

КОДИФИКОВАЊЕ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Стручни чланак

doi: 10.7251/GPF1537287M

Резиме: У раду се обрађује питање кодификовања грађанског права на подручју Републике Српске. Аутор слиједи препоруке и закључке упућене члановима Удружења правника Републике Српске на Деветим октобарским правничким данима о подстицају размишљањима која иду у правцу реализације идеје кодификовања грађанског права. У раду се обрађују услови, принципи и стратешка опредјељења која би редактори будућег преднацрта кодификације требали слиједити у своме раду.

Кључне ријечи: Унификација, кодификација, хармонизација, грађански законик, предмет и метод.

1. УВОД

Међу сталним препорукама и закључцима многих расправа, савјетовања и симпозијума неизбјежна је констатација да поред извршених реформи грађанскоправних прописа у Босни и Херцеговини и ентитетима постоји и даље проблем фрагментарности грађанског законодавства. Да се то негативно стање превазиђе као могуће рјешење многи правнички ауторитети предлажу политичким факторима да се крене путем кодификације грађанског права доношењем грађанског законика. На тај начин би се, сматрају

* Доктор правних наука, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци и судија Суда БиХ.

многи истакнути протагонисти правничке заједнице у Републици Српској, систематизовали битни институти из ове области и отклониле постојеће правне празнине, отклонила правна несигурност и постигла неопходна прегледност и нужна примјенљивост и извршивост правних норми.

2. ПРИНЦИПИ КОДИФИКАЦИЈЕ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА

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

Да ли ће и када уставна реформа у БиХ кренути путем који је присутан у упоредном праву, посебно Њемачком праву, како у области људских права и приватном праву у области заштите личних права, остаје неизвјесно. Према свему изложеном дуг је и неизвјестан пут да се у босанско-херцеговачком правном систему односно правним системима у Босни и Херцеговини право на људско достојанство или људско достојанство прихвати као основно, матично људско право и слободу, као претпоставка, предуслов и оквир свих осталих права и слобода. Подсјећамо да заштита достојанства у Њемачком праву проистиче из одредаба чл. 1. и 2. Основног закона, тако што оне гарантују заштиту достојанства човјека и права на слободан развој личности.¹ Њемачки Савезни суд је изрекао да светост људског достојанства и слободан развој личности из одредбе члана 1. Основног закона, морају бити признати као опште право личности. Цјеловитост режима заштите људских права у Њемачкој потиче од основне идеје о слободи човјека.² Савезни суд означава људску личност као „над-правну“ основну вриједност правног поретка,³ те се тако приближава концепту људских права као природних права човјека. Неповредивост људског достојанства је у њемачком правном поретку уставна гаранција, комплементарна са осталим посебним правима и слободама човјека и нераздвојни пратилац опште слободе појединаца. Људско достојанство се квалификује као „формула људске природе“, а то је принципјелно разумијевање и прихватање човјека као интелектуалног и моралног бића способног за самоодређивање и развој сопствене личности.⁴ Овакав правни развој потиче од плодносног сусретња великих филозофских идеја: Кантове идеје човјековог преласка „из сировости једног чисто животињског створења у човештво“⁵ и Хабермасовог схватања праведног друштва као заштитника еманципације и људског достојанства, једнаког правног положаја и једнаког трет-

¹ Саша Гајин, *Људска права/правно системски оквир*, (Београд 2011), 120.

² *Ibid*;

³ *Ibid*; 121.

⁴ *Ibid*; 123.

⁵ *Ibid*; 124.

мана, универзалног карактера права које гарантује слободу и интегритет (аутономију) свакоме.⁶

Ако посматрамо *de lege lata*, домаћи правни систем повреду достојанства пројектује као повреду појединих права личности. Посматрано с друге стране, повреда права личности ма у којем виду заправо је повреда цјелокупног човјековог достојанства. Поштовање и заштита појединих права и слобода може се изједначити са уважавањем људског достојанства. Онај ко поштује каталог права другог поштује тада и његово људско достојанство. Повреда једног права или слободе уједно је напад на достојанство човјека. Јер, све су то заштићена људска права. Ипак, у досадашњој домаћој судској пракси заузет је став да људско достојанство чине компоненте као што су: част, углед, лични интегритет и слично и да таква повреда права личности ужива судску заштиту.⁷

Ако извршимо увид у систематику излагања Општег дела Грађанског законика Републике Србије у Преднацрту видимо да је одребом члана 2. насловљеном „Циљ законика“ наведено да „Законик свим својим одредбама тежи остваривању врлине правде.“ Након тога, слиједи члан 3. „Савесност и поштење“, које је означено као врховно начело законика, чија се примјена не може искључити или ограничити. Чини нам се, *prima faciae*, да је, одмах иза одредбе о циљу законика требало поставити начелну одредбу о праву на достојанство личности. Тако би ово право добило мјесто које заслужује, а не би се омела његова разрада у Одсеку 3. „Права личности“.

У Предговору преднацрта грађанског законика Републике Србије, истиче се да је начело о савјесности и поштењу предвиђено као врховно начело. Предложено је да све одредбе Грађанског законика треба да теже његовом остваривању, које се не може ни искључити ни ограничити. Након тога, посебно су формулисане остале начелне одредбе о: аутономији воље, равноправности лица, дужној пажњи, заштити човјекове средине, забрани проузроковања штете, тумачењу закона, примјени аналогije, правичности

⁶ *Ibid*; 124.

⁷ *Ibid*; 93 (Из пресуде Врховног суда Србије, број: Рев-229/04)

као извору права, забрани злоупотребе и изигравања права.⁸ Како се даље истиче у Предговору, Други одељак, у Општем делу посвећен је субјективним грађанским правима, а нарочито је ново уређење многобројних права личности неутуђивих и драгоцених за све субјекте грађанских права. Као основни извор тих права посебно је прокламовано право на достојанство личности. Тако да ова одредба у Преднацрту нема номотехнички значај начела нити начелне одредбе него одредбу која представља „основни извор“ права личности, јер из ње произлазе права личности, као што су: право на живот, здравље, тјелесни интегритет; право на слободу; право на част и углед; право на лични идентитет и психички интегритет и друга лична права. Листа тих права није закључена тако да су утужива сва права личности утврђена Уставом, међународним конвенцијама и посебним законима.⁹

3. КОДИФИКАЦИЈА И УНИФИКАЦИЈА (ХАРМОНИЗАЦИЈА)

Значење појмова унификације, кодификације и хармонизације правних прописа је различито.¹⁰ Ми ћемо овдје изнијети само суштинске закључке о дистинкцији ових појмова чије је значење у свакодневном оптицају замагљено па можда и мистификовано. Према др Аксићу, унификација прописа је потпуно изједначавање тако да се умјесто више правних система ствара један, јединствен правни систем који даље важи на ранијим подручјима више правних система. Претпоставка унификације јесте претходно постојање више законодавних власти, више формалних извора права,

⁸ Влада Републике Србије, Комисија за израду Грађанског законика, Преднацрт, Грађански законик Републике Србије, пета књига, Општи део, (Београд, 2013), 8.

⁹ *Ibid*; стр. 9.

¹⁰ Сава Арсић. „Значење појмова унификације, кодификације и хармонизације правних прописа“, *Зборник радова с међународног научног скупа-Хармонизација грађанског права у региону*, 26. октобра 2012, (Пале-Источно Сарајево 2013), 205.

више независних правних подручја које се, као посљедица унификације, стапају у једно правно подручје (јединствено).¹¹ Унификација је изједначавање односно изједначење, стварање једног, умјесто више извора права затечених на територији на којој се врши унификација.¹²

Кодификација је номотехничка метода, систематизације и усклађивања, у редакцијском и техничком смислу, прописа из више сродних правних грана. Она није суштинско, нормативно-логичко сређивање појмова, јер суштинска кодификација већ постоји, јер сви појмови већ постоје, њихове везе већ дјелују и њих кодификација затиче.¹³ Оно што је за наше правно подручје, у Републици Српској у Босни и Херцеговини занимљиво и о чему наши евентуални редактори будућег Грађанског законика требају да воде рачуна, јесте констатација да: „кодификација, насупрот унификацији, као актуелно стање подразумијева једну законодавну власт, један извор права и јединствено правно подручје, у којем је унификација већ извршена. Није могуће започети кодификацију где нема унификације, односно где постоји више правних подручја, или постоји једно правно подручје, али није извршена ни формална унификација“.¹⁴ Кодификација значи стање сређености, повезаности, односно супротно стању фрагментарности и разасутости правних норми и правних института који припадају истој правној грани или сродним правним гранама, у више законских извора.¹⁵

Хармонизација није унификација као процес стварања јединственог правног подручја. Хармонизација, за разлику од унификације иде на суштинско, вриједносно усклађивање правних прописа. Хармонизација је усклађивање извора права у материјалном смислу, значи синхронизовано поступање приликом стварања права стварних друштвених снага које су ствараоци права у материјалном смислу. Прихватање истих вриједности резултира полагање

¹¹ *Ibid*; 213.

¹² *Ibid*; 206.

¹³ *Ibid*; 213.

¹⁴ *Ibid*; 207.

¹⁵ *Ibid*;

од истих принципа с којима се усклађује домаће право и које тако постаје дио заједничког, комунитарног права. Хармонизација није рецепција правних рјешења или појединих правних аката него је она услов остварења виших циљева, као што је уклањање међудржавних привредних и других баријера које онемогућују слободан проток роба, капитала, радне снаге и сл.¹⁶

Поставља се питање да ли кодификација може да постигне истовремено и унификацију грађанског права? Ако погледамо претходне теоријске напомене одговорили би одрично! Али, подсјетимо се једном историјском дигресијом да се и тако нешто дешавало у историјској реалности. Ако скренемо поглед унатраг, поред питања кодификације, питање унификације грађанског права било је основно правно-политичко питање након уједињења у Краљевину југославију (Краљевину СХС) и њеног трајања у периоду 1919-1941.¹⁷ Доношење јединственог грађанског законика био је најпогоднији пут за потпуну унификацију грађанског права. Основни задатак Законодавног савјета био је тражење одговора на питање: како изједначити и кодификовати грађанско право у држави у којој су се примјењивале три грађанске кодификације. Аустријски грађански законик (ОГЗ) без новела, као најстарији и најраспрострањенији био је од стране Приватноправног одсјека Законодавног савјета изабран 15.01.1921. године за основу рада на изради југословенског грађанског законика. Идеја унификације се образлагала формулом: једна државна територија-једна правна територија, умјесто већег или мањег броја партикуларних правних територија.¹⁸ Тиме је отпала могућност израде оригиналне кодификације грађанског права засноване на резултатима савремене цивилистике и прилагођене актуелним политичким приликама тадашњег југословенског друштва. ОГЗ је био најстарији, најраспрострањенији, с најразвијенијом правном догматиком и судском праксом. Приговори на његов избор за основицу кодификације били су

¹⁶ *Ibid*; 213.

¹⁷ Драган Пантић. *Питање унификације породичног, насљедног и задружног права у Краљевини Југославији* (Правни факултат, Источно Сарајево 2006).

¹⁸ *Ibid*; 45.

његова анационалност, конзервативност и систематика која је по облику и распореду сличила нешто шире изведеном компендијуму институција грађанског права, јер су у њему нестале границе између законика и уџбеника, те су критичари предлагали, мада узалудно, угледаће на Швајцарски ГЗ.¹⁹ ОИЗ за Црну Гору, због своје оригиналности, био је најприхватљивији, али је у тадашњим политичким приликама важила примједба да је незгодно да се за основу југословенске кодификације узме грађански законик најмање и најнеразвијеније југословенске покрајине. Комисија за израду грађанског законика у почетку се строго држала текста ОГЗ, да би касније одступила и уносила савремена рјешења која су одударала од цјелине законског текста.²⁰ Комисија је одустала од намјере да по узору на њемачки БГБ изради општи дио, па је Предоснова почињала уводом, којем је слиједио први дио: „О личном праву“ који се даље дијелио на поглавље о брачном и о родитељском праву те статусном праву. Други дио је носио наслов „О имовинском праву“ и дијелио се на одјељак о стварним правима и одјељак о облигационом праву. Насљедно право није било формално уврштено у стварна права, али је уврштено у одјељак о стварним правима да се не би пореметила систематика ОГЗ.²¹ Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију била је објављена у Београду 1934. године, као минимално преправљена верзија аустријског ОГЗ. Унификација грађанског права коначно је запела у политичком лавиринту предратне Југославије. Као што видимо из ове историјске ретроспективе, унификација је извођена методом кодификације, те се методом кодификације настојала постићи унификација грађанског права и елиминисање појаве правног партикуларизма.

4. О СТРУКТУРИ И САДРЖАЈУ ГРАЂАНСКОГ КОДЕКСА

Редактори пројекта израде Грађанског законика могу поћи од тзв. етапног кодификаторског пројекта, какав је руски или швај-

¹⁹ *Ibid*; 44.

²⁰ *Ibid*; 74.

²¹ *Ibid*; 75.

царски приступ, или да се одредјеле на цјеловит захват, какав је у Пројекту ГЗ Републике Македоније и Пројекту ГЗ Републике Србије, који би, у једном потезу, успио остварити интегрални, непротиврјечан и релативно комплетан систем правних норми које ће нормирати, надоградити, робно-новчане односе као најважније друштвено-економске односе. У наведеним пројектима редактори су сагласни да једним закоником обухвате сва начела, институте(установе) и грађанско-правне норме. У сваком случају, као тачке ослонца препознају се два општепозната историјско-упоредна кодификаторска система: институционални и пандектни. Редактори наведена два пројекта су приврженији кодификацији, заправо систематизацији будућег кодекса по пандектном систему. То се види из приједлога у којем се кодификовање односно систематизовање започиње једним општим дијелом. Такав општи дио није постојао у бившем југословенском правном систему, па тако није могао бити пренесен у правне системе новостворених, постјугословенских држава. Материја општег дијела грађанског законика била је дисперзирана у разним прописима југословенског грађанског права, али законски никада није био заокружен осим у теоријским дјелима и уџбеницима Грађанског права. На први поглед, одредјење за пандектни систем, који подразумијева распоред материје грађанско-правних норми у општи дио, стварно, облигационо, наслебно и, евентуално, породично право, готово да је условљено затеченим, позитивно-правним, стањем правног система, какав постоји у државама насталим дисолуцијом СФРЈ.²² Затечено стање је у периоду након дисолуције СФРЈ и данашњих дана производ законодавних процеса реформисања грађанско-правних као и многих других прописа под утицајем међународне заједнице у циљу уређивања робно-новчаних тржишних односа у приватно-правној сфери и демократске, правне државе у јавно правној сфери. Доминантан је остао костур правног система у којем се законска регулатива заокружује на нивоу гране права, а доносе се и многобројни претећи прописи који су, најчешће, у форми посебних закона који утичу на неконзистентност па и противурјечност правног система посебно у сфери тумачења и примјене права.

²² *Ibid*; 17.

Под утицајем полит-технократских кругова а под плаштом реализације разноразних „неопходних“ пројеката нагомилао се огроман број прописа, општих аката, најчешће у форми закона. Другачије форме општих аката законодавци су нерадо користили, тако да је све, и што спада и што не спада, заогртано у законско рухо. Тиме су сваком предмету регулисања давали законски значај, не вршећи селекцију и не преиспитујући се, који друштвени односи заслужују законску регулативу, а који су технички и проведбени прописи који се могу у форми уредби, правилника и сл. примјереније регулисати. И овакво стање измијешаности законских и подзаконских норми отежава посао редакторима. Сада би требало „окренути лист“ раздвојити законске од подзаконских односа и прописа. Колоквијално то се у политичком жаргону назива „гиљотина прописа“, када се друштвени односи желе ослободити баласта непотребних прописа који отежавају привредни живот и социјалну егзистенцију.

Овдје бисмо дали претходну напомену која указује на сложеност сваког кодификаторског подухвата. Друштвене околности, вјероватно, нису омогућиле да се законодавни процеси одвијају координирано и комплетно. Постсоцијалистичке државе у сређивању својих правних система требале би паралелно да проводе кодификацију, унификацију и хармонизацију својих правних система. Све ове законодавне методе треба складно синхронизовати. Данас, након прохујалог реформског периода у постјугословенским транзицијским земљама, затечено стање правног система је готово зацементирано, тако да ће тешко бити рушити па поново градити, а што се указује као неопходно. Више се не може говорити о правном партикуларизму, о територијалној расцјепканости правних рјешења. Сада је ријеч о унутрашњем партикуларизму унутар правног система због хиперинфлације некодификованих прописа који су се, под утицајем политичке воље, често и по „хитном поступку“ уносили у прави систем настојећи нормирати само поједине друштвене односе који су у датом тренутку одговарали интересима актуелних законодаваца.

Редактори будућег пројекта Грађанског законика се посебно и наглашено требају посветити значај питању језика будуће кодификације, који треба да буде успјешан спој стручног, правничког и свакодневног-модерног, народног језика, по узору на језик Швајцарског Грађанског Законика.²³

Искуства транзицијских земаља у окружењу су различита. Бивша југославенска република, Република Словенија, која је већ у ЕУ није приступила кодификацији, а није ни Република Хрватска која у јуну 2013. приступа ЕУ. То није учинила ни Република Црна Гора, као ни Босна и Херцеговина. Република Србија и Република Македонија најдаље су отишле на послу кодификације грађанског права. У Мађарској је Главна редакторска комисија још 2001. и 2002. објавила нови концепт за израду Мађарског Грађанског Законика. Главна њихова идеја је била, да се, уз уважавање партикуларних измјена, донесе нови, модеран, јединствен цивилни кодекс усаглашен са захтјевима тржишне привреде и европског права. Нови Мађарски Грађански Законик треба да се заснива на неопходним општим правно-филозофским начелима, уз свеобухватну инкорпорацију свих области грађанског права, као и породичног права, радног права и права привредних друштава.²⁴ Бугарско грађанско право је кодификовано по гранама.²⁵ Према професору Габору Хамзи, континуитет грађанског права у источној Европи последице Другог свјетског рата треба захвалити хармонизацији закона земаља централне и источне Европе које су постале чланице ЕУ од 1. маја 2004. године. Нацрти нових цивилних кодекса у Чешкој, Мађарској и Пољској означавају повратак римској правној традицији пандектистичке оријентације. Исто важи и за ГЗ СР Русије проглашен између 1995. и 2002. године.

Кодификаторски метод има и своје мотиве, који указују на симболичко, политичко значење. Сама чињеница да једна земља

²³ *Ibid*; 18.

²⁴ Јожеф Салма. „О хармонизацији и рекодификацији мађарског грађанског законодавства“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, (2003, вол. 37, 1-2), 83-100.

²⁵ *Family Code, Obligations and Contracts Act, Child Protection Act, etc.*

приступа кодификацији грађанског права указује на висок степен правне културе, правне зрелости државе и друштва, те изражава државни суверенитет.²⁶ Поред правно-теоријског оправдања значајно је и политичко оправдање, „политичка воља“, да израда и усвајање Грађанског Законика буде национални стратешки циљ како би се наш државно-правни систем укључио у породицу модерних, европских, демократско-правних држава; како би се стабилизовао грађанско-правни систем, спријечило дезинтегрисање и деградирање па и рушење основа цивилно-правног сегмента националног система права. Грађански законик у Републици Српској имао би, по нашем мишљењу, стабилизаторску улогу и стожерно мјесто у цјелокупној приватно-правној области. Специјални закони би имали значај за попуњавање правних празнина, а не би служили уређивању начелних питања од системског значаја која би по својој правној природи искључиво припадала Кодексу.²⁷

5. ПРЕДМЕТ И МЕТОД КОДИФИКОВАЊА

Предмет и метод су основна питања за сваки кодификаторски подухват. Кодификаторски оптимизам једним дијелом потиче и из става да су по својој природи, грађанскоправни односи, упркос међусобној разноликости, у суштини јединствени и могу се свести на заједнички називник поводом односа у које субјекте тих односа свакодневно и вијековима ступају. Ради се у принципу о односима у које грађани ступају у приватном животу ради личног и породичног егзистирања у условима демократске и правне државе. То су односи размјене и потрошње који почивају на равноправности и слободи уређивања тих односа, њиховој имовинској природи и имовинској заштити. Сматра се да се доношењем кодификације грађанских права не ремети парцијално регулисање, али се спречава да поједини дијелови и институти не буду у супротности с генералним прописом, већ да морају бити усклађени поштујући начело

²⁶ *Пројект ГЗРМ.17.*

²⁷ *Ibid;* 102.

законитости. Тиме би се постигла ефикаснија заштита грађанских права, а тако и људских права.

Будући редактори пројекта би се опредјелили да кодификују најзначајнији и најконзистентнији дио приватног права насупрот којем стоји цјелокупна област јавног права. Ако се цјелокупно право дијели на приватно и јавно, тада је грађанско право најзначајнији дио приватног права.²⁸ Предмет Пројекта су грађанско правни односи који настају и стварају субјективна грађанска права. У првом реду то су својинско-правни односи и њихови деривати као и фактичка власт на ствари. Затим облигациони односи, као динамика грађанско-правних односа. То је основа или језгро имовинско-правних односа на коју се могу повезивати насљедно-правни и породично-правни односи као и односи везани за интелектуалну својину.²⁹

Што се методе регулисања тиче, редактори морају имати имати јасна опредјелења. Окосница се налази у типичној, грађанско-правној методи регулисања која под грађанско-правни однос сврстава оне правне односе који се заснивају на принципима: равноправности страна, слободној иницијативи или аутономији воље, преносивости односно прометљивости права, њиховом имовинском карактеру и имовинској санкцији. Имовинска санкција има предимензиониран значај у односу на грађанско-правну санкцију која боље одражава могућност да се санкција одрази и на личности, али не у смислу кривичног права. Начелно посматрано, предмет и метод грађанског права нису спорни па тако ни предмет и метод кодификације грађанског права. Проблем је у појединостима, у изради, а не у начелу. Пред кодификаторима стоји задатак да из једног правног система који се развијао без примјене цјеловитог кодификаторског метода, изврши селекцију и сабирање оних норми, института и начела која би требала бити на највишем нивоу општости у односу на парцијална и специјална рјешења и односе који настају у пракси и који су већ законски уређени путем низа посебних законских аката.

²⁸ *Пројект израде Грађанског законика Републике Македоније, (у даљем тексту скраћено: Пројект ГЗРМ), 10.*

²⁹ *Ibid; 13*

Опредјелјење да се законописци окрену неком страном узору, ма како заводљиво било, као што смо видјели из претходне историјске дигресије, није уродило плодом. Мада на први поглед изгледа једноставно окренути се неком великом кодификаторском дјелу, то не даје охрабрујуће резултате. Преписи, рецепције и разни транскрипти страних изворника обили су се о главу наших предака а последице и презир осјећају се до данас. Ми не морамо поћи од почетка, јер је наше грађанско право, у материјално-правном смислу, добрано кодификовано, осим што недостаје један централни, стожерни дио који би стабилизовао цијели систем грађанског права. Оно што је по нашем мишљењу нужно јесте утврдити предмет и метод израде као и однос између предмета и метода. Другим ријечима сви они правни односи који су подложни истим методама регулисања (равноправности страна, аутономији воље, преносивости права, имовинском карактеру права и имовинској санкцији) требају наћи мјеста у грађанској кодификацији. Предмет мора да слиједи ове методске јединице.

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

Породично и насљедно право, као посебне књиге, лично имовинска компонента, могу ући у свим оним дијеловима у будући кодекс који подлијежу нормама изведеним из наведених метода грађанско-правног регулисања. Чини се да прагматични разлози условљавају компромис да се садашње законске форме уређивања породичних и насљедних односа у цјелини, механички, унесу у будући кодекс. По нама то није неопходно ако се жели очувати чистота метода и предмета регулисања. С друге стране, нису искључени посебни закони који уређују оне дијелове породичноправних и насљедноправних односа који нису подложни грађанско-правном методу регулисања. Тако, на примјер, тестаментарно располагање сигурно може да уђе као дио књиге о насљедном праву у грађански кодекс, али се поставља питање систематизовања законског на-

слѣдног режима. Исто се може поставити питање и за поједине, па чак и велике дијелове породичног права. Све те дијелове требало би одвојити по деморкационој линији која дијели приватноправно од јавноправног, односно област приватне аутономије од јавноправних, императивних, когентних, норми.

У том смислу, ако се редактори на овакву селекцију одлуче, треба гледати и на право интелектуалне својине и сродна права. Оно би се морало деконструисати, јер по нашим критеријима не би могло да уђе као једна књига кодекса. Ако би се редактори будућег Грађанског законика определијели за уношење ауторских и сродних права интелектуалног власништва, они већ имају парцијалну кодификацију ауторских и проналазачких, патентних права. Али, ако би поступили принципјелно, тада би морали приступити деконструкцији ове законске материје подијелити је, примјерице, у књигу о својини и стварним правима, а остало у књигу о облигацијама. То се односи и на право заштите потрошача. Уз све примједбе које је својевремено оправдано изрекао академик Слободан Перовић у погледу инкорпорације права потрошача у облигационо право,³⁰ ми би посебно додали да сматрамо право потрошача дијелом јавног поретка, когентном нормом, фактором ограничавања слободе уговарања и страним тијелом у односу на принципе и правила уговорног права. То је тако када на ово гледамо као на принципјелно питање. Ако бисмо на ово питање гледали прагматично могло би се послужити једним великим страним узором, на примјер модернизацијом Њемачког грађанског законика, који је право заштите потрошача, путем хармонизације директива ЕУ о заштити потрошача, уврстио у текст Њемачког грађанског законика.

Оно што чини главну тешкоћу кодификаторима јесте концепт општег дијела грађанског законика. Ако се наша законодавна техника ослања и даље на швајцарска рјешења, која ни у Законнику о облигацијама (1881) ни у Грађанском законнику (1912) не садрже општи дио, а оцијењени су и важе за успјешан пројекат, тада се питање општег дијела не би ни стављало на дневни ред. Ми сматра-

³⁰ Слободан Перовић. „Стручно мишљење о Нацрту закона о облигационим односима РС/Ф БиХ“, *Српска правна мисао*, 92-93.

мо да се треба задржати и на страном узору, али не у цјелости, већ сходно нашим потребама, могућностима и погледима. И Швајцарски грађански законик, мада нема општи дио, има, на почетку Законика уводне одредбе у којима су изложена начела грађанског права. То су чувене генералне клаузуле, које су омогућиле стваралачку праксу судова и еволутивни развој грађанског права кроз судску праксу. То је омогућило да се избјегне тзв. тврда примјена закона и да правна пракса слиједи моралне принципе и идеје социјалне правде.³¹ Мада смо баштинили Швајцарски Законик о облигацијама, у редовима наших цивилиста преовлађује неизбјежност регулisaња општег дијела. О томе постоје и неусвојени пројекти Комисије за цивилни кодекс из шездесетих година прошлог вијека. Заговорници општег дијела истичу бројне разлоге који то оправдавају. Концепт приватног права почива на основним принципима као и заједничком уређењу субјеката права, предмета и објеката поводом којих ти односи настају, њиховој садржини и заштити. Општи елементи грађанскоправних односа су субјекти права, правни послови, ствари, остваривање и заштита права. Обједињавање свих ових питања омогућило би оперативност система, јер су многа сада регулисана на различитим мјестима, у разним законима, уз многа понављања и преплитања, у различито вријеме и на различит начин. Појам физичког лица, из система норми породичног права, чини се неповезан за појам правног лица уређен разним законима, па се стиче погрешан утисак да се ради о различитим институтима а не једном јединственом. И наша правна теорија није се довољно посветила изградњи појмова општег дијела да утврди опште елементе права који се односе на субјекте и објекте права, правне послове и правне радње, вршење и остваривање права. Уређење општег дијела грађанског законика имало би значај и као основа за усаглашавање домаћег права са правном тековином ЕУ.³² Ако општи дио

³¹ Душан Николић. *Хармонизација и унификација грађанског права*, (Нови Сад 2004), 54.

³² Радмила Ковачевић Куштримовић и Мирослав Лазивић. *Грађански законик Србије и право Европске Уније*, Зборник радова-Актуелна питања грађанске кодификације, (Ниш 2008), 29.

посматрамо као предмет регулисања тада ће кодификатори имати највише посла са методом индукције, којом се морамо послужити приликом логичког закључивања, полазећи од појединачног ка опште. Поред тога, чини се да је, због непостојања грађанске кодификације у правној прошлости и правној пракси, осујећен значај коришћења метода дедукције, којим би се из општег суда изводио појединачни суд, када смо преплављени појавом посебних закона који сви за себе уређују своју материју тако да је специјализација доведена до потпуног помрачења цјелине и принципа, те је више из општих начела немогуће изводити појединачна правила. Индуктивни закључак полази од емпиријских (искуствених) чињеница, а закључак који се изводи из тих чињеница, превазилази границе значења онога што те чињенице саме по себи и саме за себе значе.

Садашњу окосницу нашег система грађанског права чини Закон о облигационим односима. То је кодификација облигационог права коју треба довршити и одмјерено модернизовати. Ово можемо илустровати ријечима професора Александра Голдштајна поводом доношења југославенског Закона о облигационим односима: *„Закон о обвезним односима представља кодификаторски рад. Обвезно је право тим законом кодифицирано у цјелини, па се правна правила предратних грађанских законика и трговачких закона не могу више примјењивати. Ако је у том закону изостављено нешто што је до сада било регулирано, има се сматрати да је то учињено намјерно. Ако у њему има празнина, оне се не би могле попунити позивањем на правна правила предратних закона, већ се могу попунити усвојеним методама интерпретације. Тако, на примјер, Закон не познаје институт ортаклука, познат бившим грађанским законцима. Пракса се неће моћи одрећи тог института, али се неће моћи позивати ни на правна правила предратних закона, већ ће се ортаклук сматрати, с гледишта Закона о обвезним односима, неименованим уговором. С друге стране, Закон није обухватио цјелокупно обвезно право. За републичко, односно покрајинско законодавство резервирано је на основи савезног устава (чл. 281) све што не спада у опћи дио облигација и уго-*

*ворне и друге облигационе односе у области промета робе и услуга. За непривредне субјекте требаће, дакле, прописе обвезног права потражити изван Закона о обвезним односима“.*³³

Као и у узору који је користио професор Константиновић, Швајцарском Законику о облигацијама из 1911. године, и у Југословенском Закону о облигационим односима законске норме су јасно формулисане, сваки став се састоји од једне реченице и нема упућивања на друге релевантне одредбе. Као што се може рећи за Швајцарски грађански законик, да је био примјер одличне номотехнике и успјелих нормативних рјешења,³⁴ то би се могло рећи и за Југословенски Закон о облигационим односима. Ова одлична номотехника требала би бити задржана и у Преднацрту будућег Грађанског законика.

6. ЗАКЉУЧАК

Уколико се законодавац одлучи да слиједи препоруке Удружења правника Републике Српске и приступи припремним радњама за кодификовање грађанског права неопходно је сагледати у којим је оквирима постигнута унификација права. У садашњим уставно-правним оквирима нема сумње да је унификација права извршена на нивоу ентитета када је у питању грађанско право.

Предмет будуће кодификације грађанског права мора бити подржан комплементарним методом регулисања. И, обрнуто, метод регулисања грађанскоправних односа подразумијева такве правне односе који почивају на имовинском карактеру грађанских права и, у мањој мјери, личних и неимовинских права. Осим што су имовинског карактера и баш ради тога грађанска права која су предметом уређивања нормама грађанског законика су прометљива, тј. преносива због своје невезаности за личност, личне особине титулара тих права. Затим, она почивају на равноправности стра-

³³ Прологомена Закону о обвезним односима, Обвезно право, књ. 1, (Загреб 1978), 15.

³⁴ Душан Николић. *Хармонизација и унификација грађанског права*, (Нови Сад 2004), 54

на, гдје нема супрематије једног субјекта над другим у погледу наметања јаче воље. Битна је њихова заснованост на начелу аутономије воље. Принцип аутономије воље је идеја водилца читаве зграде грађанског права. Нарушавање овог принципа може бити само од стране јавног поретка, а њему се треба приступати крајње опрезно. Недавни примјери нарушавања принципа *nula crimen, nula poena sine laege*, у судској пракси, или политичка крилатица представника највеће свјетске силе да су бомбардујући српске земље у рату деведесетих година прошлог вијека поступали нелегално, али исправно, примјери су погубности нарушавања принципа. Најзад, сва права из породичних, насљедних односа, као и области заштите интелектуалне својине и права личности, која се могу уредити овим методом и заштитити имовинском санкцијом, требају да уђу у будући грађански законик.

Наш је приједлог, *de lege ferenda*, да будућа кодификација грађанско-правних односа не треба да обухвати садржај Закона о облигационим односима. Као што смо навели ставове професора Голдштајна, Закон о облигационим односима је, по општем мишљењу у нашој цивилистици, успјела кодификација Облигационог права. Због тога сматрамо да се требамо задржати на нашем досадашњем узору, швајцарском грађанском законодавству, и да наши кодификатори приступе изради Грађанског законика и модернизацији Закона (Законика) о облигационим односима.

Коначно, предлажемо да будући Грађански законик садржи три књиге:

Прва књига: Увод, општи дио, лица и лична права и породична права која почивају на аутономији воље,

Друга књига: Насљедно правни односи који почивају на аутономији воље,

Трећа књига: својински и остали стварно-правни односи, са евентуалним правима интелектуалне својине.

Као што смо и претходно навели, Закон (Законик) о облигационим односима био би посебна кодификација, модернизована и хармонизована с обзиром на тржишне услове и достигнућа у развоју појединачних облигационо-правних института.

С обзиром на овакав наш приједлог основни принцип општег дијела грађанског законика било би достојанство човјекове личности, а основни принцип ревидираног Закона о облигационим односима било би начело савјесности и поштења.

Branko Morait, PhD
Full time professor

CODIFICATION OF CIVIL RIGHTS IN THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

In this paper author considers codification of civil law in Republic of Srpska. Author follows recommendations and conclusions notified to members of Association of jurists Republic of Srpska during ninth conference "October juristic days", in order to encourage thoughts toward codification of civil law. In this paper author analyses conditions, principles and strategic orientations which should be followed by redactors of future civil code.

Key words: *unification, codifikation, harmonization, Civil Code, subject mater and method*

7. ЛИТЕРАТУРА

1. Арсић, Сава. Значење појмова унификације, кодификације и хармонизације правних прописа, Зборник радова с међународног научног скупа-Хармонизација грађанског права у региону-26. октобра 2012, Пале-Источно Сарајево, 2013.
2. Гајин, Саша. Људска права/правно системски оквир, Београд 2011.

3. Ковачевић Куштримовић, Радмила и Лазић, Мирослав. Грађански законик Србије и право Европске уније, Зборник радова-Актуелна питања грађанске кодификације, Ниш, 2008.
4. Николић, Душан. Хармонизација и унификација грађанског права, Нови Сад, 2004.
5. Пантић, Драган. Питање унификације породичног, наслебног и задружног права у Краљевини Југославији (СХС) 1919-1941, Правни факултет, Источно Сарајево, 2006.
6. Перовић, Слободан. Стручно мишљење о Нацрту закона о облигационим односима Републике Српске/ Федерације БиХ, Српска правна мисао, 1-2/2002.
7. Салма, Јожеф. О хармонизацији и рекодификацији мађарског грађанског законодавства, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2003, вол. 37, 1-2, 83-100.
8. Пројект израде Грађанског законика Републике Македоније, Министарство правде Републике Македоније, Скопље, јули 2009.