлучујућа чињеница савесност странака, односно купца, као и који од наведених купаца има наведену непокретност у државини. Притом, значајно је имати у виду да уколико је сам тужилац стекао државину по било ком другом основу на наведеним непокретностима, није неопходно да му се та непокретност поново предаје, већ он само од стицања правног основа закључењем уговора о купопродаји, при констатацији да је наведена непокретност већ у његовој државини, њу наставља да држи у другом својству, односно у својству носиоца права.“

(Решење Вишег трговинског суда, Пж. 11521/2005(2) од 23. фебруара 2006. год. – Судска пракса трговинских судова – Билтен 2/2006)

Савесност државине код стицања својине одржајем на непокретности која је национализована

Закон о основама својинскоправних односа (чл. 28 ст. 2 и 4)

Сазнање држаоца

Сентенца: За савесност државине код стицања својине одржајем на непокретности, довољно је сазнање да су непокретности национализоване, а није пресудно да ли држалац има сазнање у погледу достављања тог решења ранијем власнику.

Из образложења:

„Неосновани су ревизијски наводи у којима се истиче да је првостепени суд морао утврђивати да ли је решење о национализацији правноснажно (тужιοци тврде да оно није достављено њиховом правном претходнику). Ова чињеница код оригинарног стицања права својине није од одлучног значаја, јер се право својине стиче по основу закона, када се за то испуне изложени услови из члана 28, ст. 2 и 4 Закона о основама својинскоправних односа. Својина претходника је одлучна чињеница за деривативно стицање (најчешће уговорно). За савесност тужених, довољно је сазнање да су спорне непокретности национализоване (да постоји решење). Није нужно да они врше истраживања у погледу достављања тог решења ранијем власнику, јер, у случају када је пребивалиште и боравиште адресата непознато, достава је могла бити извршена и прибијањем решења на огласну таблу.“

(Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 2233/2010 од 16. марта 2011. год.)

Правно дејство хипотеке из привидног уговора

ЗОО (чл. 66, ст. 1 и 2)

Правна судбина главног уговора

Сентенца: Ако је уговор привидан, не важи ни хипотека, иако је уписана у земљишне књиге.

Из образложења:

„Првостепени суд је утврдио да су тужиља, као зајмодавац, и тужена, као зајмопримац, закључиле уговор о зајму 11.000 DM, са роком враћања од пет месеци и 10 % месечне камате, да је ово прави уговор између странака који је међутим прикривен, да би се прикрила камата, прво писменим уговором на 16.500 DM, а затим, и уговором где је износ зајма са све каматом прерачунат у динаре на 165.000 динара (Ов. 6127/96 И Општинског суда у Б.), да је после тога закључен и анекс уговора о зајму од 17.3.1997. године, којим су утврђени начини и динамика враћања зајма, с обзиром на то да је тужена почела

да касни са испуњавањем обавеза, а да је хипотека уписана према уговору на износ од 165.000 динара, о чему се првостепени суд детаљније изјаснио у првостепеној пресуди.

Код оваквог стања ствари, првостепени суд је у суштини и правилно закључио да у конкретном случају између странака важи прави уговор (зајам од 11.000 DM са роком враћања од пет месеци и 10 % камате), а да су напред наведени уговори којима се прикрива прави уговор привидни и да немају дејства међу уговорним странама, с обзиром на одредбе члана 66, ст. 1 и 2 Закона о облигационим односима (даље: ЗОО).

Прикривени уговор производи правно дејство међу уговорним странама, осим у погледу камате, јер је и по налажењу Окружног суда уговорена каматна стопа несразмерно висока у односу на околности конкретног посла, и да је као таква у супротности са начелом савесности и поштења, те начелом једнаке вредности давања из чл. 12 и 15 ЗОО, па је првостепени суд био дужан да, сагласно одредби члана 141 ЗОО којим се заштићује начело једнаке вредности давања код двостраних уговора, умери стопу уговорене камате, односно да примени утврђено начело ограничености стопе уговорене камате установљено чланом 399 ЗОО, што је и учинио, по налажењу Окружног суда правилно, опредељујући се у конкретном случају за домицилну камату.

На основу налаза и мишљења вештака финансијске струке, утврђена је обавеза тужене у враћању дуга, у свему као у изреци побијане пресуде под I, за који износ је првостепени суд наредио да ће се извршити реализацијом хипотеке.

У складу са утврђеним чињеничним стањем, правилна је одлука садржана у изреци побијане пресуде под II. Прво, ради се о само једном уговорном односу из кога су преостале обавезе за тужену само за износ из става I побијане пресуде, и друго, како се тужбом тражила реализација хипотеке према уговорима који су као привидни ништави и како хипотека у овом смислу прати правну судбину уговора то је првостепени суд правилно применио материјално право када је одлучио као у ставу II побијане пресуде.“

(Пресуда Окружног суда у Ваљеву, Гж. 918/2004 од 6. септембра 2004. год.)

Грађење на туђем земљишту

Закон о основама својинскоправних односа (чл. 25)

Сентенца: Код делимичног захватања суседне парцеле грађењем, када је зграда подигнута на свом земљишту, али је притом прекорачена међа и захваћен део суседне парцеле, власник суседног земљишта има право, без

обзира на савесност странака, да захтева враћање у пређашње стање, ако је то могуће без знатније штете по остали део зграде, или ако власнику заузе-тог земљишта од прекорачења међе прети несразмерно велика штета.

Из образложења:

„Што се тиче навода жалбе тужилаца, који се односе на одлуку из изреке под 4 побијене пресуде, другостепени суд налази да су неоснова-ни, јер је правилно првостепени суд одбио тужбени захтев за уклањање дела степеница од зграде Дома културе у Љ, који се налази на кп. бр. 1129/7, пошто је утврдио да је то степениште саставни део поменутог грађевинског објекта.

Наиме, грађењем на туђем земљишту се долази до спајања грађевине и земљишта у јединствену непокретност. Код делимичног захватања суседне парцеле грађењем, када је зграда подигнута на свом земљишту, али је притом прекорачена међа и захваћен део суседне парцеле као што је овде случај, власник суседног земљишта има право да, без обзира на савесност странака, захтева повраћај у пређашње стање, што се овде тужбеним захтевом тражи, ако је то могуће без знатније штете по остали део зграде или ако власнику заузе-тог земљишта од прекорачења међе прети несразмерно велика штета.

Како је очигледно да уклањање степеница са парцеле тужиоца М. С. није могуће без знатније штете по остали део зграде Дома културе, а тужилац, нити у првостепеном поступку, нити у жалби не тврди да је то могуће без знатније штете, а такође тужилац у првостепеном поступку, а ни сада у жалби, ништа не каже да поменутом тужиоцу због захватања његове парцеле прети несразмерно велика штета, другостепени суд налази да је правилном применом материјалног права требало одбити тај тужбени захтев.“

(Пресуда Окружног суда у Ваљеву, Гж. 757/2006 од 29. септембра 2006. год.)

9. ЕТИЧКЕ (МОРАЛНЕ) НОРМЕ У ЗАКОНУ О НАСЛЕЂИВАЊУ СРБИЈЕ

9.1. Изузимање из састава заоставштине⁹⁶

Заоставштину не чине предмети домаћинства мање вредности (покућство, намештај, постељина и слично) који служе свакодневним потребама оставиоцевих потомака, његовог брачног друга и родитеља, ако су са оставиоцем живели у истом домаћинству, већ они постају заједничка својина ових лица.

⁹⁶ Члан 1, ст. 2–3 Закона о наслеђивању Србије – ЗОН, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 46/95.

Заоставштину не чине добра за која су оставиоачеву имовину увећали његови потомци који су с њиме живели у заједници и својим трудом, за-
радом или иначе му помагали у привређивању, већ та добра припадају
потомку, сразмерно делу за који је увећао оставиоачеву имовину.

9.2. Наследно право зачетка⁹⁷

Наследити може и дете већ зачето у тренутку оставиоачеве смрти
ако се роди живо.

9.3. Недостојност за наслеђивање⁹⁸

Не може наследити на основу закона или завештања, нити стећи
какву корист из завештања (недостојан је): онај ко је умишљајно
усмртио оставиоца, или је то покушао; онај ко је принудом, претњом
или преваром навео оставиоца да сачини или опозове завештање или
неку његову одредбу, или га је у томе спречио; онај ко је у намери
спречавања оставиоачеве последње воље уништио или сакрио његово
завештање, или га је фалсификовао; онај ко се теже огрешио о закон-
ску обавезу издржавања оставиоца, или му је ускратио нужну помоћ.

Суд на недостојност пази по службеној дужности.

9.4. Повећање наследног дела деце⁹⁹

Кад постоји оставиоачево дете коме оставиоачев брачни друг није
родитељ, а имовина брачног друга је већа од оне која би му припала
при подели заоставштине на једнаке делове, онда свако оставиоачево
дете може наследити до два пута више него брачни друг ако суд, по-
што размотри све околности, оцени да је то оправдано.

9.5. Губитак наследног права супружника¹⁰⁰

Брачни друг губи право законског наслеђивања: ако је оставилац
био поднео тужбу за развод брака, а после његове смрти се утврди да
је тужба била основана; ако је његов брак са оставиоцем поништен
после оставиоачеве смрти, а из разлога који су брачном другу били по-
знати у тренутку закључења брака; ако је његова заједница живота са
оставиоцем била трајно престала његовом кривицом или у споразуму
са оставиоцем.

⁹⁷ Члан 3, ст. 2 ЗОН.

⁹⁸ Члан 4 ЗОН.

⁹⁹ Члан 9, ст. 3 ЗОН.

¹⁰⁰ Члан 22 ЗОН.

9.6. Посебна наследна права супружника¹⁰¹

Кад је позван на наслеђе са наследницима другог наследног реда, а нема нужних средстава за живот, брачни друг може у року од једне године од смрти оставиоачеве захтевати доживотно уживање (плодоуживање) на целини или делу заоставштине коју су наследили остали наследници. Међутим, кад је вредност заоставштине тако мала да би њеном поделом запао у оскудицу, брачни друг може захтевати у својину целокупну заоставштину. При одлучивању, суд нарочито цени дужину трајања заједнице живота оставиоца и брачног друга, имовно стање и способност за привређивање брачног друга и осталих наследника и вредност заоставштине.

Кад је брачни друг позван на наслеђе са наследницима другог наследног реда, а оставиочева наслеђена добра чине више од половине његове посебне имовине, остали наследници могу у року од једне године од смрти оставиоачеве захтевати смањење наследног дела брачног друга до четвртине заоставштине ако заједница живота оставиоца и брачног друга није трајала дуже времена.

9.7. Посебна наследна права родитеља оставиоца¹⁰²

Кад су позвани на наслеђе са оставиочевим брачним другом, а немају нужних средстава за живот, оставиочеви родитељи могу у року од једне године од смрти оставиоачеве захтевати доживотно уживање на целини или делу заоставштине коју је наследио брачни друг. Ако је заједница живота оставиочевих родитеља трајно престала, родитељ који нема нужних средстава за живот, а заједница живота није престала његовом кривицом, може захтевати доживотно уживање и на целини или делу заоставштине коју је наследио други оставиочев родитељ. Ако оставиочев родитељ не може или неће да наследи, родитељ који нема нужних средстава за живот може захтевати доживотно уживање и на целини или делу заоставштине коју су наследили потомци другог родитеља. Кад је вредност заоставштине тако мала да би њеном поделом запали у оскудицу, оставиочеви родитељи могу захтевати у својину целокупну заоставштину.

9.8. Наследно право усвојиоца из непотпуног усвојења¹⁰³

Изузетно, ако усвојилац нема нужних средстава за живот, а усвојеник нема наследника из првог наследног реда, усвојилац може у ро-

¹⁰¹ Чланови 23, 26 ст. 1 и 31 ЗОН.

¹⁰² Члан 31 ЗОН.

¹⁰³ Члан 38, ст. 2 и 3 ЗОН.

ку од једне године од смрти усвојеникове захтевати доживотно уживање на делу заоставштине ако при усвојењу нису била искључена усвојеникова наследна права.

При одлучивању суд цени дужину трајања усвојења, обим усвојеникових наследних права, вредност заоставштине и имовно стање наследника позваних на наслеђе.

9.9. Нужни наследници и нужни део¹⁰⁴

Нужни наследници су оставиоcheви потомци, усвојеници и њихови потомци, брачни друг, родитељи, усвојилац, браћа и сестре, дедови и бабе и остали преци.

Усвојилац из непотпуног усвојења, оставиоcheва браћа и сестре, његови дедови и бабе и његови остали преци нужни су наследници само ако су трајно неспособни за привређивање, а немају нужних средстава за живот.

Нужни наследник може бити само онај ко је по законском реду наслеђивања позван на наслеђе.

Нужним наследницима припада део заоставштине којим оставилац није могао располагати и који се назива нужним делом.

Нужни део потомака, усвојеника и његових потомака и оставиоcheвог брачног друга је половина, а нужни део осталих нужних наследника је трећина дела који би сваком од њих припао по законском реду наслеђивања.

Ако нужни наследник не може или неће да наследи, његов нужни део не прираста осталим нужним наследницима.

Нужни наследник се намирује после оставиоcheвих поверилаца, а пре испорукопримаца (легатара).

Нужни наследник не одговара за оставиоcheве дугове, до висине вредности нужног дела.

Нужни део је повређен ако је вредност оставиоcheвих завештајних располагања и поклона учињених нужном наследнику или лицу уместо кога овај долази на наслеђе мања од вредности наследниковог нужног дела.

У вредност заоставштине на основу које се израчунава нужни део не улазе добра која је законски наследник стекао пуноважним уговором о уступању и расподели имовине за живота, оно што је оставилац утрошио на издржавање и школовање законског наследника, поклони учињени у добротворне и друге општекорисне сврхе ни мањи уобичајени поклони.

¹⁰⁴ Чланови 39–42, 49 и 61 ЗОН.

Завешталац може искључити из наслеђа нужног наследника који се повредом неке законске или моралне обавезе теже огрешио о њега (ако се увредљиво или грубо односио према завештаоцу, ако је умишљајно учинио кривично дело према завештаоцу, његовом детету, усвојенику, брачном другу или родитељу, ако се одао нераду и непоштену животу).

Искључење може бити потпуно или делимично.

Ако је потомак који има право на нужни део презадужен или је расипник, завешталац га може у целини или делимично лишити нужног дела у корист потомака лишеног.

Лишење мора бити учињено у облику потребном за завештање.

9.10. Урачунавање поклона и испорука (легата) у наследни део¹⁰⁵

Законском наследнику урачунава се у његов наследни део поклон који је ма на који начин добио од оставиоца. Плодови и друге користи које је наследник од поклоњене ствари или права имао до смрти оставиоце не урачунавају му се у наследни део.

Испорука остављена законском наследнику урачунава се у његов наследни део ако из завештања не следи што друго.

9.11. Пуноважност завештања и накнадни губитак способности за расуђивање¹⁰⁶

Изузетно, кад се битно измене прилике које су у време завештања биле завештаочева одлучујућа побуда, суд може, на захтев заинтересованог лица, ставити ван снаге поједине одредбе завештања или цело завештање ако завешталац то није могао учинити због губитка способности за расуђивање.

9.12. Дужности сведока усменог завештања¹⁰⁷

Сведоци пред којима је завешталац усмено изрекао своју последњу вољу дужни су да без одлагања написмено саставе завештаочеву изјаву и да је што пре предају суду, или да је усмено понове пред судом износећи при том када је, где и у којим приликама завешталац изрекао своју последњу вољу. Извршење те дужности није услов пуноважности усменог завештања.

¹⁰⁵ Чланови 64 и 68 ЗОН.

¹⁰⁶ Члан 80, ст. 2 ЗОН.

¹⁰⁷ Члан 111 ЗОН.

9.13. Оснивање задужбине, фонда...¹⁰⁸

Завешталац може наредити да се каква ствар или право, део имовине или цела имовине употребе у дозвољене сврхе.

Завешталац може наредити оснивање задужбине и одредити средства за постизање њеног циља.

9.14. Фикција остварења или неостварења услова¹⁰⁹

Сматра се да је услов остварен ако његово остварење, противно начелу савесности и поштења, спречи онај на чији је терет одређен. Сматра се да услов није остварен ако његово остварење, противно начелу савесности и поштења, проузрокује онај у чију је корист одређен.

9.15. Налог¹¹⁰

Завешталац може наложити наследнику или испорукопримцу да нешто учини или се уздржи од нечега што би иначе био овлашћен да учини, али тако да између обавезног лица и корисника налога не настане облигациони однос. Налози противни принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима сматрају се непостојећим.

9.16. Ништавост завештања¹¹¹

Завештање је ништаво ако је његова садржина противна принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима.

9.17. Дужност извршиоца завештања¹¹²

Кад завешталац није што друго одредио, дужност је извршиоца завештања нарочито да се стара о чувању заоставштине, да њоме управља, да се стара о исплати дугова и испорука, и уопште да се стара да завештање буде извршено онако како је завешталац хтео.

¹⁰⁸ Члан 118 ЗОН.

¹⁰⁹ Члан 121 ЗОН.

¹¹⁰ Члан 132, ст. 1 и 2 ЗОН.

¹¹¹ Члан 155 ЗОН.

¹¹² Члан 173, ст. 1 ЗОН.

9.18. Неиспуњење обавеза по уговору о уступању и расподели имовине за живота¹¹³

Уступилац може захтевати да му потомак врати све што је примио ако је потомак показао грубу неблагодарност према њему. Исто право има уступилац и ако потомак њему или коме другоме не даје издржавања одређено уговором о уступању и расподели, или не намири уступоочеве дугове.

У другим случајевима неизвршења терета одређених уговором о уступању и расподели, суд, водећи рачуна о важности терета за уступоца и другим околностима, одлучује да ли уступилац има право на враћање датих добара, или право да тражи принудно извршење терета.

9.19. Права и обавезе по уговору о доживотном издржавању¹¹⁴

Уговором о доживотном издржавању обавезује се прималац издржавања да се после његове смрти на даваоца издржавања пренесе својина тачно одређених ствари или каква друга права, а давалац издржавања се обавезује да га, као накнаду за то, издржава и да се брине о њему до краја његовог живота и да га после смрти сахрани. Ако што друго није уговорено, обавеза издржавања нарочито обухвата обезбеђивање становања, хране, одеће и обуће, одговарајућу негу у болести и старости, трошкове лечења и давања за свакодневне уобичајене потребе.

Ништав је уговор у коме је давалац издржавања физичко или правно лице које се у оквиру свог занимања, односно делатности и стара о примаоцу издржавања (медицинско особље, болнице, различите агенције и слично), ако претходно за уговор није добијена сагласност надлежног органа старатељства.

Ако се међусобни односи уговорника из било ког узрока толико поремете да постану неподношљиви, свако од њих може захтевати да суд раскине уговор.

Ако се после закључења уговора околности толико промене да његово испуњење постане знатно отежано, суд може, на захтев једне или друге уговорнице, њихове односе изнова уредити или раскинути.

На захтев законских наследника примаоца издржавања, суд може поништити уговор о доживотном издржавању ако због болести или старости примаоца издржавања уговор није представљао никакву неизвесност за даваоца издржавања.

¹¹³ Члан 192 ЗОН.

¹¹⁴ Чланови 194 ст. 1 и 3, 196, 201 ст. 1, 202 ст. 1 и 203 ст. 1 ЗОН.

9.20. Одговорност за дугове оставиоца¹¹⁵

Наследник одговара за оставиочеве дугове до висине вредности наслеђене имовине.

9.21. Право на издвајање конкретних ствари и права уз накнаду¹¹⁶

На захтев наследника који је живео или привређивао у заједници са оставиоцем, суд може, ако то изискује оправдана потреба, одлучити да му се оставе поједине ствари или групе ствари или права које би припале у део осталим наследницима, а да им он вредност тих ствари или права исплати у новцу о року који суд према околностима одреди. Кад у заоставштини има пољопривредног земљишта, суд је дужан на ово право упозори пољопривредника који је живео или привређивао у заједници са оставиоцем.

9.22. Јемство међу санаследницима¹¹⁷

Сваком наследнику остали наследници одговарају по самом закону ако му неко трећи, позивајући се на право засновано пре деобе, одузме ствар која је стављена у његов наследни део, или иначе смањи његово право. Они јемче и за то да ствари стављене у његов део немају скривених недостатака. Наследници јемче за постојање и наплативост оставиочевог потраживања које је стављено у део једног наследника – до износа који му је стављен у део. У свим наведеним случајевима јемства, сваки наследник јемчи и дугује накнаду сразмерно свом наследном делу.

10. ПРОЦЕСНО ПРАВО

Најважнији процесноправни пропис, већ у првим одредбама,¹¹⁸ предвиђа да суд неће дозволити располагања странака супротна принудним прописима, јавном поретку, моралу и добрим обичајима. Реч је о конкретизацији једног од основних принципа ЗОО, што смо раније детаљно обаснили, пренетог на терен процесног права. Ради се о ограничавању диспозиција странака, с тим што је овде, наравно, реч о диспонирању процесним захтевима. Тај пропис се даље разрађује, па се свако диспонирање странака процесним захтевима ограничава на начин што их суд неће уважити уколико су њему супротна, што је јасна веза са етичким,

¹¹⁵ Члан 222 ЗОН.

¹¹⁶ Чланови 232 ст. 1 и 233 ЗОН.

¹¹⁷ Члан 235 ЗОН.

¹¹⁸ Члан 3, ст. 3 ЗПП.

одн. моралним поретком између материјалног и процесног грађанског права.

Конкретизација те основне процесне одредбе, везане за основну материјалноправну одредбу којом се штити савесност и поштење, одн. етички (морални) поредак су следеће: Члан 336, став 4 – суд неће дозволити закључење судског поравнања, ако би то било у супротности са чланом 3, став 3. Члан 348, став 2 – суд неће донети пресуду на основу признања, ако би то било супротно члану 3, став 3. Члан 349, став 3 – суд неће донети пресуду на основу одрицања ако би то било супротно члану 3, став 3. Члан 350, став 2 – суд неће донети пресуду на основу пропуштања, ако се ради о захтеву којим странке не могу да располажу. Члан 351, став 2 – исто важи и за пресуду због изостанка. Члан 374, став 2, тачка 5 – ако је суд донео неку од наведених пресуда супротно члану 3, став 3, то је апсолутно битна повреда поступка, на коју се пази *ex officio* и због које се пресуда укида и предмет враћа на ново суђење. Због повреде члана 3, став 3, могао би се ширим тумачењем изјавити и захтев за преиспитивање правноснажне другостепене пресуде, мада се ту говори о повреди јавног интереса. Према раније важећем ЗПП, овај ванредни лек је, у ствари, био захтев за заштиту законитости, и није било дилеме да се може употребити због повреде члана 3, став 3, што значи да и историјско тумачење иде у прилог оваквом ставу. Члан 322, говори о томе да суд може да искључи јавност са главне расправе или њеног дела, ако је то, између осталог, потребно ради заштите морала.

11. ЗАКЉУЧАК

Право без етике је неправедно, неморално право, „право“ које лако склизне у зону антиправа, насиља па и злочина – о томе, нажалост, сведочи историја цивилизације. Морал, етика без правне санкције, дакле без права, је немоћни праведник који опомиње и запомаже, али без могућности да спречи превару, насиље, па и злочин – етички систем лишен права је високи саветодавац кога готово нико, чак, и када га разуме, не слуша. У свету различитих интереса, правни и морални поредак су упућени на заједништво, на преплитање, на коегзистенцију. Ко не разуме етику, тај не може разумети суштину права – ко, пак, не схвата право, тај засигурно не разуме смисао, сврху, живот етике. Отуда, право и етика не смеју да буду два раздвојена ентитета, напротив.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Антић, Оливер, *Наследно право*, Београд 2004;
2. Vedriš, Martin, Klarić, Petar, *Osnove imovinskog prava*, Zagreb 1983;
3. Водинелић, Владимир, *Нацрт Законика о праву својине...*, Београд 2007;
4. Перовић, Слободан, *Забрањени уговори*, Београд 1975;
5. Перовић, Слободан, *Облигационо право*, Београд 1986;
6. Станковић, Обрен, Орлић, Миодраг, *Стварно право*, Београд 1981;
7. Стојановић, Драгољуб, „Слобода уговарања и јавни поредак“, *Архив* 3/1968;
8. Стојановић, Драгољуб, Антић, Оливер, *Увод у грађанско право*, Београд 2001.

Правни извори

1. Закон о наслеђивању, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 46/95;
2. Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93;
3. Закон о пољопривредном земљишту, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 62/06;
4. Породични закон, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 18/05;
5. Устав Републике Србије, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 1/90;
6. Устав Републике Црне Горе, *Сл. лист РЦГ*, бр. 48/92;
7. Устав СР Југославије, *Сл. лист СРЈ*, бр. 1/92.

Professor Oliver Antić, LL.D.

Faculty of Law,
University of Belgrade
University of East Sarajevo

ETHICS IN CIVIL LAW

Summary

The author discusses two basic principles on which Civil Law rests – principle of private autonomy (autonomy of the will) and principle of good faith. Private autonomy, originating from the theory of autonomy of the will, stands for individualistic, hence egoistic principles in law as confirmation of subjective civil rights and as a token of position and role an individual plays in constituting, changing and cessation of subjective civil rights. The principle of good faith stands in sharp contrast to the principle of autonomy of the will in the sense of the struggle of the opposites, thus striking a balance between egoistic on one and ethic, social i.e. common or collective on the other side. Law without ethics is unjust, immoral law, „law“ which can easily slip into the realm of antilaw, violence or even crime, the fact that has, sadly, been confirmed in the history of our civilisation too many times. Morale, ethics without legal sanction, hence, without law is but a forsaken righteous man warning and crying, but unable to avert deceit, violence or even crime. Ethical system devoid of law resembles a senior advisor whose advice is disregarded even when properly understood. In the world of conflicting interests legal and moral order rely on fellowship, interlacing, coexistence. Those who fail to understand ethics cannot understand the essence of law; those who fail to understand the law will certainly not understand the point, the gist, the life of ethics. Hence law and ethics must never be two separate entities.

Key words: *Morale; Ethics; Civil Law; Private autonomy; Good faith.*