

*Др Магдолна Сич, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду*

ПУТЕВИ СТВАРАЊА ЈЕДИНСТВЕНОГ ЕВРОПСКОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА И ПРОБЛЕМ РАЗЛИЧИТХ МОДЕЛА СТИЦАЊА СВОЈИНЕ

Сажетак: У правним системима земљама које припадају Европској Унији у настајању су јединствени правни модели и решења, а поред тога, у плану је и израда једне заједничке европске кодификације приватног права. Циљ овог рада јесте, да укаже на путеве и проблеме стварања јединственог европског приватног права, на досадашње резултате хармонизације права, као и на један проблем из области стварног права чије решење би, уз већ постојеће норме облигационоправног карактера, такође служило бољој заштити потрошача. Реч је о проблему постојања различитих модела стицања својине у националним правним системима (стицање својине на основу самог уговора; на основу ваљаног уговора и предаје ствари, као и предајом ствари у намери преноса права својине), не само земаља које припадају common law и civil law систему, него и унутар civil law система, а који модели вуку своје корене још из античког римског периода. С обзиром на то да су у међународној трговини у све већој мери присутна и физичка лица која не обављају никакву привредну делатност, овај проблем, по нашем мишљењу, могао би да буде значајан, јер је потрошачу битно да зна како може да стекне својину и када ће постати власник.

Кључне речи: Европско приватно право, стицање својине, хармонизација права, улога правне науке.

I. Процес стварања јединственог европског приватног права

Путеви стварања права заједнице су разноврсни. Европска Заједница¹ прихвата неке моделе из законодавства држава чланица, или се модел преноси путем судске праксе, али се догађа и то да органи Заједнице реципирају таква решења која су настала ван Заједнице. У овом процесу су заједнички ангажовани с једне стране законодавци, али с друге стране сви они који долазе у пракси у неки однос са решењима органа Заједнице, тј. судије, научници, правници практичари, економисти итд. У овом процесу стварања наднационалних норми посебно место припада конкуренцији разних модела, као и посебној транснационалној правној науци и правној мисли. Ова хармонизирана и унификована правна грађа Заједнице врши све већи утицај и на оне европске земље које још нису чланице Европске Уније.²

Иницијатива за унификацију приватног права у области права међународне трговине настала је још давне 1929. године у Риму на Међународном институту за унификацију међународног приватног права. Почев од 1957. године, када је Римским споразумом настала Европска Економска Заједница, води се политика хармонизације права, тј. приближавања права земаља Европске Заједнице, али је она првих двадесет година првенствено била средство стварања и обезбеђења несметаног функционисања заједничког тржишта и није вршила утицај на приватно право. Питања приватног права остала су у надлежности националних држава. Сматрало се, да су ова питања сувише стручно-правне природе и да су везана за традицију националних правних система.³ До промене је дошло почев од шездесетих година прошлог века посредством две приватноправне конвенције: Бриселске о надлежности судова и извршењу пресуда у грађанским стварима у циљу олакшавања извршења иностраних одлука и Римске из 1980. године о праву које се примењује на уговорне облигације, у циљу хармонизације приватног права. Ове конвенције, међутим, нису постале непосредно саставни део права Заједнице, већ само путем ратификације. Ширење непосредног утицаја права Заједнице и на област приватног права започет је тек Амстердамским споразумом 2000. године, када су донете три регулативе са директном применом.⁴

¹ Европску Заједницу треба разликовати од Европске Уније настале споразумом у Мадриху 7. фебруара 1992. године (споразум је ступио на снагу 1. новембра 1993. године). Европска Унија је нова форма сарадње чланица Европске Заједнице, која је усмерена на то да путем сарадње и усаглашавања спољне и унутрашње политике као и правосуђа унапреди привредни и друштвени развој Европске Заједнице. Европска Унија се заснива на следећим основама: 1. на Европској Заједници која се заснива на изградњи заједничког тржишта, као и економске и монетарне уније; 2. заједничкој спољној и безбедносној политици, која се заснива на Јединственом европском документу из 1986. године; 3. на сарадњи у правосуђу и унутрашњој политици.

² G. Benacchio, : *Diritto privato della Comunità Europea*, Fonti, modelli, regole, 2. ed. Padova – Cedam, 2001, у преводу А. Földi – N. Csizmazia, *Az Európai Közösség magánjoga, Polgári jog, Kreskedelmi jog*, Budapest, 2003, стр. 23.

³ Чињеница јесте, да су се земље чланице опирале увођењу правила која су различита и непозната или супротна њиховим правним традицијама.

⁴ ЕЗ Амстердам, члан 61. тачке ц, д, и члан 65; ЕЗ регулатива 1346/2000; 1347/2000; 1348/2000.

Последњих 15 – 20 година средствима Заједнице врши се утицај на приватно право, али у овој области првенствени значај, ипак, имају принципи. Потребно је истаћи да се хармонизација у области приватног права не одвија свеобухватно, нити потпуним регулисањем појединих области, него обухвата само парцијална питања.⁵ Последњих година се буди све веће интересовање и за студије у области европског приватног права. Разлог томе је стварање таквих правила у области трговинског и грађанског права, која више нису ограничена на право конкуренције које је било битно за велике предузетнике, него настају и таква нова и јединствена правила, која се односе и на средње и мале предузетнике, као и на физичка лица која не обављају никакву привредну активност. Ова правила су настала на бази заједничког европског тржишта, као првог практичног и конкретног резултата мастрихтског споразума, а који је дао знатан подстрек стварном настанку Европске Уније.⁶ С обзиром на то да право заједничко тржиште које се базира на слободној конкуренцији свих учесника, чак и онда када припадају разним правним системима, захтева да учесници уживају исти положај и услове, у појединим правним системима требало би избећи све оне евентуалне националне специфичности које би значиле хендикеп, или би омогућиле незаслужене погодности, констатује Бенакио.⁷

У целом овом веома сложеном процесу, Бенакио разликује два посебна правца, који се истовремено и разилазе и сусрећу.

Према Бенакију, неопходно је разликовати: а) *право Заједнице* које настаје делатношћу њених органа и судском праксом, од б) *европског права* које би било јединствено право. Ова разлика се налази у следећем:

1. Право Европске Заједнице

Право Заједнице има следеће одлике:

- његова правила се засад односе само на поједина ужа подручја приватног права,
- право заједнице је производ једног правног система и стога има мање више ефикасан систем санкција,
- оно је производ нормативне активности и судске праксе⁸.

У том контексту приватно право Заједнице се не замишља као потпуна и безусловна унификација. Оно даје простора очувању посебних националних решења која одступају од заједничких правила. Ово је омогућено различитим карактером норми Уније. У случају када је реч о нормама које стварају, тумаче и примењују органи Уније, може да се говори о **унификацији правила (unificazione)**. У другом случају органи Уније доносе директиве које тумаче судови

⁵ J. Fazekas, Effects of European Integration on the development of Hungarian Civil and Consumer law, in A magyar magánjog az európai jogfejlődés áramában, Jubileumi Kiadvány /Hungarian Civil Law in the mainstream of the development of European Law/, Miskolc, 2002, стр. 203.

⁶ Benacchio, нав. дело, стр. 24 – 25.

⁷ Benacchio, нав. дело, стр. 26.

⁸ Benacchio, нав. дело, стр. 132.

држава чланица и реч је о стварању **униформног права (uniformazione)**. У трећем случају је реч о преузимању принципа Заједнице и тада можемо говорити о **хармонизацији права**. Принципи по правилу формулишу само циљеве које би требало постићи, а о чијем остварењу треба да брину државе чланице путем доношења сопствених правних правила, као и путем тумачења и примене у правосуђу.

Хармонизација у циљу стварања јединственог права, углавном, се одвија на два начина. С једне стране, путем преиспитивања постојећих норми у циљу избегавања разлика у праву. С друге стране, путем стварања нових јединствених модела правила. Ово обједињавање правила има значај "минималне хармонизације". Она је **парцијална** (не обухвата правни институт у целини, него само поједина чињенична стања), **оставља празнине** (нека питања оставља нерешена) и **делимична је** (ново правило често не укида постојеће, него постоји поред националних правила и узрокује двојност као и правну несигурност).⁹

У циљу остваривања јединственог и слободног тржишта досадашњој хармонизацији у области приватног права подлежу следећа подручја:

1. право конкуренције
2. право уговора о друштвима
3. контрактно право
4. грађанско правна одговорност
5. право индустријске својине и ауторско право¹⁰.

2. Европско право

У односу на право Заједнице, такозвано *европско право* има следеће карактеристике:

- тежи да се прошири на сваку правну област и носи одлику систематичног приступа;
- не везује се за такав систем који би омогућио његову обавезну примену;
- јавља се на нивоу правне науке.¹¹

Бенакио указује на то, да се у свакој расправи о заједничком европском приватном праву позива на историјски период *ius commune*, када јединство европског права, засновано на римском праву, још није било разбијено националним правима. Познато је да у настанку *ius commune*, велику улогу имали професори првих великих европских универзитета. У том смислу улогу правне науке сматра битним и у данашњем тренутку. "У оба случаја, реч је о томе, да одговор на промењене захтеве друштва, не дају државни органи већ правни научници" - пише.¹² Не би требало, међутим, занемарити да се утицај правне науке

⁹ Benacchio, нав. дело, стр.34.

¹⁰ Benacchio ова питања детаљно разматра у посебном делу књиге (нав. дело) стр 150 до 344.

¹¹ Benacchio, нав. дело, стр. 132.

¹² Benacchio, нав. дело, стр. 133.

на стварање јединственог права запажа већ и раније у античком римском периоду.¹³ У поновном откривању заједничког семена новог *ius commune*-а и други аутори првенствену улогу придају правној науци.¹⁴ Ова правна наука, међутим, не би смела бити одвојена од потреба живота и практичног искуства. С тога је битно оживети и некадашњи *lex mercatoria*. У том погледу сматрају се значајним и веома корисним Принципи UNIDROIT.¹⁵

Захваљујући, између осталог и научним расправама, Европски Парламент је 26. маја 1989. године прихватио одлуку о приближавању приватног права чланица и о изради законика европског приватног права. Неколико година касније, 6. маја 1994. године, прихватио је одлуку о хармонизацији појединих области приватног права чланица (Службени Гласник С 205/518, 1994.). Затим је Комисија (комитет) за право и унутрашње тржиште 6. новембра 2000. године прихватила становиште, у којем први пут формулише предлог о садржини и начину припреме новог европског грађанског законика.¹⁶ Најзад, 11. јула 2001. године прихваћено је саопштење за Комисију и Парламент о европском уговорном праву.

Данас већ постоји неколико различитих пројеката за израду Европске кодификације. Већина научника је наклоњенија томе да се унификује само уговорно право, с образложењем да ово подручје није толико одређено историјским правним традицијама појединих земаља, као и позивајући се на чињеницу да је ово подручје веома значајно за несметано одвијање трговине међу чланицама. Укратко ћемо изложити рад на постојећим пројектима:

а) Нацрт групе из Павије¹⁷

Прва иницијатива настала је на научној конференцији која је одржана 20 – 21. октобра 1990. године на Универзитету у Павији. Џузепе Гандолфи, професор римског и грађанског права, као руководилац групе иницирао је стварање једног законика европског уговорног права. Према мишљењу припадника ове групе,

¹³ Вепасчио за решавање данашњих проблема хармонизације приватног права сматра битним изучавање *ius commune*, занемарујући изучавање античког римског права, када се такође одвијао процес стварања јединственог права. Истиче да када спомиње римско право "тада под овим појмом... подразумевамо оно римско право које су обрадили и прилагодили сопственом времену великани правне науке првих великих европских универзитета.", значи, средњовековно модификовано римско право. Према нашем мишљењу на овај начин не могу да се открију прави корени правних института, нити постјеће разлике у правним системима европских држава, а не би требало занемарити ни искуство старог Рима у уједначавању права. Изучавање "правог римског права" може и у савременом тренутку да одигра значајну улогу.

¹⁴ Видети, I. Mengoni, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?* Roma, 1993, стр.14, А. Gambaro, *Il successo del giurista. Il foro italiano*, 1983, V, стр. 85.

¹⁵ U. Draetta, *Principi Unidroit per i contratti internazionali e Progetto di codice europeo dei contratti – due proposte a confronto*, *Diritto del commercio internazionale*, 1994/3-4, стр. 681.

¹⁶ Ch. Von Bar, *A European Civil Code, international agreement and European directives*, In, *The private law systems in the EU: discrimination on the ground of nationality and the need for a European Civil Code*, JURI, 103, EN.

¹⁷ О раду ове групе видети: R. Vigneron, *L' unification du droit privé européen*, *Journal des tribunaux*, 1991, стр 15., F. Sturm, *Bemühungen um ein einheitliches europäisches Vertragsrecht*, *Juristenzeitung*, 1991, стр 555.

законодавни пут је једини ефикасан пут у овој области. За основ будуће кодификације узели су четврту књигу (о облигацијама) Италијанског грађанског законика из 1942. године чија решења се базирају на француском и немачком грађанском законнику. Недавно су објавили рад под насловом European Contract Code – Preliminary draft (Universita di Pavia, 2001) у коме су сакупили правила узета из права чланица Европске Заједнице и Швајцарског права о настанку, форми, тумачењу, дејству, неизвршењу и гашењу уговора.

б) McGregorov нацрт

McGregor, оксфордски професор, по наруџби English Law Commission израдио је нацрт Contract Code drawn up on behalf of the English Law Commission, у циљу да повеже енглеско са шкотским уговорним правом. Ту је требало пронаћи заједничке основе, с обзиром на то да шкотско право припада углавном групи civil law система. При изради овог нацрта он се сусрео са сличним проблемима који се због различитости права која се базирају на civil law и common law систему јављају при изради јединственог текста европског приватног права. Нацрт се састоји од 190 чланова праћених коментарима правних научника. Мада је нацрт завршен већ 1971. године, није имао наставак јер је примљен са неповерењем како с енглеске, тако и с шкотске стране.

С обзиром на то да разлику између ова два система ни павијска група није могла да занемари, она је 1993. године поред сопственог радног нацрта, прихватила и овај интересантан нацрт.

ц) Основни принципи Европског уговорног права (Principles of European Contract Law) документ Ландо – комисије

Професор Универзитета у Копенхагену, Ole Lando, руководи групом чији је задатак израда нацрта европског грађанског законика. У оквиру ове групе формирана је комисија за питања уговорног права састављена од правника свих чланица Заједнице, која је сачинила Основне принципе Европског уговорног права.¹⁸ Овај документ је 1999. године доживео већ друго издање. Ови принципи чине само прву фазу једног много амбициознијег плана.

Док се у овом случају ради само о принципима, како смо видели, Гандолфијев циљ је усвајање праве кодификације. Принципи Ландо – комисије могу се упоредити са Принципима UNIDROIT. Ови последњи, међутим, нису обавезујућег карактера. Њих користе у међународној арбитражи ако странке изаберу lex mercatoria. Насупрот томе принципе Ландо комисије законодавац државе чланице може да примени ради прихватања нових правила и може да се користи и у припреми европске кодификације, што се такође односи на Гандолфијев пројекат.

¹⁸ O. Lando – H. Beale, Principles of European Contract Law, Part I and II, The Hague-London-Boston, 2000.

На међународној конференцији који је 1998. године одржан у Хагу са темом "Према Европском грађанском Законику" (Towards a European Civil Code)¹⁹, као и рада Ландо – комисије, настала је једна истраживачка група: Study Group on a European Civil Code у циљу проширења унификације права на целу област имовинског дела приватног права (на изворе облигација, на банкарство и осигурање и на делатност финансијског посредовања). Вођени су уверењем да предлог јединствене европске кодификације треба да потекне са универзитета, од правника – научника, који су независни од политичких утицаја, а не из Брисела. Поводом тога настала је истраживачка група чијим радом руководи професор Кристијан Бар (Оснабрик) која сакупља резултате истраживања правних решења држава које припадају Европској Унији и Савету Европе. Ову истраживачку групу чине радне групе у којима су ангажовани углавном млади правници који истовремено израђују и своју докторску (PhD) дисертацију. Групама руководе познати професори и свака истражује посебно правно подручје. Њихов рад помаже Професорско саветодавно тело, састављено од професора и истраживача који потичу из различитих земаља. Припремљени предлози стижу пред комисију за координацију у којој су присутни представници чланица Европске Уније као и посматрачи из других земаља. Целокупним пројектом руководи једна посебна комисија чији је председник професор фон Бар.

Сада су активне групе за следеће области:

Правно неосновано богаћење и *Negotiorum Gestio*;

Купопродаја и услуге

Франшиза и уговор о заступању (агентима)

Хартије од вредности које гласе на име и хартије од вредности којима се остварује право располагања покретним стварима;

Пренос права на покретним стварима;

Осигурање;

Финансијске услуге.

Рад ће највероватније бити проширен и на друге правне области, сматра Н. Beale, један од учесника у овом пројекту²⁰ Рад на кодификацији приватног права сматрају потребним и органи Уније. Комисија је 11. јула 2001. године издала саопштење Савету и Парламенту, које је у суштини Зелена књига уговорног права.²¹ Бил је мишљења да би ову књигу требало проширити на вануговорну штету као и на правно неосновано богаћење.

¹⁹ Материјали ове конференције објављени су у *European Review of Private Law*, 1997, стр. 455 и даље.

²⁰ О питањима и проблемима финансирања овог истраживања видети Н. Beale, *The development of European Contract Law: Towards a European Civil Code*, у *A magyar magánjog az európai jogfejlődés áramában*, Miskolc, 2002, стр. 15.

²¹ На интернету се налази под: <http://europa.eu-int/comm/off/green/index.en.htm>

д) Common Core Project из Трента²²

Овај истраживачки програм је настао 1993. године под покровитељством Рудолфа Б. Шлезингера, професора на Универзитету у Тренту на иницијативу професора У. Матеја и М. Бусанија и од тада се налази у центру пажње компаративиста и цивилиста целог света.

Новина овог програма јесте, да се бави не само уговорним, односно облигационим правом (contracts and torts), него своја истраживања проширује и на стварно право (property).²³

Циљ ове групе истраживача јесте да сачини поуздану мапу европског приватног права и на њему прикаже резултате упоређења. Ова мапа не би служила непосредној примени, него будућим кодификацијама европског права. Њихов циљ није да се по сваку цену пронађе јединствено решење, него да подаци буду тачни. Сматрају да први корак у стварању јединственог права морају бити баш поуздани подаци о постојећим правним системима. Према томе, овај пројект ставља нагласак на научно истраживачки рад у циљу стварања заједничке европске правне културе. Оваква заједничка европска правна култура не може да се оствари без оних правника који би били упознати са рацијом и историјатом заједничких правила.²⁴

У погледу потребе за јединственим приватним правом мишљења се још увек разилазе. Једна група (првенствено припадници групе фон Бара) сматра и истински верује у то да је потребно сачинити јединствени Европски грађански законик у виду Кодекса који би у свакој држави чланица заменио национална правила. Надзор над његовом применом у државама чланицама требало би да обавља нека врста Европског суда грађанског права. Други се овоме противе. Многи не желе да иду даље од збирки правила, а има и таквих мишљења, да ће државе чланице временом спонтано прихватити хармонизацију и сходно својим жељама и традицији уградити заједничка правила у сопствени правни систем.²⁵

Имајући у виду укупан процес хармонизације права, како на практичном, тако и на теоретском и научном нивоу, запажа се, да су питања стварног права засад, углавном заобиђена. На овом месту ћемо указати само на један проблем из ове области, проблем различитих модела стицања својине, као и на досадашња решења овог проблема на међународном нивоу.

²² О овом пројекту видети: М. Bussani, - Mattei, Making European Law, Essay on the „Common Core” Projekt, Trento 2000, Е. Hondius, The Common Core of European Private Law, European Review of Private Law, 8/ 2000, стр. 249., Н. Kötz, The Common Core of European Private Law: Third General Meeting, European Review of Private Law, 5/1997, стр. 549., X. Blanc – Jouvan, Reflections on „The Common Core of European Private Law” Project, Global Jurist Frontiers, vol. 1, no. 1, 2001, <http://www.bepress.com/gi/frontiers/vol1/iss1/art2>.

²³ Bussani – Mattei, The Common Core Approach to European Private Law, The Columbia Journal of European Law, vol.3 no.3/1997-98, стр. 339.

²⁴ Venacchio, нав. дело, стр. 143 и нот. 289.

²⁵ Напред цитрао место, стр. 19.

II. Различити модели прибављања права својине

1. Основи различитих модела прибављања својине у античком римском периоду

Основе из којих су се развили данашњи модели стицања својине деривативним путем налазимо у античком Риму, у његовој 1300 годишњој правној историји, која је непобитном законитошћу пратила промене у привреди и друштву.

Без претензије да улазимо у детаљан приказ ове проблематике у току римске историје, на овом месту желимо само да укажемо на оне друштвено економске околности у којима су ови модели настали.

У најранијем, тзв. архаичном периоду као последица затворено кућне привреде, као и у последњем кризном периоду као последица натуралне привреде недостајали су кредитни послови. Најчешћи правни посао, купопродаја, обављала се у виду непосредне размене ствари за новац (купопродаја из руке у руку). Услед ових привредних околности није постојала временска дистанца између закључења и извршења посла. Као последица тога, ове радње се нису разликовале ни у правном погледу. Таква пракса довела је до схватања да сам посао (уговор) преноси својину. Према томе, сматрало се да се својина преноси закључењем уговора.²⁶ За архаични период није сачуван одговарајући текст, међутим, из каснијег посткласичног, такозваног периода вулгарног права, постоје за то лепе илустрације. На пример, интерпретација текста Паулових Сентенција из *Lex Romana Visigothorum* гласи овако:

LRV. Int. P. S. 1, 13, 4: „Si eam rem, quam aliquis accepto pretio facta venditione distrahit, tradere distulerit, ad traditionem rei, quam venidit, omnibus modis compellendus est.” (Ако неко не изврши предају оне ствари коју је примајући цену продајом отуђио, на предају продате ствари је приморан свим средствима.) Ова интерпретација одговара лаичком, тзв. вулгарно правном схватању: чим сам платио цену стичем и својину купљене ствари, а сходно томе предају ствари могу да захтевам свим средствима (како облигационим, тако и стварно правним). Реч је, према томе, о транслативном дејству уговора.

Као последица транслативног дејства уговора у моменту закључења уговора прелази на купца својина и на плодовима продате ствари:

LRV. P. S. 2, 18, 4: " Ex die emtiois, si pars pretii numerata sit, et fructus, et operae servorum, et foetus pecorum, et ancillarum partus ad emptorem pertinent." (Од дана куповине, ако је исплаћен део цене, купцу припадају и плодови и рад робова и плод животиња и дете робиње.)

²⁶ У погледу архаичног периода видети: Ф. Бенедек, *A iusta causa traditionis a római jogban*, *Studia Jur. Acad. Univ. Pécs public.* 8, 1959, стр. 39; За посткласични период тзв. вулгарног права: Магдолна Фејеш – Сич, *Уговор о куповини и продаји према одредбама зборника "Lex Romana Visigothorum"*, магистарски рад, Београд, 1986, стр. 216 и нот. 358; V. A. Arangio Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1978, стр. 93.

Прелазак својине на купца у моменту закључења уговора повлачи за собом и забрану продаје туђе ствари.

Int. LRV. P. S. 1, 1, 2 (4): "Si inter aliquos conveniat...de rebus alienis, haec pacta valere non possunt." (Ако настаје споразум...о туђим стварима, ови споразуми не могу имати ваљаност.)

У најразвијенијем, класичном периоду, под утицајем робноновчане привреде, били су развијени кредитни послови, код којих се исплата цене и предаја ствари одлагала за каснији временски период од времена закључења посла. У таквим условима класична правна наука је разрадила прецизна правила по којима: уговор ствара само облигацију, обавезу за касније извршење тј. предају (*iusta causa*), а за пренос својине се захтева и посебан акт преноса (*modus acquirendi*), манципација за пренос права својине на основним средствима за производњу (*res mancipi*) и традиција (проста предаја) за све остале ствари (*res nec mancipi*).²⁷

D. 41, 1, 31, пр. Paulus libro 31 ad edictum: "Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur." (/Сама/ проста предаја ствари никада не преноси својину, већ само онда, ако би јој претходио уговор о купопродаји или неки други ваљан правни основ због којег је уследила предаја.)

Такође, Гај у Институцијама 2, 19 – 20: " Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem. Itaque si tibi vestem vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim." (Наиме, *res nec mancipi* простом предајом правоваљано се преносе, под условом да се ради о телесним стварима и баш су због тога подобне за традицију. Ако ти, дакле, будем предао одело или злато или сребро било на основу продаје или поклона или којег другог правног основа, одмах ће ствар постати твоја, уколико сам ја њен власник.)

Према томе, за пренос права својине у класичном периоду поред ваљаног основа (на пример, уговора о куповини и продаји) захтева се и одговарајући начин преноса (ако је реч о *res nec mancipi* то је предаја – традиција), а моменат стицања својине је време извршења предаје, наравно, ако су испуњени и други неопходни услови (да је ствар телесна, да је преносилац био власник и да се ствар може пренети простом предајом, тј. реч је о *res nec mancipi*).

У Јустинијаново време традиција се све више осамосталила од правног основа. *Iusta causa* је постала само доказ о постојању воље за пренос права својине (*animus transferendi domini*). У Јустинијаново доба традиција ипак није постала апстрактан правни посао типа реалног контракта. Такав тип посебног правног посла традиција је постала тек касније у пандектној теорији.²⁸

Према томе, различити, пре свега економски услови створили су три различита модела прибављања права својине. Развијена робно новчана размена и правна наука која је на њој израсла и решавала проблеме праксе, створила је класични модел, по ком се, уз остале услове, за прибављање права својине поред

²⁷ Бенедек, нав. дело, стр. 5 и 40.

²⁸ Бенедек, нав. дело, стр. 40 – 44.

ваљаног уговора захтева и посебна правна радња, предаја ствари. Неразвијена размена (почетак римске историје) или економска криза, праћена инфлацијом (крај римске историје), услед свођења правних послова у пракси за непосредне акте размене, створила је два модела преноса права својине: један је на бази уговора (вулгарно правно решење); и други, пренос права својине предајом која се врши у намери преноса својине (Јустинијаново право).

2. Модел прихваћен у бившим југословенским земљама

Бивше југословенске земље су пре другог светског рата припадале разним правним подручјима. У Србији се примењивао Српски грађански законик (СГЗ) из 1844. године, у Војводини мађарско право које је било под знатним утицајем Аустријског грађанског законика (АГЗ), у Хрватској аустријски законик под називом Општи грађански законик (ОГЗ), у Словенији и Далмацији такође Аустријски грађански законик. У Босни и Херцеговини је примењивано турско право, с тим, што су правници и службеници образовани по аустријском праву, у питањима стварног и облигационог права примењивали Аустријски грађански законик. У Црној Гори примењивали су Богишићев Општи имовински законик из 1888. године (ОИЗ). У Македонији користили су турско Менцеле, али су после балканских ратова и овде примењивали Српски грађански законик.²⁹ Примећује се преовлађујући утицај аустријског права.³⁰

У погледу питања стицања својине, АГЗ пар. 425. прихвата римски модел класичног периода, да се својина не преноси самим уговором, већ се захтева и извршење предаје ствари. Ово исто правило је предвиђено и у СГЗ пар. 285 и 286; ОИЗ члан 26; 836; 65 и 67.

Установљавајући јединствени модел Југословенског законодавства после другог светског рата на овим заједничким основама, у погледу стицања својине деривативним путем прихваћено је аустријско решење.³¹ Ово правило није промењено ни после распада Југославије, тако у свим бившим југословенским републикама се и данас захтевају следећи услови стицања својине:

1. да је преносилац заиста власник ствари;
2. да постоји пуноважан уговор управљен на пренос својине;
3. да је извршена предаја ствари ако су у питању покретне ствари, а упис у земљишне књиге, односно пренос тапије, у случају непокретности.

²⁹ А. Гамс, Увод у грађанско право (општи део), Београд, 1972, стр. 15 – 18; В. Богишић, Изабрана дела и Општи имовински законик за Црну Гору, Београд, 1986; З. Пишкулић, И. Берђ, Основи приватног права у Војводини, Београд, 1924, стр. 1, 6 и 8; М. Вуковић, Правила грађанских законика, Загреб, 1961, стр. VI – IX.

³⁰ А. Гамс, нав. дело, стр. 18.

³¹ А. Гамс, нав. дело, стр. 18.

3. Различити модели у упоредном праву

Три основна решења римског права базирана на различитим друштвено економским приликама налазимо и у савременом праву европских земаља.

Аустријски модел, који своје корене води из класичног римског концепта стицања својине путем традиције на основу ваљаног основа, био је прихваћен у Русији (Грађански раоник РСФСР из 1964. године у члану 135, 136), као и земљама под аустријским утицајем, као што је Мађарска и бивше југословенске земље, а такође и у Грађанском законнику Етиопије из 1960 у члану 1186.

Француски модел прихвата принцип транслативног дејства уговора. За пренос права својине предаја ствари није неопходна.³² Исто решење смо видели у извору посткласичног вулгарног права Lex Romana Visigothorum (у Алариковом Бревјијару), који је примењиван у Француској све до XII века. Сматрамо, да је ово правило могло бити дубоко укоренењено у обичајима и тако је прихваћено и у Наполеоновом законнику из 1804. године.³³ С обзиром на то да овај начин стицања својине ствара разне проблеме дошло је до делимичног модификовања правила.³⁴

Овај начин стицања својине је прихваћен у Италијанском (члан 1376; 1378), у Пољском (члан 155) и Чехословачком грађанском законнику (члан 111).

Немачки модел је трећи. У основи има такође римско правило, али из последњег, јустинијановог периода.³⁵ У немачком праву предаја ствари има значај посебног апстрактног правног посла. Само преноси право својине независно од основног правног посла (титулуса). Воља странака усмерена на пренос права својине приликом предаје ствари је довољна да би дошло до преноса својине. Ово решење прихвата и Грађански законик Грчке (члан 1034).

4. Досадашња решења овог проблема у међународном (приватном и трговинском) праву

Данас када је међународна трговина веома интензивна и укључује и најширу популацију, ове разлике у начину стицања својине деривативним путем могу довести до практичних правних проблема, које се тичу заштите потрошача.³⁶ До суштинских проблема може доћи због битне разлике у правном решењу две групе земаља.

Првој групи припадају земље у којима се својина преноси самим уговором. То правило предвиђа француско, италијанско, као и енглеско и америчко право.³⁷

³² С. С. Члан 938; 1138; 1583; А. Гамс, нав. дело, стр. 257.

³³ М. Фејеш – Сич, нав. дело, стр. 217.

³⁴ М. Драшкић, Обавезе продавца према унификованим прописима о међународној купопродаји, Београд, 1966, стр. 21 – 23.

³⁵ Немачки грађански законик, члан 929; А. Гамс, Кауза и правни основ, Анали Правног факултета у Београду, 1959, стр. 163 – 168.

³⁶ О појму потрошача видети Бенакио, нав. дело, стр. 207.

³⁷ Француски С. С. члан 1583; Италијански С. С. члан 1376; Енглески Sale of Goods Act, члан 18; Амерички Uniform Sales Act, члан 19.

У другој групи су земље које су прихватиле аустријски и немачки модел и припадају тзв. "римском систему". Овој групи је заједничко да за пренос својине поред уговора неопходни су и одређене материјалне радње.³⁸

Најбитнија разлика ових система је у моменту преласка својине на прибавиоца. У француском систему то је моменат закључења уговора, а по "римском систему" то је моменат предаје ствари (испоруке робе). По првом систему продавац мора бити власник ствари већ у време закључења уговора, а по другом систему својину може и накнадно да прибави све до момента предаје ствари. Поставља се и питање сношења ризика случајне пропасти ствари (перикулума), као и заштите права трећих лица. Проблем перикулума је ублажен правилом "Genera non pereunt", али остаје и даље актуелан у случају индивидуално одређених ствари (species).³⁹

Међународно приватно право овај проблем и даље решава колизионим нормама. У области стварних права основна колизиона норма је *lex rei sitae*. У случају промета покретних ствари алтернатива може да буде и принцип *mobilia personam sequuntur*. Неке земље су *lex rei sitae* потпуно или делимично замениле са принципом *lex loci actus*.⁴⁰ С обзиром на то да су колизиона решења различита то ствара још већу несигурност у међународној трговини.

Иницијатива за унификацију права међународне трговине настала је још давне 1929. године у Риму на Међународном институту за унификацију међународног приватног права. После доношења неколико парцијалних решења: "contratti di Ginevra"; INCOTERMS, итд., Конференција у Хагу је 1964. године донела је *La convenzione sul diritto uniforme delle compravendita internazionale*.⁴¹ У члану 18. ова конвенција предвиђа следеће обавезе продавца: испоруку робе (предају ствари), предају докумената и пренос права својине.

Ова конвенција предвиђа само права и обавезе купца и продавца. Мада прописује обавезу преноса права својине, не улази у питање под којим условима и на који начин се преноси својина и у ком моменту купац стиче право својине. У погледу начина преноса својине упућује на национална права држава. Решење овог проблема избегава се и у Бечкој конвенцији о међународној купопродаји робе из 1980. године. Да не би улазили у проблем времена стицања својине (да ли је то моменат закључења уговора или предаје ствари, тј. у проблем различитих модела стицања својине) у случају прелаза ризика случајне пропасти ствари (перикулума) конвенција не прихвата општи принцип да ризик сноси власник, него ово питање одваја од права својине и везује за испоруку робе (испоруком робе ризик прелази на купца).⁴²

³⁸ Ж. Перић, О уговору о продаји и куповини, Београд, 1920, стр. 55; М. Драшкић, нав. дело, стр. 21 – 26.

³⁹ Драшкић, нав. дело, стр. 21 – 23.

⁴⁰ Т. Варади, Међународно приватно право, Нови Сад, 1990, стр. 223 – 226; Т. Варади- Б. Бордаш- Г. Кнежевић, Међународно приватно право, Нови Сад, 5. изд. 2001, стр. 338 – 355.

⁴¹ Uniform Law on the International Sale of Goods Hague, 1. July, 1964.

⁴² United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 1980, u *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 51. Jahr. 1987. Heft 1 – 2, Tübingen, стр. 134 –

Јединствено регулисање питања везаних за својину у последњем периоду, поред постојања ових различитих модела отежавао је и процес денационализације и приватизације у бившим социјалистичким земљама,⁴³ као и посебан интерес националних држава за очување непокретних ствари путем националних правних правила⁴⁴ (разна ограничења стицања својине за стране држављане, пре свега због ниског животног стандарда већине грађана бивших социјалистичких земаља).

С обзиром на то да је процес денационализације и приватизације завршен или се приводи крају у већини земаља, као и на то да је у Европској Унији прихваћен принцип забране дискриминације, слободе кретања робе, рада и услуга и капитала, највероватније да ће хармонизација права у већој мери захватити и област стварног права. Неопходно је због тога, с једне стране, праћење промена које се одвијају на европском и светском нивоу како у теорији тако и у пракси, а с друге стране, применом упоредно-правног метода упознавање и са разним решењима прихваћеним у националним правима, која се базирају на дубоком историјском и културном наслеђу. Овај рад је у том погледу само општи поглед на једну веома широку проблематику која у сваком свом сегменту захтева детаљна истраживања. Модел који би био прихваћен не би смео да буде резултат разних политичких утицаја, већ би требало да буде оно најбоље решење које је засновано на практичном искуству и научним истраживањима.

С обзиром на брзину промена које се последњих година одвијају у области приватног права у земљама које припадају Европској Заједници, Бенавио упозорава на следеће: " Имајући у виду даљи развој, за неколико година тешко да ћемо препознати оно право о којем смо учили у универзитетским учионицама. Право које ће се оформити наредних година биће све више "европеизовано" правилније речено "постаће право заједнице" (comunitarizzato).⁴⁵

Овај процес не може да остане изолован, тако да у све већој мери врши утицај и на право земаља ван Европске Уније, а такође и на наше право.

Закључак

Пратећи савремене токове развоја приватног права у Европи, можемо запазити два основна правца.

Један се одвија путем активности органа Европске Заједнице, првенствено у виду принципа (поред директива и судске праксе) и ствара јединствене моделе, или пак унификује или хармонизује право, пре свега земаља Европске Заједнице.

195.; J. Вилус, С. Царић, С. Шогоров, Међународно привредно право, Београд, 1989, стр. 165; 185 – 190; Видети: члан 30 и 4; у погледу права трећих лица: члан 41, 42, 43; перикулума: члан 66, 67, 68.

⁴³ Видети о том проблему: Т. Bán, A tulajdon védelme az emberi jogok európai egyezményében, у књизи Család, tulajdon és emberi jogok, Budapest, 1999, стр. 125 – 141.; L. Sermet, The European Convention on Human Rights and Property Rights, Council of Europe Publishing, Human rights files, No. 11 rev.

⁴⁴ Gy. Mecsér, A magyar tulajdoni perek néhány jellemzője, Család, tulajdon és emberi jogok, Budapest, 1999, 142 – 153.

⁴⁵ Бенакио, нав. дело, стр. 137.

Други се одвија на научно – истраживачком нивоу, путем разних пројеката и има за циљ унификацију европског приватног права или чак стварање европске кодификације грађанског права.

Ова два правца се, с једне стране прожимају, а с друге стране и разилазе.

У целом овом процесу хармонизације права главно место припада уговорном праву, док се питања својине (и уопште стварног права) сем основне гаранције права својине и разних оперативних правила, заобилазе. Један од разлога за то јесте и постојање различитих модела стицања својине у националним правима земаља, не само између припадника *civil law* и *common law* система, него и унутар *civil law* система, чије корене налазимо још у старом Риму. Поред тога, не треба занемарити ни посебан интерес држава за заштиту основних националних добара, као ни процес денационализације и приватизације који се одвија у бившим социјалистичким земљама. Све ово утиче на одлагање проблема јединственог регулисања суштинских питања стварног права.

Имајући у виду потребу слободног заједничког тржишта на којем су присутна физичка лица као потрошачи, која не обављају привредну делатност, спроводи се интензиван рад на пољу хармонизације приватног права. Међутим, питања стварног права у том погледу се, засад, веома скромно постављају и то само у оквиру појединих научних пројеката.

Овај рад има за циљ да упозна читаоца са основном проблематиком различитих модела стицања својине, чија разрада захтева детаљна историјска, упоредно правна и теоријска истраживања.

*Magdolna Sic, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law in Novi Sad*

Methods of Creating Uniform European Private Law and Problems of Different Modes of Property Acquisition

Abstract

The author observes that the process of harmonization of laws within European Union and in announced European civil code failed to include some important property issues. Normative activities of the EU, as well as other research projects, are mainly focused on contract law. Some recent initiatives call for including property issues into research projects.

The author points out that there is a serious problem arising out of diversity of different modes of property acquisition within Europe. The origin of existing models of property acquisition dates back to the Roman period, which are the result of particular

economic conditions of that time. Today, in the environment of the European common market which involves natural persons who do not conduct commercial activity, the existing rules cannot meet the set requirements. The consumer (buyer) has a legitimate interest (apart from the interest he has as a consumer, which has been regulated by the law of consumers' protection) to know how he may acquire property and when he becomes the owner.

This complex and delicate issue should not be solved by political means.

Solving this problem, as well as other private law problems, should be based on research which would involve practical aspects, detailed historical analysis, comparative law overview and legal theory.