



УДК 347.66

Др Дејан Б. Ђурђевић

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду  
djurdjevic.dejan@gmail.com

## НЕУТРАЛНИ ПРАВНИ ПОСЛОВИ\*

Члан 64 Породичног закона предвиђа да сваки малолетник може самостално да предузима неутралне правне послове, тј. послове којима не стиче ни права ни обавезе. Ово правило, настало по узору на немачко право, изазвало је бројне контроверзе међу српским правницима. Док једни негирају категорију неутралног правног посла, сматрајући да он представља *contradictio in adjecto*, аутори који га не оспоравају немају јединствен став у погледу тога за које правне послове се може казати да су неутрални. У првом делу рада изложена су схватања о неутралном правном послу која су развијена у упоредном праву, анализирани су ситуације у којима се такви послови појављују, критикована је дефиниција неутралног правног посла предвиђена у чл. 64 Породичног закона и заузето је становиште да неутралне правне послове треба разумети као правне послове који не доносе никакву правну корист нити правни уштрб лицу које их предузима. Пошто констатује да је предузимање сваког правног посла скопчано за одређеним уштрбима (правним, васпитним, директним, индиректним, извесним и неизвесним), аутор у другом делу рада анализира које уштрбе треба сматрати релевантним. Након излагања различитих схватања која постоје у страној теорији и судској пракси (теорија о разликовању непосредних и посредних уштрба, теорија о економском начину посматрања, теорија о старатељском начину посматрања), аутор заузима становиште да су релевантни сви извесни правни уштрби, тј. они уштрби који се испољавају у правној сфери и који настају на основу чињеница које су објективно утврдиле у моменту предузимања правног посла.

Кључне речи: Малолетник. – Неутрални правни посао. – Пословна способност. – Правни посао.

---

\* Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација с правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

## 1. УВОД

Питање пословне способности малолетника у српском праву не губи на актуелности. Закон о браку и породичним односима Републике Србије<sup>1</sup> предвиђао је у чл. 122, ст. 1 да дете које је навршило четрнаест година може самостално да предузима правне послове мањег значаја, док остале правне послове може да предузима само уз сагласност свог законског заступника. Малолетници млађи од четрнаест година били су потпуно пословно неспособни и нису могли ни самостално, нити уз сагласност свог законског заступника да предузму ниједан правни посао. Сваки правни посао који би предузео малолетник млађи од четрнаест година био је апсолутно ништав.<sup>2</sup> Овакво решење је критиковано јер „није водило рачуна о стварности“.<sup>3</sup> Породични закон Србије,<sup>4</sup> који је почео да се примењује 1. јула 2005. године, у чл. 64, ст. 1 предвиђа да млађи малолетник (дете које није навршило четрнаесту годину) може самостално да предузима: „правне послове којима прибавља искључиво права, правне послове којима не стиче ни права ни обавезе и правне послове мањег значаја“. Члан 64, ст. 2 ПЗ прописује да старији малолетник (дете које је навршило четрнаесту годину), може да предузима и остале правне послове, али уз сагласност законског заступника.

Између решења које је предвиђао ЗБПО и правила које је прописано у чл. 64 ПЗ, постоје две кључне разлике. Прва се огледа у томе што је граница за стицање ограничене пословне способности снижена. Да би у важећем српском праву стекао ограничену пословну способност, млађи малолетник не мора да достигне одређену старост, довољно је да поседује тзв. *природну вољу*, тј. свест о последицама правног посла који предузима и хтење да те последице

<sup>1</sup> *Службени гласник СРС*, 22/1980 – ЗБПО.

<sup>2</sup> О пословној способности малолетника према чл. 122 ЗБПО, вид. уместо свих: О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 1996, 56–62.

<sup>3</sup> Вид. О. Станковић, „Ограничена пословна способност и заступање малолетника од стране њихових родитеља у нашем праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 6/1982, 1222 и даље, који се залагао за већу поступност у стицању пословне способности, као и за снижавање старосне границе која је потребна за предузимање појединих правних послова. Овај аутор је указивао на чињеницу да и у Србији млађи малолетници свакодневно предузимају огроман број послова мале вредности „који су по својој сложености сразмерни њиховој интелектуалној зрелости и одговарају њиховом поимању ствари“, као и на то да такав промет има велики економски, социјални и васпитни значај, јер омогућује млађим малолетницима да самостално задовоље своје свакодневне потребе (на пример, куповина карте за превоз, школског прибора, ужине и сл.) и да се постепено оспособљавају да самостално предузимају послове веће вредности.

<sup>4</sup> *Службени гласник РС*, бр. 18/2005 – ПЗ.

наступе.<sup>5</sup> У српском праву више не важи необорива претпоставка да су сви млађи малолетници неспособни да схвате значај и домашај правних послова које предузимају и да се самостално старају о својим интересима.<sup>6</sup> Када ће неки малолетник моћи да узме учешће у правном промету, то је постало његова индивидуална ствар, јер зависи од његове способности да се стара о својој личности и имовини.<sup>7</sup> Друга разлика састоји се у томе што је уведена још једна категорија правних послова које ограничено пословно способна лица могу да предузимају. Поред послова мањег значаја, малолетници могу самостално да предузимају правне послове којима прибављају искључиво права и правне послове којима не стичу ни права ни обавезе.

Ова друга новина коју је увео чл. 64, ст. 1 ПЗ изазвала је бројне контроверзе међу српским правницима. Нарочито је спорно шта се подразумева под правним пословима „којима се не стичу ни права ни обавезе“, а за које се користи назив *неутрални правни послови*.<sup>8</sup> Неки аутори потпуно оспоравају категорију неутралног правног посла, сматрајући да је она: „супротна дефиницији правног посла и да представља *contradictio in adjecto*“.<sup>9</sup> Међу ауторима који ову категорију не оспоравају, не постоји јединствено станови-

<sup>5</sup> О појму природне воље (*natürlicher Wille*), вид. W. Grunsky, *Testierfähigkeit und Geschäftsfähigkeit*, Baden – Baden 2009, 15.

<sup>6</sup> На тај начин, српско право се приближило решењу које постоји у швајцарском праву. Према чл. 19 Швајцарског грађанског законика сваки малолетник који је способан за расуђивање (*urteilfähig*) може да предузима све правне послове уз сагласност законског заступника, док самостално може да предузме само оне правне послове који му доносе бесплатну корист. Способност за расуђивање схвата се као способност малолетника да разборито делује и да се у довољној мери супростави утицају туђе воље. Ближе о томе вид. M. Bigler-Eggenberger, у: H. Honsell, N. P. Vogt, T. Geiser (Hrsg), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – ZGB I*, Basel – Genf 2002, 199.

<sup>7</sup> Овакво решење је боље, јер омогућује сваком малолетнику, који је за то *de facto* способан, да предузима одређене правне послове. Решење по коме се стицање ограничене пословне способности везује за одређени узраст (на пример 14 година према чл. 122 ЗБПО или 7 година према § 106 Немачког грађанског законика) без оправданог разлога забрањује малолетницима који нису достигли прописану старосну границу да учествују у правном промету, чак и онда када поседују способност да схвате последице свог деловања и хтење да те последице наступе. За критику решења по којем се стицање ограничене послове способности везује за старосну границу, вид. уместо свих: В. Водинелић, „Функције пословне способности малолетника“, *Право – теорија и пракса* 3/1999, 33.

<sup>8</sup> В. Водинелић (1999), 35, за неутралне правне послове каже да су то они послови: „који малолетнику не прибављају ни права нити га обавезују.“

<sup>9</sup> Вид. О. Антић, *Облигационо право*, Београд 2008, 237 фн 658. Упор. и: О. Цвејић-Јанчић, *Породично право*, Нови Сад 2009, 300 фн 242, која истиче следеће: „У погледу правних послова којима се не стичу ни права ни обавезе није јасно шта је законодавац имао у виду.“

ште у погледу тога који се правни послови могу квалификовати као неутрални.<sup>10</sup>

Имајући у виду проблеме које је категорија неутралних правних послова створила српским правницима, овај рад је поставио себи за циљ да објасни о каквим је правним пословима реч, да анализира ситуације у којима се они појављују, као и да одговори на питање да ли постоји правнополитичко оправдање да српско право дозволи малолетницима предузимање неутралних правних послова.

## 2. ОДРЕЂИВАЊЕ ПОЈМА НЕУТРАЛНОГ ПРАВНОГ ПОСЛА

### 2.1. Порекло и рецепција

Категорија неутралних правних послова преузета је из немачког права. Немачки аутори дефинишу неутралне послове (*neutrale Rechtsgeschäfte*) као оне правне послове који немају никакав позитиван или негативан утицај на правну сферу лица које их предузима.<sup>11</sup> За неутралне правне послове карактеристично је то што лицу које их предузима не доносе никакву „правну корист (*rechtlichen Vorteil*)“ нити „правни уштрб (*rechtlichen Nachteil*)“.<sup>12</sup>

Немачки грађански законик (*BGB*) не познаје категорију неутралног правног посла. Она је изграђена у теорији и пракси циљ-

<sup>10</sup> Г. Ковачек-Станић, *Породично право: партнерско, деце и старатељско право*, Нови Сад 2009, 297, не даје ниједан пример неутралног правног посла. М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Београд 2009, 272, као пример за неутрални правни посао наводи дереликцију. Њено схватање критикују О. Цвејић-Јанчић, 300 фн 242 и С. Панов, *Породично право*, Београд 2008, 411 и даље, са образложењем да је дереликција акт располагања имовином, којим се не стичу ни права ни обавезе, али се губи право својине на дерелинквираној ствари, што малолетник млађи од 14 година не би смео чинити.

<sup>11</sup> У том смислу: D. Leipold, *BGB I – Einführung und Allgemeiner Teil*, Tübingen 2002, 118. Упор. В. Rüthers, *Allgemeiner Teil des BGB*, München 1991, 108, који каже да неутрални правни послови: „не утичу на имовину и правни положај малолетника.“ Вид. и D. Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg 2006, 222, који метафорично говори за неутралне правне послове да: „заобилазе имовину лица које их предузима.“ Неутрални правни послови називају се још и „правно индиферентним пословима“.

<sup>12</sup> Вид. R. Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, Tübingen 2006, 380; H. Brox, *Allgemeiner Teil des BGB*, Köln – Berlin 2001, 139; D. Giesen, *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*, Berlin-New York 1995, 240; H. Hübner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin-New York 1996, 316; H. Köhler, *BGB, allgemeiner Teil (ein Studienbuch)*, München 1991, 185; J. Kropholler, *BGB – Studienkommentar*, München 2003, 34; K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München 1977, 90; D. Schwab, M. Löhnig, *Einführung in das Zivilrecht*, Heidelberg 2007, 329; В. Völzmann-Stickelbrock, у: H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich (Hrsg), *BGB – Kommentar*, Köln 2009, 93; M. Wolf, у: V. Emmerich et al., *Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts*, München 1974, 114.

ним тумачењем § 107 BGB,<sup>13</sup> који предвиђа да је малолетнику за предузимање правног посла путем којег не стиче: „искључиво правну корист (*lediglich einen rechtlichen Vorteil*)“ потребна сагласност законског заступника. Другим речима, ако правни посао доноси малолетнику једино правну корист, за предузимање тог правног посла није потребна сагласност законског заступника. Када би се применило језичко тумачење, неутрални правни послови не би могли да се подведу под § 107 BGB, јер они лицу које их предузима не доносе правну корист. Међутим, правнополитички циљ § 107 BGB састоји се у томе да малолетник буде заштићен од предузимања правних послова који се негативно одражавају на његову имовину или правни положај.<sup>14</sup> Како неутрални правни послови немају негативно дејство на правну сферу лица које их предузима, малолетник може да предузме такав правни посао без сагласности свог законског заступника, позивајући се на § 107 BGB.<sup>15</sup>

## 2.2. Примена у пракси

Као један од примера<sup>16</sup> за неутрални правни посао може се навести случај када малолетник, који је запослен као продавац у бутику, прода муштерији хаљину која кошта 750 евра.<sup>17</sup> У овом случају, малолетни радник поступа као пуномоћник по запослењу свог послодавца.<sup>18</sup> Он закључује са муштеријом уговор о продаји, али правна дејства тог уговора не настају за малолетног радника, већ

<sup>13</sup> Упор. В. Voemke, В. Ulrici, *BGB Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg 2009, 147, који истичу да је појам неутралног правног посла изграђен телеолошком редукцијом. У том смислу: М. Jaensch, *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, Heidelberg 2010, 57; R. Bork, 376.

<sup>14</sup> Вид. Н.-Ј. Musielak, *Grundkurs BGB*, München 1999, 126; G. Schiemann, у: J. von Staudinger, *BGB – Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin 2005, 76.

<sup>15</sup> У том смислу: Н. Brox, 139; D. Giesen, 240; О. Jauernig (Hrsg.), *BGB – Kommentar*, München 2003, 49; В. Rütters, 108.

<sup>16</sup> У литератури се као примери за неутралне правне послове наводе: послови које малолетник предузима као заступник у име заступаног (§ 165 BGB), отуђење туђе ствари савесном прибавиоцу (§ 932 BGB), односно отуђење туђег добра уз сагласност овлашћеног лица (§ 185, ст. 1 BGB). Вид. уместо свих D. Leipold, 118. Такође, неутрални правни посао постоји и онда када малолетник као треће лице одреди цену ствари коју продавац продаје купцу (§ 317, ст. 1 BGB). У том смислу: Н. Brox, 139. У неутралне правне послове убраја се и бесплатни једнострано именујући уговор о наслеђивању у коме малолетник има положај уговорног наследника. Ближе о томе, вид. Д. Ђурђевић, „Увођење уговора о наслеђивању у српско право“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2009, 192–193.

<sup>17</sup> Вид. Н. Köhler, *BGB, allgemeiner Teil (Prüfe dein Wissen)*, München 2002, 33–34.

<sup>18</sup> То проистиче из § 56 Немачког трговачког законика (*Handelsgesetzbuch*), који предвиђа да су лица запослена у продавници или отвореном складишту овлашћена да чине продаје које су уобичајене за такве продавнице, односно отворена складишта.

за његовог послодавца (заступаног).<sup>19</sup> Малолетни радник је предузео правни посао, али он не стиче обавезу да преда ствар, нити стиче право да захтева исплату цене. То право и обавезу стиче заступани. Уговор о продаји који је малолетник склопио као пуномоћник по запослењу не ствара за њега никакву правну корист, нити му доноси правни уштрб. За малолетног радника такав уговор је правно неутралан (индиферентан) и он га, упркос великој вредности продате ствари, може пуноважно закључити без сагласности свог законског заступника.<sup>20</sup> Овакви случајеви могући су и у српском праву, с обзиром на то да малолетник са навршених петнаест година стиче радну способност<sup>21</sup> и може постати пуномоћник по запослењу.<sup>22</sup>

Осим уговора које склапа као пуномоћник по запослењу, сваки други правни посао који малолетник предузме као нечији заступник, такође представља неутралан правни посао.<sup>23</sup> Они који су вољни да оспоравају категорију неутралног правног посла могли би да негирају било какав практичан значај ове конструкције постављањем питања: да ли и како малолетник може доћи у ситуацију да постане нечији заступник? Малолетник се скоро никада не може наћи у улози законског заступника,<sup>24</sup> али је спорно може или он бити нечији пуномоћник.

У немачком праву експлицитно је предвиђено да пуномоћник може бити и ограничено пословно способно лице.<sup>25</sup> С друге стране, не треба изгубити из вида да пуномоћје, само по себи, представља

<sup>19</sup> Вид. § 164, ст. 1 BGB који предвиђа: „Изјава воље коју неко учини у име заступаног и у оквиру овлашћења за заступање које му припада, непосредно делује за и против заступаног. Не чини разлику, да ли је изјава дата изричито у име заступаног, или из околности произлази да је требало да буде дата у његово име.“ Немачко право прихвата теорију репрезентације (*Repräsentationstheorie*), коју је развио Виндшајд (*Windscheid*), према којој код заступања правни посао предузима заступник, тако да се према његовој личности цене претпоставке за пуноважност правног посла које се тичу пословне способности и мана воље, док дејства правног посла, на основу законског прописа, наступају према заступаном. Ближе о томе, уместо свих, вид. Н. Hübner, 488.

<sup>20</sup> Н. Köhler (2002), 34.

<sup>21</sup> Вид. чл. 24, ст. 1 Закона о раду, *Службени гласник РС*, 24/2005.

<sup>22</sup> Пуномоћје по запослењу предвиђено је чл. 98 Закона о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 и 44/99 и *Службени лист СЦГ*, 1/03 – ЗОО.

<sup>23</sup> Вид. R. Bork, 380; K. Larenz (1977), 528; D. Leipold, 118.

<sup>24</sup> Вид. чл. 128, тач. 1 ПЗ који предвиђа да се за старатеља не може поставити лице које је потпуно или делимично лишено пословне способности. Међутим, малолетник који пре навршене осамнаесте године стекне потпуну пословну способност на основу судске одлуке или склапањем брака по претходно прибављеној судској дозволи (вид. чл. 11 ПЗ), може бити законски заступник свог детета.

<sup>25</sup> Вид. § 165 BGB: „Пуноважности изјаве воље дате од стране или према заступнику не смета то што је заступникова пословна способност ограничена.“

апстрактан једнострани правни посао.<sup>26</sup> Пуномоћје се дефинише као: „правним послом дато овлашћење за заступање.“<sup>27</sup> Оно има свој основ у неком правном односу између властодавца и пуномоћника, који се назива основни или унутрашњи однос. Тај унутрашњи однос може бити уређен неким посебним уговором (на пример, уговор о налогу) из којег проистичу циљеви и дужности пуномоћниковог деловања у име властодавца. Међутим, због своје апстрактне природе, настајак и трајање пуномоћја независни су од унутрашњег односа између властодавца и пуномоћника (тзв. *Apstraktionsprinzip*).<sup>28</sup> Овај принцип одвојености пуномоћја од унутрашњег односа правда се потребом заштите трећих лица (са којима пуномоћник закључује уговор у име властодавца).<sup>29</sup> Сходно принципу одвојености, могуће је постојање пуноважног пуномоћја, упркос томе што је ништав уговор о налогу којим је регулисан унутрашњи однос између пуномоћника и властодавца (тзв. изоловано пуномоћје – *isolierte Vollmacht*).<sup>30</sup> Као пример за то наводи се управо случај издавања пуномоћја малолетнику: иако је ништав уговор о налогу који су закључили малолетни пуномоћник и његов властодавац, јер се са тим уговором није сагласио малолетников законски заступник, пуномоћје ће бити пуноважно.<sup>31</sup> На основу таквог пуномоћја малолетник може самостално да склапа уговоре у име свог властодавца, и такви уговори представљају за малолетног пуномоћника неутралне правне послове.

И у српском праву је могуће да властодавац изда малолетнику пуноважно пуномоћје независно од сагласности његовог закон-

<sup>26</sup> Вид. уместо свих: Н.-М. Pawlowski, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg 2000, 331.

<sup>27</sup> Вид. В. Voemke, В. Ulrici, 277; Н. Brox, 249; Н. Hübner, 514; Н. Köhler (1991), 196; К. Larenz (1977), 534; D. Leipold, 290; В. Rütters, 286. Исто важи и за швајцарско право. Вид. Е. Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, Zürich 1988, 601.

<sup>28</sup> Вид. R. Bork, 560; Н. Brox, 253; D. Giesen, 298–299; Н. Hübner, 515; Н. Köhler (1991), 197; К. Larenz (1977), 535; D. Leipold, 290; В. Rütters, 287–288. За швајцарско право, вид. Е. Bucher, 615 и даље.

<sup>29</sup> Вид. R. Bork, 560; Е. Bucher, 616; Н. Hübner, 515; В. Rütters, 288.

<sup>30</sup> У том смислу: R. Bork, 561; Н. Brox, 253; Н. Köhler (1991), 197. За српско право, вид. уместо свих: О. Станковић, В. Водинелић, 198–199: „ако уговор о унутрашњем односу између властодавца и пуномоћника из неког разлога не важи, пуномоћје ће важити ако су иначе испуњени услови који се њега самог тичу.“

<sup>31</sup> Вид. Н. Hübner, 516. Упор. сличан пример наведен код: D. Giesen, 299. И у швајцарском праву давање пуномоћја биће пуноважно упркос томе што пуномоћник нема пословну способност. Вид. уместо свих: Е. Bucher, 601: „Непотребност учешћа пуномоћника у издавању пуномоћја значи такође да и пословно неспособно лице може бити пуноважно опуномоћено, а посебно да пуномоћје може опстати и онда када је основни уговор (уговор о налогу или раду) ништав услед недостатка потпуне пословне способности пуномоћника, неспоразума (*Dissens*) и сл.“

ског заступника.<sup>32</sup> Пуномоћје се схвата као једностран правни посао, који предузима властодавац (чл. 89, ст. 1 ЗОО). ЗОО нигде не инсистира на томе да пуномоћник мора да има потпуну пословну способност.<sup>33</sup> Додуше, чл. 768 ЗОО предвиђа да уговор о налогу престаје када налогопримац (пуномоћник) буде потпуно или делимично лишен пословне способности. Међутим, престанак уговора о налогу не значи истовремено и престанак пуномоћја, јер је и ЗОО прихватио принцип одвојености пуномоћја од унутрашњег односа властодавца и пуномоћника.<sup>34</sup> Следствено томе, пуномоћје издато малолетном пуномоћнику биће пуноважно, при чему је сагласност пуномоћникових родитеља ирелевантна. Правни посао који малолетна особа предузме у својству нечијег пуномоћника за њу је правно неутралан, јер јој не ствара ни права ни обавезе. Имајући то у виду, можемо закључити да чл. 64, ст. 1 ПЗ дозвољава малолетнику да постане пуномоћник и да у том својству предузима правне послове без правног надзора свог законског заступника.

Практичан значај конструкције о неутралном правном послу у немачком праву долази до изражаја у још једној ситуацији, која је за разлику од претходних спорна, а која се тиче стицања својине од малолетног невласника. Систем стицања права својине на покретној

<sup>32</sup> Међу домаћим ауторима, који су додуше ово питање разматрали пре доношења ПЗ, било је спорно да ли пуномоћник мора да буде потпуно пословно способан. В. Јовановић, у: Б. Благојевић, В. Круљ (ред), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд 1983, књ. 1, 294–295, сматра да пуномоћник не мора да има потпуну пословну способност. На супротном становишту стоје: О. Станковић, В. Водинелић, 202–203. У том смислу и: А. Гамс, Ј. Ђуровић, *Увод у грађанско право*, Београд 1994, 158, који кажу: „пуномоћник треба да буде пословно способно лице јер је нелогично да за другог може вршити правни посао онај који за себе то не може.“ Са оваквом аргументацијом не могу да се сложим. Заштитна функција пословне способности долази до изражаја само онда када малолетник делује за себе, јер таквим правним послом доводи у опасност своју имовину. Нема потребе да се правилима о ограниченој пословној способности забрањује малолетнику да предузима правне послове за другог, јер таквим правним пословима малолетник не угрожава своју имовинскоправну позицију. Из тог разлога не може се казати да је нелогично то што се малолетнику дозвољава да за другог предузме правни посао који не може обавити за себе. Упор. Р. Bydlinski, *Bürgerliches Recht I – Allgemeiner Teil*, Wien – New York 2007, 202, који каже: „Иако је пуномоћник ограничено пословно способан, он ипак може предузимати правне послове, које у своје име не би могао да предузме. Ово стога, јер он овде диспонира са туђом имовином, док су правила о пословној способности намењена искључиво његовој сопственој заштити.“

<sup>33</sup> Скица за Законик о облигацијама и уговорима у чл. 53 изричито је предвиђала да пуномоћник не мора да има потпуну пословну способност: „Пуноважност уговора и других послова предузетих од стране заступника пословно способног лица није нужно да заступник буде пословно способан, али је нужно да буде способан за расуђивање.“ Нав. према: М. Константиновић, *Облигације и уговори – Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Београд 1996, 57.

<sup>34</sup> Вид. чл. 89, ст. 2 ЗОО: „Постојање и обим пуномоћја су независни од правног односа на чијој је подлози пуномоћје дато.“



ствари који познаје BGB, другачији је од оног који постоји у српском праву. Према § 929 BGB-а за пренос својине на покретној ствари неопходно је да сопственик преда ствар прибавиоцу и да се обојица сагласе са преносом својине. Из ове норме проистиче да је за стицање својине на покретној ствари неопходно: да претходник буде сопственик ствари коју преноси на прибавиоца, да претходник и прибавилац склопе апстрактни уговор о преносу својине (стварноправни уговор; нем. *dinglicher Vertrag*)<sup>35</sup> и да претходник преда ствар прибавиоцу (*Übergabe*). Уколико је лице, које није сопственик покретне ствари, склопило са прибавиоцем уговор о преносу својине и предало му ствар, прибавилац може стећи својину на тој покретној ствари само ако је у моменту стицања својине био савестан. Прибавилац се сматра несавесним ако му је било познато, или му је услед грубе непажње остало непознато, да његов правни претходник није сопственик ствари (§ 932 BGB).

Када се посматра из перспективе преносиоца (правног претходника) уговор о преносу својине има за непосредну правну последицу губитак права. Због тога, немачко право за пуноважност овог уговора тражи да преносилац има потпуну пословну способност, а ако уговор закључује малолетник старији од седам година, онда је потребна сагласност његовог законског заступника.<sup>36</sup> Међутим, ситуација је другачија ако малолетник старији од седам година закључи апстрактни уговор о преносу својине на ствари која није у његовом власништву. Према владајућем схватању,<sup>37</sup> такав уговор малолетном преносиоцу не доноси никакву правну корист, нити му ствара правни уштрб, јер он не може да изгуби својину коју иначе

<sup>35</sup> Тај апстрактни стварноправни уговор којим се преноси својина у BGB-у се назива *Einigung* и спада у категорију правних послова располагања (*Verfügungsgeschäft*). О појму и карактеристикама овог уговора, вид. уместо свих: M. Wolf, *Sachenrecht*, München 2001, 240 и даље.

<sup>36</sup> Вид. Н. Köhler (1991), 183. Ствар не стоји исто са прибавиоцем. Наиме, у немачком праву правна судбина апстрактног уговора о преносу својине независна је од каузалног уговора ради чијег испуњења је тај апстрактни уговор закључен (тзв. „*Trennungs – und Abstraktionsprinzip*“). На пример, ако је након закључења уговора о продаји покретне ствари (каузални облигационоправни уговор), продавац (преносилац) склопио са купцем (прибавилац) уговор о преносу својине (апстрактни стварноправни уговор) и предао му ствар да би извршио своју обавезу, евентуална ништавост уговора о продаји нема утицаја на пуноважност уговора о преносу својине. Због тога, апстрактни уговор о преносу својине за прибавиоца представља искључиву правну корист, јер се једина његова непосредна правна последица састоји у томе што прибавилац стиче својину на покретној ствари. Одатле проистиче да, сходно § 107 BGB, малолетнику старијем од 7 година не треба сагласност законског заступника да би у својству прибавиоца склопио апстрактни уговор о преносу својине. У том смислу вид. уместо свих: D. Leipold, 116–117; J. Wilhelm, *Sachenrecht*, Berlin 2007, 353–354.

<sup>37</sup> У том смислу: D. Giesen, 240; K. Larenz (1977), 90; B. Völzmann-Stickelbrock, 93; J. Wilhelm, 355.

нема. За малолетног преносиоца овакав апстрактни уговор о преносу својине је неутралан правни посао, тако да за његову пуноважност није потребна сагласност законског заступника.<sup>38</sup>

### 2.3. Циљно тумачење чл. 64, ст. 1 ПЗ

Изложени примери сами по себи су довољни да побију схватање по коме неутрални правни посао представља *contradictio in adjecto*.<sup>39</sup> ПЗ у чл. 64 не говори о томе да малолетник може предузмати правне послове којима се не стварају никаква права и обавезе. *Ratio legis* ове одредбе јесте да омогући малолетнику да предузме правни посао који за њега, као лице које изјављује вољу, неће створити правно дејство. Такав је случај управо са правним пословима које малолетник предузима као заступник, јер такви правни послови производе правна дејства, али не за малолетног заступника који их предузима, већ за заступаног.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Овакав приступ критикује D. Medicus, *Bürgerliches Recht*, Köln – Berlin 1999, 386–388. Он сматра да овде нема места примени правила о стицању од невластника. Његова аргументација ограничена је на стварноправни аспект, а састоји се у томе што правила о стицању од невластника не могу прибавиоцу да обезбеде бољу правну позицију од оне у којој би био када би ствар прибављао од сопственика. Правнополитички циљ правила о стицању од невластника састоји у томе да се прибавиоцу обезбеди она правна позиција, коју би имао и у случају да је тачна његова представа о својини на ствари коју прибавља. Уколико би се применила конструкција о неутралном правном послу дошло би до правног парадокса, који се огледа у следећем: прибавилац који је склопио уговор о преносу својине са малолетним преносиоцем без сагласности његовог законског заступника, а који при томе сматра да је малолетник сопственик покретне ствари, стиче својину уколико се покаже да његова представа није тачна (да малолетни преносилац није сопственик); али ако се покаже да је његова представа тачна (да малолетни преносилац има својину на ствари коју преноси), онда прибавилац неће стећи својину, јер уговор о преносу својине није пуноважан. Медикус сматра да у случају када малолетни преносилац склопи апстрактни уговор о преносу својине на покретној ствари без сагласности законског заступника треба рестриктивно тумачити норму о стицању од невластника. Осим тога, у прилог схватању да у оваквим ситуацијама не треба дозволити стицање од невластника Медикус истиче и један правнополитички разлог: правила о неутралном правном послу не би смела да доведу до тога да се малолетнику омогући да незаконито располаже туђим стварима. Вид. D. Medicus (2006), 223. О проблему стицања својине од малолетног навласника, вид. исцрпно: E. v. Olshausen, „Rechtsschein und Rosinentheorie oder vom guten und vom Schlechten Tropfen“, *Archiv für die civilistische Praxis* 3/1989, 224 и даље; T. Chiusi, „Zur Verzichtbarkeit von Rechtsscheinwirkungen“, *Archiv für die civilistische Praxis* 3/2002, 494 и даље.

<sup>39</sup> О. Антић, 237 фн 658.

<sup>40</sup> Вид. чл. 85 ЗОО. Упореди: Д. Стојановић, у: С. Перовић (ред), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд 1995, књ. I, 185, који каже: „Код заступништва заступник закључује правни посао. Али правни посао није његов, него је закључен за заступаног ... и све правне последице из закљученог уговора погађају непосредно заступаног.“

Контроверзе које је категорија неутралног правног посла изазвала међу српским правницима иду на душу како законодавцу, тако и онима који закон треба да тумаче и примењују. Законодавац је веома широко дефинисао неутрални правни посао. Дефиниција из чл. 64, ст. 1 ПЗ нема потребну прецизност, коју има дефиниција са којом оперишу немачки правници. Није исто када се каже да малолетник може самостално да предузме правни посао „који му не доноси никакву правну корист, нити правни уштрб“, и када се пропише да он може самостално предузимати правне послове којима „не стиче ни право ни обавезу“.

Не може се ставити знак једнакости између појма „правна корист“ и „стицање права“. Стицање права представља само један од видова позитивног дејства правног посла на правну сферу лица које га предузима. Приликом оцене да ли малолетник може самостално да предузме неки правни посао, не треба имати у виду искључиво правне послове обвезивања, већ треба водити рачуна и о правним пословима располагања.<sup>41</sup> Корист коју правни посао доноси малолетнику може се састојати у томе да му његов саговорник пренесе неко право (на пример, да малолетник склопи уговор о цесији као цесионар) или да му повећа постојеће право (на пример, да малолетни продавац склопи са купцем анекс уговора о продаји којим се предвиђа да ће купац платити већу цену од оне коју је првобитно уговорио продавчев законски заступник).<sup>42</sup> Такође, ако малолетном дужнику његов поверилац отпусти дуг, на основу таквог уговора<sup>43</sup> малолетник не стиче никакво право, али тај споразум свакако малолетнику доноси правну корист која се огледа у гашењу обавезе.<sup>44</sup>

Такође, настанак обавезе не представља једини облик негативног дејства правног посла на правну сферу лица које га предузима, те се због тога не сме ставити знак једнакости између појма „правни уштрб“ и „стицање обавезе“. Малолетни поверилац (цедент) који

<sup>41</sup> Правни послови обвезивања (*Verpflichtungsgeschäfte*) јесу они чије се правне последице састоје у настанку обавезе да се изврши одређена чинидба и права да се захтева извршење те чинидбе (на пример, уговор о продаји, поклону, закупу итд.). Насупрот њима, правни послови располагања (*Verfügungsgeschäfte*) непосредно делују на стање једног субјективног грађанског права у смислу да га преносе, оптерећују, укидају или му мењају садржину (на пример, уговор о цесији, опроштај дуга и сл.). О разликовању ове две категорије правних послова вид. уместо свих: Н. Hübner, 284–286. Формулација чл. 64, ст. 1 ПЗ недвосмислено указује на то да је српски законодавац имао у виду искључиво правне послове обвезивања.

<sup>42</sup> Упор. Н. Brox, 138; D. Giesen, 237.

<sup>43</sup> Према чл. 344 ЗОО, отпуштање дуга има правну природу уговора, јер је неопходно да се и дужник сагласи са изјавом повериоца да неће тражити извршење обавезе.

<sup>44</sup> У том смислу: К. Larenz (1977), 88.

уступи своје потраживање новом повериоцу (цесионар), на основу овог уговора не стиче никакву обавезу, јер се не ради о правном послу обвезивања, већ о правном послу располагања.<sup>45</sup> Иако за цедента није створио обавезу, уговор о цесији негативно утиче на његову имовинску позицију јер има за последицу губитак потраживања. Уговор о цесији цеденту доноси правни уштрб и не може се сматрати неутралним правним послом. Следствено томе, ако је цедент малолетан он не би могао самостално да цедира потраживање, изузев ако је реч о тражбини мале вредности. Такође, малолетни поверилац који да пристанак на преузимање дуга, на основу те изјаве воље не стиче никаква права нити обавезе (мења се само дужник, а облигација у свему осталом остаје иста).<sup>46</sup> Међутим, таквим правним послом поверилац угрожава своју имовинскоправну позицију, јер солвентног дужника може заменити инсолвентним. Из тог разлога, пристанак повериоца на преузимање дуга не може се сврстати у неутралне правне послове. Малолетни поверилац не сме самостално да да такав пристанак. Исто важи и за дереликцију. Када се малолетни сопственик одрекне својине на некој ствари, тим актом он не стиче ни право ни обавезу. Али и дереликција негативно утиче на имовинску позицију малолетног сопственика, јер за последицу има губитак права, што представља један вид правног уштрба. Зато се дереликција не може сврстати међу неутралне правне послове, упркос томе што такво схватање може да нађе ослонац у језичком тумачењу чл. 64, ст. 1 ПЗ. То значи да малолетник не би могао да се самостално одрекне права својине, изузев ако се ради о ствари мале вредности (на пример, потрошена амбалажа воћног сока).

Недовољно прецизно одређење појма неутралног правног посла у чл. 64, ст. 1 ПЗ не даје за право онима који ту норму тумаче и примењују да се ограниче искључиво на језичку интерпретацију и да крајњи резултат њихове анализе буде констатација да „није јасно шта је законодавац имао у виду“, односно да одредба представља *contradictio in adjecto*.<sup>47</sup> Да ли се тиме шаље порука пракси да треба да зажмури пред категоријом неутралног правног посла и да се понаша као да такав правни институт не постоји у српском праву? У претходним излагањима показали смо да ни немачки BGB не познаје неутралне правне послове, већ да је тај појам изграђен циљним тумачењем § 107. Тај пут би морали да следе и српски правници. Упркос томе што законска формулација нема потребну ширину, пра-

<sup>45</sup> У том смислу, вид. уместо свих: Н. Брох, W.-D. Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, München 2003, 360–361.

<sup>46</sup> О преузимању дуга, вид. М. Караникић Мирић, „Промена дужника“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010, 240 и даље.

<sup>47</sup> Вид. О. Цвејић – Јанчић, 300, фн. 242; О. Антић, 237, фн. 658.

во значење и смисао чл. 64, ст. 1 ПЗ мора да се нађе телеолошким тумачењем.

Полазиште за циљно тумачење чл. 64, ст. 1 ПЗ треба да буде правно политичка функција ограничене пословне способности. Давањем ограничене пословне способности малолетнику законодавац је тежио ка томе да оствари више циљева од којих су најзначајнији васпитни и заштитни.<sup>48</sup> Установа ограничене послове способности омогућује малолетнику да активно и самостално учествује у правном промету и да на тај начин развија своју личност.<sup>49</sup> Васпитну функцију ограничене пословне способности законодавац доводи до изражаја тако што предвиђа одређени круг правних послова које малолетник може да предузима без сагласности свог законског заступника.<sup>50</sup> С друге стране, заштитни циљ ограничене пословне способности састоји се у томе што законодавац забрањује малолетнику да самостално предузима правне послове који би могли да доведу до угрожавања његове имовине.<sup>51</sup> Решење за које се опредељује српски законодавац треба да представља компромис између васпитне и заштитне функције.

Када се говори и о ограниченој пословној способности малолетника не сме се изгубити из вида да је право малолетника да предузима правне послове зајемчено чл. 23, ст. 2 Устава Републике Србије,<sup>52</sup> који предвиђа да свако има право на слободан развој личности, ако тиме не крши права других зајемчена уставом.<sup>53</sup> Наиме,

<sup>48</sup> Вид. уместо свих: К. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin – New York 1991, 331. Осим тога, установа ограничене пословне способности треба да заштити и интересе законског заступника, као и сигурност правног промета. Упор. В. Водинелић (1999), 34 и даље; Н. Köhler, „Grundstücksschenkung an Minderjährige – ein lediglich rechtlicher Vorteil?“, *Juristenzeitung* 7/1983, 225–226.

<sup>49</sup> Вид. В. Водинелић (1999), 41–42; Н. Köhler (1983), 225.

<sup>50</sup> Н. Köhler (1983), 225–226.

<sup>51</sup> R. Stürner, „Der lediglich rechtliche Vorteil“, *Archiv für die civilistische Praxis* 5/1973, 417; Н. Köhler (1983), 225.

<sup>52</sup> *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 – УРС.

<sup>53</sup> Упор. С.-W. Canaris, „Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht“, *Juristenzeitung*, 21/1987, 996 и даље, који полази од тога да није ни неопходна, нити сврхисходна заштита малолетника млађих од седам година прописивањем апсолутне ништавости правних послова које они предузимају. Због тога, он сматра да је § 105, ст. 1 BGB (прописује апсолутну ништавост за правне послове које предузму малолетници млађи од седам година и друга потпуно пословно неспособна лица) у супротности са чл. 2, ст. 1 Немачког устава (*Grundgesetz*), који предвиђа да свако има право на слободан развој своје личности, уколико тиме не повређује права других и не поступа противно уставном поретку и моралу. Италијански аутори, такође, стоје на становишту да се потпуним искључењем пословне способности малолетника вређа уставом зајемчено право на развој личности (*diritto alla realizzazione personale*). Из тог разлога, у пракси се дозвољава малолетнику да предузима свакодневне правне послове мале вредности који не могу озбиљно да му нашkode, иако је такво поступање у директној супротности с одредбама Италијанског грађанског законика (чл. 1425 и 1426), који

један од суштинских елемената права на слободан развој личности представља и аутономија воље у грађанском праву,<sup>54</sup> при чему је правни посао основно средство за остваривање аутономије воље.<sup>55</sup> Ако је Устав загарантовао право на слободан развој личности, то истовремено значи да је свакоме, па и малолетнику,<sup>56</sup> пружена могућност да предузима правне послове и да учествује у грађанскоправном промету. Наравно, право на слободан развој личности, па самим тим и право на предузимање правних послова може бити ограничено, али приликом ограничавања било којег уставом зајемченог права мора се водити рачуна о принципу пропорционалности:<sup>57</sup> уставом зајемчена права могу се ограничити „у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права“ (чл. 20, ст. 1 УРС). Следствено томе, малолетнику се може ограничити пословна способност, а самим тим и право на слободан развој личности, али само у оној мери која је неопходна да би се спречили штетни утицаји правних послова на његову имовину. Принцип пропорционалности не обавезује само законодавца већ и судове. Приликом оцене у којој мери заштитна функција ограничене пословне способности може да ограничи право малолетника да предузима правне послове и да тако слободно развија своју личност, судови су дужни да воде рачуна о суштини права на слободан развој личности, важности заштите малолетника, као и о томе да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права (чл. 20, ст. 3 УРС).

Предвиђајући да малолетник може самостално да предузима одређене правне послове, законодавац је тежио ка томе да му омогући остваривање уставом зајемченог права на слободан развој личности. Тиме што је у чл. 64, ст. 1 ПЗ прописао да малолетник може да предузима правне послове којима не стиче ни права ни обавезе, законодавац је пружио могућност малолетнику да слободно предузима све

предвиђа да су сви малолетници потпуно пословно неспособни (*incapacità totale*). Ближе о томе с упућивањима, вид. В. Eccher, F. Schurr, G. Christandl, *Handbuch Italienisches Zivilrecht*, Wien 2009, 70.

<sup>54</sup> Вид. W. Fikentscher, *Schuldrecht*, Berlin – New York 1992, 77 и даље. Упор. и: С.-W. Canaris, 994, који каже да држава не може право својих грађана на самоодређење поштовати на бољи начин него тиме што им је препустила да сами уређују своје међусобне односе и што им је ставила на располагање правне инструменте који су за то неопходни.

<sup>55</sup> Вид. Н. Hübner, 277; D. Leipold, 95.

<sup>56</sup> Вид. чл. 64 УРС, који предвиђа да деца уживају људска права примерено свом узрасту и душевној зрелости.

<sup>57</sup> Овај принцип се још назива и начелом хармоније основних права, што значи да остварење једног уставом зајемченог права не сме да има за последицу укидање другог. Вид. Р. Mikat, „Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit“, *Festschrift für Hans-Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, München – Berlin 1965, Bd I, 600.

правне послове код којих не долази до изражаја заштитна функција ограничене пословне способности. Није неопходно да правни поредак штити малолетника од предузимања правних послова који му не доносе ни права ни обавезе, тј. који немају никаквог ни позитивног ни негативног утицаја на његову правну сферу.

У складу са изложеним правнополитичким циљем чл. 64, ст. 1 ПЗ, законски израз „правни посао којим не стиче ни права ни обавезе“, треба разумети у смислу неутралног правног посла, тј. „правног посла који малолетнику који га предузима не доноси никакву правну корист нити правни уштрб.“ На тај начин би се успоставила фина равнотежа између васпитне и заштитне улоге ограничене пословне способности: малолетнику би се омогућило да слободно развија своју личност предузимајући оне правне послове који не могу да угрозе његову имовину.

### 3. ПРАВНА КОРИСТ И ПРАВНИ УШТРБ

За прецизирање појма неутралног правног посла неопходно је одговорити на питање, које у теорији и пракси није неспорно:<sup>58</sup> шта се подразумева под правном коришћу и под правним уштрбом? Повод за спорове долази одатле што је готово немогуће замислити правни посао који малолетнику, који га предузима, не би могао створити извесни правни, економски или васпитни уштрб.<sup>59</sup> Ако би се појам правног уштрба широко тумачио, малолетник не би могао самостално да предузме ниједан правни посао.<sup>60</sup> С обзиром на то да се правнополитички циљ ограничене пословне способности не састоји у томе да се малолетнику ускрати могућност самосталног предузимања било којег правног посла, појам правног уштрба мора се ограничено тумачити, при чему је неопходно разликовати релевантне од ирелевантних уштрба.<sup>61</sup> Разликовање релевантних од ирелевантних уштрба појављује се као питање вредновања (*Wertungsfrage*),<sup>62</sup> код којег су интереси заштите малолетника и родитељског старања испреплитани са потребом да се заштити и правна сигурност.<sup>63</sup> Приликом постављања критеријума за процену релевантности правних уштрба,

<sup>58</sup> За различита схватања о томе шта се сматра правном коришћу, а шта правним уштрбом, види уместо свих: R. Stürner 402 и даље; H. Köhler (1983), 225 и даље; N. Preuß, „Das für Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäft“, *Juristische Schulung* 4/2006, 305 и даље.

<sup>59</sup> Види: O. Jauernig (Hrsg), *BGB – Kommentar*, München 2003, 47.

<sup>60</sup> У том смислу: H. Köhler (1983), 225.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> У том смислу: O. Jauernig (Hrsg), 47.

<sup>63</sup> H. Köhler (1983), 225–227.

правни поредак мора да води рачуна и о елементарним интересима свих учесника у правном промету да лако и брзо утврде да ли малолетник може самостално да предузме одређени правни посао.<sup>64</sup> Ово се не односи само на малолетникове саговорнике, већ и на његове законске заступнике, трећа лица, као и на самог малолетника, јер нико не иде за тим да предузима непуноважне правне послове. Из тог разлога, разликовање релевантних од ирелевантних уштрба мора да се врши на основу јасних критеријума, који су уочљиви за сваког учесника у правном промету.

Када разматра да ли одређени правни посао доноси правну корист или правни уштрб лицу које га предузима, суд треба да се оријентише искључиво на правна дејства а не на економске или васпитне ефекте тог посла.<sup>65</sup> То што неки уговор *per saldo* има за последицу економски добитак само по себи не значи да он малолетном уговорнику доноси искључиву правну корист.<sup>66</sup> Ако су скије, које иначе вреде 330 евра, купљене на распродаји за 200 евра, такав уговор, упркос својој тржишној повољности, доноси купцу правни уштрб, јер ствара за њега обавезу да плати цену.<sup>67</sup> Иако је цена знатно нижа од уобичајене, малолетник не може самостално да обави овакву куповину. У српском праву млађи малолетник не би могао уопште да закључи овакав уговор, док би старији малолетник то могао да учини, али само уз сагласност свог законског заступника (чл. 64 ПЗ). Заштитна функција ограничене пословне способности активира се код сваког правног посла који за малолетника ствара било какав правни уштрб (обавезу да изврши чинидбу, губитак права, конституисање терета и сл.), при чему је ирелевантно да ли је тај уштрб покривен, или чак преплаћен користима које проистичу из конкретне трансакције.<sup>68</sup> С обзиром на то, малолетник не може самостално да закључи ниједан двостранообавезни уговор, осим оних који за њега стварају обавезу малог значаја.<sup>69</sup>

<sup>64</sup> Вид. В. Водинелић (1999), 43–44; Н. Көһлер (1983), 226.

<sup>65</sup> У том смислу: В. Воемке, В. Улрици, 146; Р. Борк, 376; Н. Брок, 137; Ј. Гернхубер, В. Груневалд, *Bürgerliches Recht*, München 2002, 46; Д. Гизен, 237–238; Н. Хайнрихс, у: О. Паландт, 75; В. Калвас, *Privatrecht*, Köln 1989, 56; Д. Липолд, 116; Д. Медикус (2006), 219; В. Рүтхерс, 103–104; В. Вөлтманн-Штиклбрөк, 93.

<sup>66</sup> У том смислу: Р. Борк, 376; Н. Көһлер (1991), 182; Д. Медикус (2006), 219; Н. Преуф (2006), 306; М. Волф, у: В. Еммерих *et al*, 113–114.

<sup>67</sup> Пример наведен према: Н. Көһлер (2002), 31–32.

<sup>68</sup> В. Воемке, В. Улрици, 146; К. Ларенз (1977), 88; М. Лөвисх, Д. Неуманн, *Allgemeiner Teil des BGB – Einführung und Rechtsgeschäftslehre*, München 1997, 164; Н. Преуф (2006), 306; Н. Шакк, *BGB – Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2002, 65.

<sup>69</sup> Ово је владајуће схватање. Вид. В. Воемке, В. Улрици, 146; Н. Брок, 137; С. Хähnchen, „Schwebende Unwirksamkeit im Minderjährigenrecht“, *Juristische Ausbildung* 10/2001, 668–669; Н. Хайнрихс, у: О. Паландт, 75; Н. Көһлер (1991), 182; К. Ларенз (1977), 88; Д. Липолд, 116; Д. Медикус (2006), 219; В. Вөлтманн-Штиклбрөк, 93.



Утицај правног посла на одгајање и васпитање детета не може се узети у обзир приликом оцене да ли он ствара уштрб за малолетника који га предузима. Васпитање малолетника усмерено је да његову духовну сферу и подразумева старање о његовом душевном и социјалном развоју.<sup>70</sup> У васпитавању детета родитељи могу да користе одређена васпитна средства. Међу дозвољена васпитна средства спадају и ускраћивање џепарца, забрана употребе играчке или неког другог предмета који није неопходан за задовољавање основних животних потреба детета.<sup>71</sup> Некада, додуше, правни посао који дете предузима може да изигра родитељску васпитну меру и да штетно делује на његово васпитање. Узимо на пример, да родитељи једног дванаестогодишњака одбијају да му купе ролере, јер је пао на поправни испит, а осим тога, они немају много поверења у спретност и обзиривост свог сина и плаше се да би га употреба такве ствари изложила већој опасности од телесне повреде. Дете се обраћа деди, који удовољава његовој жељи и поклања му ролере. Ако би се овај поклон посматрао са искључиво имовинскоправне тачке гледишта, он малолетном поклонопримцу доноси искључиво правну корист. Посматран у ширем контексту, овај поклон штетно делује на васпитање и одгајање малолетног поклонопримца, јер изиграва легитимну родитељску казну за лош успех у школи. Међутим, упркос томе што родитељи имају разложан интерес да пониште уговор о поклону, овакав уштрб мора остати ирелевантан приликом оцене пуноважности правног посла.<sup>72</sup> Родитељима је правни поредак оставио друге могућности да *in concreto* остваре своје интересе у вези са васпитањем и одгајањем детета. Пошто су овлашћени да управљају и располажу имовином свог малолетног детета (чл. 74 ПЗ), они могу те ролере да отуђе или да детету ускрате њихову употребу.<sup>73</sup> С друге стране, узимање у обзир оваквих уштрба угрозило би сигурност правног промета, јер поклонодавац у сваком појединачном случају не може поуздано и брзо да утврди како његов поклон може да се одрази на васпитање и одгајање малолетног поклонопримца.<sup>74</sup>

<sup>70</sup> Вид. D. Schwab, *Familienrecht*, München 1999, 256; W. Schlüter, *BGB – Familienrecht*, Heidelberg 2006, 240.

<sup>71</sup> Упор. С. Berger, у: О. Jauernig (Hrsg), 1541.

<sup>72</sup> На овом месту треба указати на решење које је предлагала Скица за Законик о облигацијама и уговорима. Чл. 512 Скице, по узору на чл. 241 Швајцарског Законика о облигацијама, предвиђао је да поклон (дар) може примити и пословно неспособно лице, при чему је законском заступнику поклонопримца дато право да раскине уговор о поклону који је поклонопримац склопио без његове дозволе. Вид. М. Константиновић, 191–192. Овакво решење предлаже и Владина Комисија за израду Грађанског законика Републике Србије, *Преднацрт Грађанског законика Републике Србије*, књ. 2 – *Облигациони односи*, Београд 2009, 211 (чл. 663).

<sup>73</sup> У том смислу: Н.-М. Pawlowski, 93–94.

<sup>74</sup> Вид. Н. Köhler (1991), 182.

Сваки правни посао може лицу које га предузима донети неки правни уштрб, ако не непосредно, онда бар посредно. На пример, уговор о поклону је једностранообавезан уговор и за малолетног поклонопримца ствара право да захтева предају обећане ствари. Поклонопримац не дугује поклонодавцу никакву противчинидбу. Апстрактно посматрано, такав уговор малолетном поклонопримцу доноси искључиво правну корист и он би могао самостално да закључи сваки уговор о поклону, без обзира на вредност поклоњене ствари. Међутим, поклон за поклонопримца може створити и правне уштрбе. Ако је поклонопримац закључио поклон са налогом, дужност извршавања налога представља за њега правни уштрб. У случају да добије непокретност (или покретну ствар чија је вредност већа од 9.000 динара) од поклонодавца који му није близак сродник, на малолетног поклонопримца пада дужност плаћања пореза.<sup>75</sup> Такође, околности које наступе након склапања уговора о поклону, могу поклонопримцу створити обавезу да издржава поклонодавца<sup>76</sup> или да поклонодавчевим нужним наследницима исплати новчану противвредност нужног дела.<sup>77</sup> Неке од ових обавеза настају на основу сагласности воља уговорних страна (на пример, извршење налога) и оне представљају *непосредне (директне) правне уштрбе*. Настанак других чинидби, које терете малолетног поклонопримца, не извире непосредно из сагласности воља уговорника, већ их законодавац везује са скуп правних чињеница међу којима се налази и та да је закључен уговор о поклону (плаћање пореза, намирење нужних наследника, издржавање осиромашеног поклонодавца). Такве чинидбе представљају *посредне (индиректне) правне уштрбе*. Када је реч о посредним уштрбима, поједини од њих се увек појављују као последица предузимања одређеног правног посла и за њих се може употребити термин *извесни правни уштрби* (на пример, обавеза плаћања пореза на поклон). Други, пак, уштрби могу, али не морају да настану (на пример, обавеза поклонопримца да намири поклонодавчеве нужне наследнике или да издржава осиромашеног поклонодавца). За те уштрбе може се казати да су *неизвесни правни уштрби*.

С обзиром на то да је предузимање сваког правног посла повезано бар са неком неизвесном правном последицом, ако би се во-

<sup>75</sup> Вид. члан 14–22 Закона о порезима на имовину, *Службени гласник РС*, 26/01 ... 5/09.

<sup>76</sup> Уколико након учињеног поклона поклонодавац осиромаша тако да остане без нужних средстава за живот, он може захтевати од поклонопримца враћање поклона. Тада за поклонопримца настаје факултативна облигација: он је дужан да врати поклон, али се обавезе враћања поклона може ослободити ако преузме на себе обавезу да поклонодавцу даје нужна средства за живот. Ближе о томе, уместо свих: С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1980, 622–624.

<sup>77</sup> Ближе о томе, уместо свих: Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Београд 2010, 238–239.

дило рачуна о сваком таквом правном уштрбу, онда неутрални правни послови не би ни постојали, а малолетници не би могли самостално да предузму ниједан правни посао. Било би у супротности са васпитном функцијом ограничене пословне способности као и са правом малолетника на слободан развој личности када би сваки имовинскоправни уштрб био узет у обзир. Неопходно је да се и међу имовинскоправним уштрбима направи подела на релевантне (који спречавају малолетника да самостално предузме одређени правни посао) и ирелевантне (чије присуство не смета малолетнику да самостално предузме правни посао).

У теорији и пракси нема јединственог става о разликовању релевантних од ирелевантних имовинскоправних уштрба.<sup>78</sup> Постоје три концепције: 1. схватање по коме су релевантни само непосредни правни уштрби, 2. схватање привредном начину посматрања и 3. схватање о старатељском начину посматрања.

### 3.1. Разликовање између непосредних и посредних уштрба

Према овом схватању, приликом оцене да ли малолетник може самостално да предузме неки правни посао, узимају се у обзир само непосредни уштрби.<sup>79</sup> Непосредним се сматрају они правни уштрби који проистичу из изјављене воље.<sup>80</sup> Према присталицама овог схватања, посредни правни уштрби нису релевантни јер не настају из изјаве воље, већ су последица новог правног стања које је створено предузимањем правног посла.<sup>81</sup> Примењено на конкретне случајеве, ово схватање доводи до следећих резултата: малолетник не може самостално да склопи двостранообавезни облигациони уговор, јер обавеза извршења противчинидбе представља непосредну правну последицу тог уговора.<sup>82</sup> С друге стране, обавеза плаћања пореза на поклон сматра се посредним уштрбом, који се не узима у обзир.<sup>83</sup> Такође, према присталицама овог схватања малолетник може самостално да прими на поклон непокретност оптерећену хи-

<sup>78</sup> Ближе о томе, уместо свих: N. Preuß (2006), 306 и даље.

<sup>79</sup> У том смислу: В. Voemke, В. Ulrici, 146; J. Gernhuber, В. Grunewald, 46 фн. 31; Н. Heinrichs, у: О. Palandt (Hrsg), 75; D. Leipold, 116 и даље; D. Medicus (2006), 219.

<sup>80</sup> В. Voemke, В. Ulrici, 146; D. Leipold, 116.

<sup>81</sup> D. Leipold, 117.

<sup>82</sup> Н. Heinrichs, у: О. Palandt (Hrsg), 75; D. Leipold, 116.

<sup>83</sup> В. Voemke, В. Ulrici, 146; Н. Brox, 138; J. Gernhuber, В. Grunewald, 46 фн. 31; Н. Heinrichs, у: О. Palandt (Hrsg), 75; D. Leipold, 117; D. Medicus (2006), 219; М. Wolf, у: V. Emmerich *et al.*, 114 фн. 3. Упор. Н.-J. Musielak, 124, који сматра да су јавноправни терети ирелевантан правни уштрб, јер нису правна последица акта стицања и да самим тим не улазе унутрашњу садржину правног посла, већ представљају садржинско ограничење права својине.

потоком или стварном службеношћу, јер су ови терети ограничени искључиво на поклоњену непокретност,<sup>84</sup> тако да за њих малолетник не одговара осталом својом имовином.<sup>85</sup> С друге стране, заступници ове концепције сматрају да малолетник не може самостално да да изјаву о прихватању наследства,<sup>86</sup> јер наследник одговара за оставио-чеве дугове не само наслеђеном, већ и својом посебном имовином.<sup>87</sup> Такође, малолетни поклонопримац не може самостално да закључи уговор о поклону чији је предмет нека имовинскоправна целина,<sup>88</sup> јер својом посебном имовином одговара за дугове те имовинскоправне целине.<sup>89</sup>

Добра страна ове теорије јесте та што је поставила поуздан критеријум за разграничење релевантних од ирелевантних имовинскоправних уштрба. Малолетник и његов саговорник у сваком конкретном случају знају да ли из њихове сагласности воља за малолетника проистиче настанак неке обавезе, губитак права и сл., тако да на основу тога могу поуздано да утврде дозвољеност склапања одређеног уговора. Међутим, велики недостатак овог схватања огледа се у томе што оно не узима довољно у обзир заштитну функцију ограничене пословне способности.<sup>90</sup> Ако се инсистира на томе да малолетник не може самостално да купи неку ствар по изузетно повољној цени, јер обавеза плаћања цене представља правни уштрб, због чега онда не треба узети у обзир обавезу малолетника да плати порез на поклон. Обавеза плаћања пореза не извире из сагласности воља поклонопримца и поклонодавца, али представља неизбежну

<sup>84</sup> Н. Brox, 138; Н. Heinrichs, у: О. Palandt (Hrsg), 75; D. Leipold, 117; D. Medicus (2006), 219.

<sup>85</sup> На том становишту стоји и судска пракса. Баварски врховни суд сматра да не постоји правни уштрб онда када је малолетнику поклоњена непокретност оптерећена плодуживањем и правом прече куповине. Вид. BayObLG – 2Z BR 85/98, 29. V 1998, *Neue Juristische Wochenschrift* 48/1998, 3574 и даље. У образложењу (стр. 3576), суд истиче да је за такво пресуђење одлучујуће то што се малолетник не обавезује на давање из имовине коју је поседовао пре склапања уговора, нити ту имовину оптерећује. Плодуживање и право прече куповине представљају стварноправне терете на непокретности која је стечена на основу уговора, и не заснивају никакву личну одговорност малолетног прибавиоца. Међутим, ако је малолетнику поклоњена непокретност на којој постоји реални терет, такав уговор ствара за поклонопримца релевантан правни уштрб, јер § 1108 BGB не искључује личну одговорност сопственика за реалне терете. Вид. J. Wilhelm, „Das Merkmal lediglich rechtlich vorteilhaft bei Verfügungen über Grundstücke“, *Neue Juristische Wochenschrift* 33/2006, 2354.

<sup>86</sup> Н. Heinrichs, у: О. Palandt (Hrsg), 75.

<sup>87</sup> О одговорности наследника за оставиочеве дугове у немачком и српском праву, вид. уместо свих са упућивањима: Д. Ђурђевић (2010), 330 и даље.

<sup>88</sup> Н. Heinrichs, у: О. Palandt (Hrsg), 75.

<sup>89</sup> Вид. § 419 BGB и чл. 452 ЗОО.

<sup>90</sup> За критику вид. Preuß (2006), 306; R. Stürner, 402 и даље.

правну последицу закључења уговора о поклону и имовинскоправни уштрб за поклонопримца.<sup>91</sup> Са становишта заштите малолетника ирелевантно је да ли неки уштрб извире из сагласности воља уговорних страна или је настао као нужна последица новог правног стања које је створено правним послом.<sup>92</sup> Прописујући да малолетник не може самостално да предузме правни посао којим стиче обавезе (односно имовинскоправни уштрб) законодавац је тежио да га заштити од угрожавања сопствене имовине. Правни поредак, управо због тога што држи да малолетна особа није способна да „трезвено процени последице своје одлуке“,<sup>93</sup> не дозвољава јој да сама одмерава да ли су правне користи које ствара прави посао довољне да покрију правне уштрбе који се за њега везују, већ доношење такве оцене резервише за законског заступника.<sup>94</sup>

Такође, заступници овог схватања нису увек консеквентни када га примењују на конкретне случајеве. На пример, Хајнрихс тврди да су ирелевантне посредне последице правног посла, да би иза тога казао да малолетник не сме самостално да се прихвати наследства или да прими на поклон имовинскоправну целину.<sup>95</sup> Одговорност наследника за оставиочеве дугове, као и одговорност поклонопримца за дугове имовинскоправне целине коју је добио на поклон, не представљају непосредна правна дејства наследне изјаве, односно уговора о поклону.<sup>96</sup> Медикус, коментаришући једну судску одлуку, правилно опажа да разликовање у правној квалификацији пореза на поклон (ирелевантан правни уштрб) и одговорности поклоноприм-

<sup>91</sup> Упор. Н. Köhler (1983), 237, који критикује ово схватање са становишта заштите малолетника и родитељског старања, јер оно доводи до тога да се узимају у обзир незнатни непосредни уштрби, док се остављају по страни они који теже погађају имовинске интересе малолетника, само због тога што су посредна последица правног посла.

<sup>92</sup> На том становишту стоји и немачки Савезни врховни суд (BGH) у образложењу једне своје одлуке из 2005. године, где је истакнуто да имовину малолетника ништа мање не угрожава правни уштрб који је од стране законодавца одређен као последица правног посла, од оног правног уштрба које су уговорне стране саме предвиделе. Вид. BGH – V ZB 13/04, 25. XI 2004, *Neue Juristische Wochenschrift* 7/2005, 418.

<sup>93</sup> Н.-М. Pawlowski, 93. Упор. В. Водинелић (1999), 34: „малолетници су често ускраћени за зрелост расуђивања о потреби за послом, о повољности посла и о ризицима“.

<sup>94</sup> Упор. К. Larenz (1977), 88, који каже: „Овакво уско тумачење оправдава се схватањем да одмеравање користи и уштрба и одлучивање о томе да ли за предузимање правног посла постоји разложен интерес малолетника, треба начелно препустити законском заступнику.“

<sup>95</sup> Н. Heinrichs, у: О. Palandt (Hrsg), 75.

<sup>96</sup> Вид. уместо свих: О. Jauernig (Hrsg), 48, који одговорност наследника за дугове сматра правним уштрбом који не извире из правног посла, већ је са правним послом повезан.

ца за дугове имовинскоправне целине коју је добио (релевантан правни уштрб), није могло да настане без освртања на економско становиште.<sup>97</sup> Он каже да: „јавноправни терети једне непокретности редовно би требало да могу да буду покривени из њених прихода, док одговорност примаоца имовинске целине угрожава супстанцу стечене имовине (а услед трошкова поступка чак и преосталу имовину преузимаоца).“<sup>98</sup>

### 3.2. Разликовање према критеријуму економског начина посматрања

Схватање по коме релевантне од ирелевантних правних уштрба треба разликовати према критеријуму економског начина посматрања поставио је Ролф Штирнер.<sup>99</sup> Овај аутор анализира становишта у судској пракси и литератури<sup>100</sup> и долази до закључка да разликовање релевантних од ирелевантних правних уштрба према критеријуму посредних и непосредних последица правног посла није крунисано успехом.<sup>101</sup> Он сматра да сваки правни посао носи одређени правни уштрб, али да су многи од тих уштрба у правном промету безопасни (*ungefährliche Nachteile*). Због тога се залаже за циљно тумачење § 107 BGB и за примену телеолошке редуције. На тај начин, под удар законске норме која забрањује малолетнику самостално предузимање правних послова који му доносе имовинскоправни уштрб потпали би само они послови за које се везују тзв. „опасни правни уштрби (*gefährliche Nachteile*).“<sup>102</sup> Да ли је неки правни уштрб опасан или безопасан, то се према Штирнеровом схватању може одредити само помоћу економског начина посматрања. Он сматра да је безопасан онај правни уштрб који може само да умањи или у најгорем случају потроши типичан економски раст који собом носи правни посао. Насупрот томе, правни уштрб је опасан када може да доведе до смањења малолетникове имовине коју је поседовао пре предузимања правног посла или да малолетника обавезе на неко посебно чињење или пропуштање.<sup>103</sup> Сам Штирнер признаје да овакво разграничење претпоставља да се могуће последице правног посла одмеравају на основу уобичајеног животног искуства. Не може бити релевантан онај имовинскоправни губитак који настаје у крајње изузетним околностима и при потпуно невероватном току дешавања, већ се узима

<sup>97</sup> D. Medicus (1999), 117

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> R. Stürner, „Der lediglich rechtliche Vorteil“, *Archiv für die civilistische Praxis* 5/1973, 402 и даље.

<sup>100</sup> *Ibid.*, 405–416.

<sup>101</sup> *Ibid.*, 416.

<sup>102</sup> *Ibid.*, 420.

<sup>103</sup> *Ibid.*, 421.

у обзир само правни уштрб који се појављује према редовном току ствари. За оцену опасности правног посла релевантна су уобичајена схватања у правном промету.<sup>104</sup>

Примена овог схватања на конкретне животне ситуације доводи до следећих резултата: малолетник не може самостално да закључи двостранообавезан уговор упркос томе што се његов саговорник обавезује на противчиниџбу. Овакав став образлаже се тиме што према општем животном искуству, синалагматични уговори могу да угрозе малолетника, с обзиром на то да чиниџба његовог саговорника често вреди мање од онога на шта се он обавезао.<sup>105</sup> Повећање ризика од одговорности које са собом носе поједини правни послови не представља опасан правни уштрб.<sup>106</sup> На пример, ако малолетник добије на поклон пса, поседовање такве ствари повећава његов ризик од одговорности, јер према § 833 BGB онај који држи животињу, дужан је да надокнади штету која је настала услед тога што је она усмртила другог човека, нанела му телесну повреду, нарушила му здравље или му је оштетила ствар. Према Штирнеровом схватању, малолетник може без сагласности свог заступника да прихвати пса који му је понуђен на поклон. Полази се од тога да повећање ризика од одговорности не представља релевантан правни уштрб јер од предузимања правног посла до одговорности: „не води неизбежна или тешко заустављива аутоматика, већ скривљено противправно понашање малолетника.“<sup>107</sup> Осим тога, повећање ризика од одговорности не може се отклонити поништењем правног посла, јер се везује за чињеничне односе, при чему је ирелевантно да ли је стечена својина на ствари.<sup>108</sup> Јавноправну обавезу малолетног поклонопримца да плати порез на поклон, Штирнер такође квалификује као безопасан правни уштрб, јер сматра да овај порез умањује имовину малолетног поклонопримца у незнатном обиму.<sup>109</sup> Он држи да је за порез на поклон типично то што не представља опасност за имовину малолетног поклонопримца и да би сваки правичан и разуман законски заступник, упркос постојању таквог уштрба, морао дозволити склапање уговора о поклону.<sup>110</sup> Штирнер, додуше, не пориче да би порез на поклон могао представљати опасност за малолетног поклонопримца у хипотези да он проћерда поклоњено добро и да му услед тога не остане довољно за плаћање пореза. Међутим,

<sup>104</sup> *Ibid*, 421.

<sup>105</sup> *Ibid*, 421–422.

<sup>106</sup> *Ibid*, 425–426.

<sup>107</sup> *Ibid*, 426.

<sup>108</sup> *Ibid*, 426.

<sup>109</sup> *Ibid*, 427.

<sup>110</sup> *Ibid*, 420.

ова опасност је предупређена тиме што малолетни поклонопримац не може самостално да отуђи своја добра, па чак ни она која су му поклоњена.<sup>111</sup>

Штирнерово схватање није остало без утицаја на немачку судску праксу. Тако, немачки Савезни врховни суд (*BGH*) позвао се управо на поменут Штирнеров рад из 1973. године када је у образложењу једне своје одлуке казао: „Могуће је ипак да се за одређене правне уштрбе узме да нису обухваћени пољем примене § 107 BGB због тога што је за њих типично да имају сасвим незнатан потенцијал угрожавања. Ово важи у сваком случају за такве личне обавезе које погађају малолетника на основу закона, а које су услед свог ограниченог обима тако економски безначајне да се, независно од околности конкретног случаја, ускраћивање одобрења законског заступника не би могло оправдати.“<sup>112</sup>

Оваквом схватању упућене су оштре критике. Шмит сматра да схватање о економском начину посматрања не гарантује потпуну заштиту малолетника.<sup>113</sup> Ако се пође од тога да су ирелевантни сви они правни уштрби за које је типично да имају незнатан потенцијал угрожавања, онда би то значило да правни поредак толерише те исте уштрбе и онда када су у неким посебним ситуацијама опасни. Шмит даље закључује да би у таквим, посебним ситуацијама, правни посао који је довео до умањења малолетникове имовине био квалификован као безопасан (малолетник би могао да га предузме самостално).<sup>114</sup> Такав приступ није прихватљив са становишта заштите малолетника, јер управо због тога што не поседује довољно искуства у правном промету, малолетник не може у потпуности да сагледа околности под којима предузима одређени правни посао: да ли су оне такве да одређене ризике чине безначајним, или је у питању нека атипична констелација у којој тај исти ризик постаје опасан.<sup>115</sup> Келер иде корак даље у оспоравању Штирнеровог критеријума са становишта заштите малолетника.<sup>116</sup> Овај аутор сматра да чак и онда ако би се претпоставило да ће неки правни уштрб који се везује за стицање непокретности (на пример, јавноправни терет) бити покривен вредношћу стеченог добра, не може се порицати постојање опасности за малолетникову имовину. Све док малолетник не отуђи непокретност коју је добио на поклон (што је често скопчано да великом муком), он ће

<sup>111</sup> *Ibid*, 427, фн. 79.

<sup>112</sup> BGH – V ZB 13/04, 25. XI 2004, *Neue Juristische Wochenschrift* 7/2005, 418.

<sup>113</sup> J. Schmitt, „Der Begriff der lediglich rechtlich vorteilhaften Willenserklärung i. S. des § 107 BGB“, *Neue Juristische Wochenschrift* 16/2005, 1092.

<sup>114</sup> *Ibid*.

<sup>115</sup> *Ibid*.

<sup>116</sup> H. Köhler (1983), 227.



морати за настале пореске обавезе да одговара имовином коју је поседовао пре склапања уговора о поклону.<sup>117</sup>

Штирнеровом становишту може се замерити и то што не узима довољно у обзир разлоге правне сигурности. Разликовање релевантних од ирелевантних уштрба на основу тога да ли је „неки уштрб тако економски безначајан да се, независно од околности конкретног случаја, ускраћивање одобрења законског заступника не би могло оправдати,“ не представља јасан и сигуран критеријум који је лако уочљив за сваког учесника у правном промету.<sup>118</sup>

### 3.3. Разликовање према критеријуму старатељског начина посматрања

Творац схватања по коме релевантност правног уштрба треба ценити према критеријуму старатељског начина посматрања јесте немачки правник Хелмут Келер.<sup>119</sup> Он полази од тога да свако проширивање круга правних послова које малолетник може самостално да предузима има за последицу ограничавање родитељског старања, јер квалификација неког правног уштрба као безбедног, па самим тим ирелевантног, значи истовремено да онај који тумачи и примењује закон (на пример, судија) својим виђењем корисности и штетности неког правног посла потискује право родитеља да одлучују о имовини свог детета.<sup>120</sup> Овај аутор сматра да су у првом реду родитељи (односно законски заступници) малолетника позвани да оцењују да ли је правни посао опасан или безбедан. То представља суштински унутрашњи елемент права родитеља да се старају о имовини детета. Осим тога, родитељи су у најбољем положају да процењују корисност и штетност правног посла за њихово дете, јер су упознати са комплетном ситуацијом, као и са тиме како специфичне околности појединог случаја могу да се одразе на његову имовину и лична добра. Одатле Келер изводи закључак да руководеће начело треба да буде: у случају сумње узима се да је потребна сагласност законског заступника. Он сматра да такав приступ одговара тенденцији законодавца да круг правних послова које малолетник може самостално да предузме буде што мањи.<sup>121</sup> На основу овако постављеног руководећег начела, Келер предлаже следећи критеријум за разграничење релевантних од ирелевантних правних уштрба: малолетник не сме самостално да предузме оне правне послове код којих је, с

<sup>117</sup> *Ibid.*

<sup>118</sup> Упор. Н. Köhler (1983), 227; J. Schmitt (2005), 1092.

<sup>119</sup> Н. Köhler, „Grundstücksschenkung an Minderjährige – ein lediglich rechtlicher Vorteil?“, *Juristenzeitung* 7/1983, 225 и даље.

<sup>120</sup> *Ibid.*, 228.

<sup>121</sup> *Ibid.*, 228.

обзиром на природу и обим правних уштрба који су са њима повезани, неопходна контрола законског заступника. С друге стране, малолетник сме самостално да предузме оне правне послове са којима су повезани незнатни или удаљени правни уштрби, тако да чине излишном контролу законског заступника.<sup>122</sup> У својој примени на конкретне животне ситуације, ово схватање доводи до тога да малолетни поклонопримац никада не би могао самостално да закључи уговор о поклону који за предмет има непокретну ствар.<sup>123</sup>

Приликом оцене Келеровог схватања о старатељском начину посматрања, треба уважити две чињенице. Пре свега, оно је настало као реакција на Штирнерово гледиште о економском начину посматрања, а осим тога, Келер је своју расправу ограничио само на један мали сегмент правног промета, а то је поклон непокретне ствари. Овај аутор је дао велики допринос проучавању проблематике ограничене пословне способности, а то се посебно односи на његове основне поставке према којима приликом утврђивања да ли је неки правни уштрб релевантан или ирелевантан треба узети у обзир васпитну и заштитну функцију ограничене пословне способности, интересе законског заступања и потребу да се обезбеди поуздање у сигурност правног промета. Међутим, највећи недостатак Келеровог схватања лежи управо у томе што његов критеријум за разликовање релевантних од ирелевантних правних уштрба није отишао даље од тих почетних поставки. Јер када се каже да су релевантни они правни уштрби код којих је с обзиром на њихову природу или обим неопходна контрола законског заступника, тиме се није одмакло од почетка. Учесници у правном промету још увек немају јасан у очљив критеријум да основу којег би лако и са сигурношћу проценили да ли смеју са малолетником да закључе неки уговор.<sup>124</sup>

#### 3.4. Покушај постављања критеријума за утврђивање релевантних правних уштрба

Приликом оцене да ли је неки правни уштрб релевантан неопходно је уважити четири легитимна правнополитичка циља: васпитну функцију ограничене пословне способности, заштитну функцију ограничене пословне способности, право и дужност родитеља да се старају о имовини детета и поуздање у сигурност правног промета. Да би се ови циљеви уважили, потребно је да се испоштују три захтева.

<sup>122</sup> *Ibid*, 228.

<sup>123</sup> *Ibid*, 230.

<sup>124</sup> Упор. N. Preuß, 307, који критикујући Келерово схватање, примећује да: „одлучује питање, када постоји релевантан правни уштрб, према овом гледишту остаје отворено.“

1. Не може се сматрати релевантним правним уштрбом сваки ризик који је повезан са предузимањем правног посла. Не постоји правни посао који у моменту предузимања или у будућности није подобан да угрози имовину лица које га предузима. Уколико би се узели у обзир сви потенцијални правни уштрби, то би значило да малолетник не може самостално да предузме ниједан правни посао, што је у супротности са правом детета на слободан развој личности.

2. Малолетниковим законским заступницима треба омогућити да одмере предности и ризике конкретног правног посла и да на основу тога донесу одлуку да ли тај посао треба предузети или не. Нико не може уместо законског заступника унапред да процењује да ли је неки уштрб сам по себи опасан или безопасан. У супротном, законски заступник не би могао да обави своју основну дужност, а то је да се стара о личности и о имовини малолетника.

3. Критеријум за разграничење мора бити прецизан и лако уочљив како би малолетник, његови саговорници и законски заступници могли са сигурношћу да утврде да ли је дозвољено самостално предузимање одређеног правног посла.

Полазећи од ових, прилично противречних захтева који се морају испоштовати, сматрам да је утврђивање релевантног уштрба могуће само на основу критеријума његове извесности. То значи да релевантним уштрбима треба сматрати само *извесне правне уштрбе*, тј. оне уштрбе који се испољавају у правној сфери, а који настају на основу чињеница које су објективно утврдиле у моменту предузимања правног посла. Ти уштрби могу потицати из изјављене воље субјекта у правном промету (непосредни уштрби) или из новог чињеничног стања које је створено предузимањем правног посла (посредни уштрби). Насупрот томе, неизвесне правне уштрбе не би требало узимати у обзир приликом оцене да ли малолетник може самостално да предузме правни посао. Неизвесни правни уштрби су они који се везују за чињенице које не постоје у моменту предузимања правног посла, већ се могу (али не морају) појавити у будућности.

Примена критеријума извесности на решавање конкретних случајева довела би до следећих резултата: сваки уштрб који извире из сагласности изјављених воља представља извешан и релевантан правни уштрб. Следствено томе, малолетник не сме самостално да закључи ниједан двострано обавезан уговор, нити сме самостално да прими поклон са налогом. Релевантним уштрбом сматра се и обавеза плаћања пореза на поклон. Такође, ако је предмет уговора о поклону нека имовинскоправна целина, лична одговорност малолетника за дугове те целине (чл. 452 ЗОО) такође представља релевантан и извешан правни уштрб, јер настаје на основу чињеница које су утврдиле у моменту закључења уговора. Управо код оваквог уговора о

поклону неопходно је искуство законског заступника да би се оценило да ли имовинска целина која је предмет уговора има дугове, колики су ти дугови и да ли се могу покрити вредношћу активе. Исто важи и за позитивну наследну изјаву. Малолетни наследник одговара за оставиоачеве дугове, не само наслеђеном већ и својом посебном имовином.<sup>125</sup> Постојање дугова на заоставштини представља посредни, али и у исто време и извесни правни уштрб, који је утврдив већ у моменту давања наследне изјаве. Због тога, давању позитивне наследне изјаве може и треба да претходи процес у коме ће потенцијални наследник да испита да ли у заоставштини има дугова, колико они износе и да ли му се у крајњем случају уопште исплати да се прихвати наслеђа. Ту процену, због недовољног искуства не може да изнесе малолетна особа, и због тога је код прихватања наследства неопходно учешће законског заступника.<sup>126</sup> Такође, малолетник не сме самостално да са својим претком закључи уговор о уступању и расподели имовине за живота. Иако на основу овог уговора малолетник бесплатно стиче одређена уступиоачева имовинскоправна добра, са његовим закључењем скопчан је и један извесни правни уштрб који се огледа у томе што се имовина која је њиме обухваћена не узима у обзир приликом израчунавања нужног дела.<sup>127</sup>

Као пример за неизвесне правне уштрбе могу навести обавезу поклонопримца да врати поклон због грубе неблагодарности, обавезу поклонопримца да врати поклон или да исплати средства за издржавање осиромашеном поклонодавцу, обавезу поклонопримца да исплати новчану противвредност нужног дела поклонодавчевим нужним наследницима, одговорност за штету коју проузрокује поклоњена животиња или нека друга опасна ствар. Ови уштрби се везују за чињенице које нису објективно утврдиве у време предузимања правног посла. Њихов настанак зависи од тога шта ће се дешавати у будућности, што нико са сигурношћу не може да предвиди. Да ли ће малолетник одговарати за штету коју проузрокује пас који му је поклоњен за рођендан, то се не може ваљано размотрити приликом закључења уговора о поклону, јер нико не може унапред знати како ће се животиња и њен сопственик убудуће понашати.

<sup>125</sup> Вид. уместо свих: Д. Ђурђевић (2010), 332–333.

<sup>126</sup> Ствар другачије стоји са легатом. Ако је малолетнику остављен чист легат (без обавезе да испуни налог, изврши сублегат или да плати неки завештаоачев дуг), такво располагање *mortis causa* не ствара за њега никакав извесни правни уштрб. Због тога, малолетник може самостално да да изјаву о прихватању чистог легата. У том смислу вид. К. Larenz (1977), 88–89.

<sup>127</sup> Упор. Б. Благојевић, *Наследно право у Југославији*, Београд 1983, 308, који каже да се наследноправна дејства уговора о уступању и расподели састоје у томе што се уступиоачеви саговорници одричу од права да после уступиоачеве смрти: „постављају било какве наследно-правне захтеве у погледу имовине која је била предмет тога споразума.“

Такође, обавеза поклонопримца да исплати нужни део поклонодавчевим нужним наследницима није релевантан правни уштрб који би могао ваљано да буде размотрен приликом склапања уговора о поклону, јер настанак ове обавезе зависи од читавог низа будућих и неизвесних околности (да ли ће поклонодавац умрети у року од годину дана од дана када је учинио поклон, да ли ће имати супружника и сроднике који испуњавају услове да стекну својство нужних наследника, да ли ће поклонодавчева заоставштина бити довољна за намирење нужних наследника итд).

Утврђивање релевантног уштрба према критеријуму извесности задовољава све постављене захтеве. Малолетник је заштићен од угрожавања своје имовинскоправне позиције, а истовремено му је остављен простор за слободан развој личности. Учесници у правном промету имају јасан и поуздан критеријум за утврђивање који посао малолетник може самостално да предузме. На крају, малолетниковим родитељима је у потпуности уважено њихово право да се старају о имовини свог детета, јер малолетник не може самостално да створи за себе никакав правни уштрб, чији утицај није могуће меродавно проценити. Родитељима је ускрћено право да оцењују утицај само оних правних уштрба, које иначе, због њихове неизвесности, нико не би ни могао ваљано да размотри.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Под неутралним или правно индиферентним пословима чл. 64, ст. 1 ПЗ подразумева оне правне послове који не стварају ни право нити обавезу за лице које их предузима. За тако постављену категорију не може се рећи да је супротна дефиницији правног посла и да представља *contradictio in adjecto*, јер законодавац не каже да неутрални правни послови не стварају никаква права и обавезе. Напротив, неутрални правни послови стварају права и обавезе, тј. производе правна дејства, али не за лице које их је предузело, већ за неког другог субјекта.

Категорија неутралног правног посла не представља само теоријску конструкцију, већ има и велики практични значај. Неутралан је сваки правни посао који предузме заступник у име заступаног. Према теорији репрезентације, коју је прихватило и српско право, код заступања правни посао предузима заступник (он изјављује вољу), али тај посао не ствара права и обавезе за њега, већ његова правна дејства непосредно погађају заступаног (чл. 85, ст. 1 и 2 ЗОО).

Дефиниција неутралног правног посла која је постављена у чл. 64, ст. 1 ПЗ није довољно прецизна. Законодавац је приликом

нормирања ове одредбе имао у виду само правне послове обвезивања, док су правни послови располагања остали изван његове оптике. Ако би се судови ограничили искључиво на језичко тумачење ове одредбе, то би значило да малолетник може самостално да предузме многе правне послове располагања који нису неутрални, већ напротив, угрожавају његову имовинскоправну позицију. За правилну примену чл. 64, ст. 1 ПЗ неопходно је његово циљно тумачење, при чему се не сме изгубити из вида да је српски законодавац категорију неутралног правног посла преузео из немачког права. Следствено томе, неутрални посао треба разумети као такав правни посао који лицу које га предузима не ствара никакву правну корист нити правни уштрб. Правну корист треба схватити као свако побољшање имовинскоправне позиције лица које предузима правни посао: стицање права, повећање постојећег права, губитак или смањење обавезе или терета и сл. Правни уштрб представља сваки извесни негативни имовинскоправни ефекат за лице које предузима правни посао: настанак обавезе или терета, повећање постојеће обавезе или терета, губитак или смањење права и сл.

Примењена на практичне животне ситуације, оваква интерпретација чл. 64, ст. 1 ПЗ значила би да малолетник може самостално да предузме: 1. правне послове који му доносе само правну корист (на пример, да прихвати чист легат, да као поклонопримац закључи уговор о поклону, али само ако није предвиђена дужност извршења налога и ако се за конкретни поклон не везује обавеза плаћања пореза; да као цесионар закључи уговор о цесији; да са својим повериоцем склопи уговор о отпусту дуга) и 2. неутралне правне послове, који му не доносе ни правну корист нити правни уштрб (на пример, да као пуномоћник закључује било који уговор у име свог властодавца). Малолетник не сме самостално да предузима правне послове који му доносе извесни имовинскоправни уштрб, изузев ако је реч о уштрбу малог значаја. Тако, на пример, малолетник не сме самостално да закључи ниједан двостранообавезан уговор, да се прихвати наследства, да прими на поклон имовинскоправну целину, да прими поклон са налогом или да као поклонопримац закључи уговор о поклону за који се везује плаћање пореза, не сме самостално да уступи своје потраживање, да дерелинквир ствар, нити да опрости дуг.

Dr. Dejan B. Đurđević

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

## NEUTRAL LEGAL TRANSACTIONS

### *Summary*

Under Article 64 of the Serbian Family Law Act (2005), a minor can independently undertake neutral legal transactions (*neutrale Rechtsgeschäfte*), i.e. the transactions by which he or she does not assume any rights or obligations. This rule, shaped after a similar rule of German law, caused a number of controversies amongst Serbian lawyers and legal scholars. While some of them negate the idea of neutral legal transaction, claiming that it represents a contradiction in terms; others do not reject the notion of neutral legal transactions, but have no settled catalogue of the legal transactions which qualify as neutral.

The author offers a scrupulous and detailed comparative analysis of the rules on, and theoretical readings of, the neutral legal transactions; and lays open some practical situations in which these rules may apply. The author disapproves of the way in which the abovementioned rule of Serbian law is phrased, and argues that the term „neutral legal transaction“ should correspond to a legal transaction which does not produce any relevant legal advantage or disadvantage to the person who is undertaking it. The focal point of the notion of neutral legal transactions is the absence of any relevant legal benefits or drawbacks to the subject entering into such transaction, and not merely the fact that he or she does not assume any rights or obligations.

The author asserts that every legal transaction causes certain drawbacks (legal, instructional, direct, indirect, certain, uncertain) to the subject, and thus tries to detect the drawbacks which should be deemed relevant. To this end, the author scrutinizes different theories developed in some foreign legal doctrines, such as the theory of direct v. indirect drawbacks, the theory of economic drawback, the custodian theory. He concludes that relevant legal disadvantages (drawbacks) should be those which are certain, that is those which manifest themselves in the legal sphere, and originate from the facts which are objectively detectable at the moment of entering a neutral legal transaction.

Key words: *Minor. – Neutral legal transactions (neutrale Rechtsgeschäfte). – Civil capacity (Geschäftsfähigkeit). – Legal transaction (Rechtsgeschäft).*