ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ

NOVI SAD FACULTY OF LAW SERBIA

ЗБОРНИК РАДОВА

COLLECTED PAPERS

LII

4/2018

НОВИ САД 2018

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ЗБОРНИК РАДОВА

За издавача
Проф. др Бранислав Ристивојевић
декан Правног факултета у Новом Саду

Управник Центра за издавачку делатност
Проф. др Љубомир Стајић

Главни и одговорни уредник
Проф. др Слободан Орловић

Зборник радова Правног факултета у Новом Саду налази се у *HeinOnline* бази: *International & Non-U. S. Law Journals* (http://www. heinonline. org).

Зборник радова (свеске од 2007. године) под називом *Proceedings of Novi Sad Faculty of Law* доступан је у *EBSCO* бази *Academic Search Complete* (http://www. ebscohost. com).

Зборник радова (свеске од 2005. године) доступан је на веб сајту Правног факултета у Новом Саду (http://www. pf.uns.ac.rs).

Зборник излази непрекидно од 1966. године.
Од 2012. године Зборник излази четири пута годишње.

Цена једне свеске Зборника је 5.000 динара.

УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
UNIVERSITY OF NOVI SAD
FACULTY OF LAW NOVI SAD
(SERBIA)

ЗБОРНИК РАДОВА
COLLECTED PAPERS

LII 4 (2018)

НОВИ САД, 2018.

ЗРПФНС, година LII Нови Сад, бр. 4 (2018)

УДК 3 ISSN 0550-2179 eISSN 2406-1255

САДРЖАЈ

Др Зоран В. Арсић, редовни професор
Повећање основног капитала акционарског друштва из нето имовине 1439

Др Драган Л. Милков, редовни професор
Ратко С. Радошевић, асистент
Приговор у управном поступку 1457

Др Ранко И. Кеча, редовни професор
Др Марко С. Кнежевић, доцент
О систему правних лекова и остваривању јединствене примене права у српском извршном поступку 1471

Др Љубомир С. Стајић, редовни професор
Др Татјана Д. Бугарски, редовни професор
Др Бранислав Р. Ристивојевић, редовни професор
Др Милана М. Писарић, асистент са докторатом
Др Иван Д. Милић, асистент са докторатом
Пракса Прекршајног суда у Новом Саду у области заштите животне средине . 1503

Др Раденка М. Цветић, редовни професор
О оправданости законског права пречe куповине сувласника непокретности . 1521

Др Снежана С. Бркић, редовни професор
Маргиналије о функцији кривичног гоњења 1533

Др Слободан П. Орловић, редовни професор
Др Наташа Н. Рајић, асистент са докторатом
Распуштање парламента – вршење или злоупотреба уставних овлашћења . . . 1545

Др Марко С. Павловић, редовни професор
Заклетва у историји српске уставности 1559

Др Гордана М. Дракић, ванредни професор
Др Урош Н. Станковић, асистент са докторатом
Кодификација трговачког права у Кнежевини Србији (1849–1860) 1577

Др Зоран Ј. Лончар, ванредни професор
Трошкови управног поступка 1595

Др Јелена Ђ. Видић Трнинић, ванредни професор
Милица С. Ковачевић, асистент
Налог у наследноправном законодавству Србије и осталих земаља Европе . . 1619

Др Сања М. Радовановић, ванредни професор
Николина Б. Мишчевић, асистент
О електронској форми уговора у домаћем праву 1641

Др Петар М. Ђундић, ванредни професор
Приговор незаконитости улагања у инвестиционој арбитражи: ефикасан штит за државе пријема улагања? 1663

Др Радосав С. Рисимовић, ванредни професор
Генеричке забране нових психоактивних супстанци 1683

Др Наташа Љ. Деретић, доцент
Римско Ius Liberorum у контексту данашње популационе политике државе Србије 1697

Др Александар Л. Мартиновић, доцент
„Прикривена куповина“ као облик инспекцијског надзора 1719

Др Милица Д. Ковачевић, доцент
Одузимање малолетног лица и кривичноправна реакција 1731

Др Лука О. Батуран, асистент са докторатом
Др Горан Б. Милошевић, редовни професор
Др Цвјетана М. Цвјетковић Иветић, доцент
Економска анализа фискалних и нефискалних трошкова регистрације оружја и проблем нерегистрованог оружја 1747

Др Бојан В. Божовић, судија
Зачеци српског социјалног права у Законоправилу Светога Саве 1765

Слобода Д. Мидоровић, асистент
Др Душан Ж. Николић, редовни професор
Право својине и просторно планирање: утицај просторних планова на вредност непокретности 1775

ОДЕЉАК ЗА СТУДЕНТЕ

Марио И. Војнић Хајдук, студент докторских студија
Правна природа уговора о акцептном кредиту у праву Републике Србије са освртом на упоредно право 1795

Милена С. Милошевић, студент докторских студија
Материјални услови за заснивање усвојења 1817

TABLE OF CONTENTS

Zoran V. Arsić, Ph.D., Full Professor
Capital Increase out of Company's Net Asset 1439

Dragan L. Milkov, Ph.D., Full Professor
Ratko S. Radošević, Assistant
Objection in the Administrative Procedure 1457

Dr. Ranko I. Keča, ordentlicher Professor
Dr. Marko S. Knežević, Dozent
Zur Rechtsmittelsystem und Verwirklichung der einheitlichen Rechtsanwendung im serbischen Zwangsvollstreckungsverfahren 1471

Ljubomir S. Stajić, Ph.D., Full Professor
Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Full Professor
Branislav R. Ristivojević, Ph.D., Full Professor
Milana M. Pisarić, Assistant with Ph.D.
Ivan D. Milić, Assistant with Ph.D.
Misdemeanor Legal Environment Protection with Special Reference to Practice of Misdemeanor Court in Novi Sad 1503

Radenka M. Cvetić, Ph.D., Full Professor
About Justification of the Statutory Pre-emption Right of a Co-owner of Immovable Property 1521

Snežana S. Brkić, Ph.D., Full Professor
Marginal Notes to the Function of Prosecution 1533

Slobodan P. Orlović, Ph.D., Full Professor
Nataša N. Rajić, Assistant with Ph.D.
Dissolution of Parliament – Exercising or Abusing of Constitutional Authorizations . 1545

Marko S. Pavlović, Ph.D., Full Professor
Oath in the History of Serbian Constitutionalism 1559

Gordana M. Drakić, Ph.D., Associate Professor
Uroš N. Stanković, Assistant with Ph.D.
Codification of Commercial Law in the Principality of Serbia (1849–1860) 1577

Zoran J. Lončar, Ph.D., Associate Professor
Expenses of Administrative Proceedings 1595

Jelena Đ. Vidić Trninić, Ph.D., Associate Professor
Milica S. Kovačević, Assistant
Precatory Provision in Succession Law in Serbia and other European Countries . . . 1619

Sanja M. Radovanović, Ph.D., Associate Professor
Nikolina B. Miščević, Assistant
On the Electronic Form of Contracts in Domestic Law 1641

Petar M. Đundić, Ph.D., Associate Professor
Objection of the Investment's Illegality in Investment Arbitration: Is it an Effective Shield for Host States? 1663

Radosav S. Risimović, Ph.D., Associate Professor
Generic Bans of New Psychoactive Substances 1683

Nataša Lj. Deretić, Ph.D., Assistant Professor
Roman Ius Liberorum in the Context of current Population Policy of the Republic of Serbia 1697

Aleksandar L. Martinović, Ph.D., Assistant Professor
"Concealed Purchase" as a Form of Inspection Control 1719

Milica D. Kovačević, Assistant Professor
Abduction of a Minor and Criminal Law Reaction 1731

Luka O. Baturan, Assistant with Ph.D.
Goran B. Milošević, Ph.D., Full Professor
Cvjetana M. Cvjetković Ivetić, Ph.D., Assistant Professor
Economic Analysis of Fiscal and Non-Fiscal Costs of Arms Registration and the Issue of Non-Registered Arms 1747

Bojan V. Božović, Ph.D., Judge
The Very Beginning of the Serbian Social Security Law in the Saint Sava's Nomocanon 1765

Sloboda D. Midorović, Assistant
Dušan Ž. Nikolić, Ph.D., Full Professor
Ownership Right and Spatial Planning: Influence of Spatial Plans on Immovable Property Value 1775

SECTION FOR STUDENTS

Mario I. Vojnić Hajduk, Ph.D. Student
Legal Nature of the Acceptance Loan Contract in the Law of the Republic of Serbia with a Review to Comparative Law 1795

Milena S Milošević, Ph.D. Student
Material Conditions for Establishing Adoption 1817

Оригинални научни рад 347.725:347.72.033
doi:10.5937/zrpfns52-19023

Др Зоран В. Арсић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
Z.Arsic@pf.uns.ac.rs

ПОВЕЋАЊЕ ОСНОВНОГ КАПИТАЛА АКЦИОНАРСКОГ ДРУШТВА ИЗ НЕТО ИМОВИНЕ[1]

Сажетак: *Природа повецања основног капитала акционарског друштва из нето имовине друштва условила је одређене контраверзе. У циљу усклађивања са познатим принципима компанијског права првобитно је био заузет ставпрема којем се радило о трансакцији која обухвата два поступка. Прво би се донела одлука о подели дивиденди којом би настало потраживање акционара према друштву. У другој фази би дошло до пребијања са обавезом улога. Овакав приступ, међутим, има одређене недостатке – после одлуке скупштине друштво не може утицати на тако настала потраживања и не може утицати на све акционаре да учествују у повећању основног капитала. Као последица тога јавило се данас прихваћено схватање о јединственом карактеру повећања основног капитала из нето имовине друштва.*

Кључне речи: *Акционарско друштво, повећање основног капитала.*

Приликом повећавања основног капитала из нето имовине друштва долази до промене слободне имовине друштва (нераспоређена добит и резерве) у основни капитал (везану имовину).[2]

Овај поступак повећања основног капитала регулисан је у Закону о привредниом друштвима из 2011 године (*Службени гласник РС 36*/2011, 99/2011, 83/2014, 15/2015, 44/2018) у чл. 305–310.[3]

[1] Рад је део научно-истраживачког пројекта по називом „Правна традиција и нови правни изазови" чији је носилац Правни факултет, Универзитет у Новом Саду

[2] Hans Würdinger, *Aktien – und Konzernrecht*, Karlsruhe 1973, 171; Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, München 1999, 929; Rüdiger Veil у *Aktiengesetz* (Hrsg. Karsten Schmidt, Marcus Lutter), Köln 2008, 2091; Reinhard Marsch – Barner у *Heidelberger Kommentar zum Aktengesetz* (Hrsg. Tobias Bürgers, Torsten Körber), Heidelberg 2008, 1246

[3] Раније важећи Закон о привредним друштвима из 2004 год. регулисао је овај институт под називом „Повећање основног капитала из средстава друштва".

Специфичности овог начина повећања основног капитала узроковале су дилеме у погледу природе овог института. У судској пракси (немачкој) јавило се гледиште према којем је постојање „гратис акција", у смислу чланства без обавезе чинидбе, неспојиво са учењем о акцијском праву.[4] То је условило приступ заснован на тзв. двоструком поступку – подела добити акционарима и потом наплата од акционара (као улог по новим акцијама) компензацијом (пребијањем).[5] Овакав приступ је био последица напора да се овај вид повећања основног капитала усклади са прихваћеним принципима права привредних друштава. Слабости ове концепције су вишеструке. Пре свега, одлука скупштине о подели дивиденди ствара облигациони захтевв акционара према друштву на који друштво нема никакав даљи утицај. Осим тога, одлука скупштине о повећању основног капитала из нето имовине друштва односи се на све акционаре, што је у супротности са одсуством обавезе акционара да учествују у повећању основног капитала. Оваквим приступом се не може објаснити ни положај друштва по сопственим акцијама – друштво нема право на дивиденду (чл.286), али има право на гратис акције (чл.308 ст.3). Наупрот томе, јавила се концепција јединственог поступка, која је и усвојена као законско решење у националним правима.

Повећање основног капитала из нето имовине друштва је, по свој природи, право повећање основног капитала.[6] Не ради се о простој корекцији основног капитала, ни о реструктурирању сопственог капитала.[7] Повећање основног капитала из нето имовине заснива се на промени у билансној пасиви – постојећи сопствени капитала у форми резерви се претвара у основни капитал. Последично, за разлику од других облика повећања основног капитала (редовног повећања, условног и одобреног повећања), повећање из нето имовине друштва не представља поступак у коме друштво стиче нову имовину.[8]

Циљеви повећања основног капитала из нето имовине могу бити различити. После повећања основног капитала сада везана имовина више не може да се користи за исплате акционарима. Ипак, треба имати у виду да акционари, у том поступку стечене гратис акције, могу да продају. Овим поступком се повећава број акција, што, при непромењеној имовини друштва, доводи до смањења берзанског курса акција.[9] На тај начин се побољшава прометљивост акција, односно олакшава њихова продаја. У том смислу се у литератури указује да је повећање основног капитала из нето имовине

---

[4] Према Godin – Wilhelmi, *Aktiengesetz*, Berlin 1967, 1127

[5] Godin – Wilhelmi, 1127; U. Hüffer, 930

[6] U. Hüffer, 930; R. Veil, 2002; R. Marsch – Barner, 1246

[7] Овакви ставови су присутни у немачкој судској пракси. Према U. Hüffer, 930; R. Veil, 2092

[8] R. Veil, 2092

[9] R. Marsch – Barner, 1246

друштва усмерено на неговање акционара. Коначно треба имати у виду одређену корелацију између овог облика повећања основног капитала и политике исплате дивиденди. [10]

У литартури се указује да повећања основног капитала из нето имовине друштва није могуће у ликвидацији.[11] Повећање из нето имовине друштва у том стадијуму имплицира само постојање трошкова и неспојиво је са циљем ликвидације.[12] Сматрамо да исто важи и у случају стечаја када се ради о банкротству. За разлику од тога, сматрамо да је могућ поступак повећања основног капитала у случају реорганизације (чл. 19 Закона о стечају, *Службени гласник РС* 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС и 83/2014).

У вези са могућношћу повећања основног капитала из нето имовине друштва треба имати у виду још једно питање. Наиме из одредбе чл. 308 ст.2 према којој се нове акције расподељују сразмерно уплаћености постојећих акција, произлази да се повећање из нето имовине друштва може спровести и у случају да постоје делимично уплаћених акција. С друге стране, у чл. 294 је предвиђено да се одлука о издавању нових акција ради повећања основног капитала може донети ако су постојеће акције потпуно уплаћене, при чему су утврђени изузеци у том погледу.[13] Независно од тога што се по формулацији и систематици ради о норми која важи за све врсте повећања, она има смисла само услучају повећања новим улозима. Због тога је могуће повећање из нето имовине друштва и у случају постојања делмично уплаћених акција из претходних емисија.

1. ПРЕТПОСТАВКЕ

Као што смо указали повећање основмог капитала из нето имовине друштва врши се претварањем нераспоређене добити и резерви у основни капитал.

Нераспоређена добит и резерве могу се претворити у основни капитал само ако друштво није исказало губитак у финансијским извештајима на основу којих се доноси одлука о повећању основног капитала (чл. 305 ст.2). Оваква норма постоји у упоредном праву[14] и у литаратури оцењује као разјашњавајућа.[15] Ово зато што се сматра по себи разумљивим да друштво не

[10] U. Hüffer, 930

[11] U. Hüffer, 934; R. Veil, 2094

[12] U. Hüffer, 934

[13] Одговарајућа норма Закона о привредним друштвима из 2004 год. је била боља, будући да је услов потпуне уплаћености био предвиђен само у погледу нове емисије акција по основу нових улога (чл. 237 ст.4).

[14] Такав је случај са немачким правом.

[15] R. Veil, 2098; U. Hüffer, 937

може да повећа основни капитал из нето имовине друштва када генерише губитак.[16] Ипак, указује се да је разјашњење потребно, будући да не постоји принуда да се резерве искористе за покривање губитка.[17]

Друштво, ипак, може, под условом да претходно изврши покриће губитка, повећати основни капитал из нераспоређене добити и резерви које остану по покрићу тог губитка (чл 305 ст.3). У обзир долазе резерве које су подобне за претварње у основни капитал. Ово зато што што се у основни капитал могу претворити само резерве које се могу користити за те намене. Покривање губитка из других резерви је искључено.[18]

У основни капитал се могу претворити само резерве које се могу користити за те намене (чл. 305 ст.4). У литератури се указује да за претварање у основни капитал подобне капиталне резерве и резерве из добити. Капиталана резерва обухвата емисиону премију (чл.260 ст.6), која се, у домаћем праву не води као капиталана резерва, већ се под тим називом (емисиона премија) исказује на посебном рачуну (рачун 306) у оквиру капитала.[19] Као резерве се исказују резерве из добити –законске резерве на рачуну 321, статутарне и друге резерве на рачуну 322.[20] За разлику од неких решења у упоредном праву, Законом о привредним друштвима из 2011 године не предвиђа се издвајање за обавезну резерву, већ се врши упућивање на посебне законе (чл.270).[21] Основно питање везано за подобност резерви за претварање у основни капитал односи се на резерве са утврђеном наменом. У том погледу, пре свега, треба издвојити резерве чија је намена утврђена законом. Такав је случај са резервама које служе за покривање резлике која може да настане приликом замене заменљивих обвезница за акције (чл.303 ст.4). Такве резерве нису подобне за претварање у основни капитал. У упоредном праву овој групи припадају у резерве за стицање сопствених удела (акција).[22] У домаћем праву се ове резерве предвиђају статутом (чл.282 ст.2 тч.2). Када је реч о статутарним и другим резервама њихова намена се утврђује статутом или другим актом. Намена може бити промењена, при чему у случају измене статута надлежност и већина за одлуку о измени је утврђена у чл.247. С обзиром на обавезу регистрације измене статута (чл. 12 ст.6) и дејство

[16] R. Veil, 2098

[17] U. Hüffer, 937

[18] R. Veil, 2099; U. Hüffer, 936

[19] Чл.23 Правилника о контном оквиру и садржини рачуна у контном оквиру за привредна друштва, задруге и предузетнике из 2014 год.

[20] Чл. 25 Правилника о контном оквиру и садржини рачуна у контном оквиру за привредна друштва, задруге и предузетнике из 2014 год.

[21] За разлику од тога Законом о предузећима из 1996 год. било је, у погледу друтава капитала, предвиђено постојање обаезне резеве у минималном износу од 10% основног капитала (чл.51).

[22] Такав је случај са немачким правом према U. Hüffer, 936

регистрације (чл.22 Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, *Службени гласник РС* 99/2011, 83/2014), није могуће на истој седници скупштине изменом статута променити намену статутарних резерви, тако да се омогући њихово коришћење за повећање основног капитала из нето имовине и донети одлуку о повећању основног капитала из нето имовине којом би се користила та средства.

Резерве са одређеном наменом се могу користити за повећање основног капитла из нето имовине ако то није противно њиховој намени.[23] Као критеријум се узима утицај на имовни друштва. Ако се коришћењем средстава резерви са одређеном наменом умањује имовина друштва, те резерве нису подобне за претварање у основни капитал (резерве за остваривање друштвено одговорног понашања, резерве за плаћање дивиденди).[24]

2. ФИНАСИЈСКИ ИЗВЕШТАЈИ

Одлука о повећању основног капитала се заснива на финансијским извештајима (чл.306). Ово зато што се претварање нераспоређене добити и резерви у основни капитала може вршти ако су нераспоређена добит и резерве утврђени у финасијским извештајима за последњу годину.[25] Ако финансијски извештаји за претходну пословну годину још нису усвојени, у неком националним правима, предвиђа се постојање посебног биланса.[26] У случају јавног акционарског друштва и друштва које подлеже обавези ревизије у складу са законом који уређује рачуноводство и ревизију, финансијски извештаји на основу којих се доноси одлука о повећању основног капитала из нето имовине друштва морају имати позитивно мишљење ревизора у смислу закона који уређује рачуноводство и ревизију (306 ст.1).

Одлука о повећању основног капитала друштва из нето имовине друштва може се заснивати на финансијским извештајима за претходну пословну годину под условом да друштво региструје такву одлуку у складу са законом о регистрацији у року од шест месеци од дана усвајања тих финансијских извештаја од стране скупштине (чл.306 ст.2). Када је рок у питању у иностраној судској пракси постоји став према којем се и кратко прекорачење рока узима у обзир, односно и тада надлежни орган треба да одбије регистрацију.[27] Постојање овог рока може да доведе до проблема – одлука

[23] Jürgen Frodermann, Sebastian Becker у *Handbuch des Aktienrechts* (Hrsg. Jürgen Frodermann, Dirk Jannott), Heidelberg 2017, 249; R. Veil, 2097

[24] U. Hüffer, 938

[25] U. Hüffer, 936

[26] *Ibid*.

[27] U. Hüffer, 946

о повећњу се заснива на финансијким извештајима, при чему после утврђивања финансијских извештаја и пријаве одлуке ради регистрације могу наступити промене које представљају сметњу за спровођење повећање основног капитала из нето имовине друштва. О томе ће бити речи приликом излагање која се односе не упис повећања у Централни регистар (чл. 311). Спорна је и формулација норме, с обзиром да се прадвиђа да друштво региструје одлуку у утврђеном року. Будући да друштво не врши регистрацију, сматрамо да је боље решење, које је познато у упоредном праву, према којем друштво треба да изврши пријаву ради регитрације у одређеном року. У погледу решења домаћег права могуће су два приступа. Према једном приступу друштво би требало да поднесе пријаву у року од шест месеци, при чему би био меродаван тренутак пријема пријаве од стране регистратора. Према другом приступу, друштво би своју обавезу извршило, ако би пријаву поднело тако да регистрација може бити извршена у року од шест месеци, имајући у виду рок од пет дана од пријема пријаве који има регистратор ради одлучивања (чл.15 Закона о поступку регистрације у Агенцији за приредне регистре из 2011 год.).

С обзиом да се одлука о повећању заснива на финансијским извештајима они морају бити познати акционарима приликом одлучивања у скупштини. С тим у вези друштво мора да стави на располагање финасијске извештаје као материјал за скупштину у складу са чл. 335 ст.10 – личним преузимањем или преко пуномоћника у седишту друштва у редовно радно време, или на интернет страници друштва тако да их акционари могу пртеузети у целости. Повреда ове обавезе је основ за побијање скупштинске одлуке о повећавању основног капитала (чл. 376). Треба ипак имати у виду да постоји обавеза достављања финансијских извештаја Агенцији за привредне регистре ради објављивања (чл.33 Закона о рачуноводству).

Одлука о повећању основног капитала из нето имовине друштва[28] може бити правно манљива из више разлога у вези са финансијским извештајима – нема позитивног мишљења ревизора, нема финсниских извештаја за претходну годину, или је одлука о њиховом усвајању поништена. У другачијем систему регулисања манљивих одлука, одлука се сматра ништавом.[29] У домаћем праву таква одлука је побојна.

У случају повреде чл. 396 ст.2 која се огледа у прекорачењу рока од шест месеци не погађа садржај одлуке, већ представља формални услов за реги-

[28] Зоран Арсић, Одлука о сазивању скупштине акционарског друштва према Закону о привредним друштвима из 2011 године, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2012, 61-72; Зоран Арсић, Сазивање скупштине акционарског друштва према Закону о привредним друштвима из 2011 године, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2013, 93-106

[29] Такав је случај са немачким правом. R. Marsch – Barner, 1258; U. Hüffer, 943

страцију одлуке. Последично, у таквом случају недлежни орган треба да одбије регистрацију одлуке.[30] У случају да до регистрацији ипак додје треба имати у виду да је према Закону о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре предвиђено брисање регистрованог податка или документа по службеној дужности (чл.30). Регистратор, када утврди да је податак или документ регистрован, а да у моменту регистрације нису били испуњени услови за његову регистрацију, укинуће своју одлуку и брисати податак или документ, најкасније у року од 6 месеци од наредног дана од дана објављивања регистрованог податка или документа.

3. СКУПШТИНСКА ОДЛУКА

Одлуку о повећању основног капитала из нето имовине друштва доноси скупштина. У погледу повећања основног капитала из нето имовине друштва није могуће применити институт одобрених акција и овластити одбор директора, односно надзорни одбор, ако је управљење друштвом дводомно, за доношење одлуке. Ово зато што се одобрене акције могу издавати код повећања капитала друштва новим улозима или за остваривање права ималаца заменљивих обвезница и вараната (чл.313 ст.2).

Потребно је указати и на однос између повећања основног капитала из нето имовине друштва и других облика измене основног капитала. Пре свега, према владајућем мишљењу није могуче истом одлуком предвидети повећање основног капитала из нето имовине и другим обликом повећања. Није, дакле, допуштено да основни капитала једним делим повећа из нето имовине, а другим делом новим улозима.[31] Допуштено је, међутим, истовремено доношење две одвојене одлуке. С обзиром да постоји међусобни утицај облика повећања основног капитала потребно је утврдити њихов редослед. С тим у вези, управа је везана изричитом одлуком скупштине.[32] У случају одсуства такве одлуке, меродаван је редослед доношења одлука о повећавању основног капитала.[33] По правилу се прво спроводи повећање из нето имовине друштва.[34] Недопуштено је условљавање према којем право на акције из повећања из нето имовине имају само они акционари који су учествовали у повећању новм улозима.[35]

[30] U. Hüffer, 943

[31] U. Hüffer, 930–931; R. Marsch – Barner, 1250 при чему се указује на постојање супротног става.

[32] U. Hüffer, 931; R. Marsch – Barner, 1250 уз навођење става према којем се прво спроводи повећање из нето имовине друштва.

[33] U. Hüffer, 931; R. Marsch – Barner, 1250

[34] U. Hüffer, 931

[35] U. Hüffer, 931; R. Marsch – Barner, 1250

Могуће је комбиновати повећање из нето имовине са смањењем основног капитала. Тако је могуће спровести смањење поништајем акција, када оне не учествују у повећању из нето имовине друштва. Уколико се прво повећава основни капитала из нето имовине, тада се исплата акционарима врши смањивањем основног капитала повећаног из резерви друштва.[36] У литератури се указује да је комбиновање повећања основног капитала из нето имовине друштва и смањења основног капитала могуће у случају редовног смањења, али не и поједностављеног смањења.[37] У домаћем праву то је ситуација из чл. 321.

У чл. 307 је утврђена садржина скупштинске одлуке. Наведени су елементи које одлука „нарочито" садржи: 1) укупан износ повећања основног капитала; 2) износ и врсту резерви односно износ нераспоређене добити која се претвара у основни капитал; 3) назнаку да ли се издају нове акције или се постојећим акцијама повећава номинална вредност, односно рачуноводствена вредност код акција без номиналне вредности; 4) битне елементе акција које се издају из члана 248, ако се повећање основног капитала врши издавањем нових акција.

У питању је минимални садржај одлуке, која, осим наведених обавезних елемената, може да садржи и друге елементе. Факултетивни елемент одлуке о повећању представља одређење у погледу права на дивиденду[38] у складу са чл.310. Овој групи елемената припада и утврђивнање односа између износа повећања основног капитала и износа висине основног капитала пре повећања. Ако такав навод постоји у одлуци, то не штети пуноважности одлуке. У случају да је утврђени однос нетачан, то нема значаја.[39] Допуштено је у одлуци навести да се пријава ради регистрације одлуке о повећању основног капитала изврши тек пошто је неки догађај регистрован.[40] Сматрамо да факултативни елемент одлуке представљају наводи у погледу круга лица овлашћених на учешће у повећању, као и критеријум у погледу висине учешћа. Одлука је пуноважна и без тих навода, али ако у одлуку буду унети наводи који нису у складу са чл.308, таква одлука је ништава.

3.1. Укупан износ повећања основног капитала

Одлука о повећању основног капитала из нето имовине душтва, пре свега, садржи „укупни износ повећања основног капитала". Овакав формулација је недовољно јасна. У литератури се указује да одлука мора да садр-

---

[36] R. Marsch – Barner, 1250

[37] Оваква класификација смањења основног капитала у домаћем праву била је предвиђена у Закону о привредним друштвима из 2004 године.

[38] Исто за немачко право U. Hüffer, 933

[39] R. Marsch – Barner, 1249 уз навођење супротног става.

[40] *Ibid.*

жи конкретан износ за који се повећава основни капитал – износ повећаног основног капитала ноије довољан.[41] У вези са законском формулацијом имало би снисла када би она гласила „износ повећања основног капитала". У случају да се такав приступ не прихвата формулација би требала да гласи „укупни износ повећаног основног капитала". Формулација има смисла у случају да се повећање врши са позиција различитих резерви које се могу претворити у основни капитал.

3.2. Износ и врсту резерви односно износ нераспоређене добити која се претвара у основни капитал

Одлуком о повећању основног капитала мора бити утврђена врста резерви која се претвара у основни капитал, као и износ повећања. Могуће ја да основни капитала буде повећан са позиција различитих резерви, као што је могуће повећање само из једне врсте резрви и нераспорђене добити, када формулација тч.1 ст.1 чл. 307 има смисла, о чему је било речи. Могуће је, наравно, да повећање буде спроведено претварањем само нераспоређене добити, или само једне врсте резерви. У сваком случају потребно је утврдити износ повећања по свакој појединачној позицији резерви. Није допуштено да се избор резерви које се претварају у основни капитал препусти одбору директора.[42]

3.3. Назнака да ли се издају нове акције или се постојећим акцијама повећава номинална вредност, односно рачуноводствена вредност код акција без номиналне вредности

Овим елементом одлуке о повећању утврђује се начин повећања основног капитала из нето имовине друштва. У погледу акција са номиналном вредношћу друштво има право избора у погледу начина повећања основног капитала – издавањем нових акција или повећањем номиналне вредности постојећих акција.

У вези са издавањем нових акција треба имати у виду да друштво може да има акције различитих класа. При томе, номиналне вредности акција исте класе морају бити једнаке.

3.4. Битни елементи акција које се издају, ако се повећање основног капитала врши издавањем нових акција.

Ради се о одредби из чл. 248 којом се врши упућивање на регуилативу тржишта капитала. Битни елеменит акција су утврђени у чл. 8 ст.1 и ст.2

[41] R. Veil, 2095; U. Hüffer, 933
[42] R. Marsch – Barner, 1248

Закона о тржишту капитала (*Службени Гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – и др. закони и 5/2015)

Недостаци у погледу садржаја одлуке о повећању основног капитала могу, у домаћем праву, довести до тога да одлука може бити побојна и ништава. У одсуству неког елемента из чл. 307 одлука о повећању основног капитала је побојна док је у случају из 308 ст.4 одлука ништава. Поништај одлуке о повећању основмог капитала из нето имовине друштва има за последицу и ништавост повећања. Овде указујемо да се у домаћем праву поступак поништаја не може спровести у погледу свих одлука о повећању основног капитала – одлука емисији акција јавном понудом се не може поништавати у случају да је емисија успрела (чл.381 ст.1 тч.6).

Одлука о повећању основног капитала из нето имовине друштва региструје се у року од шест месеци од дана доношења. У супротном одлука је ништава (чл. 294 ст,2 и ст.3).

4. ОВЛАШЋЕНИЦИ У ПОГЛЕДУ НОВИХ АКЦИЈА

Право на нове акције које се издају у поступку повећања основног капитала из нето имовине друштва имају акционари на дан доношења одлуке о пвећању (чл.308 ст.1). С тим у вези треба имати у виду да је, у теријском моделу, могуће да ниједано од лица које је учесвовало у доношењу одлуке о повећању није овалшћено на нове акције. Право да учествују у раду скупштине имају лица која су имала статус акционара на дан акционара. Замислива је ситуација у којој су сва та лица отуђила своје акције у међувремену до одржавања скупштине. Тада стицаоци тих акција немају право да учествују у раду скупштине, али имају право на нове акције, ако су имала статус акционара на дан доношеења одлуке о повећању.

У сваком случају нови члански односи (акције) настају без знања и воље на њих овлашћених акционара.[43] Нове акције по аутоматизму припадају постојећим акционарима.[44]

У погледу критеријума за расподелу нових акција предвиђено је да нове акције припадају акционарима у сразмери са њиховима уплаћеним, односно унетим улогом у односу на уплаћени, односно унети основни капитла друштва (чл. 308 ст.2). У супротном одлука о повећању је ништава (чл. 308 ст.4). С тим у вези сматра се да је одлука ништава и у случају да се за њу гласају сви акционари.[45] Ово важи и у слаучају када се ради о малом одсту-

[43] U. Hüffer, 949
[44] R. Veil, 2109
[45] U. Hüffer, 949; Godin – Wilhelmi, 1153

пању којим са не мења структура друштва.[46] Овакав став се оцењује као владајуће схватање и заснива се на формулацији норме.[47] Насупрот томе, има схватања која се заснивају на основи права друштава према којем је захват у чланство допуштен када се њимне погођени члан са тиме сагласи. У том смислу се указује на могућност телеолошке редукције према којој би одлука којом се одступа од законског критеријума за расподелу нових акција била пуноважна у случају да се њоме погођени акционари са тиме сагласе.[48]

Нове акције припадају и друштву по основу сопствених акција које друштво има. У обзир долазе и акције које држи контролисано друштво, као и акције које држи трећи за рачун друштва (чл.283).[49] Циљ регулативе је одржавање постојећег односа удела.[50] Треба имати у виду да друштво начелно нема право уписа сопствених акција и не може, по том основу, да учествује у другим облицима повећања основног капитала.[51] Ово са заснива на потреби да се обезбеди реалан унос капитала. У случају повећања из нето имовине друштва то је могуће, будући да друштво не уноси никакав улог, већ долази до претварања нераспоређене добити и резерви у основни капитал.

У неким националним правима настаје проблем с обзиором на регулативу по којој сопствене акције не дају друштву никава права.[52] С тим у вези се указује да друшво стицањем нових акције не врши неко право, већ се ради о *ipso iure* наступању правне последице регистрације. У домаћем праву одговарајућа норма (чл. 286) није толико изричита. Спомињу се право гласа и право на дивиденду, али сматрамо да је изложено образложење прихватљиво и за домаће право.

Законом није утврђена сразмера у којој сопствене акције учествују у повећању основног капитала из нето имовине друшта, што је ситуација која није непозната у упоредном праву.

5. ПРАВА ИМАЛАЦА ЗАМЕНЉИВИХ ОБВЕЗНИЦА

У чл. 309 је предвиђено да се код повећања основног капитала из имовине друштва сразмерно повећавају права ималаца заменљивих обвезница

[46] U. Hüffer, 949 уз навођење истих ставова у литератури, али и дргачијег става у немачкој судској пракси. Та судска одлука се у литератури оцењује као погрешна. Тако Godin – Wilhelmi, 1153

[47] R. Veil, 2109

[48] *Ibid.*

[49] Тако и U. Hüffer, 955; R. Veil, 2116

[50] U. Hüffer, 949; R. Veil, 2116 . У напомени бр.2 наводе се ставови према којима се ради о перпетуирању постојеће струцтуре, као и конкретизација начела једнаког третмана.

[51] R. Veil, 2116

[52] Такав је случај са немачким правом.

друштва у погледу броја акција на које имају право или њихове номиналне, односно рачуноводствене вредности код акција без номиналне вредности.

У случају повећања основног капитала из нето имовине друштва у истој срзамери се повећава и условни капитал,[53] с обзиорм да се њиме обезбеђују права ималаца заменљивих обвезница. Према томе, да би се сразмерно повећала права ималаца заменљивих обвезница потребно ја да та права предходно буду утврђена.[54] У том погледу меродаван је само условни капитал који постоји у тренутку пуноважности повећања из нето имовине друштва, регистрацијом одлуке.[55] При томе треба имати у виду да повећавање права ималаца заменљивих обвезница наступа на основу закона – није потребно уношење одговарајућег утврђења у одлуку о повећању.[56] С обзиром да се одлука о условном повећању региструје (чл.304) та регистрација, у тренутку регистрације повећања из нето имовине друштва, постаје нетачна у погледу висине условног капитала, због чега је потребно извршити одговарајућу исправку. Дилема постоји у погледу тога да ли се упис промене врши по службеној дужности или на основу пријаве.[57] Када је домаће прта-во у питању сматрамо да се регистрација врши на основу пријаве овлашћеног лиаца. Ово зато што Агрнција за привредне регистре покреће поступак регистрације по службеној дужности само ако је то изрићито превиђено законом (чл.7 Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре). Осим тога, у овом случају не постоје претпоставке за брисање регистрованог податка по службеној дужности (чл. 30 Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре).

Уколико је издата обвезница која гласи на 100 и она може да се замени за акцију која се емитује по номиналној вредности од 100, постојећи однос замене је 1:1. У случају повећања основог капитала из нето имовине, којим се дуплира висина основног капитала (1:1), однос замене се сразмерно повећава и износи 1:2. У том погледу примењује се чл. 303 и разлика (100) мора да се доплати из резерви расположивих за те намене или од стране акционара.

У погледу резерви за те намене у литаратури потоји дилема која се односи на тренутка када резерве треба да постоје. У старијој литаратури потојао је општи став према којем су резерве требале да постоје у финансијским

[53] Ради се о условном повећању основног капитала у обиму потребном за остваривање права ималаца заменљивх обвезница (чл.301 ст.1 тч.1).

[54] R. Veil, 2127

[55] U. Hüffer, 966; R. Veil, 2127

[56] R. Veil, 2127; U. Hüffer, 966; Markus Stadler у *Heidelberger Kommentar zum Aktengesetz* (Hrsg. Tobias Bürgers, Torsten Körber), Heidelberg 2008, 1288; Godin – Wilhelmi, 1173

[57] У немачком праву је владајуће мишљење да се регистрација спроводи на основу пријаве. Тако U. Hüffer, 966; R. Veil, 2127; M. Stadler, 1289 уз навођење постојања супротног става.

извештајима који су основ за доношење одлуке о повећању основног капитала.[58] Насупрот томе, у новијој литартури, постоји мишљење према којем резерве треба да постоје у тренутку доношења одлуке, при чему ће бити исказане у наредним финансијским извештајима.[59]

6. ПРАВО НА ДИВИДЕНДУ

У чл. 310 ст. 1 предвиђено је да акције стечене повећањем основног капитала из нето имовине друштва, односно износ повећања номинлне вредности или рачуноводтвене вредности код акција без номиналне вредности, дају право на дивиденду за целу пословну годину у којој је донета одлука о повећању основног капитала, ако том одлуком није другачије одређено. Ово је основно правило у погледу права на дивиденду приликом повећања основног капитала из нето имовине друштва и за његову примену меродавана је дан доношења одлуке о повећању, а не њене регистрације.[60] С обзиором на диспозитивни карактер норме допуштено је да одлуком буде предвиђено одступање од основног правила. Тако је могуће да одлуком о повећању буде предвиђено да право на учешће у добити настаје у неком каснијем тренутку, као на пр. у трнутку регистрације одлуке о повећању, или почетком следеће године.[61] У погледу оваквих решења која су могућа, указује се, ипак, да она само изузетно имају смисла.[62] У сваком случају таквом одлуком мора бити поштован принцип једнаког третмана акционара (чл. 269).[63]

Регулатива за једно одступање од основног правила у погледу права на дивидену предвиђена је у ст. 2 чл. 310 – одлуком о повећању основног капитала из нето имовине друштва може се одредити да акције стечене повећањем основног капитала из нето имовине друштва, односно изниос повећања номиналне вредности или рачуноводствене вредности код акција без номиналне вредности учествују у расподели дивиденди и за претходну пословну годину. Претпоставка за то је доношење одлуке о повећању основног капитала из нето имовине друштва пре одлуке о расподели добити за претходну годину.

Временски приоритет доношења одлуке о повећању оснвног капитала служи да се на тај начин избегне различито учешће у добити и, због тога, различит курс старих и нових акција.[64]

[58] Према Godin – Wilhelmi, 1174

[59] U. Hüffer, 967

[60] U. Hüffer, 964

[61] U. Hüffer, 964; R. Veil, 2127

[62] U. Hüffer, 964; Tako i Godin – Wilhelmi, 1174 где се напомиње да је тешко утврдити привредни смнисао оваквих одлука.

[63] U. Hüffer, 964

[64] M. Stadler, 1287

Регулатива чл. 310 ст.2 је преузета из немачког права у којем је дистрибуција надлежности таква да финансијске исказе, који су основа за одлуку о повећању, утврђују извршни и надзорни одбор, а одлуку о расподели добити доноси скупштина, као и одлуку о повећању основног капитала. У таквој констелацији примена норме није у питању – после одлуке извршног и надзорног одбора о утврђивању финансијских извештаја, могуће је, на основу тога, припремити предлог одлуке о повећању основног капитала из нето имовине, као и прелог одлуке о расподели добити која би била донета на истој или каснијој седници скупштине. У таквој констелацији нема потешкоћа у погледу очувања временског приоритета доношења одлуке о повећању основног капитала као претпоставке примене решења из ст.2 чл. 310. Када је домаће право у питању ситуација је сложенија. Одлука о усвајању финсијских извештаја и одлука о расподели добити доноси се на радовној седници скупштине (чл.367 и чл.271),[65] због чега, у циљу очувања временског приоритета, и одлука о повећавању основног капитала мора бити донета на редовној седници скупштине, али пре одлуке о расподели добити. С тим у вези указујемо да се предлог одлуке о повећању основног капитала из нето имовине друштва утврђује на основу финансијских извештаја који још нису усвојени, а треба да буду основа за такву одлуку (чл.306).

Временски приоритет у погледу доношења одлуке о повећању основног капитала мора бити одржан у сваком случају. Одлука о раподели добити, која обухвата и нове акције, постојаће и када је њоме превиђено преношење добити у наредну годину.[66] Ако се обе одлуке (одлука о повећању и одлука о расподели добити) доносе на истој седници скупштине меродаван је редослед одговарајућих тачака дневног реда.[67] У супротном, према ставовима у немачкој литаратури, одлука о повећању којом се предвиђа учешће у добити за предходну годину је ништава. Да ли се ради о потпуној или делимичној ништавости утврђује се применом општих правила имовинског права о ништавости.[68] Када је домаће право у питању, с обзиром на усвојена решења у погледу манљивих скупштинских одлука, одлука о повећању основног капитала којом се предвиђа учешће у добити за предходну годину је побојна. Тиме се значајно слаби захтев за временским приоритетом доношења одлуке о повећању основног капитала. Ово зато што је побијање скупштинске одлуке могуће у одређеном року (чл.376 ст.3). Протеком рока није више могуће оспоравати одлуку о повећању основног капитала којом се предвиђа учешће у добити за претходну годину, независно од тога што није

[65] На основу предлога надзорног одбора и извршног одбора (чл. 367).
[66] U. Hüffer, 965; M. Stadler, 1287
[67] U. Hüffer, 965; M. Stadler, 1287; R. Veil, 2126
[68] R. Veil, 2126; У прилог делимичне ништавости U. Hüffer, 965

поштован временски приоритет предвиђен у чл. 310 ст.2. Споменута дилама у погледу потпуне или делимичне ништавости у домаћем праву би имала смисла само у случају да је поднета тужба за поништај одлуке.

7. УПИС ПОВЕЋАЊА ОСНОВНОГ КАПИТАЛА У ЦЕНТРАЛНИ РЕГИСТАР

Упис нових акција и њихових ималаца, односно упис повећања номиналне или рачуноводствене вредности код акција без номионалне вредности по основу повећања основног капитала из нето имовине друштва врши се у Централном регистру по основу одговарајућег захтева (чл.311 ст.1). Захтев се подноси у року од пет радних дана од дана регистрације одлуке о повећању капитала (чл.311 ст.3).

Осим стандардних прилога (одлука о повећању основног капитала, доказ о регистрацији одлуке) уз захтев се прилаже и писана изјава законског заступника о испуњености услова из чл. 305 и 306. Као што раније указали одлука о повећању основног капитала из нето имовине друштва мора се регистровати најдаље у року од шест месеци од дана усвајања финансијских извештаја на којима се заснива то повећање (чл.306 ст.2). У том периоду могу наступити околности због којих у тренутку подношења захтева више не постоје претпоставке за повећања основног капитала из нето имовине друштва. Циљ давања изјаве је да се обезбеди да, у међувремену од дана усвајања финнсијских извештаја, није дошло до умањења имовине, које би спречило повећање основног капитала када би се одлука доносила у тренутку подношења пријаве.[69] Давалац изјаве мора да има позитивна сазнања да нису наступиле околности које су сметња претварању резерви у основни капитал.[70] У том смислу довољно је да се давалац изјаве претходно обавести од стране финансијске службе. [71] Треба имати у виду да није свако погоршање финансијког стања препрека за повећање основног капитала из нето имовине. Тако у случају да је у међувремену дошло до губитка то ће представљати препреку у случају да су резерве предвиђене за претварање у основни капитал, у целости или делимично, неопходне за покривање губитка. Насупрот томе, препреке неће бити ако се такав губитак покрива из других резерви.[72] Нетачна изјава може бити основ за захтев друштва за накнаду штете (чл. 64).

---

[69] U. Hüffer, 945; Godin – Wilhelmi, 1146; R. Veil, 2106

[70] U. Hüffer, 945; M. Stadler, 1261

[71] M. Stadler, 1261и тамо наведена литература уз навођење става према које је потребно континуирано праћење.

[72] U. Hüffer, 945

Јавно акционарско друштво дужно је да истовремено са подношењем захзева Централном регистру достави Комисији за хартије од вредности обавештење о повећању основног капитала из нето имовине друштва (чл. 311 ст.3).

8. РЕГИСТРАЦИЈА ПОВЕЋАЊА ОСНОВНОГ КАПИТАЛА ИЗ НЕТО ИМОВИНЕ ДРУШТВА

На регистрацију повећања основног капитала из нето имовине друштва сходно се примењују одербе чл. 300 (чл.312). Друштво је у обавези да у року од осам дана од уписа нових акција у Централни регистар региструје повећање основног капитала из нето имовине друштва. Спорна је формулација норме. Имајући у виду да регистрацију врши регистратор, а не друштво, установљена је обавеза друштва на немогућу чинидбу. Исправно решење би било оно према којем би друштво имало обавезу да поднесе пријаву за регистрацију у законом утврђеном року.

Основни капитал друштва сматра се повећаним даном регистрације повећања основног капитала.

Zoran V. Arsić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
Z.Arsic@pf.uns.ac.rs

Capital Increase out of Company's Net Asset

Abstract: *Capital increase out of company's net asset was subject to certain controversy. In order to fit this concept under well – known legal principles whole operation was treated as two parts operation. The first of which was distribution of dividend and in the second payment of contribution is made by setting off the dividend. This approach, however, encountered serious objections. Shareholders meeting resolution creates claims enforceable by shareholders and company cannot impose an obligation to all shareholders to participate in capital increase. As a consequence contemporary concept is based on unique character of this operation.*

Keywords*: company, capital increase.*

Датум пријема рада: 01.10.2018.

Оригинални научни рад 35.077.3(497.11)
doi:10.5937/zrpfns52-20264

Др Драган Л. Милков, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
d.milkov@pf.uns.ac.rs

Ратко С. Радошевић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
R.Radosevic@pf.uns.ac.rs

ПРИГОВОР У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ[1]

Сажетак: *У новом Закону о општем управном поступку, међу правним средствима, нормиран је и приговор. За разлику од других правних средстава, приговор не служи побијању управног акта, већ побијању других аката и радњи управе, на чије би доношење, односно вршење, формално посматрано, Закон о општем управном поступку такође требало да се примењује. Аутори се у раду баве правном природом приговора, испитујући, при томе, да ли он уопште и може да се сматра правним средством у управном поступку.*

Кључне речи: *управни поступак, правна средства у управном поступку, приговор.*

1. УВОД

У новом Закону о општем управном поступку, за разлику од претходног, међу правним средствима нормиран је и приговор. Ово правно средство, међутим, не служи побијању одлуке донете у управном поступку – управног акта. Приговор служи побијању неких других аката и радњи управе, на чије би доношење, односно вршење, формално посматрано, Закон о општем управном поступку такође требало да се примењује.

Нејасно замишљена и конфузно спроведена идеја о проширењу области примене правила која уређују управни поступак своје недостатке показује

[1] Рад је настао као резултат истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ за 2018. годину.

и на примеру приговора. Многа питања у вези са начином на који је приговор уређен остају спорна. Много тога у вези са приговором делује нелогично и противречно, почевши од тога да је могућност коришћења овог правног средства начелно гарантована, али само у изричито прописаним случајевима! Може ли онда приговор да се назове редовним правним средством у управном поступку? Може ли приговор уопште и да се сматра правним средством у управном поступку? Имајући у виду чињеницу да је област примене новог Закона о општем управном поступку проширена само привидно, али не и суштински, да се приговором побијају акти и радње који се ни не доносе, односно не врше у управном поступку, аутори полазе од претпоставке да је одговор на постављена питања негативан. Приговор нема карактер правног средства у управном поступку, већ захтева за пружањем правне заштите, којим се управни поступак тек покреће.

2. ПРИГОВОР КАО НОВО ПРАВНО СРЕДСТВО У ЗАКОНУ О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Управни поступак уређен је тако да се обезбеди доношење законите и целисходне одлуке – управног акта. Приликом спровођења поступка, међутим, увек је могуће да дође до одређених грешака. Правна средства у управном поступку и служе томе да се учињене грешке отклоне. У том смислу, правна средства представљају посебну врсту процесних радњи, којима се омогућава побијање незаконитих и нецелисходних одлука, донетих у управном поступку. То су такве процесне радње којима незадовољне странке и други учесници у поступку траже од надлежног органа да поништи, укине или измени донету одлуку, зато што је незаконита или нецелисходна. Са друге стране, правна средства су и оне процесне радње које надлежни органи врше по службеној дужности – поништавајући, укидајући или мењајући донету одлуку.[2]

За неке од ових процесних радњи може да се каже да представљају уобичајену могућност оспоравања управног акта, пре него што стекне својство коначности. Остале пак нису уобичајене, већ се јављају као изузетна могућност побијања коначних, извршних или правноснажних управних аката. Правна средства из прве групе називају се редовним, а она из друге групе ванредним.[3]

Редовна и уобичајена могућност оспоравања управног акта произлази из права на правно средство, гарантованог и Уставом Републике Србије: „Свако

[2] Драган Милков, *Управно право II: управна делатност*, Нови Сад 2017, 222.
[3] *Ibid*., 224.

има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу.“[4] Ово право сврстава се међу лична права човека и грађанина; међу уставне гаранције које појединац има, пре свега, према судској и управној власти.[5] У односу на управну власт, право на жалбу начелно је гарантовано, али и детаљно уређено, Законом о општем управном поступку.[6]

У претходном Закону о општем управном поступку жалба је била једино редовно правно средство; могућност изјављивања приговора није била предвиђена. Приговор се помињао у оквиру поднесака, али није био уређен овим Законом.[7] Приговор је тада, као редовно правно средство, могао да се предвиди само посебним прописима, у неком од посебних управних поступака.[8]

У новом Закону о општем управном поступку јавља се и приговор – у домаћој науци управног права оцењен као најзначајнија новина у систему правних средстава предвиђених овим Законом.[9] За разлику од претходног периода и могућности да се приговор предвиди као правно средство у неком од посебних управних поступака, сада је нормиран као правно средство у општем управном поступку, намењено побијању неких од нових „управних активности“, односно нових облика „управног поступања“.

Шта је разлог за увођење приговора у општем управном поступку и чије право је, при томе, послужило као узор? У образложењу новог Закона наводи се да постоје правни системи у којима је као опште правно средство у управном поступку, уместо жалбе, предвиђен приговор, ремонстративног карактера. Међу те правне системе спада и немачки.[10] Није јасно, међутим, какве то везе има са увођењем приговора у наш управни поступак и начином на који је он нормиран.

У немачком управном поступку заиста не постоји жалба; уместо жалбе, редовно правно средство је приговор. Занимљиво је, међутим, то да приговор

---

[4] Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 36, ст. 2.

[5] Ратко Марковић, *Уставно право*, Београд 2014, 469.

[6] Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016 – нови ЗУП, чл. 13, 151-174.

[7] Закон о општем управном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/2001 и *Службени гласник РС*, бр. 30/2010 – претходни ЗУП, чл. 54, ст. 1.

[8] Драган Милков, „Правна средства у управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (*Зборник радова ПФНС*), 2/2006, 127-128.

[9] Зоран Лончар, „Правна средства у новом Закону о општем управном поступку“, *Зборник радова ПФНС*, 4/2017, 1516.

[10] Образложење Предлога Закона о општем управном поступку, усвојеног на 195. седници Владе Републике Србије (за време мандата Владе Републике Србије изабране 27. априла 2014. године), 2. фебруара 2016. године, *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=257741* (приступљено 20.01.2018) – Предлог ЗУП-а из 2016 (Образложење), 39.

није уређен немачким Законом о управном поступку[11], већ примарно Законом о управном суду[12]. На поступак по приговору одредбе Закона о управном поступку примењују се супсидијарно.[13] Изјављивање приговора представља процесну претпоставку за вођење управног спора.[14] Немачки аутори стога говоре о двоструко ј природи поступка по приговору: он је уједно и део управног поступка и претходни поступак у управном спору.[15] Приговор у немачком управном поступку није ремонстративно правно средство, како се то наводи у образложењу нашег Закона. По правилу, приговор има деволутивно дејство, а изузетно може да има и ремонстративан карактер.[16] У сваком случају, предмет приговора у немачком управном поступку је законитост и целисходност управног акта;[17] оно што је у нашем управном поступку предмет жалбе. Приговор у немачком управном поступку могао би да се пореди само са нашом жалбом – он нема никакве везе са приговором који је уведен у наш управни поступак.

Приговор у новом Закону о општем управном поступку последица је проширења предмета управног поступка. Као и цео управни поступак, нормиран је по узору на хрватско, а не немачко право. Нови концепт управног поступка – проширеног предмета и поља примене процесних правила – потекао је из хрватског законодавства.[18] У тако измењеном концепту, правила о управном поступку сада би требало да важе шире, а не само при доношењу управних аката и издавању јавних исправа. Требало би да важе и за остале активности управе, које се врше у појединачним ситуацијама. Тако долазимо и до приговора – правног средства које странке могу да користе онда када су незадовољне вршењем тих активности.

У домаћој науци управног права исправно се уочава то да је увођење приговора у Закону о општем управном поступку производ недовољно јасне

---

[11] Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (*BGBl*. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 11 Absatz 2 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (*BGBl*. I S. 2745) geändert worden ist – VwVfG. Законом о управном поступку уређени су само трошкови поступка по приговору. (VwVfG, § 80)

[12] Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (*BGBl*. I S. 686), die zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (*BGBl*. I S. 1151) geändert worden ist, §§ 68-73.

[13] Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, München 2015, 569.

[14] *Ibid*., 566.

[15] Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2011, 264.

[16] *Ibid*., 267-268.

[17] *Ibid*., 267.

[18] „Против управног уговора или другог поступања јавноправног тијела или пружатеља јавних услуга странка има право на приговор.“ (Закон о опћем управном поступку, *Народне новине*, бр. 47/09, чл. 12, ст. 3)

концепције о циљу и сврси овог правног средства.[19] Додали бисмо само то да недовољно јасна концепција о циљу и сврси постоји у односу на Закон у целини, а то онда, наравно, важи и за поједине одредбе; попут оних о приговору.

Право на приговор нормирано је као једно од основних начела управног поступка. У складу са овом начелном одредбом, странка има право на приговор, али само у оним случајевима који су прописани Законом о општем управном поступку.[20] Овакво „начело", које звучи више као изузетак, него као правило, делује веома необично. Из законске формулације пре би могао да се изведе закључак о томе да приговор начелно није дозвољен, него да јесте! Начелно посматрано, приговор не може да се изјави, осим у посебно утврђеним случајевима.[21]

Приговор може да се изјави у три случаја, утврђена Законом о општем управном поступку: због неиспуњења обавеза из управног уговора; због управне радње; и због начина пружања јавних услуга.[22] Прецизније посматрано, странка може да изјави приговор уколико орган не испуњава обавезе из управног уговора; против управне радње, односно уколико орган не предузме управну радњу коју је по закону дужан да предузме, под условом да управна радња није повезана са доношењем управног акта; уколико пружалац јавних услуга не обезбеђује уредно и квалитетно, под једнаким условима, остваривање права грађана и организација и задовољавање потреба корисника.[23]

---

[19] З. Лончар, 1516.

[20] Нови ЗУП, чл. 13, ст. 2.

[21] Д. Милков (2017), 98. „[П]роизлази да приговор, за разлику од жалбе, није општи принцип на коме Закон о општем управном поступку почива, већ се може употребити само у случајевима када је то посебно законом одређено, па му стога није ни место међу основним начелима управног поступка, као општим принципима заједничким за читав пропис." (З. Лончар, 1516)

[22] Нови ЗУП, чл. 147, ст. 1.

[23] Нови ЗУП, чл. 25, 28 и 32. У првобитном Предлогу новог Закона о општем управном поступку, из 2012. године, случајеви у којима се изјављује приговор били су одређени на нешто другачији начин: „Приговор се може изјавити против управног уговора, закљученог поравнања, управне радње и других управних активности и поступања органа управе и организација које пружају јавне услуге, као и када орган не предузима управне активности које је по закону дужан да предузме, ако те активности и поступања немају карактер управног акта нити су повезани са доношењем управног акта, а подносилац приговора сматра да су му тиме повређена права или правни интереси." (Предлог Закона о општем управном поступку, усвојен на 620. седници Владе Републике Србије [за време мандата Владе Републике Србије изабране 7. јула 2008. године и реконструисане 14. марта 2011. године], 23. фебруара 2012. године, *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=168120* [приступљено: 20.01.2018] – Предлог ЗУП-а из 2012, чл. 135, ст.1) Разлике између првобитног предлога и усвојеног текста Закона још једном показују конфузију која је постојала при нормирању приговора и недовољно јасну представу о томе у којим све случајевима ово

Предмет приговора је законитост и правилност поступања органа.[24] Полазећи од случајева у којима се приговор изјављује, то није сасвим неспорно. О каквој се то провери незаконитости и нецелисходности ради у случају када орган не изврши своју уговорну обавезу? Проблем произлази из тога што право на приговор није уређено на исти начин као и право на жалбу.

Начелно посматрано, право на жалбу постоји против сваког решења, а разлог за изјављивање жалбе може да буде било која повреда законитости или целисходности. Начелно право на приговор постоји само против управних радњи, због било које повреде законитости или правилности. У односу на управне уговоре и пружање јавних услуга, право на приговор дефинисано је другачије. У односу на управне уговоре и пружање јавних услуга приговор може да се изјави из одређених разлога – због неизвршења уговорне обавезе и због тога што се јавне услуге не пружају на прописани начин. За разлику од управне радње, приговор се овде не изјављује против управног уговора, нити против јавне услуге, већ зато што орган није извршио своју уговорну обавезу, односно зато што јавне услуге није пружио тако да се обезбеди уредно и квалитетно остваривање права и потреба корисника, под једнаким условима. Право на приговор овде постоји само у одређеним случајевима; приговор овде може да се изјави само из одређених разлога.

Код управних уговора и пружања јавних услуга, дакле, случајеви у којима приговор може да се изјави уједно су дефинисани и као разлози за изјављивање приговора. На примеру управног уговора нарочито долази до изражаја чињеница да право на приговор није уобичајена и редовна могућност, већ изузетна, ограничена на један случај и један разлог.

Овим долазимо и до питања да ли је приговор редовно правно средство у управном поступку. За приговор против управне радње можда би могло и тако да се каже. Но питање је да ли приговор уопште и можемо да сместимо у поделу правних средстава на редовна и ванредна. Чини се да ова подела има смисла само онда када говоримо о правним средствима којима се побија решење – појединачна и ауторитативна одлука донета у управном поступку. Она може да се побија на редован и уобичајен начин, због било које повреде законитости или целисходности, пре него што стекне својство коначности. Након тога, може да се побија само изузетно, због оних повреда законитости које су изричито набројане. Све то са приговором нема никакве везе. Ако би приговор био редовно правно средство против одређених управних активности, онда би то значило да постоје и нека ванредна, што, наравно,

правно средство може да се употреби. Првобитно је било предвиђено чак и то да приговор може да се изјави против закљученог поравнања, што би тешко могло да се објасни на смислен начин.

[24] Нови ЗУП, чл. 148, ст. 3.

није случај. Управни уговори, управне радње и јавне услуге (делатности јавних служби) немају она својства која има управни акт – коначности, правноснажности и извршности. Самим тим, подела на редовна и ванредна правна средства у односу на њих нема никаквог смисла. Приговор можда јесте специфично и посебно правно средство; његово сврставање у редовна правна средства ипак не делује оправдано и примерено.

Претходну тврдњу додатно поткрепљује и то што правна заштита странака која се обезбеђује приговором има супсидијаран карактер. Приговор се изјављује само под условом да не може да се изјави неко друго правно средство у управном поступку.[25] О ком се то другом правном средству ради, није сасвим јасно. Остала правна средства у управном поступку служе побијању решења, укључујући и она решења која се доносе у вези са вршењем управних радњи (посебно у вези са издавањем уверења) и извршењем управног уговора. Смисао овог негативног услова за изјављивање приговора, дакле, није у постојању других правних средстава у општем управном поступку.[26] Смисао може да буде само у постојању других правних средстава, прописаних посебним законима, у посебним управним поступцима.[27]

Приговор се изјављује у различитим роковима, у зависности од тога зашто се изјављује. Уколико се приговор изјављује због тога што орган није извршио обавезу из управног уговора, рок износи шест месеци од тог момента. Против управних радњи приговор се изјављује у року од петнаест дана од предузимања управне радње или од пропуштања да се она предузме. Исти рок, од петнаест дана, важи и за приговор који се изјављује због тога што се јавне услуге не пружају уредно и квалитетно, под једнаким условима.[28]

Наведени рокови имају преклузивни карактер. Преклузивни рок предвиђен је и онда када се приговор изјављује због пропуштања органа да предузме управну радњу. У домаћој науци управног права примећује се да је тиме учињен пропуст. У случају пропуштања предузимања управне радње

---

[25] Нови ЗУП, чл. 147, ст. 1.

[26] Супротно овоме, има аутора који наводе да се овај негативан услов односи на редовна и ванредна правна средства у управном поступку. (Predrag Dimitrijević, Slobodan Martinović, "The Effects of Complaint as a Regular Legal Remedy in the Administrative Procedure of Serbia and Montenegro", *Legal, Social and Political Control in National, International and EU Law*, Collection of papers from the International Scientific Conference, Niš 2016, 106) Како је, међутим, могуће да дође до овог преклапања, када се ова правна средства користе за побијање различитих аката и радњи управе? Редовна и ванредна правна средства, према Закону о општем управном поступку, користе се за побијање решења – управног акта. Њима не могу да се побијају неки други акти и радње управе – они који се побијају приговором.

[27] Као пример тог другог правног средства у управном поступку Зоран Томић наводи притужбу на рад полицијских службеника, која се подноси у складу са Законом о полицији. (Зоран Р. Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку*, Београд 2017, 539)

[28] Нови ЗУП, чл. 147, ст. 2.

преклузивни рок није довољан. Неопходан је и дилаторни рок, односно рок у којем орган има обавезу да предузме управну радњу, након чијег протека би приговор тек могао да се изјави. Такви рокови, по правилу, примећује се даље, нису предвиђени ни у Закону о општем управном поступку ни у посебним законима.[29]

Приговор се изјављује руководиоцу оног органа на чије поступање се односи. О изјављивању приговора не постоје посебна правила, већ се сходно примењују она правила која важе за жалбу – прецизније посматрано, правила која прописују облик и садржину жалбе.[30] Релевантна су, наравно, и правила која важе за поднеске уопште.[31]

Приговор се сврстава у ремонстративна правна средства. О њему одлучује онај исти орган чије се поступање и побија; тачније, руководилац тог органа.[32] О приговору се одлучује решењем, које се доноси у року од 30 дана од дана пријема приговора. Пре одлучивања о основаности приговора, руководилац органа је дужан да провери да ли су испуњене све процесне претпоставке за то. Уколико нису – зато што приговор није дозвољен, није изјављен благовремено и од стране овлашћеног лица, или зато што приговор није уређен ни у накнадно остављеном року – руководилац је дужан да га одбаци. Уколико су све процесне претпоставке испуњене, руководилац доноси одлуку мериторног карактера, којом се приговор одбија или усваја.[33]

У решењу којим се приговор усваја одлучује се и о последицама његове основаности. Последице су различите, у зависности од разлога за његово изјављивање. Када је приговор изјављен због неизвршења обавезе из управног уговора, одређује се даљи начин њеног извршења и одлучује се о захтеву за накнаду штете. Ако је приговор изјављен против управне радње, обуставља се њено предузимање и одређује начин на који се отклањају њене последице; наравно, ако се приговор изјављује зато што управна радња није предузета, онда се решењем налаже њено предузимање. Коначно, када је основан приговор који се изјављује због начина пружања јавних услуга, налаже се предузимање законом одређених мера ради отклањања утврђених недостатака.[34]

---

[29] Вук Цуцић, „Фино подешавање Закона о општем управном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2018, 150.

[30] Нови ЗУП, чл. 148, ст. 1-2.

[31] Нови ЗУП, чл. 58-62.

[32] Нови ЗУП, чл. 148, ст. 1. Првобитно, у Предлогу новог Закона о општем управном поступку из 2012. године, од овог правила постојао је и изузетак. Изузетак се тицао приговора на поступање јавних служби, који је, према одредбама овог Предлога, требало да има деволутивни карактер и да се изјављује органу надлежном за вршење надзора над пружањем одређене јавне услуге. (Предлог ЗУП-а из 2012, чл. 136, ст. 2)

[33] Нови ЗУП, чл. 149. ст. 1-2.

[34] Нови ЗУП, чл. 149, ст. 3.

Против решења донетог по приговору странка може да изјави и жалбу; под условом да оно има карактер првостепеног решења. Орган који одлучује о жалби има иста овлашћења као и орган који је одлучивао о приговору у првом степену.[35] Против другостепеног решења пак може да се покрене управни спор, а то исто важи и онда када већ првостепено решење о приговору има својство коначности – онда када жалба против решења о приговору није дозвољена.

У складу са оним што је претходно речено, изјављивање приговора посматра се као процесна претпоставка за вођење управног спора.[36] Довођење приговора у директну везу са управним спором, на овај начин, чини се да није сасвим оправдано. Управне активности које се побијају приговором не могу да буду предмет управног спора. Предмет управног спора може да буде само решење донето по приговору. У управном спору побија се решење, те и процесне претпоставке за вођење управног спора могу да се посматрају само у односу на његов предмет. У том смислу, процесна претпоставка за вођење управног спора може да буде само жалба у управном поступку. Приговором се не побија решење, побијају се неки други облици „управног поступања“, против којих управни спор не може ни да се води. Веза која се успоставља између управног спора и приговора може да буде само посредна: без приговора нема ни решења, односно нема ни предмета управног спора. О процесним претпоставкама за вођење управног спора, међутим, можемо да говоримо тек након тога, када је решење о приговору донето.

Овај, као и други проблеми у вези са приговором, последица су његове спорне правне природе. Приговор би, према начину на који је уређен, требало да буде правно средство у управном поступку. Да ли је то заиста тако?

3. ПРАВНА ПРИРОДА ПРИГОВОРА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

У правној теорији, најшире посматрано, правно средство одређује се као изјава воље којом овлашћени субјект захтева од надлежног органа да испита законитост извесног акта – правног или материјалног. Када је за испитивање законитости одређеног акта надлежан суд, онда се правно средство назива тужба. За испитивање законитости управних аката пак надлежан је виши орган управе; тада се правно средство назива жалба.[37]

У односу на одређене акте, могуће је да се испитивање настави и даље, оценом законитости саме одлуке којом је решено о првобитном захтеву. Даље испитивање законитости врши се на основу једне посебне врсте правних

[35] Нови ЗУП, чл. 150.

[36] З. Р. Томић, 542-543.

[37] Радомир Д. Лукић, са Будимиром Кошутићем, *Увод у право*, Београд 1976, 298.

средстава, којима се захтева доношење другостепене или трећестепене одлуке; та посебна врста правних средстава назива се правним лековима.[38]

Ова разлика између правних средстава и правних лекова, међутим, повучена је на вештачки начин и изазива праву конфузију. Ако се спроведе доследно, онда испада да је жалба у управном поступку правно средство, а жалба у судском поступку правни лек. Да ли то онда значи да се жалбом у управном поступку не захтева доношење другостепене одлуке? Да ли то онда значи да у управном поступку ни не постоји правни лек? Шта би тек била тужба у управном спору? Изложена разлика стога не може да се прихвати. У односу на контролу законитости и целисходности управног акта, изрази „правна средства“ и „правни лекови“ представљају синониме.

Стиче се утисак да је ова разлика повучена имајући у виду судске поступке. Након тога, проширена је и на управни поступак, што је довело до праве конфузије. У односу на судске поступке, разлика можда и делује логичније, али је подједнако непотребна. Потврду за то можемо да пронађемо и у теорији грађанског процесног права. Аутори грађанског процесног права не кажу да је тужба правно средство, за разлику од жалбе, која је правни лек. Они тужбу, исправно, посматрају као процесну радњу, којом се захтева пружање правне заштите одређене садржине. Тужбом се покреће судски поступак у циљу заштите права тужиоца. Право на тужбу представља посебно право, јавноправног карактера, иако служи заштити грађанских субјективних права. Жалба је такође процесна радња, али се она, за разлику од тужбе, изјављује у току судског поступка, онда када је већ донета првостепена судска одлука. Као правни лек, жалба је процесна радња којом странка, или друго овлашћено лице, тражи од надлежног суда да укине или преиначи одлуку која је за жалиоца неповољна.[39]

Уместо о вештачкој разлици између правних средстава и правних лекова, чини се да је исправније када се говори о захтеву за пружањем правне заштите, са једне стране, и правним средствима (односно правним лековима), са друге. У процесном смислу, захтев за пружањем правне заштите служи покретању поступка, а правна средства (односно правни лекови) служе побијању одлуке, донете у том поступку.

Имајући то у виду, морамо да се запитамо чему служи приговор у управном поступку? Формално посматрано, приговор је сврстан међу правна средства, што би требало да значи да је намењен побијању одређених аката, донетих или извршених у управном поступку. Ако је приговор правно средство, онда би то требало да значи да се оно изјављује у току управног поступка, као израз незадовољства странке донетим актима и извршеним радњама органа.

---

[38] *Ibid*.

[39] Синиша Трива, *Грађанско парнично процесно право*, Загреб 1983, 17, 298, 515.

Да ли је то заиста и прави смисао приговора? Подсетимо се, приговор се изјављује због неиспуњења обавеза из управног уговора, због управне радње и због начина пружања јавних услуга. Ако је приговор правно средство у управном поступку, онда то значи да се у управном поступку закључују и извршавају управни уговори, предузимају управне радње и пружају јавне услуге. Ови облици „управног поступања", међутим, само се формално и привидно сврставају у предмет управног поступка. Суштински, они то нису.[40]

Ову тврдњу поткрепљују и сами аутори новог Закона о општем управном поступку. Они изричито наглашавају да вршење управних радњи (изузимајући издавање јавних исправа) и пружање јавних услуга није регулисано овим Законом: „Оно је уређено посебним прописима. Оно што је регулисано јесте правна заштита у случају њиховог незаконитог и/или нецелисходног (не)предузимања – и то кроз описани механизам изјављивања приговора, добијања управног акта и могућности да странка даље штити своја права и правне интересе уобичајеним управноправним путем (жалба, тужба)."[41]

Смисао приговора стога није побијање аката и радњи донетих и извршених у управном поступку. Према тврдњи аутора новог Закона о општем управном поступку: „Приговор има за циљ да се управна поступања која не представљају управни акт – управне радње, управни уговори, пружање јавних услуга – уведу у постојећи систем управноправне заштите, тако што се приговор изјављује против ових управних поступања ради добијања управног акта којим се одлучује о њиховој законитости или целисходности. Једном издати управни акт даје странци могућност да користи редовне путеве управноправне заштите, тако што против одлуке о приговору може да изјави жалбу у управном поступку или тужбу у управном спору, зависно од положаја субјекта који је предузео управно поступање у управној хијерархији. Значај приговора се састоји управо у томе што обезбеђује управноправни пут заштите од неправилности у њиховом предузимању, тамо где он досад није постојао."[42]

Приговор, дакле, није правно средство у управном поступку. Пре изјављивања приговора, управни поступак се ни не води. „Управне активности"

[40] У складу са правилима о управном поступку, истина, предузима се једна врста „управних радњи"; у питању је издавање уверења. Незадовољство овом „управном радњом", међутим, странка не исказује изјављивањем приговора, већ жалбе – зато што се о правима странке, везаним за издавање уверења, одлучује решењем. (Нови ЗУП, чл. 29-30) Када су у питању управни уговори, правила о управном поступку релевантна су само онда када се доноси решење, којим орган одлучује о судбини уговора и правима странке. На само закључење и извршење управног уговора ова правила се не примењују. Директна примена није чак ни формално предвиђена, већ сходна. Како је уопште и могуће да се на закључење уговора сходно примене правила која важе за доношење ауторитативног правног акта, остаје потпуно нејасно. Подједнако нејасно је и то зашто би се правила о управном поступку на управне уговоре примењивала сходно, ако се управни уговори већ сврставају у предмет поступка.

[41] Предлог ЗУП-а из 2016 (Образложење), 40.

[42] Предлог ЗУП-а из 2016 (Образложење), 10-11.

које се побијају приговором не врше се према правилима о управном поступку. Правила о управном поступку примењују се само онда када странке желе да заштите своја права и правне интересе у односу на те активности. У складу са тим, приговор представља захтев за пружањем правне заштите, акт иницијалног карактера, којим се управни поступак тек покреће. Правна средства у управном поступку, редовна и ванредна, странка ће моћи да искористи тек онда када, по изјављеном приговору, управни поступак буде спроведен и када буде донет управни акт.

Основни проблем овако замишљене правне заштите од нових облика „управног поступања“ огледа се у томе што је она сувишна. Уколико неке од ових „управних активности“ могу да се побијају правним средствима у управном поступку, што би значило да су повезане са доношењем одређеног управног акта (против којег се правна средства у управном поступку заправо и користе), онда приговор, по изричитој законској одредби, не може ни да се изјави. Подједнако је непотребан, иако могућност његовог изјављивања тада није изричито искључена, и онда када правна заштита странака од нових облика „управног поступања“ може да се оствари на неки други начин, у неком другом поступку, а не управном. У таквим случајевима, приговор у управном поступку ствара додатни режим правне заштите, уз онај који већ постоји и који је прилагођен свакој специфичној „управној активности“. Двоструки режим правне заштите, међутим, може да изазове само конфузију и несигурност.

Смисао приговора се, изгледа, састоји у пружању правне заштите странкама од оних „управних активности“ у односу на које та правна заштита до сада није ни постојала. Како је то, међутим, могуће? У којим је то случајевима управа могла да повреди права странака, а да оне ни на који начин своја права нису могле да заштите? Ако су аутори новог Закона заиста пошли од те претпоставке, онда мора да се каже да она делује необично и спорно – као што и сам приговор делује непотребно и сувишно.[43]

4. ЗАКЉУЧАК

Проширење предмета управног поступка прати и увођење приговора, као једног од нових правних средстава. На први поглед, делује да је приго-

[43] Занимљив податак о „неопходности“ правне заштите која се остварује изјављивањем приговора дају нам и аутори новог Закона о општем управном поступку. Позивајући се на праксу у Хрватској, чије право је и послужило као узор при нормирању нашег општег управног поступка, они истичу да је у овој земљи у 2013. и 2014. години изјављено свега 14 приговора, иако је хрватски закон који уређује општи управни поступак донет неколико година пре тога. (Предлог ЗУП-а из 2016 [Образложење], 41) Свега 14 приговора! Против свих активности управе и јавних служби које се не састоје у доношењу управног акта! Ако су то ситуације у којима правна заштита странака уопште не постоји, како је то могуће?

вор замишљен као редовно правно средство, поред жалбе. Чак је и право на приговор, уз право на жалбу, нормирано као једно од основних начела управног поступка.

Све то, међутим, само привидно делује тако. Нити је могућност изјављивања приговора предвиђена начелно, нити приговор може да се сврста у редовна правна средства у управном поступку. Штавише, приговор ни нема карактер правног средства у управном поступку, ако под правним средством подразумевамо процесне радње којима странке побијају оно што је у том поступку претходно урађено.

Право на приговор не постоји начелно, како то тврди законодавац, већ у одређеним, изричито регулисаним случајевима. Приговор може да се изјави због неиспуњења обавеза из управног уговора, због управне радње и због начина пружања јавних услуга. Под условом да ови нови облици „управног поступања“ не могу да се побијају неким другим правним средствима у управном поступку.

Специфични случајеви и разлози за изјављивање приговора, као и то што приговор обезбеђује супсидијарну правну заштиту, не дају основа за његово сврставање међу редовна правна средства у управном поступку. У односу на акте и радње управе који се побијају приговором, подела на редовна и ванредна правна средства показује се као непримерена.

Тешкоће при сврставању приговора унутар система правних средстава у управном поступку произлазе заправо из његове специфичне правне природе. Приговор, наиме, нема карактер правног средства у управном поступку; њиме се, као процесном радњом, не побија оно што је урађено у управном поступку. Начин на који је нормиран предмет управног поступка, одредбе о приговору, али и тврдње самих писаца новог Закона о општем управном поступку, то и потврђују. Они акти који се побијају приговором не доносе се и не врше у управном поступку. У управном поступку се пружа правна заштита странкама, а приговор служи томе да се поступак пружања правне заштите, који је по својој природи управни поступак, покрене. Приговор је стога захтев за пружањем правне заштите, акт иницијалног карактера, чијим се изјављивањем управни поступак тек покреће.

Још спорније од правне природе приговора је питање његове оправданости и неопходности. Могућност изјављивања неког правног средства у управном поступку и формално спречава могућност изјављивања приговора. Нека друга правна заштита, која се не остварује у управном поступку, није формална препрека за изјављивање приговора, али га чини сувишним и непотребним. Приговор је последица тезе о непостојању правне заштите у односу на одређене активности управе. Онолико колико је спорна и сама ова теза, спорно је и увођење приговора у управном поступку.

Dragan L. Milkov, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
d.milkov@pf.uns.ac.rs

Ratko S. Radošević, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
R.Radosevic@pf.uns.ac.rs

Objection in the Administrative Procedure

Abstract: *An objection is a new legal remedy, regulated by the new Law on General Administrative Procedure. Unlike other legal remedies, the objection cannot be used against an administrative act. It can be used against other acts of the administration, to which exercise, formally, the Law on General Administrative Procedure should also apply. In this paper, the authors deal with the legal nature of the objection, trying to determine if the objection can be regarded as a legal remedy at all.*

Keywords: *administrative procedure, legal remedies in administrative procedure, objection.*

Датум пријема рада: 22.01.2019.

Оригинални научни рад 347.952:347.955(497.11)
doi:10.5937/zrpfns52-20272

Др Ранко И. Кеча, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
r.keca@pf.uns.ac.rs

Др Марко С. Кнежевић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
m.knezevic@pf.uns.ac.rs

О СИСТЕМУ ПРАВНИХ ЛЕКОВА И ОСТВАРИВАЊУ ЈЕДИНСТВЕНЕ ПРИМЕНЕ ПРАВА У СРПСКОМ ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ

Сажетак: *У раду се разматра организација правних лекова која је успостављена у извршном поступку уз указивање на стална колебања која постоје у различитим редакцијама извршног законодавства. На нормативном плану то су разлике које се односе на допуштеност жалбе у овом виду правне заштите. У неким редакцијама, укључујући и ЗИП од 1978, круг правних лекова је нешто шири тако да обухватао приговор и жалбу. У другим се ограничава само на приговор. Ипак, заједничко обележје свих законских текстова којим се регулише извршни и поступак обезбеђења представља изричита забрана ревизије као правног лека којим се отвара пут према највишој судској инстанци у нашем правном систему. Ради се о ограничењу које осујећује да се, у оквирима извршног поступка одлучивањем у конкретном предмету од стране Врховног касационог суда, створе потребни предуслови којим би се гарантовала и обезбедила јединствена примена права. Резервни механизми попут заузимања ставова изван суђења од стране виших и највише судске инстанце то, по више основа, не могу остварити. Ни поступање Уставног суда поводом жалбе због повреде на једнаку правну заштиту не решава проблем нити гарантује јединствену примену права у извршном поступку али и свим другим поступцима у којима није допуштено изјављивање ревизије. Приликом формулисања забране ревизије у извршном поступку сасвим је занемарена околност да је, од доношења ЗПП 04, ревизија битно другачији правни лек у односу на решења раније важећег*

парничног законодавства. Успостављање „посебне“ ревизије афирмише идеју, по којој правни лек не служи искључиво заштити странака у поступку. Изражава и општи интерес да се у стварима од посебног правног значаја омогући изјављивање овог правног лека – јер је по оцени Врховног касационог суда потребно да се размотре правна питања од општег интереса или правна питања у интересу равноправности грађана, ради уједначавања судске праксе, као и ако је потребно ново тумачење права. Дакле, то су разлози да се допусти изјављивање ревизије и када је она применом неких посебних ограничења недопуштена. Сви ови разлози могу постојати када се ради о побијању одлука у извршном поступку. Постоји основ да се, занемарујући језичко, а полазећи од циљног тумачења ревизија допусти и у извршном поступку ако постоје разлози због којих је допуштена „посебна“ ревизија.

Кључне речи: *извршни поступак, правни лекови, приговор и жалба у извршном поступку, ревизија, „посебна ревизија“, јединствена примена права, правни ставови изван суђења, уставна жалба, Уставни суд.*

I

Регулисање грађанског (судског) извршног поступка и поступка обезбеђења у последњих двадесетак година преставља предмет више посебних законских текстова који су сукцесивно доношени у веома кратким временским интервалима.[1] До тог периода законодавна активност ни приближно није имала ову динамику.[2] [3] Упоредо са новим законским регулативама

[1] Прво је 2000. године донет Закон о извршном поступку, Службени лист СРЈ, бр. 28/2000, 73/2000, 71/2001 (ЗИП 00). Већ за четири године уследило доношење новог Закона о извршном поступку, Службени гласник РС, бр. 125/2004 (ЗИП 04) . Затим је 2011. године донет Закон о извршењу и обезбеђењу, Службени гласник РС, бр. 31/2011, 109/2013 – одлука Уставног суда, 55/2014, 139/2014 (ЗИО 11). Важећи Закон о извршењу и обезбеђењу је донет већ 2015. године, Службени гласник РС, бр. 106/2015, 106/2017 (ЗИО).

[2] Све до доношења Закона о извршном поступку од 1978. године, Службени лист СФРЈ, бр. 20/1978, 6/1982, 74/1987, 57/1989, 27/1990, 35/1991, 27/1992, 31/1993 (ЗИП 78), примењивана су, на основу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла и за време непријатељске окупације, Службени лист ФНРЈ, бр. 86/1946, правна правила Закона о извршењу и обезбеђењу Краљевине Југославије, Службене новине Краљевине Југославије, бр. 165/1930 – LXII. До доношења Закона о извршном поступку од 1978. године били су донети прописи којима је парцијално регулисана материја извршења – Уредба о поступку ради извршења над имовином страних држава у ФНРЈ, Службени лист ФНРЈ, бр. 39/1952, као и Закон о извршењу ради намирења новчаних потраживања корисника друштвених средстава, Службени лист ФНРЈ, бр. 52/1971.

[3] Дакле, преко 30 година ЗИО Краљевине Југославије је примењиван као систем правних правила којима је регулисан извршни и поступак обезбеђења. Потребно је имати у виду да се радило о пропису који је донет у при битно другачијим друштвеним, привредним

судског извршног поступка донети су прописи којим се уводе и одговарајуће форме вансудског извршења потраживања обезбеђених залогом или хипотеком.[4] [5] Доношење нове извршне регулативе се заснивало на идеји застарелости и превазиђености оне раније важеће. Од новог закона се очекивало да ће допринети знатно успешнијем, пре свега ефикаснијем, остваривању правне заштите али је то, по правилу, било изузетно кратког века – само до доношења новог прописа при чему се тврдило да ће тај нови законски текст бити успешнији од оног претходног. Исто се поступало и у погледу парничног поступка.[6] Када се ради о регулативи ванпарничног поступка нормативна динамика била је нешто слабија али исто тако веома значајна када се упореде важећа и изворна решења Закона о ванпарничном поступку.[7] [8]

и правним условима од оних који су успостављени после Другог светског рата али то није дискредитовало његову примену и у новоуспостављеном околностима све до доношења ЗИП 78. Насупрот реченом, у свега петнаестак година уследило је доношење четири посебна закона која су са предмет имала регулисање извршног и поступка обезбеђења при чему се радило о регулативама која су по низу питања изражавала сасвим различите нормативне приступе.

[4] У наведеном смислу ради се о вансудском извршењу које свој основ има у одредбама Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, Службени гласник РС, бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006, 99/2011, као и одредбама Закона о хипотеци, Службени гласник РС, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – одлука Уставног суда, 83/2015.

[5] Више о вансудском извршењу: *Н. Бодирога*, Вансудски извршни поступак на основу Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3/2010, 325–352.

[6] Први пропис којим је целовито регулисан овај поступак после Другог светског рата био је Закон о парничном поступку од 1965. године (Службени лист ФНРЈ бр. 12/1965, 1/1971, 23/1972), затим следи Закон о парничном поступку од 1976. године (Службени лист СФРЈ, бр. 4/1977, 36/1977, 6/1980, 36/1980, 43/1982, 72/1982, 69/1982, 58/1984, 74/1987, 57/1989, 20/1990, 27/1990, 35/1991, Службени лист СРЈ, бр. 27/1992, 31/1993, 24/1994, 12/1998, 15/1998, 3/2002), Године 2004. донет је нови Закон о парничном поступку (Службени гласник РС, бр. 125/2004, 111/2009), са би ускоро био замењен важећим Законом о парничном поступку од 2011. године (Службени гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука Уставног суда, 74/2013 – одлука Уставног суда). Пре доношења ЗПП 65, био је донет Закон о убрзању парничног поступка пред редовним судовима од 1955 године (Службени лист ФНРЈ, бр. 19/1955. године) којим се у једном делу одступало од решења Законика о грађанском судском поступку у грађанским парницама Краљевине Југославије (Службене новине Краљевине СХС, бр. 179/1929 – ЛХХВ) који је на основу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла и за време непријатељске окупације примењиван у значењу правних правила све до доношења ЗПП 65.

[7] Још је на снази Закон о ванпарничном поступку од 1982. године, Службени гласник СРС, бр. 25/1982, 48/1988, Службени гласник РС, бр. 85/2012, 55/2014.

[8] У ствари најзначајнија промена у овом виду правне заштите се везује за увођење јавног бележништва у правни систем Република Србије на које се преноси, као изворна или поверена делатност, више посебних ванпарничних поступака или посебних радњи у ванпарничном поступку који су до појаве јавних бележника били у надлежности ванпарничних

Идеја о бржој, ефикаснијој и економичнијој правној заштити која преставља основни мотив промена које су оствариване у оквирима грађанског судског поступка као целине. Наведени разлог је посебно добијао на значају када се ради о извршном поступку који преставља завршни акт остваривања правне заштите. То је основна премиса којом се оправдава наглашенија улога начела ефикасности у извршном поступку. Међутим, губи се из вида да је све чешће покретање извршног поступка први а не последњи акт остваривања правне заштите чему доприноси све већи број такозваних „неауторитативних извршних исправа" као и оних којима се даје значај веродостојних исправа. У питању су исправе које престављају основ за покретање извршног поступка а нису настале у претходно вођеном судском или неком другом поступку.[9] [10]

Готово да нема процесне установе у којој идеја о нужности што ефикаснијег поступања у извршном поступку није добила одговарајуће процесне изразе. Ово се односи на измену већ постојећих решења али и увођење нових за које се сматра да ће допринети остваривању наведеног циља. [11] У важећој редакцији ЗИО посебно се прописује дужност суда да обезбеди суђење у разумном року. [12]

Као што је у најгрубљим цртама приказано, регулатива извршног поступка престављала је предмет веома честог преиспитивања. Резултат је био увођење нових нормативних решења или промена оних постојећих уз веома честа колебања при чему се понекад враћало на она решења која су претходно оцењена као неуспешна. Промена већ постојећих нормативних решења није мимоишла ни регулативу правних лекова.

судова. Према Закону о јавном бележништву, Службени гласник РС, 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014, 93/14, 121/2014, 6/2015, 106/2015 на јавне бележнике су предузети поступци са исправама као и они у вези депозита, чл. 4 Закона о јавном бележништву. Ванпарнични судови су добили овлашћење да извесне ванпарничне поступке могу поверити на поступање јавном бележнику али уз ограничена прописана чл. 30 а ЗВП. У наведеном смислу, на јавног бележника не може бити пренето вођење поступака у статусним и породичним стварима, спровођење поступка за одређивање накнаде за експроприсану непокретност, вођење јавних књига и регистара за које је прописано да их води суд. Не може бити пренето ни састављање исправа за које је по ЗВП или неким другим прописом одређено да их искључиво саставља суд. Не може бити пренето ни спровођење оставинског поступка када је за наслеђивање меродавно право стране државе.

[9] У теорији се са разлогом наглашава да се то може разумети и као својеврсни израз померања тежишта правне заштите са парничног на извршни поступак, *Н. Бодирога,* Теорија извршног поступка, Београд, 2012, стр. 17.

[10] Исто тако, покретању извршног поступка може следовати парнични поступак у којем се расправља и одлучује о дозвољености извршења.

[11] Више: *Р. Кеча,* О основним начелима Закона о извршењу и обезбеђењу, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1/2012. стр. 161–163.

[12] Чл. 17 ст. 1 ЗИО.

II

У свим редакцијама извршног законодавства после Другог светског рата у употреби је термин „правни лек“, уз одређивање радњи које су обухваћене наведеним појмом. [13] Ово значење се ограничава на одређени круг процесних радњи странака или трећих лица у поступку. Све остале радње, осим оних које се изричито означавају као правни лек, не одређују се тако мада је њима могуће доводити у питање одлуке или радње суда, односно извршитеља. У теорији се, међутим, сматра да је, када се ради о радњама које су по регулативи извршног поступка означене као правни лекови, прикладније говорити о правним средствима странака или других учесника у извршном поступку.[14] [15] Евидентно је да се не може очекивати да у овом поступку наведени појам у потпуности одговара идеји правног лека која постоји у парничном поступку већ на основу чињенице да се ради о поступцима који, мада представљају део истог, грађанског судског поступка, представљају посебне целине.[16] Парнични поступак, као когниционо служи разјашњењу

[13] У наведеном значењу термин „правни лек“ се користи у наслову и тексту чл. 8 ЗИП 78, наслову и тексту чл. 8 ЗИП ЗИП 00, наслову и тексту чл. 12 ЗИП 04, наслову и тексту чл. 39 ЗИО 11, као и у наслову и тексту чл. 24 ЗИО.

[14] *С. Трива, В. Белајец, М. Дика*, Судско извршно право, Загреб, 1980, 281. Као аргументација за наведени став се наводи да је термин „правно средство“ погоднији јер по неком од правних лекова може доћи до упућивања на парницу која се јавља као допунски метод стављања ван снаге неправилних и незаконитих одлука суда у извршном поступку. То потврђује и постојање радњи којим се тражи отклањање неправилности у спровођењу извршења чиме се редовно не побијају никакве одлуке него се изражава противљење поступању службеног лица. *Б. Познић, В. Ракић Водинелић,* Грађанскопроцесно право, Београд, 2010, 500. У основи наведени став следи и *Н. Бодироґа*, Нови извршни поступак, Београд, 2017, 314, 315, али се у даљем излагању везује за законску терминологију и тамо садржана ограничења.

[15] У теорији се у најширем значењу под правним средством подразумевају радње (предлози и захтеви) странака и других учесника у поступку које за циљ имају, не само да отклоне недостатке судских одлука, него и недостатке у спровођењу поступка или других процесних последица које могу настати услед предузимања или непредузимања одређених радњи у поступку. Овом се дефиницијом обухватају и правни лекови. У ужем значењу то би била сва правна средства осим правних лекова, који би представљали посебну квалификовану категорију процесних радњи. *М, Дика,* Грађанско парнично право, Правни лијекови, Загреб, 2010, 6. Ако се правно средство одреди у свом ширем значењу оно би обухватало и правне лекове што би само значило да се један ужи појам замењује ширим. У ужем значењу дефиниција правног средства би искључивао правне лекове. Ако би се усвојио тај приступ у извршном поступку уопште не би било правних лекова чак и онда када се ради о радњи која у свему има обележје правног лека која није праћена могућношћу да се тим поводом странка упити на покретање парничног поступка. Дакле, у оквирима правних лекова одређених извршном регулативом било би потребно раздвојити она која су то у пуном значењу појма од оних која то нису. Питање је да ли се тим приступом нешто добија.

[16] Потребно је имати у виду да је и у оквирима парничног поступка могуће довести у питање начин на који је одређен круг радњи којима се даје значај правног лека. Према решењима српског а раније важећег југословенског парничног законодавства правни лекови

спорне правне ствари док је поступак принудног извршења као предмет има остваривање права извршног повериоца применом (државне) принуде.[17] Ова разлика одлучујуће утиче на различиту организацију процесних установа, начела и структуру поступка укључујући одређивање значења радњи странака у поступку и њихово појмовно одређивање. Разлике на спречавају употребу истих појмова уз постојање свести да они у парничном, извршном или ванпарничном поступку имају различит садржај и значај примерен циљевима и организацији одређеног вида правне заштите. У наведеном смислу може се прећи преко разлика које постоје у односу на основна обележја правних лекова у парничном поступку која се имају у виду када се покушава одредити природа радњи које се у извршном поступку одређују као правни лекови. Она то јесу јер их закон тако одређује. Дакле, постоји правнодогматски разлог да се у извршном поступку посебно издвоји групација радњи које се сматрају правним лековима у односу на све остале које нису тако нормативно квалификоване.[18] [19] С друге стране, одлуке које се доносе у извршном поступку престављају акт примене права, материјалног или процесног, при чему се не искључује постојање грешака у поступању и одлучивању. Радњама које се у извршном поступку означавају као правни лекови странке

се разликују према томе да ли се њима побијају судске одлуке које још нису стекле правноснажност или се правним леком побијају одлуке које су то већ постале. У наведеном значењу правни лекови могу бити редовни и ванредни. Међутим, у нама блиским процесним системима правним леком се сматрају само оне процесне радње које одговарају редовним правним лековима у српском праву. Радње које одговарају ванредним правним лековима сматрају се процесним средством. Битно за појам правног лека у аустријском и немачком праву престављају два својства – деволутивност и суспензивност правног лека. Из перспективе тих процесних система ванредни правни лекови српског права не би се могли сматрати правним леком.

[17] *W. Rechberger,P. Oberhammer*, Exekucionsrecht, Wien, 2009, 2.

[18] У наведеном смислу: *Б. Старовић*, Коментар Закона о извршном поступку, Нови Сад, 1991, 33.

[19] Потребно је имати у виду да је идеја правних лекова пре свега везана за процесне инструменте којим се омогућава контрола побијаних одлука из оних разлога који могу довести у питање њихову законитост – како због грешака у суђењу тако и грешака у поступању. Правни лек преставља повод да се на споменуте недостатке реагује укидањем или преиначењем побијане одлуке. У извршном поступку ово правило битно релативизира околност да одлука суда, према ономе чиме располаже у тренутку одлучивања, може бити у свему законит акт али се, тек по изјављивању правног лека може показати да нису испуњени процесни услови за одређивање и спровођење извршења. На пример, јер је извршење одређена на основу извршне исправе за коју је тек правном леку извршног дужника суд сазнао да је та исправа поништена, укинута, преиначена или стављена ван снаге. Исто тако битно обележје овог поступка је у томе што се судска одлука доноси а да противној странци, извршном дужнику, није омогућено претходно изјашњење о захтеву за извршење. Ситуација је донекле аналогна оној која постоји у парничном поступку у случају издавања платног налога када суд одлучује на поднете тужбе и тек по пресуђењу, издавању платног налога, тужена странка добија прилику изјашњавања о захтеву тужбе. Ово је престављало и повод да се у теорији правни лек извршног дужника сагледава и као акт његове одбране. У наведеном смислу: *М. Кнежевић* у *Р. Кеча, М. Кнежевић*, 577–579.

добијају прилику побијања тих одлука из оних разлога који доводе у питање њихову законитост што и јесте суштинско обележје идеје правног лека у сваком поступку. Исто тако, за разлику од парничног поступка у којем је на нормативном плану јасно изражена подела правних лекова на редовне и ванредне, у извршном поступку такве поделе се не наглашава нити ју је могуће доследно остварити. У начелу жалба и приговор немају суспензивно дејство пуног капацитета јер по правилу не осујећују спровођење извршења.[20] Ово обележје наведених правних лекова у битноме доводи у питање њихово одређивање као редовних. Међутим, с друге стране ради се о побијању одлука које још нису стекле правноснажност при чему правни лек одлаже њено наступање. Из наведеног разлога у теорији се ови правни лекови најчешће одређују као редовни уз сву условност наведеног квалификатива.[21]

III

Као што је истакнуто, од једне до друге редакције извршног законодавства мењан је систем правних лекова. Према одредбама ЗИП 78 решење о извршењу се могло побијати приговором и жалбом.[22] Приговор је престављао правни лек извршног дужника заснован на разлозима опунгационе или опозиционе природе,[23] а ако је одлука о приговору зависила од неке, спорне чињенице која се тицала самог потраживања суд је упућивао извршног дужника да покрене парнични или неки други поступак ради проглашења недопуштености извршења.[24] Разлог за жалбу су могли бити и недостаци који су се односили на саму извршну исправу на основу које је одређено извршење.[25] Посебна правила била су прописана за приговор против решења на основу веродостојне исправе.[26] [27] Жалба је била радња побијања осталих

[20] Чл. 25 ст. 3; чл. 135 ст. 1 ЗИО.

[21] У наведеном смислу: *Н. Бодироґа*, Нови извршни поступак, 316, 334; *Г. Сшанковић, В. Боранијашевић*, Право извршења и право обезбеђења, Косовска Митровица, 2017, 121; *М. Кнежевић* у *Р. Кеча, М. Кнежевић*, 573, 576.

[22] Чл. 8 ЗИП 78.

[23] Чл. 48–55 а ЗИП 78.

[24] Чл. 54 ЗИП 78.

[25] Чл. 50 ЗИП 78.

[26] Чл. 55–55а ЗИП 78. Као прво, дужник у приговору није био дужан одредити у ком делу побија решење о извршењу а ако то није учинио сматрало се да га побија у целини . Изјављивање овог приговора који није ни морао бити образложен доводило је до стављања ван снаге решење о извршењу уз укидање свих спроведених радњи а поступак се настављао као посебни парнични поступак поводом приговора против платног налога. Исто се поступало и у случају ако је предмет приговора био део решења о извршењу којим одређено извршење, чл. 55 а ЗИП 78.

[27] У теорији се, са разлогом сматрало, да до упућивања на парницу не долази ако је извршни дужник пре покретања извршног поступка покренуо парнични поступак у којем је декларaторном тужбом захтевао утврђење да је његова обавеза установљена у извршној испра-

решења. Међутим, постојала су она за која је изричито прописано да не могу бити побијана овим правним леком. Против решења донетог поводом приговора дужник је имао право жалбе. Против одлука које су се доносиле у форми закључка није било допуштено изјављивање правног лека – ни приговора ни жалбе.[28] Исто тако, изричито се искључивала могућност побијања одлука путем ревизије и предлогом за понављање поступка.[29] Од ванредних правних лекова одлуке је било могуће побијати захтевом за заштиту законитости републичког, односно покрајинског јавног тужиоца пред републичким, односно покрајинским врховним судовима. Исто је могао учинити и Савезни јавни тужилац подношењем правног лека о којем је одлучивао Савезни суд.[30]

У наредној редакцији ЗИП од 2000 године жалба се не спомиње.[31] Приговор је престављао једини правни лек у овој редакцији извршног поступка. Разлози за изјављивање правног лека су одговарали оним на основу којих се у претходној редакцији извршне регулативе могао изјавити приговор извршног дужника. У начелу правни лек је допуштен против свих решења донетих у поступку али уз постојање оних за која је изричито прописано да не могу бити побијана овим правним леком.[32] Када се радило о побијању решења о извршењу на основу веродостојне исправе регулатива је одговарала оној која је била прописана ЗИП 78.[33] Недопуштен је био приговор против свих одлука донетих у форми закључка.[34] [35] Као у претходној редак-

ви престала да постоји или је одложено њено испуњење. Тада пресуда којом је правноснажно усвојен наведени захтев везује извршни суд без обзира на евентуално противљење извршног повериоца. Упућивање на парницу губи сваки смисао јер је о наведеном питању већ правноснажно одлучено. *Б. Старовић*, Коментар Закона о извршном поступку, 1991, 174.

[28] Чл. 8 ст. 7 ЗИП 78.

[29] Чл. 9 ЗИП 78.

[30] У теорији је постојало неслагање у погледу допуштености правног лека Савезног јавног тужиоца. Према једном мишљењу правни лек није могао употребити ако је извршна исправа донета на основу републичког, односно покрајинског прописа. *С. Трива, В.Белајец, М. Дика*, Судско извршно право, Загреб, 1984, 330, 331. По другом мишљењу он је то могао учинити већ на основу околности да је ЗПП 78 савезни пропис. *Б. Старовић,* Коментар Закона о извршном поступку, Београд, 1987, 35. Међутим, иако се наведена мишљења разликују она изражавају идеју по којој се функција овог правног лека поред осталог, изражава и у уједначавању судске праксе.

[31] Једино средство против решења донетих у извршном поступку био је приговор, чл. 49–53 ЗИП 00.

[32] Чл.8 ст. 1 ЗИП 00.

[33] Ако се приговором побијало решење о извршењу у целини или у делу у којем је дужнику наложено испуњење новчаног потраживања тада је извршни суд стављао ван снаге решење о извршењу у делу у којем је одређено уз укидање свих спроведених радњи а поступак се настављао као парнични – као поступак поводом приговора против платног налога, чл. 54 ст. 1 ЗИП 00.

[34] Чл. 8 ст. 5 ЗИП 00.

[35] У ЗПП 00 није спомињана могућност упућивања дужника на парницу или неки други поступак ако постоји спор у погледу чињеница које се односе на само потраживање.

ији извршног законодавства ревизија и предлог за понављање поступка нису били допуштени.[36] Захтев за заштиту законитости се могао изјавити на основу сходне примене одредаба Закона о парничном поступку.[37]

Регулатива ЗИП 04 враћа жалбу у извршни поступак али значајно мења њена изворна обележја.[38] Жалбом извршног дужника побијано је решење о извршењу донето на основу извршне исправе. Радило се о правном леку деволутивно-ремонстративних обележја јер је постојала могућност његовог усвајања и од стране првостепеног суда који је донео решење побијано жалбом. Првостепени суд је могао сам усвојити жалбу извршног дужника ако је сматрао основаном. Исто овлашћење је имао ако се радило о жалби која је изјављена по истеку рока за коју је сматрао да је основана.[39] У супротном, жалба се достављала другостепеном суду на одлучивање. Извршни поверилац је жалбом могао побијати решење о одбацивању предлога за извршење на основу извршне исправе, као и оно којим се тај предлог одбија.[40] Када се радило о решењу о извршењу на основу веродостојне исправе правни лек је био приговор извршног дужника. Ако је приговор изјављен против решења о извршењу у целини или само у делу којим је одређено извршење то је само по себи доводило до укидања решења о извршењу којим је одређено извршење уз укидање већ спроведених радњи а поступак се настављао као поводом приговора против платног налога.[41] Приговором се могло побијати решење донето у такозваном „скраћеном извршном поступку“ у којем су успостављена посебна ограничења везана за допуштеност приговора којим се одступало од општег приступа који је важио када се радило о приговору против решења о извршењу донетог на основу веродостојне исправе.[42] Изричито је, као у претходним редакцијама извршног законодавства, била прописана недопуштеност ревизије и предлога за понављање поступка.[43] На основу сходне примене одредаба ЗПП није се искључивала могућност побијања решења захтевом за заштиту законитости.[44] Против одлука донетих у форми закључка правни лекови нису били допуштени.[45]

У наредној редакцији извршног поступка поновно је мењана регулатива правних лекова.[46] Као и у ЗИП 00 жалба се не спомиње. Једини правни

[36] Чл. 9 ЗИП 00.

[37] Чл. 14 ЗИП 00.

[38] Чл. 13 – 20 ЗИП 04

[39] Чл 14 у вези чл. 19 ст. 1 и 2 ЗИП 04.

[40] О овом решењу више: *Р. Кеча*, Грађанско процесно право, Београд, 2010, стр. 468–473.

[41] Чл. 21 ст. 1 ЗИП 04.

[42] Чл. 12 ст. 3 ЗИП 04. Поступак је био посебно регулисан одредбама чл. 252–259 ЗИП 04.

[43] Чл. 12 ст. 6 ЗИП.

[44] Чл. 27 ЗИП 04.

[45] Чл. 12 ст. 7 ЗИП 04.

[46] Више о систему правних лекова по одредбама ЗИО 11: *Р. Кеча*, Грађанско процесно право, Београд, 2015, 550–557.

лек којим је било могуће побијање био је приговор. Приговор се могао изјавити само против оних одлука, решења за које је то изричито било прописано.[47] Исто је важило и када се радило о побијању закључака.[48] О приговору против решења о предлогу за извршење одлучивао је судија који је донео побијано решење ако је сматрао да постоје разлози за његово усвајање. У супротном, о приговору је одлучивало веће истог суда. Против решења о усвајању приговора које је донео извршни судија противна странка је имала право на приговор о којем је одлучивало веће истог суда.[49] Када се радило о приговору против решења на основу веродостојне исправе, ЗИО 11 је преузео решења која су у ранијој извршној регулативи важила само у такозваном „скраћеном извршном поступку" који је уведен ЗИП 04.[50] У редакцији ЗИО 11 то је постало опште правило. Таксативно је одређен круг разлога због којих допуштено изјављивање приговора извршног дужника против решења о извршењу донетог на основу веродостојне исправе.[51] Од странке се захтевало да циљу доказивања наведених разлога приложи одговарајуће исправе. Остала доказна средства су се искључивала.[52] Приговор се могао односити на побијање решења у целини или у делу којим је обавезан да намири потраживање.[53] Ако је дужник учинио вероватним наводе из приговора то је као резултат имало укидање решења у делу у којем је обавезан да намири потраживање а поступак се настављао као поводом приговора против

[47] Чл. 39 ст. 2 ЗИО 11.

[48] У ЗИО 11, по први пут, уведена је могућност побијања одлука којим се доносе у форми закључка. Чл. 39 ст. 7 ЗИО 11. Решење је, пре свега, последица увођења посебног поступка намирења потраживања по основу комуналних и сличних услуга, чл. 251–256 ЗИО 11, као и увођења извршиоца у овај вид правне заштите. За разлику од правила општег извршног поступка у којем се улога извршитеља ограничавала на спровођење извршења, у поступку намирења потраживања по основу комуналних и сличних услуга извршитељ је добио овлашћење да закључком одлучује о предлогу за извршење, чл. 253 ЗИО 11. Допуштеност приговора је успостављена како би се обезбедила судска контрола његових одлука у поступку, чл. 254, 255 ЗИО 11.

[49] Чл. 44 ЗИО 11

[50] Чл. 252–259 ЗИП 04. Споменути поступак односио се на извршење новчаних потраживања на основу веродостојних исправа ако су странке у поступку биле правна лица, предузетници, физичка лица која обављају делатност ради стицања добити и која имају отворен рачун у складу са прописима о платном промету, укључујући физичко лице које има својство дужника по основу уговора о комерацијалном кредиту. Битно обележје овог поступка је ограничавање разлога због којих је извршни дужник могао уложити приговор уз ограничење доказних средстава који потврђују постојање наведених разлога.

[51] Према чл. 46 ст. 2 т. 1–5 ЗИО 11 приговор се искључиво могао засновати на следећим разлозима: ако потраживање из веродостојне исправе није ни настало, ако је у ту исправу унет неистинит садржај, ако потраживање није доспело, ако је обавеза извршена или на други начин престала да постоји, ако је потраживање из извршне исправе застарело.

[52] Чл. 47, 48 ЗИО 11.

[53] Чл. 49 ст. 2 ЗИО 11.

платног налога.[54] Против овог решења није допуштен приговор.[55] Ако дужник није навео разлоге или није учинио вероватним наводе из приговора судија је доносио решење о његовом одбијању а против овог решења био је допуштен приговор већу истог суда.[56] Приговор је могао ограничити само на побијање дела решења којим је одређено извршење.[57] И у овом законском тексту изричито је прописана недопуштеност ревизије и предлога за понављање поступка.[58] Међутим, за разлику од раније важећег законодавства по којем је, на основу сходне примене одредаба ЗПП, постојала могућност побијања решења одговарајућим правним леком јавног тужиоца промена парничног законодавства искључила могућност употребе овог правног лека у извршном поступку.[59]

IV

У важећој редакцији ЗИО поновно је промењена регулатива правних лекова. Поред приговора странке имају могућност изјављивања жалбе. [60] Поређење важећег са ранијим извршним законодавством показује да је у важећој редакцији ради о знатно широј регулативи.[61] Обележја жалбе у значајној мери одступају од оних које овај правни лек има у парничном поступку тако да се о њој само условно може говорити као о редовном правном леку.

---

[54] По наведеним одредбама било је могуће да, у случају побијања решења у целини, дужник учини вероватним само постојање разлога због који се односе на део решења о одређивању извршења али не и оних који се односе на део решења о намирењу потраживања. Тада је било могуће поступити тако да се списи уступе већу ради одлучивања по приговору или да га судија усвоји, укине решење о извршењу, обустави извршење у целини или у делу уз укидање спроведених радњи, чл. 49 ст. 3 у вези са чл. 44 ст. 1 ЗИО 11.

[55] Чл. 49 ст. 4 ЗИО 11.

[56] Чл. 49 ст. 3 ЗИО 11.

[57] Чл. 49 ст. 1 ЗИО 11. У овом случају долазило је до промене природе приговора са којим се поступало као са приговором против решења о извршењу донетог на основу извршне исправе.

[58] Чл. 39 ст. 6. ЗИО 11.

[59] У ЗПП измењен је концепт правног лека јавног тужиоца. Као прво, захтев за заштиту законитости је преименован у захтев за преиспитивање правноснажне пресуде. Као што показује нови, важећи назив правног лека, предмет његовог побијања могу бити само правноснажне, првостепене или другостепене, пресуде чиме се, за разлику од раније важећег законодавства искључује могућност, побијања решења. Промена је изузетно значајна. Природа одлика које се доносе у извршном поступку осујећује подношење захтева чиме је додатно ограничена могућност приступа највишој судској инстанци.

[60] Чл. 24 ст. 1 ЗИО.

[61] У основна регулатива је садржана у општим одредбама ЗИО, чл. 24–28, док су посебне одредбе о жалби садржане су у чл. 73–84 ЗИО, а оне о приговору и жалби против решења о извршењу на основу веродостојне исправе у чл. 85–107 ЗИО.

Изостаје једно од битних својстава које, из перспективе српског процесног права, преставља обележје редовних правних лекова. Суспензивно дејство жалбе је ограничено. Жалба (и приговор) одлажу извршење само ако је то посебно прописано.[62] [63] И деволутивна својства правног лека могу бити доведена у питање. У пуном значењу деволутивност значи да се контрола законитости поверава суду вишег ранга од оног који је донео побијану одлуку. Ово својство жалбе постоји ако се ради о побијању одлука, решења које су донете од стране (првостепених) судова.[64] Када се жалбом побија одлука јавног извршитеља ова релација изостаје. У односу на јавног извршитеља, суд који одлучује о жалби се не може се сматрати органом вишег ранга чиме се релативизира идеја деволутивности. Надлежни виши суд, односно Привредни апелациони суд одлучује по жалби против решења донетог од стране јавног извршитеља.[65] Нису сва решења која се доносе у првостепеном поступку нападљива жалбом. У ЗИО се полази од начелне допуштености правног лека али уз постојање општег ограничења по којем може бити посебно прописано да одређено решење није допуштено побијати жалбом или да се ради о решењу које се побија приговором.[66] Број изузетака је изузетно широк тако да је жалбу могуће поднети против решења о предлогу за извршење на основу извршне исправе, против решења којим је одлучено о приговору против решења извршењу на основу веродостојне исправе, против решења којим је првостепени суд одбацио жалбу извршног дужника као недопуштену, против решења о обустави поступка, против решења о предлогу за противизвршење. Жалбу је могуће засновати на свим разлозима који могу довести до незаконитости неке судске одлуке. У наведеном смислу то може бити повреда одредаба поступка, погрешна примена материјалног права или погрешно или непотпуно чињенично стање. Када се ради о жалби извршног дужника против решења којим се усваја предлог за извршење на основу извршне исправе посебно се издвајају разлози на којима је могуће засновати правни лек – „разлозима који спречавају спровођење извршења“.[67]

[62] Чл. 25 ст. 3 ЗИО.

[63] Ово дејство има када се жалбом извршног дужника побија решење о извршењу донето на основу веродостојне исправе. Ни ово правило није без изузетка јер се не односи на случај када се извршење захтева на основу менице, чл. 86 ст, 3 ЗИО.

[64] Ради се о побијању решења која су у првом степену донета од стране основних, односно привредних судова, чл. 22 ст. 2, чл. 25 ст. 2 Закона о уређењу судова (ЗУС), Сл. гласник РС“, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017 и 65/2018 – одлука УС, о којима по жалби одлучују виши судови, односно Привредни апелациони суд, чл. 23 ст. 2 т. 3, чл. 26 ст. 1 ЗУС.

[65] Чл. 82 ст. 2 ЗИО.

[66] Чл. 24 ст. 2 ЗИО.

[67] Према одредби чл. 74 ЗИО, извршни дужник у жалби може истицати разлоге који спречавају спровођење извршења: 1) ако исправа на основу које је донето решење о извршењу нема својство извршне исправе; 2) ако је извршна исправа на основу које је донето решење

У нашој теорији ова групација разлога се означава као „посебни разлози за побијање решења“ уз постојање „општих“ којим се наведена одлука може побијати због грешака у поступању и одлучивању – погрешне примене материјалног права, погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања као и битних повреда одредаба поступка.[68] За разлику од општих разлога побијања решења о извршењу али и свих осталих решења који се односе на незаконитост побијане одлуке, посебни разлози најчешће немају наведени значај.[69] Ова групација разлога може бити повод да се о њиховом постојању не одлучује у извршном него у парничном поступку када између странака постоји спор о чињеницама које се односе на само потраживање.[70] Већ по дефиницији, на ове, опозиционе разлоге, може се позвати само извршни дужник. То је и странка која је овлашћена на покретање парничног поступка у циљу утврђивања недопуштености извршења.[71] Евентуално покретање парничног поступка не доводи у питање остваривање начела формалног легалитета нити доводи у питање материјалну правноснажност извршне исправе на основу које је одређено извршење јер се ради о чињеницама које су настале по наступању њене правноснажности. Разликује се и сам захтев. Када се ради о решењу о извршењу на основу неауторитативних извршних исправа као повод за парнични поступак у обзир долазе сви разлози који утичу на постојање и остваривост потраживања без обзира на време наступања чињеница на које се позива у захтеву за утврђење недопуштености извршења.[72] Ни двостраност правног лека није гарантована. Правило је да се (првостепеном) суду препушта одлучивање да ли ће жалбу доставити на одговор.[73]

о извршењу поништена, укинута, преиначена, стављена ван снаге или није извршна; 3) ако су судско или управно поравнање или јавнобележнички записник о поравнању на основу којих је донето решење о извршењу поништени или на други начин стављени ван снаге; 4) ако није протекао рок за испуњење обавезе извршног дужника; 5) ако обавеза извршног дужника зависи од претходног или истовременог испуњења обавезе извршног повериоца или од наступања услова, а извршни поверилац није испунио своју обавезу или није обезбедио њено испуњење или услов није наступио;6) ако је потраживање престало на основу чињенице која је настала у време када извршни дужник више није могао да је истакне у поступку из кога потиче извршна исправа или после закључења судског или управног поравнања или јавнобележничког записника о поравнању; 7) ако потраживање није прешло на извршног повериоца или ако обавеза није прешла на извршног дужника; 8) ако је протекао рок у коме може да се захтева извршење; 9) ако је извршење одређено на стварима и правима који су изузети од извршења или на којима је извршење ограничено; 10) ако је потраживање које је досуђено у извршној исправи застарело; 11) ако је у решењу о извршењу одређен месно ненадлежан јавни извршитељ.

[68] *Г, Станковић, В. Боранијашевић,* 123, 124.

[69] Види текст у напомени 41.

[70] Чл. 81 ЗИО.

[71] Чл. 81 ст. 1 ЗИО.

[72] *М. Кнежевић, у Р. Кеча, М. Кнежевић*, 579.

[73] Чл. 83 ст, 2 ЗИО

Изузетак је жалба дужника против решења о извршењу на основу извршне исправе.[74] Жалба је орочени правни лек. Рок за подношење жалбе износи осам дана рачунајући од дана достављања побијаног решења.[75] Најзад у неким случајевима жалба преставља условљени правни лек. Може се изјавити само ако се ради о решењу које је претходно побијано приговором. Пропуштањем изјављивањем приговора решење постаје правноснажно и сходно реченом ненападљиво жалбом. За разлику од парничног поступка у којем другостепени судови поред ревизијских имају и касаторна овлашћења важеће извршно законодавство изричито ограничава могућност укидања одлуке побијане жалбом – суд је само може потврдити или преиначити.[76]

Као што је речено, ЗИО полази од начелне допуштености жалбе али уз прописивање општег ограничења по којем је могуће посебно одредити да је овај правни лек недопуштен када се ради о побијању конкретних решења или су у питању решења која се побијају приговором.[77] Круг изузетака је којим се ограничава допуштеност жалбе је бројан што од приговора чини основни правни лек у извршном поступку – мада, за разлику од жалбе, његова допуштеност мора бити посебно прописана.[78] [79] По правилу, допуштеност једног искључује други правни лек.[80] Доношење одлуке по приговору

---

[74] Чл. 77 ст. 1 ЗИО.

[75] Чл. 25. ст. 1 ЗИО.

[76] Чл. 26 ЗИО. Решење којим се поводом жалбе (и приговора) забрањује укидање решења и враћање предмета на поновно одлучивање уведено је у циљу ефикаснијег остваривања правне заштите. Међутим, у теорији се са разлогом указује да се ради о приступу који није могуће у потпуности остварити због разлога на којим је заснован правни лек којим се одбија или одбацује предлог за извршење. Више: Н. Бодирога, Нови извршни поступак, 324, 325. Споменута забрана је заправо преузета из ЗПП у којем је изражена у нешто мекшем облику са циљем да осујети раширену праксу вишекратног укидања пресуде у истом предмету. Решење је уведено ЗПП 04 али је задржано и у важећем парничном законодавству, чл 383 ст. 4 ЗПП. Дакле, ако је у истом предмету пресуда већ једном била укинута а жалба се заснива на погрешно или непотпуно утврђеном чињеничном стању и или битним повредама парничног поступка другостепени суд мора одржати расправу и одлучити у меритуму. Укидање се искључује. И ово решење, као и оно у извршном поступку, није могуће остварити у апсолутном значењу а да то остане без значајних процесних последица. Више: *Р. Кеча*, „О другостепеној расправи у парничном поступку“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2/2006, стр. 201–215.

[77] Чл. 24 ст. 2. ЗИО.

[78] Чл. 24 ст 3 ЗИО,

[79] Решења која је допуштено побијање овим правним леком су бројна. Види: чл. 13 ст. 4, 28 ст. 3, 34 ст. 5, 35 ст. 5, 61 ст. 4, 68 ст. 4, 69 ст. 4, 72 ст. 4, 85 ст. 2, 89, 97, 102, 108 ст. 1, 110 ст. 1,124 ст. 2, 127 ст. 5, 130 ст. 4, 131 ст. 6, 132 ст. 6, 291 ст. 3, 340 ст. 5, 341 ст. 4, 342 ст. 2, 366 ст. 2, 396 ст. 1, 398 ЗИО.

[80] Изузетак се односи на допуштеност жалбе против решења донетог по приговору извршног дужника против решења о извршењу на основу веродостојне исправе, чл. 24 ст. 4 ЗИО. У свим осталим случајевима жалба је недопуштена. И супротно, решења која је могуће побијати жалбом није допуштено побијати приговором.

исцрпљује даљу могућност њеног побијања тако да поступак по правном леку, по правилу, окончава на нивоу првостепене (судске) инстанце. У истим оквирима али пре свега у циљу контроле одлука које се доносе од стране јавног извршитеља може доћи до својеврсног „дуплирања" правног лека када се ради о приговору трећег лица. Треће лице које тврди да на предмету извршења има неко право које спречава извршење може приговором тражити од јавног извршитеља да се извршење на том предмету прогласи недозвољеним.[81] Против решења о одбацивању или одбијању овог приговора може поновно изјавити приговор о којем одлучује суд.[82] Приговор преставља ремонстративан правни лек али уз постојање сличне резерве као оне која се односи на деволутивност жалбе којом се побија решење јавног извршитеља. У пуном значењу ремонстративност би подразумевала да по правном леку поступа онај исти суд који је донео побијану одлуку као што је приговор против платног налога или предлог за понављање поступка у парничном поступку. Међутим, о правном леку, приговору, против решења која је донео јавни извршитељ не одлучује извршитељ који је донео побијано решење – одлучује (првостепени) суд. Као што је речено, приговор може бити од условљавајућег значаја за допуштеност жалбе против решења о извршењу на основу веродостојне исправе. Када се ради о приговору против решења о извршењу на основу веродостојне исправе правни лек се сегментира према предмету побијања.[83] Као прво приговор се може поднети против дела решења којим се извршни дужник обавезује да намири новчано потраживање.[84] Приговор може бити ограничен на побијање дела решења којим су одређени средство и предмет извршења.[85] Најзад, извршни дужник га може побијати у целини.[86] Од дужника се захтева да јасно одреди границе побијања решења. У супротном, постоји реалан ризик наступања штетних последица по ову странку у поступку. Ако изјави приговор без одређивања граница побијања постоји фикција да решење побија само у делу који се односи на одређивање средства и предмета извршења.[87] Дакле, да би се решење испитивало у целини

[81] Чл. 108 ст. 1 ЗИО.

[82] Чл. 110 ст. 1 ЗИО.

[83] Исто важи и када се ради о приговору извршног дужника против решења донетог у поступку намирења новчаних потраживања насталих из комуналних и сродних делатности. Чини се сасвим непотребно понављање одредаба које се односе на приговор против решења о извршењу на основу веродостојне исправе. У наведеном смислу приговор се може ограничити на побијање дела решења којим се дужник обавезује да намири новчано потраживање, чл. 401–405 ЗИО, дела решења којим су одређени средство и предмет извршења, чл. 406–408 ЗИО, као и на побијање решења о извршењу у целини, чл. 409–413 ЗИО.

[84] Чл. 89–93 ЗИО.

[85] Чл. 97–99 ЗИО.

[86] Чл. 102–105 ЗИО.

[87] Чл. 88 ст. 3 ЗИО.

потребно је да извршни дужник то изричито захтева. У супротном одлука којом се обавезује да намири новчано потраживање, која заправо има значај решења о извршењу али истовремено и значај извршне исправе, постаје правноснажна јер се сматра да није ни побијана. Не мења на ствари што овим поводом извршни дужник може покренути парнични поступак у циљу утврђивања недопуштености извршења. Евентуално покретање парнице не осујећује извршење. Оно што дужник може остварити јесте (само) промена средства и предмета извршења.[88] Када се ради о побијању закључака, одлука које се односе на предузимање извршних радњи или управљање поступком, ЗИО забрањује њихово побијање. Не допушта се ни приговор ни жалба.[89] Као што је у најгрубљим цртама приказано, из перспективе нормативних решења ЗИО, систем правних лекова је ограничен на жалбу и приговор при чему је организација ових правних лекова изузетно комплексна. Ако се ти правни лекови посматрају кроз призму остваривања појединачних интереса странака евидентно је да знатно више подржавају интересе повериоца у односу на извршног дужника.

Као у свим претходним редакцијама извршног законодавства, изричито се прописује недопуштеност ревизије и предлога за понављање поступка.[90] Као што је наведено, од доношења важећег ЗПП промењена концепција правног лека јавног тужиоца осујећује могућност да се његовим правним леком оствари побијање одлука донетих у извршном поступку.[91] Евидентно је да при постојећим нормативним решењима, према њиховом дословном значењу, правни лекови којима је могуће побијати одлуке у извршном поступку досежу само до другостепене инстанце. Када се ради о решењима која су

[88] Поређење важећег са изворним решењем ЗИП 78 показује да се ради о битно различитим нормативним приступима. Према изворној редакцији било је довољно да је извршни дужник поднео приговор и да то за последицу има стављање ван снаге решења о извршењу на основу веродостојне исправе уз укидање свих спроведених радњи. Дужник није морао ни образложити свој правни лек, чл. 55 ЗИП 78. Ако се узме у обзир да у извршном поступку странка не мора бити заступана квалификованим пуномоћником нити мора имати потребно стручно знање евидентно је да важеће решење фаворизује повериоца који није у претходно вођеном когниционом поступку доказао постојање свог потраживања. У одредбама о садржају решења о извршењу на основу веродостојне исправе не постоји одредба о поучавању странака о праву на правни лек, односно приговор, чл. 67 ЗИО. Чак и ако би се, применом одредбе чл. 66 ст. 1 ЗИО о садржају решења о извршењу или на основу сходне примене ЗПП о дужности суда о поучавању парничних странака о праву на правни лек, давало одговарајуће упутство у њему се странка, извршни дужник, не поучава о томе да је потребно одредити границе побијања решења о извршењу на основу веродостојне исправе. Као што је приказано наведена решења у битном погоршавају процесну позицију извршног дужника.

[89] Чл. 24 ст. 5 ЗИО.

[90] Чл. 27 ст. 3 ЗИО.

[91] О разлозима, више у напомени 84.

донета од стране судова опште надлежности поступак се може пренети само до нивоа виших судова као судова ограничене инстанционе надлежности.[92]

V

Као што је приказано извршни поступак према важећим решењима преставља грађански судски поступак у којем је на нормативном плану ограничен приступ највишој судској инстанци –Врховном касационом суду. Ни једним (расположивим) правним леком није могуће исходити одлучивање те, највише инстанце у конкретном извршном предмету. Ради се о услову без чијег испуњења не може бити говора о постојању потребних гаранција за успостављање јединствене судске праксе.[93] У основи наведено решење преставља израз општег приступа према методу остваривања овог циља у нашем праву. Изузимајући извршни, стечајни и поступак обезбеђења, у готово свим поступцима који спадају у грађански судски поступак ипак постоји могућност да се правним леком исходи одлучивање Врховног касационог суда и тако створе услови да се актом суђења обезбеди јединствена примена права. [94] Више је разлога због чега је споменуто ограничење успостављено у оквирима извршног поступка.

Први се тиче метода уједначавања судске праксе у целини. Упоредо су успостављена два посебна метода. Први преставља уједначавање судске праксе одлучивањем највише судске инстанце у конкретном предмету до којег долази изјављивањем ванредних правних лекова деволутивних својстава – ревизије и захтева за преиспитивање правноснажне пресуде, раније захтева за заштиту законитости. Други се испољава као делатност највише судске инстанце али изван суђења – заузимањем правних ставова или остваривањем наведеног циља давањем одговора на питања постављена од стране судова нижег ранга или заузимањем ставова о одређеним правним питањима на основу резултата судијских саветовања.[95] Овај начин уједначавања судске

[92] Чл. 23 Закона о уређењу судова, Службени гласник РС, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 – одлука УС.

[93] О целини разлога за антиципирање наведеног страва: *М. Кнежевић*, Уједначавање судске праксе у Републици Србији – стање ствари и предлози за реформу, Уводни реферат на Округлом столу истог назива одржаном 2. 02. 2018. године у Београду, British Council, passim.

[94] Вредносно ограничење од којег зависи допуштеност ревизије у општем парничном поступку не претпоставља потпуну њену потпуну забрану јер и у тим предметима Врховни касациони суд, у смислу одредбе чл. 404 ЗПП, може допустити овај правни лек ако је то потребно ради разматрања правних питања од општег интереса, правна питања у интересу равноправности грађана, ради уједначавања судске праксе или ако је то потребно због новог тумачења права. Ради се о решењу које је у основи преузето из раније важећег прописа, чл. 395 ЗПП 04.

[95] Више о овим формама уједначавања судске праксе изван суђења: *М. Кнежевић*, Уједначавање судске праксе у Републици Србији – стање ствари и предлози за реформу, 6–11.

праксе подразумева да се о одређеном правном питању одлучује изван конкретног поступка и хипотетички. Потиче из времена када је надлежност изван суђења од стране највиших судских инстанци имала одговарајућу уставноправну подлогу изражену у систему јединства власти примереног државама социјалистичког типа. Напуштање овог модела и увођење система поделе власти није добило одговарајуће изразе на процесном плану.[96] И даље се задржала идеја о уједначавању судске праксе на два посебна колосека – као акт суђења највише судске инстанце у конкретним предметима али и на основу ставова те инстанце који су заузимани изван суђења. Постојање овог другог колосека релативизирало је дефицит правних лекова којим се омогућава приступ врховној судској инстанци у неким судским поступцима укључујући и извршни. Сматрало се да је наведено ограничење могуће надоместити споменутим формама заузимања начелних правних ставова или мишљења датих изван конкретног поступка.

Међутим, као што је приказано, основна дилема редактора извршног законодавства донетог после Другог светског рата изражавала се на једном другом плану – да ли је и у овом поступку потребно обезбедити правни лек који омогућава контролу побијане одлуке из свих оних разлога који доводе у питање њену законитост и од стране суда вишег ранга од оног који је одлучивао о захтеву за извршење или је то потребно препустити истом суду који је донео побијану одлуку. У извршном поступку то је значило избор између жалбе или приговора.[97] Околност да је на уставном плану гарантовано право на жалбу или друго правно средство је послужила као подлога да се у неким редакцијама извршне регулативе правни лекови ограниче само на приговор у значењу уставом гарантованог правног средства. Разлога за које се сматрало да оправдавају наведено ограничење је више. У првом реду то је била идеја остваривања ефикасности извршног поступка али и околност да у неким случајевима постоји могућност остваривања правне заштите у парничном поступку подизањем извршних тужби. Међутим, ни жалба ни приговор нису престављали правне лекове који су могли омогућити остваривање јединствене судске праксе.

---

[96] Прво је чл. 9 Устава Републике Србије из 1990. године, Службени гласник РС, бр. 1/1990 прокламован систем поделе власти који је после прихваћен и у чл. 12 Устава СРЈ од 1992. године, Службени лист СРЈ, бр. 1/1992. У важећем Уставу Републике начело поделе власти одређује чл. 9 Устава Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 98/2006.

[97] Ради се о проблему који је у одређеној мери последица уставних формулација које се у готово неизмењеном садржају понављају од Устава СФРЈ од 1974 . године. Одредбом чл. 180 ст. 2 Устава СФРЈ установљено је право на жалбу или друго правно средство против судских одлука, одлука, одлука државних или других органа или организација. Сви касније уставни текстови следе наведени приступ – чл. 26 ст. 2 Устава СРЈ од 1992. године, чл. 22 ст. 2 Устава РС 1990. године, чл. 36 ст. 2 Устава РС од 2006. године.

Евидентно да је питање уједначавања судске праксе путем правних лекова у извршном поступку било од маргиналног значаја. Све до доношења важећег ЗПП и промене обележја правног лека јавног тужиоца ипак је постојала могућност да се захтевом за заштиту законитости постигне одлучивање највише судске инстанце у конкретном извршном предмету. Међутим, и док је та могућност постојала, овај правни лек није могао послужити као погодан инструмент остваривања јединствене примене права јер је пре свега служио заштити јавног интереса чиме је битно ограничена његова употреба у извршном поступку – у мери која је доводила у питање остваривање наведеног циља.[98] Доношењем важећег ЗПП и променом предмета побијања, правни лек јавног тужиоца је престао бити примењив у извршном поступку јер је ограничен на побијање само оних одлука које се доносе у форми пресуде.

Постојање резервног механизма уједначавања судске праксе ван суђења био је, све до доношења важећег ЗИО, основни разлог због којег се постојање правних лекова у извршном поступку није ни везивало за остваривање наведеног циља. Приликом доношења ЗИО као одлучујући аргумент за враћање жалбе у поступак наведена је идеја уједначавања судске праксе која би у супротном остала на нивоу основних и привредних судова као првостепених судова.[99] Међутим, разлози садржани у Образложењу Предлога

[98] Не мења на ствари то што је по ЗПП 04, поред јавног тужиоца, правни лек супсидијарно могла изјавити и странка – ако јавни тужилац не прихвати њену иницијативу (предлог) за подношење захтева, чл. 418 ЗПП 04. Правни лек није мога послужити као погодно средство за остваривање јединствене примене права због ограничења разлога из којих се могао поднети, чл. 417 ЗПП 04 – само ако је суд побијану одлуку засновао на недопуштеном располагању странака, чл. 361 ст. 2 т. 5 ЗПП 04. На повреду би се позивала странка која је предузела недопуштено располагање на којем је заснована побијана одлука. Противна страна то није могла чинити због недостатка правног интереса.

[99] У Образложењу Предлога ЗИО на више места говори се о остваривању наведеног циља поновним враћањем жалбе у у извршни поступак. Тако: „Контрола најважнијих судских аката донетих у извршном поступку (пре свега решења о извршењу и решења о обустави поступка) и поступку обезбеђења свршава се на нивоу основних и привредних судова. Ни у есенцијалним питањима није могуће уједначити праксу на нивоу виших судова, односно Привредног апелационог суда“. На другом месту се даје нешто шира аргументација: „Жалба је израз тежње да се уједначи пракса основних судова и привредних судова и дозвољена је само против решења која су за странке и судове најбитнија. Има двоструки правно-политички циљ: да омогући странкама у поступку (извршном повериоцу и извршном дужнику) да о њиховим правила и обавезама, у најважнијим питањима, одлучује суд који је компетентнији од првостепеног суда: виши суд (кад се жалбом побија решење основног суда) или Привредни апелациони суд (кад се жалбом побија решење привредног суда). Други циљ је већ наведен: уједначавање судске праксе у најбитнијим питањима. Истина је да се, барем решење о извршењу на основу извршне исправе, као одлука којом се усваја предлог извршног повериоца, заснива на извршној исправи и на начелу формалног легалитета према коме се не може у извршном поступку одступити од извршне исправе. Најчешће се на томе заснивају ставови према којима против решења о извршењу на основу извршне исправе не треба дозволити жалбу, већ приговор, о коме одлучује суд који је решење донео; поред

важећег ЗИО могу се разумети и нешто другачије. Као прво, посредно изражавају став редактора према делотворности уједначавања праксе у извршном, али и другим поступцима на основу правних ставова највише судске инстанце заузетих изван суђења. Тај се метод доводи у питање. У супротном било непотребно говорити о уједначавању судске праксе увођењем жалбе у извршни поступак. Ако су ставови заузети изван суђења делотворан метод уједначавања судске праксе свеједно је да ли овај правни лек постоји или се могућност побијања одлука ограничава на приговор. Друго је питање што новоуспостављени систем правних лекова није у стању да обезбеди јединствену примену права у извршном поступку јер се истим досеже само нивоа

тога, о извршној исправи је већ одлучивано најчешће у когниционом (парничном), у њему су довољно коришћени правни лекови, укључујући и жалбу, она је правноснажна и извршна, што искључује потребу да се у извршном поступку поново дозвољава жалба. Пренебрегава се, при томе, да предмет жалбе на решење о извршењу на основу извршне исправе није извршна исправа, да се жалбом не побија законитост и правилност извршне исправе (у том случају жалба у извршном поступку супстанцијално би представљала ванредни правни лек у поступку из кога потиче извршна исправа), већ да се жалбом побија дејственост извршне исправе. Другим речима, жалбом у извршном поступку побија се подобност да се на извршној исправи заснује принудно извршење, не и сама извршна исправа. Најтипичнији пример је испуњење потраживања извршног повериоца после настанка извршне исправе. Онда извршна исправа опстаје, законита и правилна, али више не постоје разлози за принудно извршење потраживања на које извршна исправа гласи. Правним леком се решење о извршењу на основу извршне исправе, поред већ знаних разлога прописних Законом о парничном поступку (примена материјалног права, непотпуно и погрешно утврђено чињенично стање, повреде поступка – члан 74), побија и из посебних разлога којима делују тако да спречавају извршење (већ поменути престанак обавезе из извршне исправе испуњењем, застарелост потраживања утврђеног извршном исправом, укидање или преиначење правноснажне извршне исправе, промена странака после правноснажности извршне исправе, итд.) – члан 74. Углавном је реч о разлозима који су настали после извршне исправе и чија листа није мала. Та бројност и могућност различитог решавања истих или сличних питања која се постављају у пракси, јесте један од разлога због којих се овим законом предвиђа жалба против решења о извршењу, а не приговор као у важећем закону. У прилог интервенције вишег, инстанционог суда против решења о извршењу на основу извршне исправе говори и нестабилност у којој се правосуђе Републике Србије налази после неуспешне реформе судског система, али и због различитих и међусобно несагласних закона и других прописа. У нашем извршном праву постоје и извршне исправе које не потичу од судова и других извршних органа, њихов настанак није последица делатности државних органа, а њихов број је све већи“. На трећем месту као разлог увођења жалбе се наводи: „Према важећем Закону о извршењу и обезбеђењу странка нема право на жалбу, а само када је законом то изричито прописано дозвољен је приговор против првостепеног судског решења, о коме одлучује исти суд који је донео решење против кога је приговор изјављен. Тако су први и последњи пресудитељи постали основни и привредни судови. Правноснажност судских аката (решења) у извршном поступку и поступку обезбеђења завршава се на првостепеним судовима. То, практично значи да је, рецимо, када је реч о поступању по предлогу за извршење или обезбеђење (доношење привремене или претходне мере, итд.) теоријски могуће да сваки основни суд (односно привредни суд) успостави своју судску праксу, различиту од осталих. Томе нарочито погодује и то што закон, понекад и у основним питањима процесног права, није јасан“.

другостепених инстанци – виших судова и Привредног апелационог суда. Забрана ревизије и предлога за понављање поступка а такође и немогућност побијања одлука захтевом за преиспитивање правноснажне пресуде осујећује приступ Врховном касационом суду у конкретном извршном поступку. Изостаје основни предуслов да се путем правних лекова гарантује и оствари јединствена примена права принудног извршења – како у материјалном тако и у процесном смислу.[100] Дакле, оно што преостаје у остваривању наведеног циља јесу разне форме поступања изван суђења. Може се рећи да у научној али и стручној јавности идеја о уједначавању судске праксе путем заузимања правних ставова изван суђења није била предмет посебног интересовања па ни критике. Није се ни разматрала вредност овог (наслеђеног) метода у светлу уставних решења успостављених деведесетих година прошлог века. Међутим, реч је о моделу који са разлогом може бити доведен у питање. Пре свега на плану његове уставности јер доводи у питање принцип поделе власти који је изричито гарантован Уставом. Противан је идеји независности судства, независности судије у вршењу судске власти а исто тако и положају највише инстанце у судском систему.[101]

У крајњем резултату ово су разлози због којих се идеја уједначавања судске праксе заузимањем ставова највише судске инстанце изван суђења мора напустити као анахрон метод поступања. Чак и ако се споменути дефекти занемаре, његова примена не гарантује остваривање наведеног циља. Упитна је делотворност наведеног метода.[102] Не постоји механизам којим би се гарантовало да ће судови нижег ранга пред којим окончава поступак поступити по ставу Врховног касационог суда заузетом изван суђења. Све док врховна судска инстанца нема могућност да у конкретном предмету наметне поштовање своје одлуке, односно става о одређеном правном питању не може бити говора о постојању минимума потребних услова за уједначавање судске праксе осим, што би било парадоксално, заузимањем новог става који исто тако не мора бити поштован. Сви остали механизми евентуалног притиска на судеће судије како би се наметнуло становиште заузето изван суђења су у директној супротности са идејом независности судије (судија) у вршењу судске власти. Можда најбољи пример колико је тај систем неделотворан показује пракса Врховног касационог суда која се односи на поштовање

[100] Нејасно је шта се добија на плану уједначавања судске праксе ако уместо 82 суда (66 основних и 16 привредних) о жалбама одлучује 26 судова (25 виших и Привредни апелациони суд). У крајњем исходу то значи да је у овом виду правне заштите иста регулатива може тумачити на 26 начина што је по више основа неспојиво са идејом јединствене примене права.

[101] Исцрпније о разлозима који дискредитују наведени метод : М. Кнежевић, Уједначавање судске праксе у Републици Србији – стање ствари и предлози за реформу, 23–38.

[102] Више: *М. Кнежевић*, Уједначавање судске праксе у Републици Србији – стање ствари и предлози за реформу, 40–48.

правних ставова његових одељења.[103] Овом приликом, као парадигматичан за предмет ове расправе али не и усамљен пример, издвајамо правни став Грађанског одељења Врховног касационог суда о допуштености такозване „посебне ревизије". Према овом ставу, који би према дикцији споменуте одредбе чл. 43 ст. 3 Закона о уређењу судова, морала поштовати сва већа у саставу Грађанског одељења, Врховни касациони суд може изузетно дозволити ревизију и онда када она није допуштена по посебном пропису или ЗПП.[104] Ради се о ставу којим би ревизија била допуштена и у извршном поступку ако је потребно да се размотре правна питања од општег интереса или правна питања у интересу равноправности грађана, ради уједначавања судске праксе, као и ако је потребно ново тумачење права. Међутим, грађанска већа Врховног касационог суда прелазе преко овог става сматрајући да у извршном поступку није допуштено изјављивање ревизије.[105] Исто се поступа и ако се ради о другим поступцима за које је прописана недопуштеност ревизије.[106]

VI

Изричито прописана забрана ревизије у извршном поступку може се сматрати проблематичном и у светлу хијерархије важења правних аката – односа законске према уставној регулативи. Уставом се гарантује право на једнаку заштиту права које се не ограничава прописивањем неких додатних услова.[107] Апсолутном забраном приступа врховној судској инстанци у неким судским поступцима заправо се од њега одустаје. Не постоје процесни инструменти којим би се гарантовало и обезбедило поштовања права на једнаку правну заштиту а резервни механизми артикулисани у разним формама одлучивања изван суђења нису, по више основа, у стању да га остваре. Ради се о дефекту који је повод за интервенцију Уставног суда. У значајном броју предмета уставна жалба се заснива на повреди (уставног) начела једна-

[103] Занемарујући овим поводом околност да се ради о методу уједначавања судске заузимањем правних ставова изван суђења који је по више основа у претходном тексту доведен у питање, одредба чл. 43 ст. 3 Закона о уређењу судова, изричито прописује да правно схватање усвојено на седници одељења обавезује сва већа у његовом саставу која би га морала следити у својим одлукама које доносе у конкретним предметима по правним лековима.

[104] Правни закључак усвојен на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда од 23. 06. 2014. године, Билтен ВКС, бр. 1/2015, 318.

[105] Решење 3. већа ВКС којим не допушта поступање по ревизији изјављеној против решења донетог у извршном поступку са образложењем да ЗИО не допушта овај правни лек – Решење од 16. 03. 2017. г, Прев 67/17.

[106] Више о пракси грађанских већа ВКС којима се поступа противно правном ставу Грађанског одељења ВКС и у другим поступцима: *М. Кнежевић*, Уједначавање судске праксе у Републици Србији – стање ствари и предлози за реформу, 42–44.

[107] Чл. 36 ст. 1 Устава.

кости које је последица неуједначене судске праксе. Овим се релативизира став да би допуштањем ревизије у извршном поступку сувише оптеретило Врховни касациони суд.[108] Оно што се њом постиже јесте пребацивање терета са судске на уставносудску заштиту јер се, ограничавањем правних лекова до нивоа другостепених инстанци, битно олакшава приступ Уставном суду. Један од услова за допуштеност уставне жалбе јесте исцрпљивање свих процесних средстава у одређеном виду правне заштите.[109] Због двостепености извршног поступка овај је услов лакше остварив у односу оне поступке у којима постоји могућност изјављивања ревизије. С друге стране, постојање ревизије би битно сузило могућност неједнаког одлучивања судова у стварима у којима постоји исто чињенично и правно стање – у „истој чињеничној и правној ситуацији".[110] Евентуално допуштање ревизије не решава проблем у потпуности али га може значајно смањити.[111] Пример који је дат као илустрација неделотворности уједначавања судске праксе заузимањем ставова изван суђења показује да и у стварима о којим одлучује Врховни касациони суд није могуће у потпуности искључити доношење садржајно супротстављених одлука у истим чињеничним и правним стварима које су последица различите праксе његових грађанских већа. Међутим, евидентно је да је тако где постоји могућност подношења ревизије битно смањен број случајева у којима долази до повреде начела једнакости и, сходно реченом, нема потребе за уставносудском заштитом. Као што је истакнуто, пракса Уставног суда показује да се у претежном делу питање неуједначене судске праксе поставља у оним предметима који окончавају на нивоу другостепених инстанци – што може бити последица опште забране ревизије у појединим поступцима или околности да се ради о предметима у којима правни лек није допуштен применом вредносног ограничења. Из перспективе Уставног суда повреда начела постоји ако је у „истој чињеничној и правној ситуацији" у другим судским поступцима одлучено супротно од онога како је одлучено у ствари која је предмет уставне жалбе. С друге стране, због улоге коју Уставни суд има у правном систему,[112] у претежном делу предмета

[108] Друго је питање да ли за ускраћивање приступа највишој судској инстанци може бити са засновано на овом разлогу. На држави је, да стварањем погодних материјалних и кадровских услова, обезбеди приступ највишој када за то постоје одговарајући разлози – што неуједначена примена права сигурно јесте.

[109] Чл. 170 Устава.

[110] Ради се о устаљеној формулацији у одлукама Уставног суда поводом уставних жалби које се заснивају на повреди начела једнакости у остваривању заштите права.

[111] Пракса Уставног суда показује да до повреде начела једнакости претежним делом долази у предметима у којима поступак окончава на нивоу другостепених инстанци а знатно мање када се ради о ствари у којој је поступао Врховни касациони суд.

[112] Поступајући по жалби Уставни суд не постаје посебна судска инстанца нити врши ту улогу у правном систему. Према одредби чл. 166 ст. 1 Устава он је самосталан и независан

у којим је усвојена уставна жалба због повреде права на једнаку правну заштиту најчешће не долази до поништаја побијане одлуке. Уставни суд утврђује да је у њој одлучено супротно раније донетим одлукама о истом питању али је не (укида) поништава са образложењем да је побијана одлука заснована на „уставно прихватљивом тумачењу материјалног права“ – па се, у циљу правичног задовољења подносиоца уставне жалбе, ограничава се на објављивање одлуке у којој је утврдио повреду начела једнакости. Евидентно је да у описаном оквиру ни одлуке Уставног суда по уставној жалби не могу обезбедити једнообразност у примени права. Дакле, не спречава се упоредно постојање (судских) одлука којим се различито одлучује о истом питању. Пракса Уставног суда показује да се веома често ради о такозваним „ масовним парницама“. Када је, у једном изузетно великом броју парница, некад и у више стотина предмета, основ одлучивања преставља исто правно и чињенично питање које би подразумевало доношење садржајно идентичних одлука а уставна жалба указује да је у одлуци која је предмет побијања одлучено супротно неким раније донетим одлукама.[113] Та околност преставља повод за усвајање уставне жалбе због повреде права на једнаку правну

државни орган који штити уставност, законитост. као људска и мањинска права и слободе. Ова позиција Уставног суда се, готово у идентичном садржају, наглашава у низу одлука Уставног суда . Као пример може се навести у образложење одлуке донете по уставној жалби, Уж – 5384/2010, Сл. гласник РС, бр.61/2013: „Уставни суд и у овом уставносудском предмету констатује да у поступку по уставној жалби није надлежан да преиспитује закључке и оцене редовних судова у погледу утврђеног чињеничног стања, као ни начин на који су редовни судови применили право у поступку ради одлучивања о правима и обавезама подносиоца уставне жалбе. Задатак Уставног суда је, међутим, да испита да ли је у конкретном поступку од стране редовних судова дошло до повреде или ускраћивања Уставом зајемчених права и слобода и да ли је примена процесног, односно материјалног права била произвољна или дискриминациона, чиме би указала на очигледну арбитрерност и неправичност у поступању редовних судова, а на штету подносиоца уставне жалбе, а тиме и на повреду права на правично суђење”.

[113] Различите пресуде редовних судова поводом захтева за исплату накнаде инвалидских примања које се односе на исто чињенично и правно стање па се у низу одлука по уставној жалби утврђује да је дошло до повреде права на једнаку заштиту права. На пример: Уж – 314/2012, Сл. гласник РС, 68/2012; Уж – 4289/2011, Сл. гласник РС, 78/2014; Уж – 7644/12, Сл. гласник РС, 25/2015; Уж – 633/2013, Сл. гласник РС, 90/2013; Уж – 664/2013, Сл. гласник РС, 91/2013, Уж – 813/2013, Уж – 633/2013, Сл. гласник РС, 91/2013; Уж – 881/2013, Сл. гласник РС, 91/2013; Уж – 7259/2012, Сл. гласник РС, 94/2013; Уж – 9212/2013, Сл. гласник РС, 94/2013; Уж – 639/2013, Сл. гласник РС, 98/2013; Уж – 2577/2013, Сл. гласник РС, 98/2013; Уж – 3693/13, Сл. гласник РС, 98/2013; Уж – 634/2013, Сл. гласник РС, 101/2013. Изузимајући Уж – 314/2012, у којој је дошло до поништаја побијане пресуде, у свим осталим предметима повреда је резултирала само јавним објављивањем одлуке Уставног суда о повреди права на једнаку заштиту права. Као групација „масовних парница“ могу се, на пример, издвојити и захтеви ратних ветерана за исплату ратних дневница у којима је Уставни суд утврдио повреду начела једнакости. На пример: Уж – 4879/2010, Сл. гласник РС, 31/2013; Уж – 2021/2011 од 12. 12. 2012. www. уставни. суд, рс ; Уж – 502/2011, Сл. гласник РС, 55/2013; Уж – 2886//10, Сл.

заштиту. Дефект се, међутим, не отклања јер се Уставни суд ограничава на утврђивање повреде права и објављивање своје одлуке по уставној жалби у Службеном гласнику РС, сматрајући да је то преставља правичан вид задовољења подносиоца уставне жалбе. Евидентно је да постојање различитих одлука које и даље упоредо остају на снази у овим (масовним) парницама битно угрожава идеју правне сигурности и што је можда значајније смањује степен поверења у судство. До поништаја долази изузетно – ако је одлука која је предмет побијања заснована на произвољној примени материјалног или процесног права при чему је очигледна арбитрерност и неправичност у поступању суда који је одлучивао о спору.[114]

VII

Поставља се питање у којој би мери (евентуална) допуштеност ревизије осујетила ефикасност извршног поступка па да то буде „оправдан" разлог за постојећу забрану правног лека. Својим општим обележјем ревизија у нашем праву преставља ванредни правни лек несуспензивног дејства. Не преставља разлог за евентуално одлагање извршења. Према реченом њено допуштање не би у ничему довело у питање ефикасност поступка. С друге стране, то би значило стварање потребних услова да највиша судска инстанца актом суђења у конкретном случају обезбеди наметање свога става ако се одлуком судова нижег ранга доводи у питање јединствена примена права.

Приликом доношења ЗИО изгубило се из вида да је од ЗПП 04 битно измењен концепт ревизије. У домену правне заштите која се остварује у парничном поступку јасно је артикулисана идеја о ревизији као правном леку којим се, поред осталог, обезбеђује јединствена примена права што је добило одговарајући нормативни израз приликом одређивања услова од којих зависи допуштеност правног лека.[115] Све до доношења споменутог прописа у првом плану је била заштита интереса парничних странака којим се омогућавао приступ највишој судској инстанци уз постојање неких додатних ограничењем пре свега оних која су се односила на економски значај спора који је изражен у вредности његовог предмета. И у овом раније важећим редакцијама ЗПП ревизија је престављала правни лек којим се остваривала

гласник РС, 103/2012; Уж – 94/2011; Уж – 5544/2011, Сл. гласник РС, 50/2014; Уж – 1171/2011, Сл. гласник РС, 94/2013; Уж – 42/2011, Сл. гласник РС, 115/2013.

[114] У наведеним оквирима Уставни суд приступа укидању побијане одлуке и налаже суду који је одлучивао о спору понављање поступка, као на пример, у предметима: Уж – 5084/2011, Сл. гласник РС, 37/2013; Уж – 863/12, Сл. гласник РС, 41/ 2013; Уж – 244/2013, Сл. гласник РС, 55/2013.

[115] Чл. 404 ЗПП.

идеја јединствене примене права већ на основу околности да је, одлучивањем у конкретним парничним предметима од стране највишег суда, створена могућност да та инстанца наметне поштовање свог става поводом одређеног правног питања – како процесног тако и материјалноправног значаја. Међутим, наведена улога правног лека није била посебно нормативно изражена. Она тај израз добија у ЗПП 04, да би га задржала и у важећем ЗПП. У наведеном смислу ревизију је допуштено изјавити и у оном случају када се ради о спору у којем ревизија не би била допуштена применом општих ограничења ако је то по оцени Врховног касационог суда потребно да се размотре правна питања од општег интереса, правна питања у интересу равноправности грађана, ради уједначавања судске праксе или ако је потребно ново тумачење права. О допуштености и основаности ове ревизије одлучује Врховни касациони суд.[116] Наглашавање ових општих интереса као основа да се допусти приступ највишој судској инстанци прати одговарајућа промена концепције правног лека која донекле усваја решења која су прихваћена у нама блиским процесним системима. У њима је ревизија и даље правни лек странке незадовољне губитком спора али је потребно да тај правни лек изражава и опште интересе који у основи одговарају оним који постоје у нашем праву.

Када се ради о ревизији у аустријском праву, по Новели ЗПО од 1989, године, ревизија је по више основа ограничен правни лек слично решењима која постоје у нашем праву. Прво ограничење се односи на вредност предмета спора или вредност побијане другостепене (призивне) пресуде. У споровима у којим је иста испод 5000 € ревизија се не допушта. Дакле, другостепену пресуду није могуће побијати.[117] Вредност предмета спора, односно побијаног дела другостепене пресуде која прелази наведени износ посредно утиче на допуштеност ревизије али само под условом да је правно питање, материјалноправно или процесно, поводом којег се изјављује правни лек од посебног правног значаја тако да прелази границе конкретног случаја. Има тај значај ако је допуштање ревизије у интересу јединствене примене права

[116] Ако се ревизија изјављује као „посебна“ сваки од наведених разлога преставља повод за њено допуштање. Нејасно је, међутим, због чега су редактори ЗПП у овом случају ревизију ограничили само на погрешну примену материјалног права. Ограничење се може довести у питање у оним случајевима када поступак окончава на нивоу другостепене инстанце а ради се о процесном питању које у свим елементима испуњава услове да се о њима одлучи од стране Врховног касационог суда – јер је од општег интереса, јер је од значаја за равноправност грађана, јер је потребно уједначавање судске праксе, јер је потребно ново тумачење права. Уосталом ово ограничење не постоји у правним системима који су извршили значајан утицај на југословенско а касније и на српско процесно право.

[117] Сматра се да је то пре свега оправдано због растерећења највишег суда. При чему вредност предмета спора не оправдава дуже трајање поступка и трошкове везане за ревизијски поступак тако да се странци која је оштећена другостепеном пресудом не може признати правни интерес за њено побијање. *W. Rechberger, A – D. Simotta*, Zivilprozessrecht, Wien, 507.

(*Rechtseinheit*), правне сигурности (*Rechtssicherheit)* или развоја права (*Rechtsentwicklung*) јер се одлуком другостепеног (призивног) суда одступа од праксе Врховног (ревизијског) суда, или се ради о питању у којем та пракса не постоји или је иста неуједначена.[118] Ако је вредност предмета спора између 5000 и 30000 € ревизију допушта призивни суд у својој пресуди ако су испуњени општи услови прописани одредбом § 502 ст. 1 ÖZPO. Ова ревизија се означава као редовна (*ordentliche Revision*). У наведеним вредносним границама, између 5000 и 30000 €, странка је овлашћена да, од суда који је приликом доношења другостепене пресуде сматрао да нису испуњени општи услови за допуштеност ревизије, ипак тражи да се допусти изјављивање правног лека сматрајући да они постоје – јер се ради о ствари која има посебан значај. У случају усвајања овог захтева странка добија могућност изјављивања ревизије која се тада сматра редовном и у пуном капацитету има суспензивно дејство. Ванредну ревизију (*außerordentliche Revision*), странка може изјавити ако ревизијска вредност прелази износ од 30000 € а другостепени, призивни суд није допустио правни лек сматрајући да се ради о ствари која није од посебног значаја. За разлику од редовне ова ревизија одлаже наступање правноснажности али не и извршности побијане одлуке.[119]

Када се ради о ревизији у немачком праву она је до 2001 године у основи одговарала решењима која сада постоје у српском праву. Допуштеност правног лека је зависила од вредности предмета спора. Ревизија се могла допустити и ако би применом вредносног критеријума била недопуштена ако је то било од општег значаја. По Новели ZPO од 2001 године, ревизија је организована као правни лек који пре свега служи заштити јавног интереса – када се ради о ствари која је од општег значаја. Вредност предмета спора је престала да буде услов за допуштеност ревизије. Да ли ће у конкретном предмету ревизија бити допуштена зависи од другостепеног (призивног) суда који је донео одлуку. Ревизију може допустити и ревизијски суд. У оба случаја само под условом ако су испуњени прописани услови за које се сматра да оправдавају приступ највишој судској инстанци. Ти услови претежним делом одговарају оним који постоје у српском праву. Ревизија се допушта ако се ради о питању које је од начелног значаја или о питању које је битно за развој права или остваривање јединствене примене права када је овим поводом потребно одлучивање врховне судске инстанце.[120]

Претходни приказ показује да је ревизија све више у функцији заштите општег спрам појединачног интереса. Тај нови квалитет ревизије није добио одговарајуће нормативне изразе у нашем праву. Посебно у оним судским

[118] § 502 st. 1 ÖZPO.

[119] § 505 st. 4 ÖZPO.

[120] Више: *L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald,* Zivilprozessrecht, München, 2010, 819–825; *E. Schiliken*, Zivilprozessrecht, München, 2010, 419–423.

поступцима у којима је ревизија традиционално била недопуштена. Изгубило се из вида да је она од доношења ЗПП 04 битно другачији правни лек у поређењу са раније важећом парничном регулативом. Као што је истакнуто, приликом формулисања извршног законодавства које је уследило по доношењу ЗПП 04, занемарен је тај нови и другачији концепт ревизије. Ревизија се и даље изричито забрањује мада и у овој врсте поступка реално постоји потреба да се од стране највише судске инстанце одлучи о питању од општег интереса, питању од интереса за равноправност грађана, питању које је од значаја за уједначавање судске праксе или ако је потребно обезбедити ново тумачење права. Уосталом ради се и о разлозима који обухватају уставом гарантована права – право на правично суђење и једнаку заштиту права. Исто тако, евидентно је и да у извршном поступку постоји потреба да се од стране највише судске инстанце обезбеди развој права или његово ново тумачење. [121] Перцепцију о недопуштености ревизије и извршном али и другим поступцима у којима је она изричито недопуштена подржава и пракса Уставног суда. Као што је већ речено, у претежном броју поступака по уставној жалби ради се о побијању другостепених одлука. Уставни суд прихвата надлежност сматрајући да су исцрпљени сви правни лекови којима се у одређеном виду правне заштите могу побијати одлуке које су предмет уставне жалбе. Каснији поступак по уставној жалби показује да је одлуком која је предмет побијања повређено право на правично суђење или право на једнаку правну заштиту. Дакле, поступа у стварима у којима је постојала могућност изјављивања ревизије у смислу одредбе чл. 404 ст. 1 ЗПП. Сигурно је да би другачији приступ Уставног суда према предметима у којима постоји основ за изјављивање (посебне) ревизије допринео да она постане реално средство остваривања јединствене судске праксе и у оквирима оних предмета који окончавају на нивоу другостепених судова ако постоје разлози за њено допуштање.[122] Свако друго решење обесмишљава

[121] Можда најснажнији аргумент у прилог изричитог допуштања (посебне) ревизије из наведених разлога садржан је у већ приказаном образложењу за важећи ЗИО у делу који се тиче разлога за допуштеност жалбе. Тако: „У прилог интервенције вишег, инстанционог суда против решења о извршењу на основу извршне исправе говори и нестабилност у којој се правосуђе Републике Србије налази после неуспешне реформе судског система, <u>али и због различитих и међусобно несагласних закона и других прописа“</u> (Р. К, М. К). Или на другом месту: „То, практично значи да је, рецимо, када је реч о поступању по предлогу за извршење или обезбеђење (доношење привремене или претходне мере, итд.) теоријски могуће да сваки основни суд (односно привредни суд) успостави своју судску праксу, различиту од осталих. <u>Томе нарочито погодује и то што закон, понекад и у основним питањима процесног права, није јасан“</u> (Р. К, М. К). Евидентно је да наведени проблеми не могу бити решени путем жалбе. Ово су разлози који говоре у прилог допуштања правног лека који је у стању да то обезбеди – у интересу развоја права или његовог новог тумачења.

[122] У ствари пракса Уставног суда релативизира преовлађујући став по којем допуштање ревизије у извршном поступку али и другим случајевима када се отвара пут према

новоуспостављени концепт ревизије у нашем процесном праву. У правном систему који је значајно утицао на раније југословенско а преко њега и на српско право, ревизија се под готово идентичним условима као у парничном поступку дозвољава и у извршном. Аустријско право свакако не спада у неуспешне правне системе по свим параметрима који га одређују – како у погледу законитости, тако и у погледу правичности и ефикасности правне заштите. У оквирима овог правног система странке извршног поступка имају право на подношење ревизије против решења (*Revisionsrekurs*) под оним условима под којим могу то учинити и у парничном поступку – једном специфичном комбинацијом вредносног критеријума и оног који се односи на посебан правни значај питања о којем је одлучено у поступку. У оба сегмента важе иста правила као у парничном поступку.[123] До укидања забране ревизије је дошло и у правном систему који, као и српски, непосредно потиче из бившег југословенског права. У хрватском праву забрана ревизије у извршном поступку више не постоји. Правни лек се може изјавити ако се ради о материјалноправном или процесном питању које је значајно за остваривање јединствене примене права као и равноправности свих субјеката у њиховој примени.[124] На правни лек се примењују одредбе хрватског ЗПП о ревизији против пресуде.[125] [126]

Врховном касационом суду сувише оптеретила врховну судску инстанцу. Тај исти суд је извршио одлучујући утицај на увођење новог решења по којем се ревизија против пресуде допуштена у сваком предмету у којем је у другостепеном поступку по жалби донета преиначујућа пресуда. Види: ИУз – 1242/2010, Билтен УС, 1/2011, 292,293. На основу те одлуке дошло је до промене ЗПП, Новела ЗПП од 2014, Сл. гласник РС, 55/2014, тако да се ревизија увек допушта ако је другостепени суд преиначио пресуду и одлучио о захтевима странака, чл. 403 ст. 2 т. 2 ЗПП. Занемарујући овом приликом вредност наведеног решења, евидентно је да се истим веома широко отвара пут према Врховном касационом суду оптерећујући га непотребно значајним бројем предмета. Више о разлозима који говоре против наведеног решења: *Р. Кеча, М. Кнежевић,* Дозвољеност ревизије у парничном поступку због преиначујуће жалбене пресуде: последица уставне гарантије права на правно средство или само правнополитичко питање, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4/2017, 1251–1284.

[123] Више: *W. Rechberger,P. Oberhammer*, 94, 95.

[124] Чл. 12 ст. 1 Овршног закона, Н. новине, 112/2012, 25/2013, 55/2016, 73/2017.

[125] Сл. лист Л СФРЈ 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, и Н. новине РХ, 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14.

[126] Идентичну формулацију као у Овршном закону садржи и одредба чл. 382 ст. 2 хрватског ЗПП, да би се, примера ради, у три тачке истог става ближе одредила питања која престављају повод за допуштеност ревизије у предмету у којем правни лек не би био допуштен применом вредносног критеријума. У наведеном смислу ревизија се може допустити : ако се ради о питању о којем ревизијски суд није заузео правни став а постоји различита пракса другостепених судова (чл. 382 ст. 2 т. 1); ако се ради о питању о којем постоји правни став ревизијског суда а другостепена пресуда није подударна са тим ставом (чл. 382 ст. 2 т. 2); ако је другостепена пресуда заснована на становишту ревизијског суда али је због промена у правном систему, које су последица новог законодавства, међународних уговора

Дакле, постоје разлози да се у извршном поступку релативизира изричито формулисана забрана ревизије која се може прихватити само до нивоа језичког тумачења споменуте одредбе. Сви остали разлози говоре у прилог става о допуштености ревизије али у оквирима разлога због којих се у парничном поступку може изјавити такозвана посебна ревизија. У супротном постоји и постојаће ризик да се у једном изузетно значајном сегменту правне заштите сасвим обесмисли уставом гарантовано право на једнаку правну заштиту.

или одлука Уставног суда, Европског суда за људска права или Европског суда, потребно преиспитати постојећу судску праксу (чл. 382 ст. 2 т. 3).

Dr. Ranko I. Keča, ordentlicher Professor
Universität Novi Sad
Juristische Fakultät Novi Sad
r.keca@pf.uns.ac.rs

Dr. Marko S. Knežević, Dozent
Universität Novi Sad
Juristische Fakultät Novi Sad
m.knezevic@pf.uns.ac.rs

Zur Rechtsmittelsystem und Verwirklichung der einheitlichen Rechtsanwendung im serbischen Zwangsvollstreckungsverfahren

Zusammenfassung: *In der Arbeit wird Rechtsmittelsystem im Zwangsvollstreckungsverfahren behandelt, wobei auf ständige Wertungswechseln des Gesetzgebers hingewiesen wird. Auf der normativen Ebene das sind vor allem Unterschiede diesbezüglich der Berufungsstatthaftigkeit. In manchen Redaktionen sind sowohl die Berufung, als auch den Einspruch statthaft, in anderen nur Einspruch. Gemeinsames Merkmal aller Gesetze ist jedoch, dass es ein Revisionsverbot gibt, d. h. den Zugang zur obersten Instanz im Zwangsvollstreckungsverfahren ausgeschlossen ist. Somit wird vereitelt, das Voraussetzungen zu schaffen, um im Zwangsvollstreckungsverfahren durch Entscheidungen des Obersten Kassationsgerichts, Vereinheitlichung der Rechtsanwendung bzw. der Rechtsprechung zu gewähren. Andere Mittel, weder Rechtssätze von Instanzgerichte außer Rechtsprechung, noch Entscheidungen des Verfassungsgerichts wegen Verfassungsbeschwerde sind dazu auf verschiedene Gründe nicht in der Lage. Bei der Formulierung des Revisionsverbots wurde außer Acht gelassen, dass die Revision schon ab ZPO aus 2004 eine ganz verschiedene Bedeutung im Vergleich mit früherem System erhalten hat. Die Schaffung der sog. besondere Revision (Model der Grundsatzrevision) bestätigt der Idee, dass sie ein Rechtsmittel ist, das nicht nur der Einzelgerechtigkeit dient, sondern vielmehr, den öffentlichen Interessen dienen sollte: sie ist nur dann zulässig, wenn Rechtsfragen von allgemeinen Interesse zu klären sind, Rechtsprechung zu vereinheitlichen, oder Rechtsfortbildung zu bewirken. Also, es geht um die Zulassungsgründe, die einfach auch im Zwangsvollstreckungsverfahren ausgefüllt werden können. Deshalb gibt es Gründe, im Wege einer teleologisch orientierenden statt buchstäbliche Betrachtungsweise, die sog. besondere Revision auch im Zwangsvollstreckungsverfahren für statthaft zu betrachten.*

Schlüsselwörter: *Zwangsvollstreckungsverfahren, Rechtsmittel, Einspruch und Berufung im Zwangsvollstreckungsverfahren, Revision, Annahmerevision, Rechtssätze außer Rechtsprechung, Verfassungsbeschwerde, Verfassungsgericht.*

Датум пријема рада: 22.01.2019.

Прегледни чланак 343.192(497.113):502/504
doi:10.5937/zrpfns52-19753

Др Љубомир С. Стајић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs

Др Татјана Д. Бугарски, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs

Др Бранислав Р. Ристивојевић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B.Ristivojevic@pf.uns.ac.rs

Др Милана М. Писарић, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs

Др Иван Д. Милић, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
I.Milic@pf.uns.ac.rs

ПРАКСА ПРЕКРШАЈНОГ СУДА У НОВОМ САДУ У ОБЛАСТИ ЗАШТИТЕ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ[1]

Сажетак: *основни извор прекршајног права је Закон о прекршајима, али се њиме не прописује ниједан прекршај. Прекршаји се прописују многобројним законима, уредбама, покрајинским и локалним одлукама. Да ли ће прекршаји бити прописани републичким, покрајинским или локалним прописима зависи од тога у чијој надлежности је уређење одређене области друштвеног*

[1] Рад је настао као резултат рада на пројекту „Биомедицина, заштита животне средине и право“, бр. 17097, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

живота. Тако се и многобројним законима, уредбама али и покрајинским и локалним одлукама прописују и прекршаји којима се штити животна средина.

Предмет пажње аутора је прекршајноправна заштита животне средине, која представља врсту казненоправне заштите животне средине. С обзиром на то да постоје бројни прописи који прописују прекршаје из области заштите животне средине, аутори у раду анализирају прекршајне одредбе два закона – Закона о заштити животне средине и Закона о управљању отпадом. Критеријум за избор наведених закона јесте чињеница да се ради о кровним законима у области животне средине и управљања отпадом.

За потребе овог рада извршено је истраживање у Прекршајном суду у Новом Саду. Истраживање се односи на прекршаје који су прописани Законом о заштити животне средине и Законом о управљању отпадом. Истраживање је спроведено за 2017. годину.

Кључне речи: *прекршај, кривично дело, привредни преступ, животна средина, заштита.*

УВОД

У Републици Србији постоје три врсте казнених дела. То су кривична дела, прекршаји и привредни преступи. Када је реч о заштити животне средине, а у вези са казненим правом, свака врста казненог права на одређен мањи или виши репресиван начин пружа заштиту животној средини. Тако постоји кривичноправна заштита животне средине, која се пре свега огледа у томе што се Кривичним закоником прописују кривична дела против животне средине. Кривична дела против животне средине уводе потпуно другачије перспективе у кривични правни систем. Док традиционални криминалитет представља опасност за социјалну стабилност, еколошки деликти представљају претњу опстанку људског друштва.[2] Кривична дела из области заштите животне средине прописана у посебној глави Кривичног законика.[3] Надаље, постоји и прекршајноправна заштита животне средине. Ова заштита се огледа у томе што се прописују прекршаји у области заштите животне средине. Прекршајних прописа у овој области има много[4], имајући у виду чињеницу да се прекршаји не прописују само законом, већ и уредбама,

[2] Татјана Лукић, Кривичноправна заштита животне средине, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2011, 238.

[3] Тако и у другим државама. Вид. Голубев С.И., Уголовная ответственность и наказание за экологические преступления по законодательству зарубежных государств, Вестник экономики, права и социологии, 2014, № 3, 127-131.

[4] Тако се и у иностраној литератури наводи да су прекршаји најбројнија противправна дела. Вид. Иван Владимирович Максимов, *Административные наказания*, Москва, 2009, 4.

као и покрајинским и локалним одлукама. На крају, привреднопреступна заштита животне средине се састоји у томе што се прописују привредни преступи у области заштите животне средине.[5]

Најрепресивнија заштита животне средине свакако је кривичноправна. Прописане казне за кривична дела против заштите животне средине нису ни мало занемарљиве. Прекршајноправна заштита је свакако блажа, јер прописане санкције за учињене прекршаје нису строге у поређењу са кривичним санкцијама. Међутим, прекршајни поступак у којем се утврђује постојање прекршаја и кривице учиниоца је ефикаснији и економичнији у односу на кривични поступак.[6] Осим тога, за оне прекршаје за које је прописана новчана казна у фиксном износу, не постоји ни прекршајни поступак, већ само овлашћен орган односно овлашћено лице издаје прекршајни налог. Привреднопреступна заштита животне средине јесте блажа од кривичне, с обзиром на прописане санкције. Поступак за привредне преступе за разлику од прекршајног је више формалан.

Било да је реч о кривичним делима, прекршајима или привредним преступима заједничко је то да се изриче *казнена санкција*. Та лица стичу статус осуђеног лица за кривично дело или привредни преступ, односно стичу статус прекршајно кажњеног лица. Након стицања таквог статуса, та лица се уписују у казнену, прекршајну[7] или евиденцију о учиниоцима привредног преступа.

1. ОСНОВНИ ПОДАЦИ О ОСУЂЕНИМ ЛИЦИМА ЗА КРИВИЧНА ДЕЛА И ПРИВРЕДНЕ ПРЕСТУПЕ ЗБОГ КАЗНЕНИХ ДЕЛА ПРОТИВ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ

Подаци о броју лица која су осуђена за кривична дела и привредне преступе против животне средине могу бити одређени показатељ о овом појавном облику казненог дела. Одређени показатељ из разлога што се поставља питање колика је тамна бројка ових казнених дела, посебно имајући у виду чињеницу да њихово откривање у појединим случајевима представља тежак задатак за органе казненог гоњења. Показатељи о овим казненим делима треба да буду полазна основа за одређену казненоправну реакцију у области

[5] И у другим државама постоји кривичноправна и прекршајна (административна) заштита животне средине. вид. М. Марат, Правовая ответственность за экологические преступления. Доступно на: http://repository.enu.kz/bitstream/handle/123456789/1049/pravovaia-otvetstvennost.pdf 27. август 2018.

[6] О томе вид. Драгиша Дракић, Иван Милић, Утврђивање истине у прекршајном поступку – утврђивање прекршајне одговорности, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2018, 123-135.

[7] Вид. Иван Милић, Евиденција прекршајно кажњених лица, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2015, 239-251.

заштите животне средине, која би се огледала, пре свега, у специјализацији органа у борби против кривичних дела и привредних преступа у области заштите животне средине.

Број поднетих кривичних пријава за кривична дела против животне средине није занемарљив. Према подацима Републичког завода за статистику[8] број поднетих кривичних пријава за кривична дела против животне средине против пунолетних учиниоца за 2017. годину је следећи:

Загађење животне средине	10
Противправна изградња и стављање у погон објеката и постројења која загађују животну средину	2
Оштећење објеката и уређаја за заштиту животне средине	3
Оштећење животне средине	11
Уништење, оштећење, изношење у иностранство и уношење у Србију заштићеног природног добра	3
Уношење опасних материја у Србију и недозвољено прерађивање, одлагање и складиштење опасних материја	6
Повреда права на информисање о стању животне средине	1
Убијање и злостављање животиња	193
Преношење заразних болести код животиња и биљака	2
Производња штетних средстава за лечење животиња	2
Загађивање хране и воде за исхрану односно напајање животиња	2
Пустошење шума	93
Шумска крађа	1707
Незаконит лов	116
Незаконит риболов	36
Укупно	**2187**

На основу статистичких података није тешко закључити да није занемарљив број *кривичних пријава* који је поднет за кривична дела против животне средине. Евидентно је то да је највећи број кривичних пријава поднет за кривично дело *шумске крађе*, што на први поглед јасно говори да се то кривично дело најчешће чини. Међутим, можда је реч о томе да се, заправо, ради о кривичном делу које се *лакше открива* у односу на друга кривична дела, где је тешко сакрити предмете извршења дела. Ради се о кривичном делу које се не може учинити без коришћења превозног средства, а приликом његовог чињена ствара се бука, итд.[9]

[8] Извор: Република Србија, Републички завод за статистику – број 193 • год. LXVIII, 16.07.2018. доступно на: http://www.stat.gov.rs/oblasti/pravosudje/ 23. август 2018.

[9] Последњих неколико година заштита животне средине је један од главних проблема. Е. Мырзаханов, *Юридическая ответственность за экологические правонарушения и преступления*, доступно на: http://elib.bsu.by/bitstream/123456789/57906/1/69.pdf 27. август 2018.

Такође, ни број осуђујућих судских одлука није занемарљив. Број донетих *осуђујућих одлука* у 2017. години према пунолетним учиниоцима за кривична дела против животне средине изгледа овако:[10]

Оштећење животне средине	2
Уништење, оштећење, изношење у иностранство и уношење у Србију заштићеног природног добра	2
Уношење опасних материја у Србију и недозвољено прерађивање, одлагање и складиштење опасних материја	3
Убијање и злостављање животиња	16
Пустошење шума	27
Шумска крађа	443
Незаконит лов	12
Незаконит риболов	7
Укупно	**512**

Сасвим је јасно да је највећи број осуђујућих пресуда односи, опет, за кривично дело *шумске крађе*, што је свакако последице тога што се за ово кривично дело највише подноси кривичних пријава. Такође, сам начин и средства које се користе за извршење овог кривичног дела не стварају веће проблеме за *доказивање* у судском поступку у поређењу са другим кривичним делима против животне средине.

Укупан број поднетих кривичних пријава против *малолетника* у 2017. години за кривична дела против животне средине било је 21. Исте године донето је 5 осуђујућих одлука којима је малолетним учиниоцима кривичних дела изречена санкција за кривична дела против животне средине.[11]

Привредни преступи, као казнена дела у области привредног и финансијског пословања, имају одређен значај и у области заштите животне средине. Закон о привредним преступим[12] донет је давне 1977. године, али се њиме не прописују привредни преступи, већ он само садржи материјалне и процесне одредбе. Привредни преступи су прописана другим законима или уредбама којима се уређују поједине области друштвеног живота. Није занемарљив

[10] Извор: Република Србија, Републички завод за статистику – број 193 • год. LXVIII, 16.07.2018. доступно на: http://www.stat.gov.rs/oblasti/pravosudje/ 23. август 2018.

[11] Извор: Република Србија, Републички завод за статистику – број 192 – год. LXVIII, 16.07.2018. доступно на: http://www.stat.gov.rs/oblasti/pravosudje/ 23. август 2018.

[12] *Сл. лист СФРЈ*, бр. 4/77, 36/77 – испр., 14/85, 10/86 (пречишћен текст), 74/87, 57/89 и 3/90 и „Сл. лист СРЈ“, бр. 27/92, 16/93, 31/93, 41/93, 50/93, 24/94, 28/96 и 64/2001 и „Сл. гласник РС“, бр. 101/2005 – др. Закон. У теорији се указивало на лоша решења овог Закона. Вид. Емир Ћоровић, Иван Милић, Шта даље са привредним преступима и актуелним Законом о привредним преступима?, X*II Мајско саветовање – Услуге и услужна правила*, Крагујевац, 2016, 957-971.

ни број осуђених правних и одговорних лица за учињени привредни преступ у области заштите животне средине. Према подацима Републичког завода за статистику у 2016. години донето је 46 осуђујућих пресуда за правна лица. Исте године донето је 52 осуђујуће пресуде за одговорна лица у правном лицу.[13]

2. ПРЕКРШАЈНОПРАВНА ЗАШТИТА ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ

Прекршаји као најбројнија казнена дела, прописују се прописима различите правне снаге. Да ли ће се одређен прекршај прописати законом, уредбом, покрајинском или локалном одлуком зависи од тога у чијој је надлежности доношење прописа из одређене области. С тим у вези, постоји велики број прописа различите правне снаге у којима су прописани и прекршаји из области заштите животне средине. То значи да постоји могућност да је у једној локалној самоуправи одређено понашање прописано као прекршај против животне средине, а у другој да није. Санкције које се прописују за прекршаје нису занемарљиве.[14] У појединим случајевима, одговорност за прекршај може бити строжа у односу на одговорност за кривично дело.[15] Свако лице које се у прекршајном поступку казни уписује се у *регистар прекршајно кажњеног лица*. С обзиром на то да постоје многобројни прописи из ове области није могуће на једном месту анализирати их са прекршајноправног аспекта. Постоје два кровна закона којима се уређује заштита животне средине и управљање отпадом, тако да ће та два закона бити и предмет нашег истраживања, и то са теоријског и практичног аспекта – кроз праксу Прекршајног суда у Новом Саду.

3. ЗАКОН О ЗАШТИТИ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ

Закон о заштити животне средине[16] донет је 2004. године, који је неколико пута мењан и допуњавам. Њиме се уређује *интегрални систем заштите животне средине којим се обезбеђује остваривање права човека на живот*

---

[13] Извор: Република Србија, Републички завод за статистику – број 237 • год. LXVII, 31.08.2017. доступно на: http://www.stat.gov.rs/oblasti/pravosudje/ 23. август 2018.

[14] Вид. Бранислав Ристивојевић, Иван Милић, *Основи прекршајног права*, Нови Сад, 2018, 62-63.

[15] О томе вид. Иван Милић, Да ли је кривично дело увек најтеже казнено дело? (I део), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2016, 937-955; Иван Милић, Да ли је кривично дело увек најтеже казнено дело? (II део), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2017, 405-415.

[16] Закон о заштити животне средине, *Службени гласник РС,* бр. 135/2004, 36/2009, 72/2009, 43/2011, 14/2016. (у даљем тексту и ЗоЗЖС).

и развој у здравој животној средини и уравнотежен однос привредног развоја и животне средине у Републици Србији. Према овом Закону животна средина јесте скуп природних и створених вредности чији комплексни међусобни односи чине окружење, односно простор и услове за живот. Њиме се не прописују ниједно кривично дело, већ само привредни преступи и прекршаји као врсте казнених дела.[17] *Привредни преступи* су прописани у члану 116 и предвиђена је одговорност правног и одговорног лица у правном лицу. Када је реч о прекршајима они се прописују у неколико чланова Закона. Као што је правило у прекршајним прописима, прекршаји се у овом Закону прописују на начин што се у оквиру казнених одредаба прописује да ће се одређеном казном казнити одређени субјект прекршаја уколико поступи супротно тачно одређеном члану и ставу овог Закона.

Овим Законом је предвиђена одговорност: 1. правног лица; 2. одговорног лица у правном лицу; 3. предузетника; 4. физичког лица. Такође, законодавац је искористио могућност који дозвољава Закон о прекршајима[18] па је предвидео и прекршајну одговорност *родитеља, старалаца, односно одговорно лице у органу старатељства*, ако због пропуштања дужног надзора над малолетником, малолетник учини одређене прекршаје из овог Закона.

А) *прекршајна одговорност правног лица*: правно лице је одговорно за прекршај учињен радњом или пропуштањем дужног надзора органа управљања или одговорног лица или радњом другог лица које је у време извршења прекршаја било овлашћено да поступа у име правног лица. Правно лице је одговорно за прекршај и када: 1) орган управљања донесе противправну одлуку или налог којим је омогућено извршење прекршаја или одговорно лице нареди лицу да изврши прекршај; 2) физичко лице изврши прекршај услед пропуштања одговорног лица да над њим врши надзор или контролу. Законом су прописане строге казне уколико правно лице учини одређен прекршај из овог Закона. Прописана је новчана казна *од 500.000 до 1.000.000*. Међутим, за прекршаје правног лица може се изрећи новчана казна у сразмери са висином причињене штете или неизвршене обавезе, вредности

[17] Вид. Весна Крстићевић, Закон о заштити животне средине, *Поступак пред прекршајним судовима због прекршаја из области заштите животне средине – Приручник за судије прекршајних судова и јавне тужиоце*, 51-61.

[18] Законом се може прописати да ће за прекршај који је учинио малолетник одговарати и родитељи, усвојитељ, старатељ, односно хранитељ малолетника старог од навршених четрнаест до навршених осамнаест година ако је учињени прекршај последица пропуштања дужног надзора над малолетником, а били су у могућности да такав надзор врше. Осим родитеља, усвојитеља, старатеља или хранитеља, законом се може прописати да ће за прекршај малолетника одговарати и друга лица за која је прописана обавеза вршења надзора над малолетником који је учинио прекршај. Чл. 72 ст. 3 и 4 Закона о прекршајима. Детаљније вид. Бранислав Ристивојевић, Иван Милић, Одговорност родитеља за прекршаје које учине њихови потомци, *Анали Правног факултета у Београду*, година LXIV, 1/2016, 154–174.

робе или друге ствари која је предмет прекршаја, а највише до двадесетоструког износа тих вредности. Такође, правном лицу се може изрећи и заштитна мера *забране вршења одређене делатности* у трајању до три године.

Б) *прекршајна одговорност одговорног лица у правном лицу:* када се прописује прекршајна одговорност правног лица увек је прописана и одговорност одговорног лица у правном лицу, јер је одговорно лице предузело радњу извршења прекршаја. Овом Законом се прописује новчана казна за одговорно лице у распону *од 25.000 до 50.000* динара. Као и када је реч о правном лицу, и одговорном лицу се може изрећи заштитна мера забрана да врши одређене послове у трајању *до једне године*.

В) *прекршајна одговорност предузетника:* новчана казна која је прописана за предузетника није ни мало занемарљива. За све прекршаје за које може да одговара предузетник из ЗоЗЖС прописана је новчана казна у распону *од 250.000 до 500.000* динара. Такође, предузетнику се може изрећи и заштитна мера забране вршења делатности у трајању до три године.

Г) *прекршајна одговорност физичког лица:* предвиђена је и прекршајна одговорност физичког лица уколико оно прекрши поједине одредбе ЗоЗЖС. За прекршаје физичког лица прописана је новчана казна од 5.000 до 50.000 динара или казна затвора до 30 дана.[19]

Д) *прекршајна одговорност родитеља, старалаца, односно одговорно лице у органу старатељства:* за повреду ЗоЗЖС (чл. 118 ст. 1 тач. 1, 2 и 3) предвиђено је да ће се новчаном казном у износу од 5.000 динара казнити за прекршај родитељ, старалац, односно одговорно лице у органу старатељства, ако због пропуштања дужног надзора над малолетником, малолетник учини прекршај.

* * *

У вези са прекршајима који су прописани ЗоЗЖС извршено је истраживање у Прекршајном суду у Новом Саду.[20] Истраживање је извршено за 2017. годину. Циљ истраживање је био да се утврди:

1. Број поднетих захтева за покретање прекршајног поступка за прекршаје из ЗоЗЖС;
2. Одлуке суда поводом поднетог захтева за покретање прекршајног поступка;
3. Против којих субјеката прекршаја су захтеви за покретање прекршајног поступка поднети;

[19] С обзиром на то да је новчана казна за наведене субјекте прекршајне одговорности прописана на овакав начин (у распону), за прекршаје се подноси *захтев за покретање прекршајног поступка*, те ће о постојању прекршаја и прекршајне одговорности одлучити месно надлежан прекршајни суд.

[20] Сви подаци су прибављени од стране Прекршајног суда у Новом Саду – број: СУ 1-1-101/2018-350. од 12.7.2018.

4. Због којих прекршаја су поднети захтеви за покретање прекршајног поступка;
5. Број донетих пресуда којима су окривљена лица оглашена одговорним за учињени прекршај;
6. Врста изречених прекршајне санкције;
7. Број донетих пресуда којима се окривљена лица ослобођена одговорности;
8. Број донетих решења о обустављању поступка.

За прекршаје који су прописани ЗоЗЖС у 2017. години поднето је укупно 11 захтева за покретање прекршајног поступка. Интересантан је податак да су сви захтеви за покретање прекршајног поступка поднети само против *предузетника*. Поводом свих поднетих захтева Прекршајни суд у Новом Саду донео је решење о покретању прекршајног поступка. У прекршајном поступку који је вођен донето је пет одлука којим су окривљени предузетници оглашени одговорним за прекршај. Поводом овим прекршаја донето је шест судских одлука којима се прекршајни поступак обуставља због застарелости – што је преко 50 %. У четири случаја изречена је новчана казна, док је у једном случају изречена опомена.

Како би истраживање били прегледније, и како би се свестрано сагледали његови резултати, у овом делу рада кроз табеле ћемо приказати резултате истраживања.

Табела бр. 1. поднети захтеви за покретање прекршајног поступка и одлуке Прекршајног суда

број поднетих захтева за покретање прекршајног поступка	11
број достављених списа надлежном суду на даље поступање	0
број одбачених захтева за покретање прекршајног поступка	0
број донетих решења о покретању прекршајног поступка	*11*

Табела бр. 2. субјекти против којих је поднет захтев за покретање прекршајног поступка

број поднетих захтева за покретање прекршајног поступка против правног лица	0
број поднетих захтева за покретање прекршајног поступка против одговорног лица у правном лицу	0
број поднетих захтева за покретање прекршајног поступка против предузетника	*11*
број поднетих захтева за покретање прекршајног поступка против физичког лица	0
број поднетих захтева за покретање прекршајног поступка против предузетника родитеља, старалаца, односно одговорног лица у органу старатељства	0

Табела бр. 3. прекршаји због којих је поднет захтев за покретање прекршајног поступка[21]

прекршаји из члана 117 ст.1 тач. 7	4
прекршаји из члана 117 ст.1 тач. 13	5
прекршаји из члана 34. ст. 3 тач. 7	2[1]

Табела бр. 4. одлуке Прекршајног суда након окончања прекршајног поступка

број донетих пресуда којом се окривљени оглашава одговорним за прекршај	*5*
број донетих пресуда којом се окривљени ослобађа одговорности	о
број донетих решење којим се прекршајни поступак обуставља	6

Табела бр. 5. разлози за доношење решења којим се прекршајни поступак обуставља

прекршајни поступак је вођен без захтева, односно подносилац захтева за покретање прекршајног поступка није био овлашћен за његово подношење	0
суд није стварно надлежан за вођење прекршајног поступка	0
окривљени за исту радњу већ правноснажно кажњен, ослобођен одговорности у прекршајном поступку или је прекршајни поступак правноснажно обустављен, али не због ненадлежности	0
окривљени у кривичном поступку, односно у поступку по привредном преступу је правноснажно ослобођен или оглашен кривим за истоветан догађај које обухвата и обележје прекршаја	0
окривљени има дипломатски имунитет	
наступила застарелост за вођење прекршајног поступка	*6*
окривљени је у току прекршајног поступка умро, односно окривљено правно лице престало је да постоји а нема правног следбеника	0
овлашћени подносилац одустао од захтева за покретање прекршајног поступка пре правноснажности одлуке	0

Табела бр. 5. врста изречених прекршајних санкција

новчана казна	*4*
казна затвора	0
рад у јавном интересу	0
опомена	*1*
заштитне мере	0

[21] У актуелном Закону не прописује се чл. 34. ст. 3 тач. 7. Вероватно је реч о омашци органа који је поднео захтев за покретање прекршајног поступка.

4. ЗАКОН О УПРАВЉАЊУ ОТПАДОМ

Закон о управљању отпадом[22] донет је 2009. године и два пута је мењан и допуњаван. Овим Законом се уређују: врсте и класификација отпада; планирање управљања отпадом; субјекти управљања отпадом; одговорности и обавезе у управљању отпадом; организовање управљања отпадом; управљање посебним токовима отпада; услови и поступак издавања дозвола; прекогранично кретање отпада; извештавање о отпаду и база података; финансирање управљања отпадом; надзор, као и друга питања од значаја за управљање отпадом.[23] Овим Законом се не прописује ниједно кривично дело, већ само привредни преступи и прекршаји. Као што смо већ напоменули у прекршајним прописима по правилу се прекршаји прописују на начин што се у оквиру казнених одредаба прописује да ће се одређеном казном казнити одређени субјект прекршаја уколико поступи супротно тачно одређеном члану и ставу прописа, што је учињено и у ЗоУП.

Овим Законом је предвиђена прекршајна одговорност за: 1. правно лице; 2. одговорно лице у правном лицу; 3. одговорно лице у органу државне управе, одговорно лице у јединици локалне самоуправе, имаоцу јавних овлашћења, односно овлашћеном правном лицу; 4. предузетника; 4. физичко лице.

А) *прекршајна одговорност правног лица*:[24] за непоступање у складу са појединим члановима ЗоУП за правно лице прописана је новчана казна од 500.000 до 1.000.000 динара. Такође, суд може изрећи и новчану казну у сразмери са висином причињене штете или неизвршене обавезе, вредности робе или друге ствари која је предмет прекршаја, а највише до двадесетоструког износа тих вредности.

Б) *прекршајна одговорност одговорног лица у правном лицу:* уколико одговорно лице у правном лицу не поступи у складу са одређеним члановима Закона чини прекршај, за који је прописана новчана казна од 25.000 до 50.000 динара.

В) *Прекршајна одговорност одговорног лица у одговорно лице у органу државне управе, одговорно лице у јединици локалне самоуправе, имаоцу јавних овлашћења, односно овлашћеном правном лицу:*[25] овом Законом је искоришћена могућност коју дозвољава Закон о прекршајима, а која се огледа

[22] Закон о управљању отпадом, *Службени гласник РС,* бр. 36/2009, 88/2010, 14/2016. (у даљем тексту и ЗоУП).

[23] Пре доношења овог Закона материја управљања отпадом уређивала се Законом о поступању са отпадним материјама, *Службени гласник РС,* бр. 25/96, 26/96, 101/2005.

[24] Чл. 90 ст. 1 ЗоУП.

[25] Чини се да законодавац прави грешку, јер на овом месту поново говори у одговорном лицу у правном лицу, иако је то већ раније прописао. Иако то није случај са свим земљама у којима је кривичноправни експанзионизам дошао до изражаја, у Србији се примећује и изразито немаран однос и према „занатском“ делу посла, тј. према писању норме и поштовању

у следећем – Република Србија, територијалне аутономије и јединице локалне самоуправе и њихови органи не могу бити одговорни за прекршај, *али законом може* бити прописано (…) да за прекршај одговара одговорно лице у државном органу, органу територијалне аутономије или органу јединице локалне самоуправе.[26] Уколико би ови субјекти прекршаја учинили тачно одређени прекршај из овог Закона казнили би се новчаном казном од 25.000 до 50.000 динара

Г) *прекршајна одговорност предузетника:* новчана казна за предузетника предвиђена је у распону од 250.000 до 500.000 динара.

Д) *прекршајна одговорност физичког лица:* казна за прекршаје физичког лица прописана је у распону од 5.000 до 50.000 динара или затвор до 30 дана.

ЗоУП прописује и да се правном лицу, одговорном лицу у правном лицу, предузетнику и физичком лицу, може изрећи и заштитна мера *одузимања предмета* који су употребљени или намењени за извршење прекршаја, односно који су настали извршењем прекршаја.[27]

* * *

У вези са прекршајима који су прописани ЗоУП извршено је истраживање у Прекршајном суду у Новом Саду, на исти начин како је то учињено и за ЗоЗЖС.[28] Истраживање је извршено за 2017. годину. Циљ истраживање је био да се утврди:

1. Број поднетих захтева за покретање прекршајног поступка за прекршаје из ЗоУП;
2. Одлуке суда поводом поднетог захтева за покретање прекршајног поступка;
3. Против којих субјеката прекршаја су захтеви за покретање прекршајног поступка поднети;
4. Због којих прекршаја су поднети захтеви за покретање прекршајног поступка;
5. Број донетих пресуда којима су окривљена лица оглашена одговорним за учињени прекршај;
6. Врста изречених прекршајне санкције;
7. Број донетих пресуда којима се окривљена лица ослобођена одговорности;
8. Број донетих решења о обустављању поступка.

правила легислативне технике, што ствара и суштинске проблеме. Зоран Стојановић, Кривично право у доба кризе, *Бранич,* 1–2/2011, 40.

[26] Чл. 17 ст. 1 Закона о прекршајима.

[27] Чл. 91 ЗоУП.

[28] Сви подаци су прибављени од стране Прекршајног суда у Новом Саду – број: СУ 1-1-101/2018-350. од 12.7.2018.

За прекршаје који су прописани ЗоУП у 2017. години поднето је укупно 2 захтева за покретање прекршајног поступка. Интересантан је податак да су сви захтеви за покретање прекршајног поступка поднети само против физичког лица. Поводом оба поднета захтева за покретање прекршајног поступка Прекршајни суд у Новом Саду донео је решења о покретању прекршајног поступка. У оба случаја прекршајни суд је донео пресуду којим је окривљена лица огласио одговорним за прекршај. Такође, у оба случаја изречена је новчана казна.

Као и код претходног истраживања и у овом делу рада даћемо табеларни приказ истраживања.

Табела бр. 1. поднети захтеви за покретање прекршајног поступка и одлуке Прекршајног суда

број поднетих захтева за покретање прекршајног поступка	2
број достављених списа надлежном суду на даље поступање	0
број одбачених захтева за покретање прекршајног поступка	0
број донетих решења о покретању прекршајног поступка	*2*

Табела бр. 2. субјекти против којих је поднет захтев за покретање прекршајног поступка

број поднетих захтева за покретање прекршајног поступка против правног лица	0
број поднетих захтева за покретање прекршајног поступка против одговорног лица у правном лицу	0
број поднетих захтева за покретање прекршајног поступка против предузетника	*0*
број поднетих захтева за покретање прекршајног поступка против физичког лица	*2*
број поднетих захтева за покретање прекршајног поступка против одговорно лице у органу државне управе, одговорно лице у јединици локалне самоуправе, имаоцу јавних овлашћења, односно овлашћеном правном лицу	0

Табела бр. 3. прекршаји због којих је поднет захтев за покретање прекршајног поступка[29]

прекршаји из члана 90 ст. 5 тач. 6	1
прекршаји из члана 88 ст. 2 тач. 15	1^2

[29] Према актуелном законском решењу овим чланом је прописан привредни преступ. Вероватно је реч о омашци органа који је поднео захтев за покретање прекршајног поступка.

Табела бр. 4. одлуке Прекршајног суда након окончања прекршајног поступка

број донетих пресуда којом се окривљени оглашава одговорним за прекршај	*2*
број донетих пресуда којом се окривљени ослобађа одговорности	о
број донетих решење којим се прекршајни поступак обуставља	0

Табела бр. 5. врста изречених прекршајних санкција

новчана казна	*2*
казна затвора	0
рад у јавном интересу	0
опомена	0
заштитне мере	0

ЗАКЉУЧАК

На основу свега што је у раду наведено није тешко доћи до закључка да у Републици Србији постоји *казненоправна заштита животне средине*, која се дели на: кривичноправну, прекршајноправну и привреднопреступну. Свака од наведених заштита има одређен превентивни и репресивни значај у овој области. Иако постоји мишљење да се прекршаји најблажа казнена дела, ипак прекршајни прописи имају немарљив значај за област заштите животне средине. Прекршајних прописа у области заштите животне средине има много. Реч је о прописима коју су различите правне снаге. То су закони, уредбе, покрајинске и локалне одлуке. Прекршајни поступак воде месно надлежни прекршајни судови. Поступак је мање формалан од кривичног, тако да начело ефикасности има примат у односу на остала начела прекршајног поступка. Судија може да донесе одлуку и без саслушања окривљеног, тако да не пролази много времена од дана подношења захтева за покретање прекршајног поступка до дана доношења судске одлуке. Дакле, прекршајноправна репресија је *бржа* у односу на кривичноправну. Та ефикасност се огледа и у чињеници да су рокови застарелости прекршајног гоњења знатно краћи у односу на рокове застарелости кривичног гоњења.

У још једном сегменту се огледа ефикасност прекршајноправне у односу на кривичноправну заштиту животне средине. Реч је о одговорности *правних лица* за прекршаје. Иако је Закон о одговорности правних лица за кривична дела донет 2008. године његова примена у пракси је незнатна, тако да највећи број правних лица одговара за прекршаје и привредне преступе. Интересантно је упоредити прописане новчане казне у два закона која су била предмет истраживања. Новчане казне у оба закона прописане су у *истом* распону. Чини се да је законодавац проценио да су прекршаји у оба закона подједнако

„друштвено опасни – друштвено штетни“, те је из тог разлога прописао и новчане казне у истом распону.

Истраживање које је спроведено у Прекршајном суду у Новом Саду, може да буде одређени показатељ прекршајноправне заштите животне средине. Иако је оно учињено за 2017. годину и за два закона из области заштите животне средине, чини се да је број захтева за покретање прекршајног поступка незнатан. Мали број поднетих захтева за покретање прекршајних поступка може бити последица тога што се прекршаји из два закона ретко када чини, или је разлог тај што постоји (велика) тамна бројка ових прекршаја.

Ljubomir S. Stajić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs

Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs

Branislav R. Ristivojević, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Ristivojevic@pf.uns.ac.rs

Milana M. Pisarić, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs

Ivan D. Milić, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
I.Milic@pf.uns.ac.rs

Misdemeanor Legal Environment Protection with Special Reference to Practice of Misdemeanor Court in Novi Sad

Abstract: *The main source of misdemeanor law is the Law on Misdemeanors, but it does not prescribe any offense. Violations are prescribed by numerous laws, by-laws, provincial and local decisions. Whether the offenses will be prescribed by the republic, provincial or local regulations depends on which jurisdiction is regulating a particular area of social life. Numerous laws, regulations, but also provincial and local decisions prescribe misdemanors for protection of the environment.*

The object of the author's attention is the misdemeanor protection of the environment, which represents one kind of penal law protection of the environment. Considering that there are numerous regulations that prescribe violations in the field of environmental protection, the authors analyze the misdemeanor provisions

of two laws – the Law on Environmental Protection and the Law on Waste Management. The criterion for the selection of these laws is the fact that these are the basic laws in the field of environment and waste management.

For the purpose of this work was carried out research in the Misdemeanor's Court in Novi Sad. The study refers to offenses that are prescribed by the Law on Environmental Protection and the Law on Waste Management. The research was conducted for 2017.

***Keywords**: misdemeanor, criminal offense, economic offense, environment, protection.*

Датум пријема рада: 02.12.2018.

Прегледни чланак 347.239:347.238.2
doi:10.5937/zrpfns52-20178

Др Раденка М. Цветић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
R.Cvetic@pf.uns.ac.rs

О ОПРАВДАНОСТИ ЗАКОНСКОГ ПРАВА ПРЕЧЕ КУПОВИНЕ СУВЛАСНИКА НЕПОКРЕТНОСТИ[1]

Сажетак: *Право преče куповине може се посматрати као ограничење слободе располагања сувласника својим уделом, али и као део правног механизма који води ка „релаксацији" једног сложеног друштвеног односа. При разматрању разлога оправданости постојања законског права преče куповине сувласника, мора се поћи од правног положаја сувласника – продавца. Односно, потребно је сагледати да ли је угрожена оптимална заштита његовог економског интереса фаворизовањем осталих сувласника као купаца. У овом раду се, управо у том контексту, наводе разлози у прилог опстанка законског права преče куповине сувласника.*

Кључне речи: *сусвојина, законско право преče куповине, економски интерес сувласника – продавца, разлози фаворизовања сувласника као купца.*

1. О СУСВОЈИНИ И ЗАКОНСКОМ ПРАВУ ПРЕЧЕ КУПОВИНЕ

Сусвојина, као право својине два или више лица на једној неподељеној ствари, представља сложену својинску заједницу.[2] Оно што овакве животне ситуације, а тиме и институт сусвојине, чини комплексним, управо је чињеница да је правна позиција сувласника одређена правом у погледу удела и правом на целој ствари (сразмерно уделу). Сувласник је господар у погледу удела, што значи да може предузимати све фактичке и правне акте распо-

[1] Овај чланак садржи резултате истраживања у оквиру пројекта *Правна традиција и нови правни изазови,* који финансира Правни факултет у Новом Саду.

[2] Уместо многих, о сусвојини вид. Miodrag Orlić, *Susvojina, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada,* Beograd 1978, tom III, 241-252, Nikola Gavella y: Nikola Gavella, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipković, *Stvarno pravo,* Zagreb 2007, 683-717.

лагања који су усмерени на вредност ствари (јер је одређен његов аликвотни део), али не и оне који подразумевају да зна који део супстанције ствари му припада. У погледу остварења својинских овлашћења на целој ствари, правна позиција сувласника је одређена међузависношћу са осталим сувласницима.[3] Овлашћење држања, употребе, прибирања плодова, фактичког и правног располагања (делимичног или потпуног) остварује се применом следећег принципа учешћа у одлучивању: величина удела одређује меру утицаја при доношењу одлуке или се захтева једногласност. Сложеност механизма уочљива је већ на први поглед и све што води поједностављењу, пожељно је. Стога се право преče куповине сувласника може посматрати и као ограничење слободе располагања сувласника својим уделом, али и као део правног механизма који води ка „релаксацији“ овог сложеног друштвеног односа. То и јесте полазна тачка при оправдању интервенције законодавца у приватноправне односе, упркос ставу да се „правом преče куповине ремети тржишни механизам, чиме се смањује ефикасност економије и благостање у друштву.“[4]

Ако се право преče куповине сведе на овлашћење његовог титулара да у случају продаје ствари на коју се односи право преče куповине, стекне ту ствар пре свих осталих, у први план се ставља његов привилегован положај. Међутим, даље развијање појма права преče куповине,[5] кроз обавезу имаоца тог прва да при куповини испуни све услове продаје[6] које диктира власник ствари као продавац, упућује на максималну заштиту продавчевих интереса. Осим тога, да ли ће законом привилеговани купац икада доћи у позицију да оствари своје право, зависи искључиво од решености власника ствари која је „оптерећена“ правом преče куповине да је прода. Зато се оправданост привилегованог положаја имаоца законског права преče куповине мора сагледати, пре свега, у односу на остале заинтересаване купце. У том контексту, може се поставити питање да ли је циљ права преče куповине да се ималац овог права стави у привилегован положај на тржишту у односу

---

[3] О праву сувласника на уделу и на самој ствари вид. у: Wolfgang Lüke, *Sachenrecht*, Verlag C.H. Beck, München 2014, 51.

[4] Лука Батуран, *Економска анализа правног режима за пренос права својине на непокретностима у Републици Србији, http://uvidok.rcub.bg.ac.rs/bitstream/handle/123456789/1720/Doktorat.pdf*, докторска дисертација, Београд 2017, 140. У истом раду видети више о томе како право преče куповине може нарушити селективну функцију тржишта (148-149) и увећати трошкове трансакције (149-151).

[5] О елементима појма права преče куповине вид. Radenka Cvetić, *Pravo preče kupovine*, Novi Sad 2002, 21-24.

[6] То подразумева да поред исплате захтеване цене, мора испунити и све друге евентуалне обавезе које продавац поставља у својој понуди. Више о томе вид. у: Philipp Pröbsting, Tilman Spancken, „Das Vorkaufsrecht im Rahmen einer Immobilienportfoliotransaktion“, *Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht* Vol. 3, 4/2012, 360. О томе нешто детаљније у наставку рада.

на остале купце[7] или се он, пак, ставља у привилегован положај да би се заштитио његов оправдани интерес да буде фаворизован као стицалац одређене ствари?[8]

Законско право прече куповине настаје непосредно на основу самог закона, у моменту када тај закон ступи на снагу (не захтева се било чији пристанак, упис у одговарајући регистар и сл.). Самим законом се одређује круг овлашћених лица, ствари на које се право односи, те када и под којим условима се може остварити.[9]

Заштитом интереса одређених лица на начин да им се на основу самог закона обезбеди првенство у прибављању неких ствари (када власник жели да их прода), тежи се остварењу општег интереса уже или шире друштвене заједнице. У томе и јесте оправдање фаворизовања нечијег приватног интереса путем законског права прече куповине. Зато се од законодавца очекује одмеравање свих сукобљених интереса при ограничавању слободе уговарања, мешањем у избор уговорног партнера. Када се, пак, ради о уговорном праву прече куповине, које је резултат аутономије воље приватноправних субјеката, улога законодавца је ограничена на постављање правила чија је сврха, пре свега, да се осујети злоупотреба и изигравање овог права.

Законском праву прече куповине као инструменту правне политике треба прибећи само ако разлози оправданости претежу над закључком озбиљне економске анализе да ово право, као типичан пример неефикасног решења „... треба елиминисати из српског правног система, бар кад су непокретности у питању.“[10] Сматрамо да се, када су у питању сувласници, ипак могу навести аргументи у прилог постојања њиховог законског права прече куповине.

2. СУВЛАСНИЦИ КАО ТИТУЛАРИ ЗАКОНСКОГ ПРАВА ПРЕЧЕ КУПОВИНЕ

2.1. Нормативни оквир

Правило да при продаји сувласничког удела непокретне ствари остали сувласници имају право прече куповине установљено је Законом о промету

[7] Лука Батуран, „Економска анализа права прече куповине у Закону о враћању одузете имовине и обештећењу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2015, 1962.

[8] О циљу права прече куповине, вид. Miodrag Orlić, *Право прече куповине, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada,* Beograd 1978, tom II, 1113-1114, Р. Цветић (2002), 24-27.

[9] Више о законском праву прече куповине са одговарајућим упућивањем, вид. Раденка Цветић, „Право прече куповине у извршном поступку у Републици Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2014, 149-152.

[10] Л. Батуран (2017), 152.

непокретности из 1998. године.[11] Важећим Законом о промету непокретности[12] правила из 1998. године нису мењана. Када има више сувласника, првенство има сувласник са већим сувласничким уделом, а када се по критеријуму величине сувласничког удела не може одредити ред првенства, сувласник непокретности који продаје свој удео одлучује коме ће га продати. Овим Законом предвиђено је и право преče куповине власника суседног пољопривредног земљишта када се продаје пољопривредно земљиште са којим се граничи. Ипак, имајући у виду тему рада, о њему неће бити речи. Једино истичемо да сувласник земљишта које се продаје има првенство у односу на власника суседног земљишта.

У овом моменту у Републици Србији постоје две радне верзије покушаја кодификације стварног права. Једна је дата у оквиру кодификације грађанскоправне материје, а друга у виду закона који регулише само стварноправне односе. Правила о праву преče куповине садржана су и у Нацрту Грађанског законика[13] и у Нацрту Законика о својини и другим стварним правима.[14] При регулисању института сусвојине и, у оквиру њега, права сувласника да располаже својим уделом, Нацртом Грађанског законика прописано је да сувласник може самостално располагати својим уделом, не тражећи сагласност осталих сувласника (чл. 1830). Ипак, када један сувласник продаје свој удео у непокретној ствари, остали сувласници имају по самом закону право преče куповине (чл. 1831).[15] Према Нацрту Законика о својини и другим стварним правима (чл. 204), сувласник самостално располаже својим уделом. Предвиђена је могућност да се право располагања уделом ограничи правом преče купо-

[11] О позадини усвајања овог правила вид. Р. Цветић (2002), 101-106. Такође, вид. Bogdan Loza, „Da li u našem pravu postoji pravo preče kupovine zemljišta u korist suvlasnika“ *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu,* 1964.

[12] *Службени гласник РС,* 93/14, 121/14, 6/15, чл. 5.

[13] *www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf,* 28. децембар 2018. У делу који се односи на облигационе односе (књига друга) *Продаја са правом преče куповине,* чл. 744-754, садржана су правила која су преузета из *Скице за Законик о облигацијама и уговорима,* 1969, проф. Михаила Константиновића (упоредити одредбе из Нацрта са одредбама чл. 455-465 *Скице* (едиција *Класици југословенског права,* Београд 1996). У делу који се односи на Стварно право (књига трећа), *Право преče куповине,* чл. 1913-1918. Упркос уочљивој неусклађености предложених одредаба у погледу законског права преče куповине, у наведеним деловима Нацрта, сувласници се свакако наводе као имаоци овог права по закону.

[14] *http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima--radni-tekst.html*, 28. децембар 2018. У одељку *Право преče куповине,* чл. 91-111, садржана су општа правила о праву преče куповине. Сувласници се спомињу као титулари овог права, само при одређењу реда првенства права преče куповине (чл. 107, ст. 3: Сувласници имају предност куповине удела сувласника у односу на остале имаоце права преče куповине, ако законом није друкчије прописано).

[15] Алтернативно је предложено правило о законском праву преče куповине осталих сувласника када један сувласник продаје свој удео, без обзира да ли се ради о непокретној или покретној ствари (тзв. опште право преče куповине сувласника).

вине, док је за сувласника непокретности то право изричито предвиђено. Ниједан Нацрт не садржи правило о вршењу права прече куповине за случај заинтересованости више сувласника за присвајање удела који се продаје.

2.2. Међусобна конкуренција сувласника у вршењу права прече куповине

Једно од важних питања је реализација права прече куповине када је продавац само један од више сувласника, а као потенцијални купци конкуришу остали сувласници. Да ли у том случају право прече куповине припада свим сувласницима заједно и да ли то значи да га само заједнички могу и вршити? Из природе ствари произлази да је акценат неопходно ставити на вршење права у целини, а не на његово заједничко вршење.

Када су сви сувласници сагласни да заједнички врше право прече куповине, потребно је само поставити правило за одређивање у којој мери ће сваки од њих присвојити од удела који се продаје. Ако о томе не могу да постигну споразум, а њихови сувласнички удели су једнаки, онда ће подједнако и присвојити од удела који се продаје, а ако нису, присвајање се врши сразмерно величини сувласничких удела.

Када поједини сувласници не желе да врше право прече куповине, то, полазећи од разлога признавања овог права сувласницима, не сме да значи да ни остали не могу вршити своје право. Битно је да заинтересовани сувласници удео који се продаје морају откупити у целини.

Законом о промету непокретности Републике Србије, при утврђивању правила о праву прече куповине сувласника непокретности, ово питање није уређено на предложени начин. Штавише, правила су постављена тако да се елиминише могућност да право прече куповине истовремено реализује више сувласника сразмерно величини својих сувласничких удела. Као што је већ истакнуто, када има више сувласника, првенство има сувласник са већим сувласничким уделом, а када се по критеријуму величине сувласничког удела не може одредити ред првенства, сувласник непокретности који продаје свој удео одлучује коме ће продати свој удео. Ако се давање предности сувласнику са већим сувласничким уделом може покушати објаснити потребом поједностављења односа у сувласничкој заједници, остављање избора сувласнику-продавцу, када је више конкурената за остваривање права прече куповине, пре ће за њега бити терет него избор.[16]

Правило које, по нашем мишљењу, на адекватан начин уређује наведену ситуацију, садржано је у Швајцарском грађанском законику (чл. 682,

[16] Вид. Раденка Цветић, „Место права прече куповине у грађанском законику“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2008, 181,183, ф.н. 30.

ст. 1).[17] Наиме, сувласници имају право прече куповине у односу на сва трећа лица која желе да стекну удео, а нису сувласници. Уколико више сувласника жели да оствари своје право прече куповине, удео ће припасти сваком од њих, сразмерно њиховим уделима. Исти је смисао и правила садржаног у Немачком грађанском законику (§ 472).[18] Ако право прече куповине заједнички припада неколицини, оно се може вршити само у целини. Ако је оно за једног од учесника престало или ако један од њих не врши своје право, остали су овлашћени да у целини врше право прече куповине.

3. РАЗЛОЗИ ЗА ЗАКОНСКО ФАВОРИЗОВАЊЕ СУВЛАСНИКА ПРИ ПРОДАЈИ СУВЛАСНИЧКОГ УДЕЛА НЕПОКРЕТНОСТИ

3.1. Претходне напомене

Пре свега, желимо да истакнемо да полазна претпоставка при аргументацији оправданости законског права прече куповине сувласника непокретности, није неоптималност сувласничке заједнице,[19] већ њена (латентна) конфликтност. Поред тога, независно од евентуалног сукоба интереса, сувласник из било којих разлога (не мора их никоме објашњавати) може пожелети новчани еквивалент свог удела. Без обзира шта је мотивација, сувласник може да напусти заједницу, продајом свог удела или захтевом за деобу (развргнуће). Веома је значајно како гласе правила за уређење наведених ситуација онда када сувласници не могу да ускладе своје интересе споразумно. Јер, треба водити рачуна о економским интересима сувласника који жели да напусти заједницу, али и о интересу оних који остају у сувласничкој заједници или који су развргнућу изложени његовом вољом. Што се њих тиче, економски моменат може бити један од битних, али не и најважнији. Стога није довољно имати у виду само економске ефекте права прече куповине сувласника да би се дошло до закључка да ли је оправдано установљење тог

[17] У питању су сувласници земљишта. Текст Швајцарског грађанског законика на енглеском језику, доступан на *https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201801010000/210.pdf.*

[18] Текст Немачког грађанског законика на енглеском, доступан на *https://www.gesetze--im-internet.de/englisch_bgb/*, 28. децембар 2018. Више о праву прече куповине у Немачком грађанском законику вид. у: Dietrich Joswig et.all, hrsg, *Großkommentare der Praxis – Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes*, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1996, Sechster Abschnit § 1094-1104.

[19] О могућим разлозима неоптималног коришћења непокретности у сусвојини (различите преферинције, негативне екстерналије, бесплатни корисник, односно слепи путник), вид. Л. Батуран (2017), 159-160.

права законом.[20] Поред тога, ако је, на први поглед видљива једино заштита приватног интереса сувласника, не значи да не постоји јавни интерес за његов (њихов) привилегован положај. Адекватно уређење приватноправног односа, када он не функционише сагласношћу равноправних и једнаких учесника тог односа, свакако јесте јавни интерес.

3.2. Положај сувласника – продавца

Сматрамо да се као полазна претпоставка при разматрању оправданости законског права прече куповине сувласника (непокретности), мора утврдити оптимална заштита економског интереса сувласника – продавца. У наставку следи утврђивање релевантних фактора за постизање таквог циља.

Пре свега, и према важећим правилима, продавац може утврдити најповољнију цену пре него што учини понуду „повлашћеном“ купцу. Постизање најповољније понуде зависи умногоме од самог продавца. Све што сматра као задовољавајућу цену и уопште услове продаје, он нуди имаоцу права прече куповине (прекупцу). То значи да продаја може бити условљена и неким споредним чинидбама које је треће лице спремно да испуни. У том случају, може се поставити питање утицаја немогућности њиховог испуњења од стране прекупца на вршење права прече куповине.[21]

Тој понуди, такође, може претходити и утврђивање колико је прекупац спреман да плати да би избегао ризик персоналне суброгације у сувласничку заједницу купца којег је изабрао сувласник-продавац.[22]

Ипак, сматрамо да постојећа правила, у циљу оптималне заштите економског интереса сувласника – продавца, треба прецизирати на начин као што је то учињено, на пример, у Немачком грађанском законику.[23] Адекватна су само она правила која спречавају да дође до погоршања положаја продавца због тога што је купац ималац права прече куповине, а не неко треће лице. У том смислу, можда је подеснији механизам остварења права прече куповине који се покреће у моменту када су услови продаје потпуно дефинисани са

[20] Исцрпну анализу економских ефеката права прече куповине представљену на моделу сувласничке заједнице са 2 сувласника са једнаким уделима, кроз поређење права на деобу и продају удела, вид. Л. Батуран (2017), 163-168.

[21] Вид. § 466 Немачког грађанског законика. Даје се могућност лицу овлашћеном на пречу куповину да плати новчани еквивалент чинидбе коју би треће лице било обавезно да изврши уз плаћање цене. У случају да се та чинидба не може проценити у новцу, а до закључења уговора не би дошло без њеног уговарања, искључено је право прече куповине.

[22] Упоредити са правом прече понуде англосаксонског права. Вид. Л. Батуран (2017), 154-156.

[23] Поред већ споменутог правила из § 466, видети и §§ 467-468 Немачког грађанског законика.

трећим лицем.[24] То је и концепт вршења законског права прече куповине непокретности[25] у судском извршном поступку, јер ималац овог права ужива предност у односу на најповољнију понуду, без обзира да ли се продаја врши путем усменог јавног надметања или непосредном погодбом.[26]

Веома је важно и исправно тумачење правила према којем продавац може продати непокретност другом лицу, али *не под повољнијим условима* (истакла Р. Ц.), ако се ималац права прече куповине у законом одређеном року и на прописан начин не изјасни да прихвата принуду. Из формулације одредбе из чл. 8 Закона о промету непокретности произлази да продавац у том случају може постићи и већу цену и уопште повољније услове продаје за себе. Циљ овог правила није да се ствар не прода по вишој цени од оне која је понуђена прекупцу, већ да не буде продата по цени која је нижа од оне коју он није био спреман да плати. Тек ако је повређено право првенства,[27] у остварењу права прекупа захтев прекупца је да се закључени уговор огласи без дејства према њему и да се непокретност њему прода и преда *под истим условима* (истакла Р. Ц.).[28]

Оно што највише угрожава економске интересе продавца и могућност постизања повољних услова продаје сувласничког удела, управо је неатрактивност такве куповине. Није право прече куповине разлог што продавац удела не може да постигне адекватну цену, већ незаинтересованост трећих лица за ступање у сувласничку заједницу. Због тога вршење права прече куповине суседа или сувласника често није резултат њиховог права првенства, већ прагматичности продавца који понуду чини оном ко је највише заинтересован за куповину. Лако је замислити и обрнут процес у којем се као понудиоци јављају управо суседи или сувласници као заинтересовани купци. Закључак је да се наведена лица појављују као купци не зато што су привилеговани правом прече куповине, већ из тржишних разлога.[29]

---

[24] Вид. § 463 Немачког грађанског законика. Лице које има право прече куповине може га вршити чим је продавац закључио уговор о продаји са трећим лицем.

[25] И уговорног права прече куповине непокретности које је уписано у катастар непокретности.

[26] Вид. чл. 170 Закона о извршењу и обезбеђењу, *Сл. гласник РС,* бр. 106/15, 106/16 – аутентично тумачење, 113/17 – аутентично тумачење. Детаљније о овоме, вид. Р. Цветић (2014), 157-158.

[27] Тако што је продавац непокретност (или сувласнички удео у непокретности) продао а да није понудио имаоца права прече куповине, или је продао под повољнијим условима од оних које је њему понудио.

[28] Упоредити формулацију одредбе садржане у чл. 8 и чл. 10, ст. 1 Закона о промету непокретности.

[29] Срђан Радовановић, „Превентивна заштита права прече куповине“, *Судска пракса,* 1/1999, 65. У истом смислу, Л. Батуран (2017), 166-167.

3.3. О могућим разлозима фаворизовања сувласника као купца сувласничког удела непокретности

Аргумент за којим се, по правилу, посеже када се жели оправдати законско право прече куповине сувласника, је жеља законодавца да сувласништво престане (као извор непрекидног трвења).[30] До престанка постојања једне потенцијално конфликтне заједнице доћи ће у случају када постоје два сувласника, након што један одлучи да прода свој удео, а други да релаизује своје право прече куповине. У случају постојања више сувласника, када остварење права прече куповине једног од њих или свих преосталих (сразмерно увећање удела) неће довести до престанка сувласничке заједнице, оправдање је у поједностављењу односа. Речено нам не дозвољава да се сагласимо са ставом да „... до поједностављења сувласничке заједнице не долази због права прече куповине сувласника, него због одлуке једног од њих да свој део отуђи.“[31] Јер, ако одлука једног од сувласника да отуђи свој удео доведе до продаје удела лицу које је ван сувласничке заједнице, без икакве правне могућности осталих сувласника да то спрече (иако су спремни да изађу у сусрет свим захтевима сувласника-продавца), „бројно стање“ ће бити исто, а својински односи, по правилу, још сложенији. Зато је, одлука једног од сувласника да прода свој удео само иницијални акт, а право прече куповине средство да дође до престанка сусвојине или поједностављења својинских односа.

Сувласници имају и право на деобу,[32] али је питање може ли оно да учини сувишним право прече куповине сувласника. Односно, да ли право на разврг̄нуће сувласничке заједнице може апсорбовати право сувласника да прода свој удео (да га размени за новац). Правила судске деобе, која се врши по захтеву сувласника када не могу да се сагласе о начину деобе, показују да то није случај.

Када је могућа физичка деоба ствари, судска деоба неће за сувласника заинтересованог за продају удела, значити постизање жељеног циља, односно стицање новчаног еквивалента. Јер, када је ствар дељива,[33] суд је, према важећим

---

[30] Михаило Константиновић, *Облиг̄ационо п̄раво,* према белешкама са предавања, Београд 1959, *Посебни део, Облиг̄ациони уг̄овори,* 10.

[31] Л. Батуран (2017), 167. Даља елаборација наведеног става, заснива се на чињеници да се сувласници непокретности ретко одлучују за продају свог удела, јер због права прече куповине осталих сувласника не могу да остваре адекватну цену.

[32] На овом месту чинимо дигресију и упућујемо на правило садржано у Закону о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске, чл. 51 *(Право на разврг̄нуће исп̄лат̄ом)*, које показује да се на различите начине може водити рачуна о специфичности сувласничке зајднице. Колико год на први поглед таква правила изгледала као фаворизовање сувласника у међусобном односу или према трећим лицима, њихова функција је да уваже оправдане интересе правних субјеката. О праву на разврг̄нуће исплатом које може настати на основу правног посла или закона, вид. N. Gavella, 713-714.

[33] У основи процене да ли је ствар дељива или недељива је економски критеријум. Када је у питању пољопривредно земљиште мора се водити рачуна о императивним нормама

правилима, обавезан да одреди физичку деобу, тако да сувласник који је заинтересован за продају свог удела, тек након спроведене деобе треба да приступи продаји. Истина, његово располагање у том случају више није ограничено правом преče куповине, али процес уговарања продаје са свим трансакционим трошковима тек почиње. Поред тога, трошкове парцелације, односно етажирања, као и све судске трошкове сносе сувласници. Физичка деоба непокретности не само да је скопчана са великим трошковима за саме сувласнике, већ је, са становишта јавног интереса, мање пожељна од продаје удела сувласнику која спречава фрагментацију ствари.[34]

Када ствар није дељива, приступа се цивилној деоби, а затим деоби новчаног еквивалента сразмерно величини удела. Сувласничка заједница са два сувласника тада може престати тако што ће други сувласник, практично, исплатити оног који је деобу захтевао због уновчења свог удела, ако је спреман да плати цену која представља најповољнију понуду.[35] Исти ефекат, са много мање трошкова, могао се постићи кроз право преče куповине сувласника. У случају вишечлане сувласничке заједнице, када нема заинтересованог купца, а ниједан од сувласника нема економску могућност да исплати цену, може се претпоставити колико је сувласник далеко од остварења свог приоритеног циља (уновчења свог удела), због којег је и захтевао деобу.

Када се говори о сувласничкој заједници, у први план се увек ставља њен имовински карактер, пре свега да би се нагласило да сувласници једне ствари могу бити било која лица, односно да није неопходан одређени лични однос између њих, као што је то случај са титуларима заједничке својине. У том смислу, сувласник се може постати по основу уговора (о купопродаји, поклону, размени, ортаклуку), на основу правила о одржају, и без своје воље (у случају сједињења ствари различитих власника или прераде туђе ствари). Међутим, највећи број сувласничких заједница на непокретним стварима, настаје деобом заоставштине,[36] а велики број и деобом заједничке својине

којима се спречава уситњавање земљишних парцела, као и правилима о парцелацији земљишта. Када су у питању зграде или посебни делови зграде, кључна је могућност етажирања.

[34] Што је нарочито битно када се ради о парцелама пољопривредног земљишта. Исти разлог, односно укрупњавање земљишног поседа, у основи је установљења законског права преče куповине власника суседног пољопривредног земљишта. О његовој економској и правној неоправданости, вид. Л. Батуран (2017), 171-172.

[35] Подсећамо на положај имаоца законског права преče куповине у судском извршном поступку.

[36] Вид. § 2034 Немачког грађанског законика о праву преče куповине осталих сународника када сународник продаје свој удео трећем лицу. Radomir Đurović, „Pravo preče kupovine suvlasnika nekretnina“ *Jugoslovenska advokatura,* 6/1963, 19: „У нашим условима као сувласник у великом броју случајева се баш и појављује блиски сродник; то су обично ранији сународници. Тада поред осећања правне обавезе постоји и морална обавеза и обичај да се тако поступи, да се прво продаја некретнинапонуди тим лицима, а тек ако она не желе да

супружника. Тиме је јасно истакнуто колико су у сувласничким заједницама битни и лични односи и колико различите животне ситуације чине непримереним наставак њиховог егзистирања са члановима које треба да одреди искључиво деловање тржишног механизма. Поред тога, не смањује цену сувласничком уделу право прече куповине сувласника, већ чињеница да постоји сувласништво. У контексту разлога који чине оправданим законско право прече куповине сувласника (непокретности) битно је да је сувласник – купац спреман да плати цену и испуни све услове продаје као било који други купац, а не да може да буде купац, само ако је спреман да плати више.

ЗАКЉУЧАК

У настојању да понудимо разлоге који оправдавају постојање законског права прече куповине сувласника непокретности, пошли смо од економског положаја сувласника – продавца. Истакнуто је да су адекватна само она правила која спречавају да дође до погоршања положаја продавца само зато што је купац сувласник, као ималац права прече куповине, а не неко лице изван сувласничке заједнице. Ако је титулар пава прече куповине спреман да испуни све услове продаје као било који други купац, омогућена је оптимална заштита економских интереса продавца. Оно што може угрозити постизања повољнијих услова продаје сувласничког удела, је неатрактивност такве куповине. Наиме, није право прече куповине разлог што продавац удела не може да постигне адекватну цену, већ незаинтересованост трећих лица за ступање у сувласничку заједницу.

Заштита оправданог интереса сувласника да буду фаворизовани као купци под једнаким условима, врши се у јавном интересу, будући да остварење права прече куповине може довести до престанка сусвојине или поједностављења односа у овој сложеној својинској заједници. Поред тога, није занемарљива чињеница да највећи број сувласничких заједница на непокретностима настаје деобом заоставштине, а велики број и деобом заједничке својине супружника. Тиме се истиче колико су битни и међусобни лични односи сувласника и колико различите животне ситуације чине непримереним наставак егзистирања заједнице са члановима које треба да одреди искључиво деловање тржишног механизма.

купе онда да се понуди другим лицима. Та дуготрајна примена овога института створила је једно одређено схватање правичности и одређеног реда.“

Radenka M. Cvetić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
R.Cvetic@pf.uns.ac.rs

About Justification of the Statutory Pre-emption Right of a Co-owner of Immovable Property

Abstract: *Pre-emption right, at the same time, can be regarded as limitation of the co-owner's freedom to dispose of his share, and as a part of the legal mechanism which leads to the "relaxation" of a complex social relationship. When examining reasons that favour the existence of a statutory pre-emption right of a co-owner, one ought to commence with the legal position of the co-owner – seller. Indeed, one ought to assess if the optimal protection of his economical interests has been compromised by favouring other co-owners as buyers. In the given context, this article enumerates reasons that justify the subsistence of the statutory pre-emption right of the co-owner.*

Keywords*: co-ownership, statutory pre-emption right, economical interest of the co-owner – seller, reasons that justify favouring of the co-owner as buyer.*

Датум пријема рада: 14.01.2019.

Оригинални научни рад 343.122
doi:10.5937/zrpfns52-19920

Др Снежана С. Бркић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Brkic@pf.uns.ac.rs

МАРГИНАЛИЈЕ О ФУНКЦИЈИ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА

Сажетак: *У фокусу овог рада су нека питања улоге овлашћеног тужиоца у преткривичном и кривичном поступку. Дилему о томе да ли тужиочеву активност назвати функцијом оптужбе или функцијом кривичног гоњења, аутор решава у корист ове последње. Један део рада посвећен је анализи и критици неких неприхватљивих дефиниција функције кривичног гоњења.Аутор наводи да се функција кривичног гоњења састоји из претпроцесног и процесног дела. Функција кривичног гоњења размотрена је и кроз призму појединих историјских типова кривичног поступка, као и кроз призму појединих овлашћених тужилаца.*

Кључне речи: *јавни тужилац, функција кривичног гоњења, кривични поступак.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Кривичнопроцесне функције су одговарајуће носеће улоге које поводом расправљања предмета кривичног поступка припадају основним процесним субјектима, без којих се не може замислити кривични поступак. Иако се у теорији често помињу основне процесне функције, за то нема довољно основа, јер се из системског прилаза кривичном поступку показује да поред њих не постоје споредне, нити какве друге процесне функције.[1] Међутим, теорија кривичног процесног права не нуди увек задовољавајуће одговоре по питању садржајног одређивања појединих кривичнопроцесних функција.[2] Тако се

[1] Снежана Бркић, Тезе о процесним функцијама у кривичном поступку, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017, 1403.

[2] Тај посао отежава и околност да неке кривичнопроцесне функције могу бити садржајно разноврсне с обзиром на посебне врсте кривичних поступака. Видети нпр. Снежана Бркић,

већ на самом почетку суочавамо са концепцијском неуобличеношћу и недовољном издиференцираношћу појединих кривичнопроцесних функција од других граничних функција у кривичном или преткривичном поступку.

У овом раду позабавићемо се кривичнопроцесном функцијом која припада овлашћеном тужиоцу. При дефинисању те функције можемо се руководити једним формалним критеријумом који извире из оптужног начела. Наиме, из раздеобе три процесне функције (гоњења, одбране и суђења), произлазило би да све оно што се налази у рукама овлашћеног тужиоца јесте дериват њему намењене функције кривичног гоњења.[3] Након тог почетног задатка, остао би нам само чин генерализације. Међутим, савремени мешовити поступци се не могу похвалити доследним спровођењем ове идеје, а конфузији доприносе и плуралитет органа који се понекад крије иза неких функција.

2. ФУНКЦИЈА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА ИЛИ ФУНКЦИЈА ОПТУЖБЕ?

Поставља се питање како назвати ту тужиочеву функцију: функцијом кривичног гоњења[4] или функцијом оптужбе[5]. У теорији се много чешће среће овај други термин. Међутим, нама се чини да је правилније говорити о функцији кривичног гоњења, јер је то шири појам од функције оптужбе (осим ако се у овом контексту оптужба схвати у ширем смислу,[6] што није подржано законским текстом). Према одредби чл. 2, става 1, тачке 10 ЗКП[7] оптужба је оптужница, оптужни предлог, приватна тужба и предлог за изрицање мере безбедности, односно израз који служи као општи назив за акт тужиоца у коме су наведена обележја кривичног дела или противправног дела

Посебна улога суда у малолетничком кривичном поступку и начело процесне економије, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2016, 1120.

[3] Snežana Cigler, *Načelo legaliteta i oportuniteta krivičnog gonjenja,* Novi Sad 1995, 24.

[4] Тако, нпр., Тома Живановић, *Основни проблеми кривичног и грађанског процесног права I,* Београд 1941, 145; Тихомир Васиљевић, *Систем кривичног процесног права,* Београд 1981, 64-65; Zagorka Simić – Jekić, *Krivično procesno pravo SFRJ, Beograd 1983, 66;* Davor Krapac, *Kazneno procesno pravo. Prva knjiga. Institucije,*Zagreb 2010, 202.

[5] Тако, нпр., Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo,* Beograd 2011, 70; Станко Бејатовић, *Кривично процесно право,* Београд 2016, 99; Милан Шкулић, *Кривично процесно право,* Београд 2011, 102.

[6] Треба напоменути да Европска конвенција о људским правима усваја тзв. материјални појам оптужбе, тако да члан 6 Европске конвенције почиње да се примењује од момента званичне доставе са тврдњом да је учињено кривично дело. Овде се мисли о достављању осумњиченом наредбе за претрес стана, возила, лица, итд. (Aleksandar Jakšić, Evropska konvencija o ljudskim pravima. Komentar, Beograd 2006, 173.

[7] Сл. гл.РС бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

одређеног у закону као кривично дело. Дакле, ЗКП користи оптужбу као ознаку за одговарајући процесни акт а не као ознаку за функцију овлашћеног тужиоца. Додуше, ниједан процесни акт не може сам од себе да се напише и поднесе суду. Подразумева се да иза тог процесног акта стоји активност овлашћеног тужиоца. Међутим, није логично да се у том задатку тужиоца исцрпљује читава његова улога. Законодавац није случајно одредио да је основно право и основна дужност јавног тужиоца гоњење учинилаца кривичних дела (члан 43, став 1 ЗКП). Та функција, између осталог, подразумева и подизање и заступање оптужбе пред судом (члан 43, став 2, тачка 5 ЗКП). Даље, начело легалитета кривичног гоњења огледа се у дужности јавног тужиоца да предузме кривично гоњење када постоје основи сумње да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинило кривично дело за које се гони по службеној дужности (члан 6, став 1 ЗКП).Затим, наш ЗКП разликује одустанак јавног тужиоца од кривичног гоњења, који је могућ до одређивања главног претреса или рочишта за изрицање кривичне санкције, од одустанка јавног тужиоца од оптужбе, који је могућ од одређивања до завршетка главног претреса или рочишта за изрицање кривичне санкције (члан 497 ЗКП). За та два случаја везује се могућност наступања различитих правних последица (приговор оштећеног непосредно вишем јавном тужиоцу, до потврђивања оптужнице и преузимање кривичног гоњења од стране оштећеног, после потврђивања оптужнице).[8] Дакле, функција оптужбе је само један од облика вршења функције кривичног гоњења. Свака функција оптужбе подразумева да је дошло до функције кривичног гоњења, али свака функција кривичног гоњења не подразумева да је дошло и до чина оптужбе, уколико се кривични поступак обустави пре подизања оптужног акта. Дакле, функција кривичног гоњења се не исцрпљује у подизању оптужбе, иако је она њен најконцентрисанији израз, него обухвата и њено заступање пред судом,[9] односно протеже се током целог кривичног поступка.[10]

На оваквој линији размишљања налазе се и неки други аутори који равноправно користе оба ова појма, с тим да се они не поклапају у потпуности. Тако, нпр., Ђурђић функцију кривичног гоњења односно оптужбе дефинише као скуп делатности које, у оквиру свог фонда права и дужности, овлашћени тужилац предузима с циљем да покрене кривични поступак и

[8] Члан 51 и 52 ЗКП.

[9] Тако Михајло Чубински, *Научни и практични коментар Законика о судском кривичном поступку Краљевине Југославије,* Београд 1933, 42; Friedrich-Christian Schroeder, Legalitats- und Opportunitatsprinzip heute, *Festschrift fur Peters* 1974, 414.

[10] Витомир Петровић, *Предавања из кривичног судског поступка (скрипта),* Београд 1951, 85; Загорка Симић Јекић, Начин гоњења учинилаца кривичних дела, *Правни живот 4-5/1968*, 50.

да суд утврди кривицу оптуженог и осуди га по закону.[11] Оптужбу у ширем смислу (тј. кривично гоњење) чине делатности тужиоца усмерене на покретање кривичног поступка, кад постоје основи сумње да је неко лице учинило кривично дело које му се ставља на терет.[12] Оптужбу у ужем смислу чине делатности тужиоца које предузима кад постоји оправдана сумња о делу и учиниоцу, с циљем да се окривљени изведе на главни претрес и да га суд огласи кривим и осуди по закону.[13] Нама се наведена појмовна одређења чине сасвим прихватљива. Па и они аутори који су се определили за израз функција оптужбе, исти дефинишу као право (а за јавног тужиоца и дужност) на кривично гоњење.[14] Међутим, у оваквим одређењима не види се појмовна разлика, већ се функција кривичног гоњења и функција оптужбе паралелно користе, при чему се уопште не објашњава да ли су то синоними, или се не поклапају.[15]

3. НЕКЕ НЕПРИХВАТЉИВЕ ДЕФИНИЦИЈЕ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА

Осврнућемо се на још неколико покушаја теоријског дефинисања функције кривичног гоњења. Тако се функција кривичног гоњења одређује као „активност у процесу у коју спадају све процесне радње подузете с циљем да се пронађе учинилац кривичног дјела и да се приведе осуди".[16] По тим ауторима, не треба говорити о функцији кривичног гоњења у малолетничком поступку, где тежимо изрицању васпитних мера, које не претпостављају осуду и замишљене су тако да делују у корист малолетника. Ова дефиниција нам изгледа преуско, јер се ограничава само на активности у процесу, а не и на оне предузете поводом њега, тј.у циљу његовог заснивања. Ширење дефиниције у том смислу се не би косило са појмом процесних радњи, којима се правно-технички реализује функција кривичног гоњења. Тако, нпр., према Васиљевићу процесне радње су делатности процесних субјеката обавезних или овлашћених на њихово вршење, обављене у процесу, којима се непосредно утиче на заснивање, ток или окончање процесног односа, а чије су претпоставке, вршење и дејство одређени у процесном закону.[17] Међутим, није неопходно да процесна радња буде предузета у процесу. Она може бити предузета и пре формалног започињања поступка, ако је непосредно упра-

[11] Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право – општи део,* Ниш 2014, 181.

[12] *Ibidem.*

[13] *Ibidem.*

[14] М. Шкулић, 102.

[15] Чедомир Стевановић, *Кривично процесно право СФРЈ,* Београд 1982, 121; Dragoljub V. Dimitrijević, *Krivično procesno pravo,* Beograd 1982, 64, 115.

[16] Bogdan Zlatarić, Mirjan Damaška, *Rječnik krivičnog prava i postupka,* Zagreb 1966, 88.

[17] T. Vasiljević, 233; слично и M. Grubač, 199; С. Бркић, 228.

вљена на заснивање кривичног поступка. Исти закључак следи и из материјално-формалног појма процесне радње који је дао Тома Живановић.[18] Ширење дефиниције функције кривичног гоњења било би неопходно и због тога што почетни материјални супстрат ове функције не само претходи, него и омогућава заснивање кривичнопроцесног односа. Без обзира на то како решимо сложено питање почетка кривичног поступка, ван односно пре њега увек стоји онај део тужилачке активности који је усмерен на фундирање његовог иницијалног акта. Тај део тужилачке активности не губи на значају због своје неформалности, подељености са другим субјектима и временској удаљености од поступка. Такво схватање функције кривичног гоњења је пожељно нарочито у контексту начела легалитета кривичног гоњења.[19]

Наведена дефиниција функције кривичног гоњења је неадекватна јер ову функцију повезује са циљем проналажења учиниоца кривичног дела. И по Водинелићу, функција кривичног гоњења састоји се у томе да се учини све што је потребно за откривање свих кривичних дела и учинилаца.[20] Можда то и јесте нешто што би по природи ствари ту спадало или требало да спада, али се не може сматрати типичном процесном функцијом, и није оправдано да избија у први план у самој дефиницији. Овом принципијелном разлогу придружује се и један логички разлог. Наведена дефиниција је контрадикторна са становишта неких правних система, јер се не могу истовремено испунити оба услова: циљ проналажења учиниоца неспојив је са обављањем активности у процесу, који се може водити само против познатог лица.[21] Међутим, овај приговор отпада у оним правима где је могућа истрага и против непознатог учиниоца, као што је то случај у француском праву и српском праву према ЗКП из 2011.године. Овај приговор не би стајао ни у случају када се проналажење учиниоца схвати у ширем смислу: не као откривање непознатог, него као чињење доступним познатог.[22]

Према другој дефиницији, делатност казненог прогона обухвата:

„1) давање побуде (иницијативе) за почетак поступка за установљење, да ли у конкретном случају постоје или не постоје правне предпоставке примјене казнено-правних санкција на одређену особу, те за њихову примјену уколико предпоставке постоје;

2) настојање за вријеме цијелог трајања поступка споменутог под 1), да се изведу све оне радње, које је у конкретном случају потребно извести, да се споменуто установљење обави објективно, како то захтиевају правни пробитци".[23]

---

[18] Т. Живановић, 118-119.

[19] S. Cigler, 25.

[20] Владимир Водинелић, *Криминалистика,* Београд 1987, 14.

[21] S. Cigler, 25.

[22] *Ibidem*.

[23] Vladimir Bayer, *Kazneno postupovno pravo – prva knjiga. Poviestni razvoj,* Zagreb 1943, 311.

У једном другом делу Bayer даје и скраћену дефиницију, која функцију кривичног гоњења своди на постављање захтева за почетак кривичног поступка и заступање интереса прогона за време тог поступка.[24] Међутим, ова дефиниција није прихватљива у оним државама где се тужиочевим актом поступак не само иницира, него и покреће и где је он *dominus litis* претходног стадијума.

По нашем мишљењу, функција кривичног гоњења садржајно је усмерена на покретање кривичног поступка и његово одржавање у току, али укључује у себи и нека овлашћења јавног тужиоца у преткривичном поступку.

4. ЕЛЕМЕНТИ ФУНКЦИЈЕ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА

Јавни тужилац је један од три основна процесна субјекта у кривичном поступку. У његовим рукама се налази функција кривичног гоњења.За разлику од функције суђења и одбране, које се по правилу протежу од покретања кривичног поступка до његовог правноснажног окончања,[25] функција кривичног гоњења увек има и свој претпроцесни део, који покрива преткривични поступак. Два су пута која могу водити до признања претпроцесне егзистенције функције кривичног гоњења, логички и догматски:[26]а) везивање покретања кривичног поступка за стварне услове (одређени степен уверења о постојању кривичног дела) донекле губи смисао ако се јавни тужилац ослободи обавезе вођења рачуна о њиховом стварању; другим речима, пасивношћу вршиоца функције кривичног гоњења пре почетка процеса, смањује се поље његовог утицаја и у процесу; б) нека права изричито предвиђају активност на откривању кривичних дела и учинилаца као саставни део функције кривичног гоњења. Дакле, кривични поступак се не може покренути без иницијативе овлашћеног тужиоца а материјалноправни услов за заснивање кривичнопроцесног односа везује се за одређени квантум доказаности кривичног дела. Због тога је неопходно да се функција кривичног гоњења прошири и на предузимање неких непроцесних и процесних активности, које се обављају пре почетка кривичног поступка и којима ће се фундирати тужиочев

---

[24] Vladimir Bayer, *Jugoslavensko krivičbno procesno pravo, knjiga prva,* Zagreb 1982, 21. Сличну дефиницију налазимо и у *Правној енциклопедији, 1.том,* Београд 1985, 425.

[25] Ипак треба напоменути да се функција суђења и функција одбране изузетно могу вршити и пре покретања кривичног поступка.Тако, нпр., судија за претходни поступак је овлашћен да одлучује о ограничењу уставних слобода и права осумњиченог у предистражном поступку а осумњичени у предистражном поступку има одређени скуп права, између осталог и право на браниоца. Функција суђења и функција одбране могу се вршити и после правноснажног окончања кривичног поступка, уколико буде изјављен неки од ванредних правних лекова.

[26] S. Cigler, 26.

акт о покретању кривичног поступка. Дакле, функција кривичног гоњења има свој претпроцесни и процесни део. Претпроцесни део функције кривичног гоњења обухвата скуп овлашћења и дужности јавног тужиоца у преткривичном поступку, које се врше с циљем омогућавања доношења ваљане одлуке о кривичној пријави. Ту, нпр.,спадају: прикупљање додатних обавештења од грађана и државних органа, саслушавање ухапшеног лица, саслушавање осумњиченог у складу са одредбама ЗКП под условом да је изричито пристао да да исказ и да су пристанак и сам исказ дати у присуству браниоца, одлучивање о задржавању осумњиченог, предлагање посебних доказних радњи, итд.

Садржину сваке процесне функције чини скуп права и дужности овлашћених процесних субјеката, која се реализују предузимањем одређених процесних радњи. Изузетак од тога је претпроцесни део функције кривичног гоњења, који се може реализовати и процесним и непроцесним радњама. Дакле, ако кажемо да је функција кривичног гоњења процесна функција, то уопште не значи да се она може вршити само у процесу. И док неки аутори изражавају сумњу у то како кривично гоњење може започети пре кривичног поступка,[27] нама се то чини нормалним. Природно је да се функција кривичног гоњења распростире и на предистражни поступак, баш због тога што од ње зависи и покретање кривичног поступка и његово одржавање у току. Разлика између претпроцесног и процесног дела функције кривичног гоњења је у томе што се претпроцесни део ове функције може реализовати како процесним, тако и непроцесним радњама, док се њена процесна егзистенција увек заснива на предузимању формалних доказних радњи.

Ова наша поставка делимично се коси са одредбом члана 5 ЗКП, која одређује да кривично гоњење започиње првом радњом јавног тужиоца, или овлашћених службених лица полиције на основу захтева јавног тужиоца, предузетом у складу са овим закоником ради провере основа сумње да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинило кривично дело, као и подношењем приватне тужбе. Разлика у нашем поимању функције кривичног гоњења и њеног схватања израженог у одредби члана 5 ЗКП, је у томе што ЗКП уважава само први процесни елемент претпроцесног дела функције кривичног гоњења. Ако је то тако, поставља се питање којом функцијом су обухваћене остале активности јавног тужиоца у предистражном поступку: да ли су оне саставни део функције откривања и расветљавања кривичног дела (што је примарна надлежност полиције) или је то нека трећа функција, којој још нико није открио име. Решење ове дилеме је важно не само из теоријских већ и из практичних разлога јер се укључивањем и

[27] Милан Шкулић, *Основне новине у кривичном процесном праву Србије. Нови Законик о кривичном поступку из 2011. године*, Београд 2013, 9.

претпроцесних активности у функцију кривичног гоњења, и на њих простире важеће начело кривичног прогона (начело легалитета).

Циљ претпроцесног дела функције кривичног гоњења јесте стварање претпоставки за доношење ваљане одлуке о кривичној пријави. Пошто та одлука може бити двојака, и наведени циљ може бити двојак: позитивни и негативни. Позитивни циљ претпроцесног дела функције кривичног гоњења јесте омогућавање покретања кривичног поступка, а тиме и вршења процесног дела те функције. Негативни циљ претпроцесног дела функције кривичног гоњења је уздржавање од покретања кривичног поступка, било због непостојања потребних законских услова, било из разлога целисходности. Од квалитетно реализованог претпроцесног дела тужиочеве функције зависи да ли ће уопште заживети и њен процесни део. Међутим, претпроцесна активност јавног тужиоца није једини фактор који утиче на могућност наступања његове процесне функције. Њена реализација добрим делом зависи од успешног вршења неких других непроцесних функција, као што су функција откривања, расветљавања и пријављивања кривичних дела. Ако кривично дело не буде откривено ни пријављено, у потпуности ће изостати функција кривичног гоњења у оба своја сегмента. Иако јавни тужилац није непосредни носилац функције откривања кривичних дела, он је као руководећи орган предистражног поступка делимично одговоран за високу тамну бројку криминалитета.[28] Али, уколико се сазнало за кривично дело, али оно није сасвим расветљено, нити је откривен потенцијални учинилац (осумњичени), онда још већа одговорност пада и на јавног тужиоца, зато што он има право и дужност да синхронизује и усмерава рад свих осталих државних органа који учествују у преткривичном поступку. У том смислу, нарочито је важан његов однос према полицији, као носећем органу предистражног поступка. Јавни тужилац се не ослобађа одговорности за неефикасност предистражног поступка, зато што други државни органи имају две дужности према њему: а) дужност свих органа који учествују у предистражном поступку да о свакој предузетој радњи у циљу откривања кривичног дела или проналажења осумњиченог обавесте надлежног јавног тужиоца; б) дужност полиције и других државних органа надлежних за откривање кривичних дела да поступе по сваком захтеву надлежног јавног тужиоца. Ако полиција или други државни орган не поступи по захтеву јавног тужиоца, јавни тужилац ће одмах обавестити

[28] О дужности ангажовања јавног тужиоца и на плану откривања кривичних дела и проналажења учинилаца, писало се још пре четири-пет деценија.Тако, Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *Коментар Закона о кривичном поступку,* Београд 1987, 75; Миодраг Трифуновић, Преткривични стадијум поступања и улога органа унутрашњих послова и јавног тужиоца (јавнотужилачки аспект), *13.мај 2/1971, 16;* Davor Krapac, Suvremeni prethodni krivični postupak – nastanak i glavne značajke, *Naša zakonitost 2-3/1989, 311;* Branko Petrić, *Komentar Zakona o krivičnom postupku. 1. knjiga,* Beograd 1986, 44.

старешину који руководи тим органом, а по потреби и надлежног министра, владу или надлежно радно тело Народне скупштине. Ако у року од 24 часа од када је примљено поменуто обавештење, полиција и други државни орган не поступе по захтеву јавног тужиоца, јавни тужилац може затражити покретање дисциплинског поступка против лица за које сматра да је одговорно за непоступање по његовом захтеву. Иако је ова одредба велики напредак у односу на ЗКП из 2001.године, штета је што није предвиђена и могућност јавног тужиоца да учествује у том дисциплинском поступку и да буде обавештен о његовом исходу.

До законског ширења функције кривичног гоњења код нас дошло је новелом Законика о кривичном поступку 1973.године, којом је допуњен члан 44 ЗКП надлежношћу јавног тужиоца „да предузме потребне мере у вези са откривањем кривичних дела и проналажењем учинилаца". Додуше, и пре тога су закони о јавном тужилаштву говорили о „старању" јавног тужиоца у том смислу,[29] али је било отпора таквом њиховом ангажовању, под изговором да то није њихова обавеза по ЗКП. Дилему о томе да ли се ради о посебном овлашћењу јавног тужиоца или о саставном делу функције гоњења, решио је сам законодавац на мање-више јасан начин,[30] у корист овог последњег.

5. ФУНКЦИЈА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА У ИСТОРИЈСКИМ ТИПОВИМА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА[31]

У историјском развоју кривичног поступка смењивали су се различити носиоци ове функције. У акузаторском поступку ова функција је била у рукама оштећеног лица, што је одговарало тадашњем схватању кривичног дела као приватне ствари појединца. Отуда се организација судског поступка у кривичним и грађанским стварима и није разликовала.Такво схватање кривичног дела није могло дуго да се одржи. То, пре свега, није одговарало католичкој цркви која преко акузаторског поступка није могла да обезбеди систематски прогон јеретика. Са ступањем на сцену инквизиторског поступка, функција кривичног гоњења се са приватног лица преноси на државни орган – суд, у чијим рукама се истовремено налазила и функција суђења, па

[29] Нпр., члан 6 Закона о јавном тужилаштву из 1954 (Службени лист ФНРЈ 51/1954); члан 12 Закона о јавном тужилаштву из 1965 (Службени лист СФРЈ 7/1965). Каснији закони усвајају терминологију ЗКП.

[30] На то упућује језичко тумачење употребљених израза: „у вршењу гоњења" (члан 6 бившег Закона о јавном тужилаштву из 1954. године); „у остваривању функције гоњења" (члан 9, став 2 бившег Закона о јавном тужилаштву САПВ из 1975 (Службени лист САПВ 28/76), итд.

[31] Више о историјским типовима кривичног поступка видети код С. Бркић, *Кривично процесно право 1,* Нови Сад 2016, 23-28.

чак и одбране. Тиме се обезбедило ефикасније кривично гоњење, али правилно уочен проблем акузаторског поступка није решен на најадекватнији начин. Кумулација различитих процесних функција у рукама једног субјекта није давала ни минимум гаранција за непристрасно и објективно суђење. Велики помак у том правцу доноси нам мешовити кривични поступак, који се јавља крајем XVIII века. Једна од његових тековина је и институција јавног или државног тужилаштва, која је преузела функцију кривичног гоњења из руку суда. Дакле, од типа кривичног поступка зависило је ко ће бити носилац функције кривичног гоњења и каква овлашћења ће имати.

6. ФУНКЦИЈА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА КРОЗ ПРИЗМУ ПОЈЕДИНИХ ОВЛАШЋЕНИХ ТУЖИЛАЦА

Осим јавном тужиоцу, функција кривичног гоњења је у савременим правима, по правилу, једним делом поверена и приватном и супсидијарном тужиоцу. Приватни тужилац гони за мање друштвено опасна дела, којима није толико тангиран јавни, већ приватни интерес, док супсидијарни тужилац под законом одређеним условима гони за кривична дела која се гоне по службеној дужности, уколико је јавни тужилац одустао од оптужбе.

Поставља се питање да ли је функција кривичног гоњења садржајно иста, независно од овлашћеног тужиоца који је врши. На ово питање треба дати одричан одговор. Пре свега, функција кривичног гоњења приватног и супсидијарног тужиоца не обухватају овлашћења и дужности у предистражном поступку, јер се тај поступак води само за кривична дела за која се гони по службеној дужности. Тиме је из њега искључен приватни тужилац који је овлашћени тужилац за кривична дела за која се гонии по приватној тужби. С друге стране, у предистражном поступку нема места ни за супсидијарног тужиоца, јер он може преузети гоњење од јавног тужиоца који је одустао од оптужбе, тек после потврђивања оптужнице. Приватни и супсидијарни тужилац не могу бити ни субјекти који воде истрагу, јер је код нас уведена јавнотужилачка истрага.

Приватни и супсидијарни тужилац у начелу имају сва права и дужности као и јавни тужилац, осим оних права која су јавном тужиоцу дата као државном органу. То, између осталог, значи да они не могу рачунати на помоћ других државних органа. Осим тога, они се не руководе начелом легалитета кривичног гоњења, већ диспозитивним начелом, што значи да од њихове личне воље зависи покретање поступка. Приватни и супсидијарни тужилац не руководе се ни начелом опортунитета кривичног гоњења, јер је језгро начела опортунитета дискрециона оцена, коју увек врши државни орган и увек се врши у јавном интересу. Они су и изузетак од начела официјелности

кривичног гоњења, будући да се регрутују из реда оштећених лица и да као такви слободно одлучују о вођењу кривичног поступка. Они нису дужни да буду објективни, да утврђују чињенице које иду у корист окривљеног и да изјављују жалбу у корист окривљеног. Приватни тужилац је дужан да предујми део трошкова кривичног поступка и да дефинитивно сноси све трошкове кривичног поступка у случају неуспеха приватне тужбе. Супсидијарни тужилац у том погледу има исти положај као и јавни тужилац. Такође, они могу бити саслушани у својству сведока, док то није случај са јавним тужиоцем.

7. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Кривичнопроцесне функције су одговарајуће носеће улоге које припадају основним процесним субјектима у кривичном поступку. Теорија кривичног процесног права не нуди увек задовољавајуће одговоре по питању садржајног одређивања појединих кривичнопроцесних функција. Тако, извесне дилеме постоје и у погледу терминолошког и садржајног одређења функције овлашћеног тужиоца. Правилније је говорити о функцији кривичног гоњења, него о функцији оптужбе, јер је она ужи појам. Функција оптужбе је само један од облика вршења функције кривичног гоњења. Свака функција оптужбе подразумева да је дошло до функције кривичног гоњења, али свака функција кривичног гоњења не подразумева да је дошло до чина оптужбе, уколико се кривични поступак обустави пре подизања оптужног акта.

Неке дефиниције кривичног гоњења су неприхватљиве. По нашем мишљењу, функција кривичног гоњења садржајно је усмерена на покретање кривичног поступка и његово одржавање у току, али укључује у себи и нека права и дужности јавног тужиоца у преткривичном поступку. Функција кривичног гоњења има свој процесни и претпроцесни део. Разлика између њих је у томе што се претпроцесни део функције кривичног гоњења може реализовати како процесним, тако и непроцесним радњама, док се процесни део те функције увек остварује кроз формалне доказне радње. Циљ претпроцесног дела функције кривичног гоњења јесте стварање претпоставки за доношење ваљане одлуке о кривичној пријави или другом извору сазнања за кривично дело. Од квалитетно реализованог претпроцесног дела тужиочеве функције, зависи да ли ће уопште заживети и њен процесни део.

Носиоци функције кривичног гоњења зависе и од историјског типа кривичног поступка. Функција кривичног гоњења није садржајно иста, што зависи од модела истраге и од врсте овлашћеног тужиоца.

Snežana S. Brkić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Brkic@pf.uns.ac.rs

Marginal Notes to the Function of Prosecution

Abstract: *In the focus of this paper are some issues of the role of an authorized prosecutor in the pre-criminal and criminal proceedings. For the purpose of calling the prosecutor s activity, the function of the charge or the function of prosecution, the author reverses in favor of this last. One part of the paper is devoted to the analysis and criticism of some unacceptable definitions of the prosecution function. The author states that the prosecution function consists of a pre-processing and proces part. The prosecution function was also considered through the prism of certain historical types of criminal proceedings, as well as through the prism of certain authorized prosecutors.*

Keywords: *public prosecutor, function of prosecution, criminal proceeding.*

Датум пријема рада: 16.12.2018.

Прегледни чланак 342.53:342.511
doi:10.5937/zrpfns52-20442

Др Слободан П. Орловић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Orlovic@pf.uns.ac.rs

Др Наташа Н. Рајић, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
N.Rajic@pf.uns.ac.rs

РАСПУШТАЊЕ ПАРЛАМЕНТА – ВРШЕЊЕ ИЛИ ЗЛОУПОТРЕБА УСТАВНИХ ОВЛАШЋЕЊА[1]

***Сажетак**: Распуштање парламента представља карактеристику система меке поделе власти. Овај уставни институт је најозбиљнији механизам противтеже у односу на инструменте парламентарне контроле владе. Његова примена, по правилу, претпоставља неразрешив конфликт у односима парламента и владе. Отуда је основни смисао овог института пресецање такве позиције која постоји између парламента и владе и изношење таквог конфликта пред грађане као изворне носиоце суверенитета. Прво питање које је отворено у раду јесте да ли је оправдано употребити институт распуштања парламента у ситуацији када не постоји озбиљнији конфликт у односима парламента и владе, када је влада подржана стабилном парламентарном већином. Друго питање које се у раду отвара јесте: да ли акт о распуштању парламента може бити предмет правне контроле.*

***Кључне речи**: парламент, влада, шеф државе, распуштање парламента, правна контрола.*

1. УВОД

Распуштање парламента представља карактеристику система меке поделе власти. Овај уставни институт је најозбиљнији механизам противтеже

[1] Рад представља резултат истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ који се финансира средствима Правног факултета у Новом Саду.

инструментима парламентарне контроле владе. Распуштање парламента представља „(...) акт владе (шефа државе) којим се окончава постојање једног сазива парламента пре истека редовног мандата на који је изабран и тако проузрокују нови парламентарни избори.“[2]

У нашој правној теорији опредељен је став да акт о распуштању парламента представља типичан политички акт (акт владе) односно акт у којем политички елементи претежу над правним, те да као такав у потпуности измиче правној контроли (контроли уставности и законитости).[3] Могућност грубе злоупотребе овог института, чији се основ за примену црпи непосредно из одредби устава, чини се, оставља простор за запитаност да ли је ипак и у којој мери правна контрола могућа.

Наиме, примена института распуштања парламента, по правилу, претпоставља неразрешив конфликт у односима парламента и владе. Отуда се основни смисао овог института управо и види у пресецању пат позиције која постоји у односима ових органа као и преношењу коначног одлучивања на раван изворних носилаца суверености. Међутим, поставља се питање да ли примени института распуштања парламента има места у ситуацији када влада ужива поверење стабилне парламентарне већине. Да ли распуштање парламента у том случају представља вршење уставних овлашћења највиших политичких органа власти или пак, њихову злоупотребу и непосредно изигравање „духа“ устава? Питање није само теоријског карактера. Оно је своје исходиште у два наврата нашло у пракси немачког Савезног уставног суда.

Распуштање парламента у ситуацијама непостојања озбиљнијег конфликта у односима парламента и владе, отвара и низ других озбиљних уставноправних питања. Прво, како је у овакву конструкцију уклопива „неутрална“ улога шефа државе, у чијој је надлежности доношење одлуке о распуштању парламента? Није ли управо оваква уставна пракса доказ да власт председника републике није, нити може бити, неутрална власт, односно власт без „активног политичког супстрата“?[4] Друго, да ли концепт политичког устава заиста пружа неограничен простор слободе политичким органима власти у доношењу тзв. политичких аката? Да ли потреба за стабилношћу политичких институција, уз уважавање концепта „живог устава“ и његовог политичког значења које допушта развијање различитих правила игре под идентичним нормативним оквиром[5] могу оправдати примену института распуштања

[2] Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 2008, 314.

[3] *Ibid*.

[4] О критици концепта неутралне власти председника Републике вид. Vladan Petrov, O nekim opštim mestima u poimanju sistema vlasti uopšte i u Republici Srbiji, u: *Parlamentarizam u Srbiji* (ur. Darko Simović,Edin Šarčević), Sarajevo 2018, 25-30.

[5] Више о концепту „живог устава“ вид. Irena Pejić, Podela vlasti u ustavnom sistemu Srbije: mogućnost ravnoteže, u: *Parlamentarizam u Srbiji* (ur. Darko Simović,Edin Šarčević), Sarajevo 2018, 45 i dalje.

парламента и мимо сврхе због које је изворно успостављен? Треће, да ли се саме институције уставног поретка могу посматрати изоловано од утицаја политичких странака и политичких процеса који се еволутивно развијају?

Посебно је питање да ли има места успостављању уставносудске контроле одлуке о распуштању парламента и у чему би се огледало дејство одлуке уставног суда. Неспорно је да је уставни суд заштитник устава који има задатак да политичке ауторитете потчини праву и „(...)обезбеди функционисање уставне и политичке демократије са очувањем равнотеже у уставном систему."[6] Међутим, питање је на који начин би уставни суд у конкретном случају избегао залажење у поље чистог политичког одлучивања и остао искључиво на терену правне заштите.[7]

Низ питања која се отварају у вези са институтом распуштања парламента говоре о сложености ове материје, истовремено упозоравајући да се до коначних одговора можда и не може доћи. Како би се барем донекле приближило овој проблематици, у раду ће бити анализиран општи појам распуштања парламента, правна природа одлуке о распуштању парламента као и модел правне контроле такве одлуке који је присутан у правном систему Немачке. Најзад, размотриће се нормативни оквир распуштања парламента у Републици Србији, са нарочитим аспектом на уставну одредбу према којој политичке странке не могу непосредно вршити власт нити је потчинити себи.

2. РАСПУШТАЊЕ ПАРЛАМЕНТА – ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА ОДЛУКЕ

Према класичној теорији, распуштање парламента одређује се као инструмент који служи отклањању спора између извршне и законодавне власти.[8] Посматра се као конститутивни елемент парламентарног система власти, барем када је реч о присталицама дуалистичког схватања парламентаризма, и представља једну од полуга којом се обезбеђује еквилибријум односно равнотежа власти.[9] Другим речима, овлашћење да распусти парламент односно да иницира његово распуштање представља важан механизам којим се обезбеђује повратни утицај владе на легислативу у систему парламентарне владе.[10]

---

[6] Irena Pejić, Uloga ustavnog suda u očuvanju ustavne demokratije, *Pravni život* 12/2006, 1172, fn. 55.

[7] Више о улози уставног суда вид. Слободан П. Орловић, Промена положаја уставног судства, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)* 4/2013, 145-161.

[8] Владан Петров, *Парламентарно право*, Београд 2010, 170.

[9] *Ibid*., 169-170.

[10] Ирена Пејић, *Парламентарна влада – осцилације у равнотежи*, Ниш 2011, 48-49.

Насупрот класичној теорији, која распуштање парламента уско везује за парламентарни систем, присталице функционалистичког приступа стављају овај институт у друштвено-политички контекст и објашњавају га применом тзв. функционалне теорије, наглашавајући улогу политичких странака у уставном систему и њихов утицај на уставне институције уопште.[11] Уважавајући уставно-политичку стварност, присталице ове теорије сматрају да спорови који треба да се реше применом института распуштања парламента нису спорови између законодавне и извршне власти, већ спорови настали између странака које творе владајућу већину.[12]

Оба теоријска приступа на известан начин доприносе заокруженом разумевању института распуштања парламента у модерној држави. Оно јесте механизам повратног утицаја извршне власти, али је и механизам чија се примена не може изопштити из конкретног институционалног окружења унутар којег политичке странке делују. Као уставни механизам, његова примена је скопчана са уставном стварношћу чији супстрат чине политички процеси. Отуда апстрактне категорије извршне и законодавне власти треба допунити конкретним друштвено-политичким контекстом као и чињеницом да у модерној држави улога политичких партија „представља везивно ткиво нормативне конструкције устава."[13]

Доношење акта о распуштању парламента најчешће је овлашћење шефа државе. То је логична последица уставноправног положаја овог органа односно његове традиционалне улоге у парламентарном систему. Наиме, шеф државе у парламентарном систему врши функције гаранта устава као и неутралног арбитра у односима уставних чинилаца власти.[14] У том смислу, шеф државе и јесте најпозванији да да коначну реч о томе да ли је спор у односима парламента и владе такве природе да тражи разрешење пред бирачким телом. Ово овлашћење шефа државе може бити искључиво у његовим рукама, као што је у Француској, или може бити активирано само уз формални предлог владе, као што је у Уједињеном Краљевству.[15] У сваком случају, реч је о овлашћењу које је прописано самим текстом устава (што се, наравно, не односи на енглески устав) и које се на основу њега непосредно остварује. То у извесном смислу имплицира и правну природу акта који се на основу таквог овлашћења доноси.

Наиме, акт о распуштању парламента, према ставу теорије, припада групи тзв. политичких аката односно „аката владе".[16] У теорији се ови акти

[11] В. Петров (2010), 171.

[12] *Ibid*.

[13] I. Pejić (2018), 33.

[14] И. Пејић (2011), 142.

[15] Постоје и примери трећег модалитета, према којем одлуку о распуштању парламента доноси сама влада. В. Петров (2010), 172.

[16] Ratko Marković, *Izvršna vlast*, Beograd 1980, 80-81.

одређују као акти који „(...) нису манифестација правне функције државе, они нису правни, те због тога не могу потпадати под режим правних аката. То у правној држави значи да они не подлежу судској контроли уставности и законитости.“[17] Реч је, дакле, о актима чија се правилност мери претежно политичким аршинима и чију суштину представља исказивање власти. Правни елементи одлуке односе се претежно (ако не и искључиво) на њене формалне аспекте (уставни основ, орган и поступак доношења), док њен материјалноправни супстрат, чини се, остаје изван сфере правне контроле.

Мотиви због којих се може донети акт о распуштању парламента су различити: немогућност стварања већине која може образовати владу; изношење тежег политичког питања пред бираче; провера легитимитета народног представништва; тактичко распуштање у смислу испровоцирања ванредних избора у политички погодном тренутку и друго. Ово јасно потврђује да је реч о сложеном механизму којим се могу проузроковати различите последице у уставном систему.[18] Па ипак, јасна ограничења и забране у примени овог института сведоче о томе да оно јесте, и тако га треба разумети, крајње средство за решавање озбиљних политичких проблема.[19] У том смислу се и проблематизује питање распуштања парламента у ситуацијама када такав озбиљан конфликт заиста не постоји.

3. МОГУЋНОСТ УСТАВНОСУДСКЕ КОНТРОЛЕ ОДЛУКЕ О РАСПУШТАЊУ ПАРЛАМЕНТА – НЕМАЧКО ИСКУСТВО

Из изложеног се види да институт распуштања парламента има дубоку политичку конотацију. Његова примена, последично, прати различита правила политичке игре унутар различитих система власти. На пример, енглеска уставна пракса показује да је распуштање парламента у тренутку погодном за освајање новог мандата потпуно легитимно средство политичке игре у тој држави. Формално, у рукама прерогатива круне; фактички, у рукама владе. Са друге стране, устав Француске Пете Републике ово овлашћење у потпуности препушта председнику Републике, који га остварује као своје самостално овлашћење (уз услов да се пре доношења одлуке консултује са премијером и председницима домова парламента).[20] Природа система власти у овој држави као и наглашен уставноправни положај шефа државе рефлектује се, дакле, и на концепт распуштања парламента, чинећи га уклопивим у такву уставну структуру.

[17] *Ibid*., 111.
[18] В. Петров (2010), 170, 174-175.
[19] *Ibid*.,176.
[20] Више о томе вид. Дарко Симовић, *Полупредседнички систем*, Београд 2008, 80.

Међутим, примена института распуштања парламента у ситуацијама када владајућа већина има сигурну парламентарну подршку и, последично, расписивање ванредних парламентарних избора ипак се може и другачије посматрати. Немачка уставна пракса потврђује да постоје мишљења да такво поступање највиших политичких органа може бити окарактерисано и као манипулативно изигравање устава. Жива расправа на ту тему водила се 1982. године када је дошло до распуштања Бундестага, на предлог канцелара Хелмута Кола (*Helmut Kohl*).[21] Слична ситуација је поновљена 2005. године када је дошло до распуштања Бундестага на предлог канцелара Герхарда Шредера (*Gerhard Schöder*).[22] У оба случаја је правни основ за распуштање парламента пронађен у члану 68 Основног закона, који иначе, комбинује овај институт са институтом гласања о поверењу федералном Канцелару.

Одредбама овог члана прописано је следеће: уколико предлог федералног Канцелара за гласање о поверењу не буде подржан већином гласова чланова Бундестага, председник Федерације, на предлог федералног Канцелара, може распустити Бундестаг у року од двадесет и једног дана. Право на распуштање престаје чим Бундестаг изабере другог Канцелара већином гласова својих чланова.[23]

Правно питање које се у оба случаја отворило било је да ли поменуте одредбе Основног закона могу послужити Канцелару (који је иначе подржан стабилном већином у парламенту) за својеврстан политички маневар. Другим речима, остало је нејасно да ли је интенција уставотворца била да Канцелар, с ослонцем на ове одредбе, „намерно“ изгуби поверење у парламенту како би издејствовао његово распуштање и последично расписивање ванредних парламентарних избора.[24] Поједини аутори овакав захтев за гласање о поверењу називају „негативаним“ или „лажним“, док други поричу могућност таквог означења.[25]

Спорно правно питање се оба пута нашло пред Савезним уставним судом, у оквиру тзв. органског спора. Посланици Бундестага (четири посланика у случају распушања из 1982. године, и два посланика у случају распуштања из 2005. године) су путем овог инструмента истакли повреду својих уставних права, из разлога неуставног распуштања парламента и скраћивања

[21] Mary Lovik, The Constitutional Court Reviews the Early Dissolution of the West German Parliament, *Hastings Int'l & Comparative Law Review*, Vol. 7, 1983, 79.

[22] Више о томе вид. Simon Apel, Christian Korber, Tim Wihl, The Decision of the German Federal Constitutional Court of 25 August 2005 Regarding the Dissolution of the National Parliament, *German Law Journal*, Vol. 6, No. 9, 2005, 1243-1254; Urlike Heckotter, Christoph Spielmann, Schrodera's Dissolution of the Bundestag Approved – An Expression of Faith in the German Public, *European Constitutional Law Review* 2/2006, 5-20.

[23] Чл. 68, ст. 1 Основног закона Савезне Републике Немачке.

[24] S. Apel et al., 1244-1245.

[25] U. Heckotter, C. Spielmann, 7, фн 6.

њихових мандата.[26] Иако је одлука којом се окончава овај поступак декларативне природе, *Organstreit* је у теорији критикован као „најосетљивија тачка у целокупној структури уставносудске надлежности".[27] Ово управо из разлога што арбитрирајући у спору између највиших државних органа, Суд има тежак задатак да издвоји правна питања из политичког конфликта из којег она извиру.[28] Уставни суд се, у том смислу, вршећи ову надлежност, креће по изузетно танкој граници која раздваја допуштено уставносудско деловање од уставносудског активизма. На другој страни су, међутим, мишљења да оваква уставносудска надлежност „(...) пружа довољан институционални оквир за свођење политике у границе права (...)".[29]

У оба наведена случаја Уставни суд је одлучио да је распуштање парламента извршено у складу са Основним законом, чиме је, према неким ауторима, исказао јасну уставносудску уздржаност и поверење у стабилност система политичких институција Немачке.[30] Међутим, индикативно је то што је Уставни суд на известан начин ипак зашао у домен политичког одлучивања утврђујући „неписани" материјалноправни елемент допуштености примене члана 68 Основног закона. Поред формалних услова прописаних самим одредбама Основног закона, Уставни суд је утврдио да је материјалноправни услов за распуштање парламента сагласно члану 68 Основног закона постојање политичке кризе која онемогућава Канцелара да даље води политику. Канцелар се може користити уставним овлашћењем да предложи распуштање парламента сагласно члану 68 Основног закона само уколико, услед непостојања већине или постојања несигурне већине у парламенту, не види начин да настави са вођењем политике у датим околностима. Суд је, у том смислу, утврдио да поменути „*materielle Auflösungslage*" представља услов *sine qua non* када је реч о распуштању парламента сагласно одредби 68 Основног закона.[31] Обе одлуке пратила су, међутим, издвојена мишљења, што говори у прилог томе да судије Уставног суда нису биле у потпуности сагласне како у погледу самих одлука тако ни у погледу разлога који су до њих довели.[32]

Уставни оквир поступања Савезног уставог суда Немачке пружа, дакле, простор за расправљање питања која имају наглашену политичку природу. У том смислу, овакав нормативни оквир представља пример позитивноправног

[26] Више о томе вид. M. Lovik, 97, 101-103; U. Heckotter, C. Spielmann 8-9.

[27] Rupp, Judicial Review in the Federal Republic of Germany, 9 *Am J. Comp.L.* 29, 43-44 (1960). Нав. према: M. Lovik, 101.

[28] Rupp, Judicial Review in the Federal Republic of Germany, 9 *Am J. Comp.L.* 29, 44 (1960). Нав. према: M. Lovik, 102.

[29] Vladimir Đurić, „Politička pitanja" u sudskoj kontroli ustavnosti, *Pravni život* 12/2006, 1193.

[30] U. Heckotter, C. Spielmann, 8-9, 19.

[31] Cf. BVerfG, 16 Feb. 1983, BVerfGE 62. Нав. према: U. Heckotter, C. Spielmann, 10.

[32] Више о томе вид. M. Lovik,112-116; S. Apel et al., 1249-1252.

разрешења једне од основних недоумица која је пратила расправу о улози уставног суда од самог њеног настанка: да ли поступање овог суда треба сводити на решавање „аутентично правних питања“ или је допустиво да оно укључује и спорове са „политичким“ значењем.[33] Уставна пракса Немачке, међутим, показује да је Савезни уставни суд веома свестан политичког амбијента унутар којег делује и које у извесном смислу дефинише његове одлуке. У том смислу се и каже да је овај Суд у много већој мери политичко тело него што се то уобичајено мисли; и то не само из разлога политичког именовања његових судија, већ чињенице да се налази у окружењу у којем је подршка коју ужива кључна.[34] Поменуте одлуке којима се уставноправно подржава распуштање парламента у оба случаја свакако се могу посматрати и у том светлу.

4. РАСПУШТАЊЕ ПАРЛАМЕНТА У УСТАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Република Србија почива на парламентарном систему власти, који механизам равнотеже у односима извршне и законодавне власти, између осталог, темељи и на постојању института распуштања парламента. Анализа уставних текстова од увођења парламентаризма до данас (Устав од 1990. и 2006. године) указује да је овај институт различито (уставно)правно обликован и да његова функција доследно прати уставни инжењеринг сваког од њих.[35]

Према Уставу од 1990. године, институт распуштања парламента представљао је средство разрешења напетости у односима законодавне и извршне власти каквим га дефинише класична теорија. Председник Републике је, наиме, могао, на образложени предлог Владе, одлучити да распусти Народну скупштину.[36] Ово је, дакле, било овлашћење које је председник Републике могао да реализује само уз постојање одговарајућег (образложеног) предлога који је била власна да постави Влада. Међутим, институт распуштања парламента је према овом Уставу имао још једну функцију која се, практично, исказивала у санкцији за погрешну процену о одговорности председника Републике. Наиме, словом Устава, Народна скупштина се распуштала уколико се већина од укупног броја бирача не би (позитивно) изјаснила о опозиву председника Републике, покренутим двотрећинском већином укупног

[33] I. Pejić (2006), 1159.

[34] Georg Vanberg, *The Politics of Constitutional Review in Germany*, New York 2005, 130.

[35] Више о правном положају председника Републике по Уставу од 2006. године вид. Слободан П. Орловић, Шеф државе у Србији – краљ наспрам председника Републике, *Зборник радова ПФНС* 4/2016, 1197-1212.

[36] Чл. 89, ст. 1 Устава Републике Србије од 1990. године (у даљем тексту Устав од 1990.).

броја народних посланика.[37] Дакле, неуспешан поступак опозива председника Републике, покренут од стране Народне скупштине, окончавао се њеним распуштањем. Овакав концепт увезивања института распуштања парламента и поступка опозива шефа државе јасно је подупирао наглашену улогу шефа државе у уставном систему. Представљао је механизам којим се парламент више него јасно одвраћао од покушаја утврђивања његове одговорности.

Насупрот Уставу од 1990. године, Устав од 2006. године враћа институт распуштања парламента у класичне оквире функционисања парламентарног система власти. Овај институт сада задржава класичне контуре механизма за разрешење односа извршне и законодавне власти, уз обрисе санкције за невршење изборних надлежности парламента. Народна скупштина се, наиме, може распустити од стране председника Републике, на образложен предлог Владе, уз ограду да Влада такав захтев не може поставити уколико је поднет захтев да јој се изгласа неповерење или ако је сама поставила питање свог поверења.[38] Поред овог облика распуштања Народне скупштине, које припада домену његове дискреционе оцене, председник Републике је у одређеним случајевима дужан да је распусти. То су ситуације у којима Народна скуштина не изабере Владу у роковима које прописује сам Устав.[39] Анализом поменутих одредби приметно је да је институт распуштања парламента конципиран на начин који прати релативно ослабљен уставноправни положај председника Републике, утемељен на његовој релативно неутралној улози и општој поставци да изражава државно јединство Републике.[40]

Уставне могућности распуштања парламента се не могу пак посматрати изоловано од међусобног утицаја политичких странака на власти и у опозицији. Тако ће владајућа политичка странка активирати овај институт у политички погодном тренутку што ипак није кршење уставне одредбе да политичке странке не могу непосредно вршити власт нити је потчинити себи. Да би се сматрало да је ова уставна одредба прекршена морала би бити доказана злоупотреба института распуштања парламента – на пример, да се парламент периодично распушта не због тога што се жели убедљивија победа на изборима и тиме политички комотније владање, већ да би се држава и грађани константно држали у некој врсти предизборног ванредног стања изазваног честим ванредним изборима којима се склања пажња од текућих политичких проблема. Неопходно је у политичком смислу доказати злоупотребу овог института јер уставни систем Србије, као и већина других, не

[37] Чл. 88, ст. 2-4 Устава од 1990.

[38] Чл. 109, ст. 1 и 2. Устава Републике Србије (у даљем тексту – Устав), *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

[39] Чл. 109, ст. 3; чл. 130, ст. 4; чл. 131, ст. 4; чл. 132, ст. 5. Устава.

[40] Чл. 111 Устава. Оба Устава, иначе, забрањују распуштање Народне скупштине током трајања нередовних стања. Вид. чл. 89, ст. 4 Устава од 1990; чл. 109, ст. 4 Устава.

познаје механизам којим би се одлука о распуштању парламента подвела под облик правне контроле. Ако се тако шта докаже, може се констатовати да је прекршена уставна одредба да политичке странке не могу непосредно вршити власт нити је потчинити себи чиме на сцену мора да ступи Уставни суд и изрекне санкцију.

Чини се да питање уставне примене института распуштања парламента може своје разрешење наћи у следећем општем постулату. Развијање парламентаризма, поред постојања његових кључних уставних механизама, у много већој мери тражи постојање и развијање уставне праксе и уставних обичаја, демократске партиципативне политичке културе, институционализоване и делотворне опозиције и организованог и самосвесног јавно мњења[41] као и напуштање владајућег схватања према којем устав представља инструмент политике, а не инструмент којим се политика ограничава, умерава и усмерава.[42]

Озбиљнији пример поигравања институтом распуштања Народне скупштине догодио се 2003. године када је Влада, искористивши „уставну празнину", предложила (и исходовала од тадашњег в. д. председника Републике) распуштање Народне скупштине у тренутку када је био покренут поступак за изгласавање њеног неповерења. Посезање за институтом распуштања Народне скупштине извршено је, дакле, у околностима када је дошло до стапања функције председника Републике и председника Народне скупштине, уз претходно активиран механизам гласања о неповерењу Влади. У научним круговима такво поступање је оцењено као повреда „духа" Устава као и самог смисла парламентарног система власти[43] с обзиром на то да тадашњи устав (1990) није имао забрану распуштања парламента ако је већ покренут поступак изгласавања неповерења влади.

Уопште, од увођења парламентаризма у Србији па до данас, уставна пракса показује изразиту нестабилност мандата парламентарних сазива и расписивање ванредних парламентарних избора као правило.[44] То јасно говори

---

[41] V. Petrov (2018), 16.

[42] Vladan Petrov, Ustavotvorne i revizione procedure u postkomunističkoj Srbiji – bilans i pogled unapred, *Reviziona vlast u Srbiji – Proceduralni aspekti ustavnih promena* (ur. Edin Šarčević, Darko Simović), 2017, 33.

[43] В. Петров (2010), 178.

[44] О трајању различитих сазива Народне скупштине Републике Србије вид. http://www.parlament.gov.rs/%D0%BD%D0%B0%D1%80%D0%BE%D0%B4%D0%BD%D0%B0-%D1%81%D0%BA%D1%83%D0%BF%D1%88%D1%82%D0%B8%D0%BD%D0%B0/%D1%81%D0%BA%D1%83%D0%BF%D1%88%D1%82%D0%B8%D0%BD%D0%B0-1804-2019/%D0%BD%D0%B0%D1%80%D0%BE%D0%B4%D0%BD%D0%B0-%D1%81%D0%BA%D1%83%D0%BF%D1%88%D1%82%D0%B8%D0%BD%D0%B0-%D1%80%D0%B5%D0%BF%D1%83%D0%B1%D0%BB%D0%B8%D0%BA%D0%B5-%D1%81%D1%80%D0%B1%D0%B8%D1%98%D0%B5-(1991-2019).2145.html (05. фебруар 2019. године)

у прилог чињеници да „правила игре“ на нашој политичкој сцени нису у довољној мери изграђена, последично ни сама свест о смислу и важности правних института на којима почива парламентарни систем.

5. ЗАКЉУЧАК

Распуштање парламента јесте овлашћење извршне власти, које се врши непосредно с ослонцем на саму уставну норму и чија примена може проузроковати различите последице у уставном систему. Оно, са једне стране, може представљати начин разрешења уставне кризе у односима политичких органа власти у парламентарном систему и као таквим га дефинише класична теорија. Са друге, оно може постати извор трајније дестабилизације политичких институција и уставног система уопште, уколико се злоупотребљава.[45]

Посматрано из угла политичких странака и основног циља њиховог деловања (освајање власти односно продужавање останка на власти), уставноправни инструменти којима се иницирају нови избори виде се као нарочито осетљива тачка уставног инжењеринга. У том смислу, примена института распуштања парламента у политичкој пракси може попримити облик непосредног изигравања устава.

У најширем смислу, проблем тзв. тактичког распуштања парламента и могућност правне контроле може се посматрати из угла основног својства устава односно акта којим се ограничава власт. Проблем се ослања на питање да ли се концепт ограничења власти може посматрати искључиво на процедуралном нивоу или се власт мора вршити с ослонцем на материјалне, вредносне захтеве који су уткани у сам „дух устава“. Да ли материјалноправни захтеви садржани у уставу чине брану злоупотреби уставних овлашћења политичких органа власти и да ли се, поред политичке, може успоставити (уставно)правна контрола над таквим поступањем?

Устав, као акт ограничења власти, јесте акт мешовите правно-политичке природе и његова правна (уставносудска) заштита нужно је ограничена на његову правну димензију, у мери у којој се у уставном спору правна питања уопште могу одвојити из њиховог политичког контекста из којег извиру. Одлука о распуштању парламента, поред правне, има наглашену политичку димензију јер строго захвата област самих политичких процеса. У већини система одлука о распуштању парламента припада сфери политичког одлучивања и као таква излази из оквира правне контроле, барем у материјалном смислу. Пракса показује да у систему у којем нормативни оквир дозвољава испитивање уставности одлуке о распуштању парламента, као што је уставни систем Немачке, Уставни суд то чини са нарочитим опрезом.

[45] В. Петров (2010), 176.

Задатак правне контроле претпостављао би следеће: испитивати уставност односно могућу злоупотребу уставног института чија примена има претежно политичку конотацију, а притом остати на строго правном терену, истовремено поштујући домен политичке власти. Стога би се могло закључити да одлука о распуштању парламента измиче правној контроли (изузев у погледу испитивања формалних услова за њено доношење), те да концепт распуштања парламента представља само карику у уставном оквиру парламентарног система власти чије остваривање тражи флексибилност и развијање релативно стабилних правила игре у неспорно политичком окружењу.

Slobodan P. Orlović, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Orlovic@pf.uns.ac.rs

Nataša N. Rajić, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Rajic@pf.uns.ac.rs

Dissolution of Parliament – Exercising or Abusing of Constitutional Authorizations

Abstract: *Dissolution of parliament is a feature of a soft system of division of power. This constitutional institute is the most serious counterweight mechanism in relation to the instruments of parliamentary control of the government. Application of this institute, as a rule, presupposes an unresolved conflict in the relations between parliament and government. Hence the main purpose of this institute is to cut such a position that exists between parliament and government and to bring such a conflict to the citizens as the original holders of sovereignty. The first question that is opened in this paper is whether it is justifiable to use this institute in a situation of non-existence of serious conflict in relations between parliament and government, when government is supported by stable parliamentary majority. The second question that is opened in this paper is whether the act regarding the dissolution of parliament can be subject of legal control.*

Keywords: *parliament, government, head of state, dissolution of parliament, legal control.*

Датум пријема рада: 05.02.2019.

Оригинални научни рад 342.5:179.5(497.11)(091)
doi:10.5937/zrpfns52-19925

Др Марко С. Павловић, редовни професор
Универзитет у Крагујевцу
Правни факултет у Крагујевцу
mpavlovic@jura.kg.ac.rs

ЗАКЛЕТВА У ИСТОРИЈИ СРПСКЕ УСТАВНОСТИ

***Сажетак*:** *Овај чланак се бави заклетвом у уставима Кнежевине и Краљевине Србије, у уставима југословенске Краљевине, у југословенским комунистичким уставима и у два посткомунистичка устава Републике Србије. У уставима Кнежевине и Краљевине Србије, заклетва је била религиозног карактера. Религиозне су биле и заклетве у Видовданском уставу. Међутим, у дебатама приликом доношења овог устава изнет је низ аргумената против религиозне заклетве, а у прилог нерелигиозних свечаних изјава. Посланичка заклетва у Септембарском уставу (1931) била је нерелигиозна. Заклетве у комунистичким уставима направљене су у складу са југословенском комунистичком идеологијом. У посткомунистичким уставима заклетве су прављене с обзиром на идеологију људских права. У неколико ситуација, заклетвама је придаван изузетан значај. Једном је заклетвом означен почетак изградње независне државе (1859); други пут (1920/21), посланичкој заклетви је дат значај чувара монархије, а у последње време (2006) чувара државне територије (Косова и Метохије).*

Кључне речи: *Заклетва, Бог, свечана изјава, Краљ, народни посланик.*

1. УВОД

Заклетва је свечано обећање, често уз позивање на Бога као сведока, у погледу будућег деловања или понашања.[1] Сврха заклетве лежи у томе да се законске дужности државног функционера, односно органа власти, претворе „у његове моралне дужности. И без заклетве, орган би био обавезан вршити своје законске дужности, али та би обвеза била чисто спољашња,

[1] *Oxford Dictionary of English*, 2010, 1222,1223

јер закон није у стању створити оне унутрашње обвезе које потичу из саме савести. То је у стању учинити само сам орган било полагањем заклетве, било давањем часне речи. Заклетва, према томе, представља *морално* јемство за вршење једне *правне* дужности: и ако предвиђена правним прописима, она није правне него моралне природе.“[2]

Обавеза полагања заклетве од стране појединих државних функционера, као и сам садржај заклетви, били су неизбежан елеменат од првих устава. Тако, Уставом Сједињених Америчких Држава прописано је да Председник „полаже следећу заклетву или даје свечану изјаву: ‘свечано се заклињем (или изјављујем) да ћу верно вршити дужност председника Сједињених Америчких Држава, да ћу, што могу боље, чувати, штитити и бранити Устав Сједињених Држава’“ (чл. II, одељак 1, ст. 7). Завршну формулу „тако ми Бог помогао“ („So help me God“), први је, ступајући на председнички положај, додао Џорџ Вашингтон. Од Франклина Д. Рузвелта па надаље, сви амерички председници су уставом прописаној свечаној изјави додавали религиозну фразу „тако ми Бог помогао“. Суштина ове фразе је у томе да се нагласи да ће се нека дужност извршавати са већом бригом од оне која се посвећује обичним пословима.[3]

У првом Уставу Француске (1791) прописано је да народни представници полажу заклетву да ће „свом својом снагом одржавати Устав Краљевине донет од Народне Уставотворне Скупштине у годинама 1789, 1790. и 1791, да неће предложити нити се сагласити са нечим што би могло повредити Устав, и да ће у свим стварима бити веран народу, праву и Краљу“. Краљ је пред законодавним телом имао да да заклетву народу да ће бити „веран народу и праву, да ће употребити сву моћ која му је поверена да одржи Устав ... и да извршава законе“[4] (глава 2, ст. 4).

Уставна повеља Краљевине Баварске од 1818. обиловала је заклетвама. Тако, парламентарци (чланови Скупштине сталежа) имали су да полажу следећу заклетву: „Кунем се да ћу бити веран Краљу, да ћу се покоравати

[2] Слободан Јовановић, „Заклетва чланова у Уставотворној Скупштини“, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. II (XIX), бр. 2, 1921, 127; Ђ. Тасић је напомињао „будући да је немогуће организовати санкцију за радње највиших органа, следствено и за рад посланика који шта више по изричноме тексту (устава) у свима демократским државама не одговарају за свој глас у скупштини, то ова заклетва може се појавити као једна социјална санкција. Та санкција ближе одређена практично може бити религиозна (код једног побожног човека, какав се може наћи највише ваљда у католичким земљама), у сваком случају моралне вредности код човека код кога је развијена морална свест: она значи једно свечано обећање.“ (Ђорђе Тасић, „Сувереност Уставотворне скупштине и заклетва њезиних чланова“, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. II (XIX), бр. 3, 1921, 201,202.); Драган М. Митровић, Гордана Р. Вукадиновић, „Област права и морала“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* 1/2017, 16,17.

[3] https://en.wikipedia.org/wiki/So_help_me_God; Henri, Bemford Parks, *Istorija Sjedinjenih Americkih Drzava*, Beograd 1985, 773.

[4] https://en.wikisource.org/wiki/French_Constitution_of_1791

законима, да ћу се придржавати Устава и да ћу у Скупштини поступати у складу са мојим унутрашњим убеђењем зарад опште добробити и добра целе земље без обзира на специфичности група или класа. Тако ми Бог помогао и његово Свето Јеванђеље.“ У делу (IX) „о заштити Устава“, заклетве су схваћене као стубови уставног поретка. Краљ је, пред државним достојанственицима, давао следећу заклетву: „Кунем се да ћу владати у складу са Уставом и законима Краљевине. Тако ми Бог помогао и његово Свето Јеванђеље.“ Зарад „заштите Устава“, Краљевски намесник је такође полагао прописану заклетву.[5] Чиновници су полагали заклетву приликом ступања на дужност, а грађани приликом добијања држављанства. Они су се заклињали да ће „бити лојални Краљу, да ће се покоравати законима и придржавати Устава. Тако ми Бог помогао и његово Свето Јеванђеље.“

Уставом Белгије (1831) прописано је да Краљ „ступа на престо тек пошто положи ову свечану заклетву пред сједињеним народним представништвом: ‘заклињем се да ћу поштовати устав и законе народа белгијског и по њима радити, да ћу чувати народну самосталност и целокупност државе’“ (чл. 80).

Уставном повељом Краљевине Саксоније (1831) прописано је да сви чланови парламента (Дијете) полажу заклетву пре почетка рада парламента (пре њиховог „првог уласка у дом парламента“). Заклетва је гласила овако: „кунем се Богом да ћу верно чувати Устав и према мом најбољем знању савесно давати предлоге и гласати имајући пред очима неодвојив напредак мог Краља и моје отаџбине. Тако ми Бог помогао“ (чл. 82). Саксонском уставном повељом било је предвиђено да поданици и државни службеници, „као и свештенство свих конфесија“, полажу заклетве као „додатак њиховом завету оданости и покорности Краљу и законима“ што је у себе укључивало и њихово чување Устава Краљевине (чл. 139).[6]

На први поглед пада у очи да су се са првим уставима појавиле и две врсте заклетви. Једне су биле нерелигиозне, а друге су садржавале позивање на Бога. Нерелигиозни тип уставне заклетве дали су Французи, а религиозни тип Немци. У ствари, радило се о два различита института. Нерелигиозна заклетва је представљала свечану изјаву, а религиозна заклетва је била заклетва у правом смислу речи. Заклетва која је лишена религиозног садржаја, односно „призивања Бога“, представља само „људским средствима појачан исказ“.[7]

---

[5] Намесничка заклетва гласила је овако: „Кунем се да ћу прикладно владати државом у складу са Уставом и законима Краљевине, да ћу сачувати интегритет Краљевине и права круне, и да ћу верно предати Краљу власт која ми је поверена. Тако ми Бог помогао и његово Свето Јеванђеље.“ (*Уставна повеља Баварске*, део II, чл. 16)

[6] *The Constitutional Charter of the Kingdom of Saxony*, London 1843, 61,78.

[7] Димитрије Продановић, „Заклетва и свечана изјава посланика“, *Скупштински пословници – њихов значај; оцена важећих пословника; предлози за њихово побољшање*, Београд 1998, 70; Марко Павловић, „Пословник Народне скупштине Републике Србије“, *Ibidem*, 33.

2. СРЕТЕЊСКЕ ЗАКЛЕТВЕ

Уставотворни догађај, који се десио другог дана Сретења 1835, углавном се састојао из читања Устава и заклетви верског карактера. Прво је Митрополит прочитао владарску заклетву коју је кнез Милош за њим понављао. Према запису из *Новина Србских*, „Г. Митрополит читаше ју, а Књаз и велегласно и громко изговори ју, држећи једнако крст у руци, овако: ’Заклињем се светом, јединосушном, и неразделном Троицом: да ћу Устав овај и целост Књажества Србие нерушиме држати; да ћу и свакога другога придржавати, да ај нерушиме држи; и да ћу чувати и бранити и слободу личности и безбедност имања сваког Србина.’“[8] Чим је кнез изговорио последњу реч заклетве, „плотони гарде оспусе, и топови загрме, банда шумном свирком засвира, а Народ у глас викате стане: ’Урра! Урра!“ крици ови понављали су се десет пута, и једва се стишало.’“

Пошто су узвици утихнули, „Г. Митрополит поче читати заклетву; коју је требао Народ да зада Уставу и Књазу, велегласно. Оба Брата књажеска, Г. Мигрополит, Господа архијереји и чиновници, бивши на чардаку, сви до једног обајани величественостју овог дејанија, поврве к налоњи; и који су могли доспети ставе руке на еванђелие, и на крст, а остали на налоњу, и изрекну дигнувши три прста у вис, заједно са свом скупштином за Г. Митрополитом ову заклетву: ’Заклињемо се светом једносушном и неразделном Троицом: да ћемо Устав овај Књажества Србие нерушимо држати, да ћемо верни бити Књазу Милошу Теодоровићу Обреновићу, Његовом Наследнику и Његовој светлој Фамилији; да ћемо и сву осталу браћу нашу придржавати, да им верни буду; и да ћемо послушни бити Законима: тако нам Бог помогао и његово свето еванђеље! Кои би ово нарушио, Бог му био супостат, и не родило му семе, и утрео му се плод његов у корену!’“

[8] Ј. Хаџић је тврдио да је Милош, приликом изговарања заклетве, уместо „нерушимо“ (Устав држати) рекао „рушимо“. (Јаша М. Продановић, *Историја политичких странака и струја у Србији*, Београд 1947, 72.) Овај елеменат негативне легенде о Милошу нема утемељења. Прво, сам опис ритуала заклетве из *Новина Србских* не оставља место за замену „нерушимо“ са „рушимо“. Затим, „нерушимо“ се није односило само на устав, већ и на „целост књажества Србије“. (Радош Љушић, *Кнежевина Србија* /1830-1839/, Београд 1986, 138, фн. 37) Најзад, Милош је био, одвећ побожан човек да би држећи крст у руци упражњавао један шеретлук. По сазнању Боа-ле-Конта, „он никада не проведе дана, а да се три пута преко дана не повуче у своју спаваћу собу и да се ту не помоли Богу пред распећем Христовим или пред иконом некога свеца“. (Боа-ле-Конт, *Писма из Србије* / *Србија у години 1834*, Крагујевац 1994, 41) У вези са овим, не изгледа веродостојно ни запис кнез Милошевог личног лекара Б. Куниберта. Он је забележио да заклетва Милоша „није много задржавала, јер полажући је – он јој је тако изопачио текст, дао јој један сасвим другојачији значај, и он је веровао да је овим новим шеретлуком његова савест сасвим умирена, нарочито сада када је био принуђен да чини противно свему ономе на што се био заклео“. (Бартоломео Куниберт, *Српски устанак и прва владавина Милоша Обреновића 1804-1850*, књ. 2, Београд 1988, 21)

О узвишености уставотворног чина, а посебно заклетви, у *Новинама Србским* је забележено: „Све ове речи изговорила је сва скупштина са таквом чувствителношћу, да си свакому на лицу видио, да га је обајала како заклетва, изговорена од Књаза, а тако и сва величественост дејанија сопствене заклетве. По иљаду пута повтораван је крик: ’Тако Господару! Тако! Да Те Бог поживи! И сад оспу се плотони, и загрме топови.’ За оваквим дејанијама посвети Г. Митрополит барјак Српски по правилу; а за тим ода благодареније Богу са молитвом за благаја дејанија: са клечењем и одпојанијем: ’Тебе Бога хвалим.’ Благоговеније све скупштине дошло је до највишег степена.“ На крају свечаности, кнез је сишао „са чардака и помеша се међу Народ; и Судије, Капетани и сав Народ опколу Га, и стану Га кои у руку, кои у скут, а кои у раме и у ногу љубити тако, да је само ово дејаније љубљења више од часа трајало“.[9]

У тексту „Сретењског устава“ било је предвиђено пет заклетви. Прво, заклетву је имао да полаже Књаз. Затим, заклетву су имали да полажу тутори малолетног кнеза, као и кнежевски намесници. Такође, заклетву су полагали државни саветници и чиновници.

О кнежевој заклетви „Сретењски устав“ је садржавао следећи пропис: „Књаз Србски издаје при ступању на достоинство своје народу на частном крсту и светом Еванђелију ову заклетву: ‘Заклињем се светом, јединосушчном и нераздјелном Тројицом, да ћу устав Књажества Сербије држати точно и совјестно у цјелости, и да ћу сваког придржавати, да га такође у цјелости држи; да ћу бранити неповредимост православне восточне цркве у Сербији, да ћу свим силама и средствима чувати цјелост Сербије и обштенародну слободу личности, и безбједност имања и права сваког Србина; а најпосле да ћу се свакојако старати, да обезбједим и узвисим благостојаније и свега народа Србскога воопште и свакога Србина понаособ. Тако ми Бог помогао.’ – По овој заклетви вјенчава се на достоинство Књажеско и миропомазује се.“ (чл. 44)

Приликом именовања на положај, државни саветници су полагали следећу заклетву: „Заклињем се светом, јединосушчном и нераздјелимом Тројицом, да ћу вјеран бити Књазу и покоран законима, да ћу набљудавати и у цјелости држати устав државни, и да ћу давати совјете моје и радити о обштенародному добру по собственому мојему убјеђенију откровено, истинољубно и нелицемјерно, и да ћу дјело, повјерено ми, точно извршивати. Тако ми Бог помогао и његово свето Еванђелије!“ Фраза „тако ми Бог помогао и његово свето Еванђелије“, истоветна је са фразом из Баварске уставне повеље, и одатле је по свој прилици преузета. Уосталом, бројност заклетви указује на то да је Баварска повеља послужила као узор сретењским уставописцима.

[9] *Новине Србске*, 9. фебруар 1935, 44,45.

Формула „тако ми Бог помогао“, налазила се, поред Саксонског, и у Уставу Виртемберга (чл. 163).[10]

У „Сретењском уставу“ налазио се и текст намесничке заклетве,[11] која је обликована према Кнежевој заклетви, као и текст чиновничке заклетве,[12] која је унеколико обликована према заклетви државних саветника. У заклетви тутора стајало је да ће они „воспитати малољетника у почитанију к уставу Србском и у љубави к грађанима свога Отечества“.

Обавештен о неприхватању „Сретењског устава“ од стране силе протектора – Русије и сизерена – Порте, Милош је суспендовао Устав до Ђурђевдана, сматрајући да ће дотле Русија и Порта изјаснити се о изменама у Уставу и да ће га измењеног прихватити. До краја марта 1835, показало се да велике силе неодступно траже да се за Србију уместо устава донесе „регуламент“. Са таквим сазнањем, Милош је 30. марта (12. априла) јавио у Цариград „да овај Устав никако код нас у дејствију није, и да код нас дела теку са свим по старому“.[13] Суспендовање, а потом и укидање Устава, повукло је за собом питање заклетве дате на тај Устав. Б. Куниберт, напомињао је да „врло побожни српски народ био би јамачно јако увређен у својим верским осећањима кад би се на његове очи порекла заклетва која је онако свечано положена“. Уверивши се да не може да спаси Устав, Милош је „поступно укидао једну по једну његову повластицу“. Међутим, „у исто време његови противници у унутрашњости нашли су повода да му отуђе љубав народну, јер се уверавало да је Милош сваког часа врђао Устав на који се заклео из просте жудње да самовољно влада“.[14]

3. ВАЗАЛСКА ЗАКЛЕТВА И ЗАКЛЕТВА РАСКИДА

Тзв. Турским уставом прописано је да и кнез и саветници полажу истоветну заклетву „у руке Митрополита, којом се они завјешчавају, не чинити

[10] *Dareste, Les Constitutions Modernes*, I, Paris 1910, 301.

[11] Намесници су имали да се заклињу овако: „Заклињем се светом, јединосушчном и нераздјелном Тројицом, да ћу Књазу вјеран бити; да ћу у свршивању Књажеске власти за време малољетства његова одржати устава Књажества Сербије у цјелости ... да ћу цјелост Књажества Сербије, и обштенародну и личну безбједност бранити, и одржавати права сваког Србина, и старати се свим силама о обштенародном и понаособном благостојанију Србском; Тако ми Бог помогао!“ (чл. 34)

[12] Чиновници су имали да се заклињу овако: „Заклињем се светом, јединосушчном и нераздјелном Тројицом, да ћу устав Књажества Сербије точно набљудавати; да ћу све законе и уредбе предпостављени ми власти точно, совјестно, и на предписано време извршивати, и да ћу бити вјеран и покоран Књазу и покоран државноме Совјету. Тако ми Бог помогао!“ (чл. 139)

[13] М. Гавриловић, *Из нове српске историје*, Београд 1926, 200,205.

[14] Б. Куниберт, 22.

ништа противно интересима народа; дужностима, које су им наложене ни овим званијама; дужностима њиове совјести, ни мојој Царској вољи“. Ова одредба је пренета у *Устројеније Совјета Књажества Србског*, уз јаче наглашавање обавезе лојалности Султану (Цару): Саветници су се заклетвом обавезивали да неће чинити ништа што је супротно „законој вољи царској“. У вези са овом одредбом чл. 9. била је одредба чл. 18: „При сочињавању и определенију уредбе или закона нарочито старање Совјета бит'ће, да не би такови закон носио у себи дирање у закона права Господствованија Високе Порте, која је Господар Земље.“[15]

Раскид са турском царевином, односно преокрет из предуставности у уставност Србије, започео је са променом саветничке заклетве, 3. марта 1859. У овој заклетви није било ни помена Султана. Уместо Султану, саветници су се обавезивали на верност Кнезу. Нова заклетва гласила је овако: „Ја Н.Н. ступајући у звање члена Совјета Земаљског, заклињем се Свемогућим Богом, на светом крсту и евангелију, да ћу владајућем Књазу Н.Н. веран бити: да ћу задобивена права мога отечества свето чувати, и у свима мојим делима само корист и напредак Србије пред очима имати. Тако ми Господ Бог помогао, и тако могао о томе дати одговора на његовом страшном суду.“[16]

4. ЗАКЛЕТВЕ У УСТАВИМА 1861. – 1903.

Са Преображенским уставом, односно законима о Народној скупштини и Државном савету од 1861, у србијанској уставности укорењене су домаће заклетве. Тако, у §33 Закона о Народној скупштини прописана је обавеза посланика да положе заклетву: „Сваки посланик мора у присуству Попечитеља Внутрењи дела положити заклетву, да ће у саветовању и давању гласа само благо отечества, и, ако је Књаз сазвао скупштину, право Књаза пред очима имати.“[17] Законом о Државном савету наређено је да „Председатељ, и Потпредседатељ, и државни Совјетници полажу у заседанију Совјета прописану заклетву“ (§22). „Прописна“ саветничка заклетва била је, по свој прилици, заклетва која је утврђена Решењем од 3. марта 1858. За разлику од посланичке заклетве, она је била религиозног карактера.

---

[15] *Сборник закона и уредба и уредбени указа*, књ. I, 18,20.

[16] Марко Павловић, *Преображенски устав први српски устав*, Крагујевац 1997, 148.

[17] Према запису скупштинског секретара, посланици Великогоспојинске скупштине, положили су заклетву „око седам сата пре подне“, 15. августа 1864. Затим, „министар унутрашњих послова г. Никола Христић, прочита Кнежев Указ“ о именовању председника, потпредседника и секретара скупштине. „За тим у цркви би служба Божија. После службе сви посланици учинише своје подворење Кнезу“ (М. Ђ. Милићевић, *Кнез Михаило у спомена некадашњег свог секретара / из последњих девет година кнежева живота*, Београд 1896, 101).

Са Уставом од 1869, посланичка заклетва добила је религиозни карактер: „Заклињем се јединим Богом, и свим што ми је по закону најсветије и на овом свету најмилије, да ћу устав верно чувати, и да ћу при мојим предлозима и гласању опште добро књаза и народа, по мојој души и моме знању непрестано пред очима имати“ (чл. 52). Уз верску формулу, ова заклетва је садржавала два елемента: „чување устава“ и опредељивање према добробити кнеза и народа. Изгледа да је овој заклетви као модел служила посланичка заклетва из уставне повеље Краљевине Саксоније. Посланичка заклетва из Устава од 1869. углавном је пренета у Устав од 1888. (1903), с тим што јој је додата следећа религиозна формула: „И како ово испуним, онако ми Бог помогао и овога и онога света.“

Почев с Уставом од 1869, сви Србијини устави су садржавали владарску заклетву која је била религиозног карактера и са суштински истоветним текстом. У Уставу од 1888, она је гласила овако: „Ја (име), ступајући на Престо Краљевине Србије и примајући краљевску власт, заклињем се свемогућим Богом и свим што ми је најсветије и најмилије на овоме свету, да ћу чувати независност Србије и целину државне области, да ћу земаљски Устав неповредан одржати, да ћу по њему и законима владати, и да ћу у свима мојим тежњама и делима добро народа пред очима имати. Изричући свечано ову моју заклетву, пред Богом и народом, призивам за сведока Господа Бога, коме ћу одговор давати на страшноме његовом суду. Тако ми Господ Бог помогао! Амин!“ Уставима од 1888. и 1901. предвиђено је да пунолетан престолонаследник положи заклетву „у року од 10 дана после објаве смрти преминулог краља“. У вези са овим, поставило се питање „шта би било ако Краљ не би положио заклетву у уставном року? Ван спора је да би за ту повреду Устава министри одговарали као ма за коју другу; али питање је о томе да ли би требало узети да Краљево неполагање заклетве значи прећутну абдикацију.“ Одговор лежи у одговору на питање да ли се неполагање заклетве може „уврстити у случајеве владалачке дисквалификације“, односно да ли неполагање заклетве владара чини неспособним да влада. Заклетва је, речју Слободана Јовановића, „само једна формалност коју владалац испуњава при ступању на владу. Та се формалност захтева и од других органа, али ни код једнога од њих не узима се да њено неиспуњење повлачи само собом губитак органског положаја. На пр. народни посланик који не би положио заклетву, не би самим тим престао бити посланик. Из тог разлога, ни Краљево неполагање заклетве не може се сматрати као прећутна абдикација, већ као једна обична уставна повреда, за коју се санкција налази у кривичној одговорности министара.“[18]

Уставима 1888, 1901. и 1903, предвиђено је да министри, приликом ступања на положај, полажу заклетву да ће бити верни Краљу и да ће се савесно

[18] Слободан Јовановић, *Уставно право*, Београд 1907, 269,270.

придржавати устава и закона. Уставима од 1869, 1888. и 1903, прописано је да и чиновници полажу заклетву. Према Уставу од 1888, при ступању у државну службу, чиновници полажу заклетву да ће Краљу бити верни и послушни и да ће се савесно придржавати устава и закона (чл. 186).[19]

5. „УСТАВОТВОРНА“ ЗАКЛЕТВА 1920.

Посланичка заклетва поново добија изузетан значај 1920-1921, приликом доношења Устава Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. Речју Ђ. Тасића, „у абнормалним приликама“, значај заклетве „избија у пуној светлости: јер у таквом стању води се борба између чинилаца који стварају државу, око тога ко ће дати отиска од себе највише у дефинитивном стању, у уставу који се ствара. ... Данас наиме није утврђено у каквом смо правном стању, према томе није утврђен правни положај највиших државних органа, дакле ни краља. И отуда питање о заклетви добија такав велики политички значај. На њему се сукобљавају две противничке групе које се разилазе потпуно у схватањима на правни положај краља.“[20]

Чланом 8. привременог (од 8. децембра 1920.) и трајног Пословника (од 28. јануара 1921.) било је прописано „да ће, по обављеној верификацији посланичких мандата, посланици бити дужни да положе заклетву Краљу и да је полагање ове заклетве услов за вршење посланичке дужности“.[21] О овој заклетви било је „много говора и препирке и у Уставотворној Скупштини, и ван ње“. Комунисти, а са њима и посланици Хрватске заједнице, налазили су да се тиме „претпоставља правна егзистенција краљевске власти и пре састанка и пре одлуке Уставотворне скупштине“. Ово наизглед церемонијално и политичко-морално питање било је изузетно комплексно. Из Владиних кругова истицано је да је држава формирана као Краљевина па Уставотворна скупштина не може бити сасвим суверена: „Кад је један посланик изабран за члана Уставотворне скупштине Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца, он има да врши мандат као посланик у парламенту монархије, па према томе акт заклетве показује се као дужна обавеза да ће се поштовати постојећи правни поредак ...“ Хрватски, словеначки и комунистички посланици одбили

[19] У владарској заклетви из Устава од 1869, стајало је још да се књаз заклиње „пред светим његовим крстом и евангелијем“, као и да кнез потврђује „истинитост ове заклетве целивањем св. евангелија и крста Господа Спасиоца Исуса Христа“ (*Устави Кнежевине и Краљевине Србије*, 1835-1903, уредник М. Јовичић, Београд 1988, 93, 133). Миодраг Јовичић, *Лексикон српске уставности*, 1804-1918, Београд 1999, 84-85.

[20] Ђорђе Тасић, „Сувереност Уставотворне скупштине и заклетва њезиних чланова“, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. II (XIX), бр. 3, 1921, 202.

[21] Милаило М. Живанчевић, *Југославија и федерација*, Београд 1938, 129.

су да положе заклетву разумевајући да би се тиме обавезали да гласају за монархију.

Иза питања заклетве лежало је крупно правно-политичко питање да ли је држава проглашена 1. децембра 1918. представљала нову државу или проширену Србију. У првом случају, полагање заклетве Краљу пре доношења Устава „не одговара ни начелима народне суверености ни начелима уставне монархије“. Јер, заклетвама се и Скупштина и Краљ обавезују да ће поштовати за сваког од њих утврђена права; „полагати Краљу зеклетву мимо Устава, онако као што чине регрути, – и не добити од њега у замену никакву заклетву, – значило би за Скупштину одрећи се своје равноправности с Краљем, која чини суштину уставне монархије“. С. Јовановић је у томе видео „покушај да се код нас одомаћи идеја о неким историјским правима владаочевим, која у ствари нису ништа друго него надуставна права“. Дотадашњи политички развитак Србије био је, пак, прожет тежњом „да се владалачкој власти, место историјско – династијске основе, створи основа уставноправна, – и да се утврди ван спора, да владалац нема права ни пре ни ван Устава, него само из Устава и у његовим границама“. Уласком у заједничку државу са Хрватима и Словенцима, изгледало је да се прави заокрет у другом правцу. Они који су у прводецембарској творевини видели проширену Србију, видели су и да се на њу проширио Устав Србије од 1903, а са њиме и обавеза полагања заклетве.

Питање заклетве у Скупштини је отворено чим је верификовано више од половине посланичких мандата, на V претходном састанку, 22. децембра 1920, Тада је привремени председник Уставотворне скупштине, Никола Пашић, објавио да су испуњени услови за полагање посланичке заклетве. Међутим, пре тог чина, представници неколико посланичких клубова дали су изјаве. Представник Земљорадничког клуба (Чедомир Станковић), изјавио је да је „полагање заклетве, коју привремени пословник прописује, октроисано од стране владе“, али да ће у интересу брзог доношења устава „земљорадници“ положити заклетву без ограде, остављајући „сву одговорност владајућим странкама за све последице овог чина, које могу да буду штетне по наш народ и државно јединство“.

Вођа комуниста, др Сима Марковић, напоменуо је да Пословник „са својом поентом у оваковој наказној заклетви онемогућава присуство у Конституанти једном огромном броју народних посланика. ... На овај начин ви онемогућавате присуство у Уставотворној скупштини огромној већини хрватског и словеначког дела нашег народа и, инсистирајући на овоме пословнику и на овој заклетви, ви сте ти који рушите народно јединство.“ Републиканац Милован Лазаревић изјавио је да се не сме „ранијом једном одредбом, која се појављује као закон, ограничи слобода кретања рада и делања народних посланика. Унета је одредба о заклетви пре него што ће бити донет Устав; унета је одредба о заклетви пре него што ће се решити питање облика влада-

вине, да ли ће остати владалац или неће ... Ви, господо, из већине, тражите од нас републиканаца да ми полажемо заклетву, да дајемо раније обавезу за једну ствар противу чега смо ми.“[22]

Словеначки социјалиста Етбин Кристан се реторски питао да ли је „посланике у ову Скупштину слао народ, или их је слао Краљ (Чује се: Народ)! Слао их је народ, и онда коме они могу бити одговорни, ако не народу? Ником другом него народу. ... Ако ви унесете заклетву која се судара са правом народа, онда ви кршите његов суверенитет. (Чује се: Ми смо већина.) Па добро, Ви сте већина. Онда јашите дотле, док ћете опазити да нисте више већина.[23]

Мехмед Спахо изјавио је да чланови ЈМО не праве „као монархисти никаква питања од полагања заклетве“. Стога, нико не може доводити у питање њихова патриотска осећања. После посланичких изјава, Пашић је објавио да се приступа „полагању заклетве. Прво ће положити заклетву посланици православне вере. После њих положиће заклетву посланици католичке вере, а после њих приступиће се заклетви посланика муслиманске вере.“ Посланици православне вере положили су прописану заклетву „у присуству београдског проте г. Пере Милојевића“. Затим, положили су заклетву „посланици католичке вере уз чинодејствовање католичког пароха г. Вагнера“. Најзад, заклетву су положили посланици муслиманске вере „уз чинодејствовање имама Афис – Абдула Селама Зумхура“.[24]

Заклетва посланика Уставотворне скупштине гласила је овако: „Ја (Име), заклињем се јединим Богом и свим што ми је по закону најсветије и на овом свету најмилије, да ћу у своме посланичком раду добро Краља и Народа, и јединство државе, по мојој души и мом знању, увек пред очима имати.“[25] Ова заклетва, очигледно, била је у традицији уставних заклетви Кнежевине и Краљевине Србије.

Недељу дана после положених првих заклетви, Сакиб Коркут је, говорећи са доста ироније, релативизовао вредност положених заклетви: „Нама је, господо, сасвим свеједно, ако би се и сваки дан имали клети у овој Скупштини. Ми можемо, ако хоћете, као што је у Македонији влада већ наредила, да се свуда у школама мора читати Оче наш, без обзира на то, што тамо имају муслиманске деце – ми можемо, господо, исто тако, као и она деца у тим школама, да се кунемо овде сваког дана. Као што рекох, досподо, за нас као монархисте питање заклетве не може бити никавко питање, и зато смо је ми и

[22] *Стенографске белешке Уставотворне скупштине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, Београд 1921, VII редовни састанак – 28. јануар 1921, 19.

[23] *Ibidem*, VII редовни састанак – 28. јануар 1921, 24.

[24] За време паузе посланици православне вере положили су по новом закону о пословном реду прописану заклетву на посланички мандат, уз чинодејствовање пароха београдског г. Владимира Стаменковића.

[25] Данас сам извршио ову заклетву по обредима наше св. вере, 15. јануара 1921. год Београд, парох београдски Влад. Т. Стаменковић. (*Ibidem*, IV, редовни састанак – 15. јануар 1921, 15)

положили. Али, господо, и поред свега тога што смо ми спремни да се кунемо своме Краљу, држим да није згодно оно што је казао г. д-р Лаза Марковић републиканцима: Закуните се, а ми ћемо метнути у пословник одредбу, да заклетва није сметња, да ви, и поред ње, можете слободно да се крећете и да слободно делујете. ... Ја мислим да је потпуно тачно што је казао говорник републиканске странке: Зашто да ме силите на оно што ја не могу да чиним, а послат сам као и ви да радим у име народа.“[26]

Схватање о томе да положена заклетва не обавезује посланика на гласање за монархију, разрадио је чувени проф. Слободан Јовановић. Он је објашњавао да „заклетва коју полажу органи власти, има сасвим други значај него заклетва коју, у казненом и грађанском поступку, полажу приватна лица“. Заклетва органа власти није правне него моралне природе: „Правно нужним учињено је само полагање, а не и испуњење заклетве. Отуда долази да народни посланици могу, одмах после положене заклетве, говорити и гласати насупрот самоме садржају заклетве. Њима се тога ради неће одузети реч и поништити глас, нити ће они бити узети на одговор за кривоклетство. Заклетва може бити начињена правним условом за вршење једне јавне функције, али она нема никаквог правног дејства у погледу начина на који ће се та функција вршити. Ако би се на пр. посланици заклели Краљу и Уставу, то им, у правном погледу, не би сметало ништа да говоре и гласају и као републиканци и као револуционари.“[27]

6. ЗАКЛЕТВЕ У ВИДОВДАНСКОМ УСТАВУ

У Видовданском уставу, посланичка заклетва се налазила у „прелазним наређењима“. Била је то модификована заклетва из чл. 8. Пословника Уставотворне скупштине. Наиме, она је измењена утолико што је уместо атрибута једини стављен атрибут свемогући, и што је унета посланичка обавеза да ће се „устава придржавати“. Следствено, посланичка заклетва из чл. 129. Устава Краљевине СХС гласила је овако: „Ја (Име), заклињем се свемогућим Богом и свим што ми је по закону најсветије и на овом свету најмилије, да ћу се у свом посланичком раду Устава придржавати, и да ћу добро Краља и народа, и јединство државе, по мојој души и мојем знању, увек пред очима имати.“

По првобитном предлогу било је предвиђено да посланици предају „Председништву писмену заклетву“. Међутим, др Јован Радоњић је предложио „да отпадне реч ‘писмену’“. Он је изнео „да је најлепше да народни посланици наше Скупштине, која је састављена из чланова разних конфесија, полажу ту заклетву пред Председништвом“ усмено, што је у Уставном од-

[26] *Ibidem*, VII редовни састанак – 28. јануар 1921, 27.
[27] Слободан Јовановић, (1921), 127.

бору и усвојено. Против посланичке заклетве уопште, изјаснили су се републиканци, социјалисти и комунисти. Републиканац Јован Ђоновић изјавио је да „форсирати“ републиканце „да се заклињу краљу на верност, и да ће радити за добро краља, то је жалосно, то је атак на слободу уверења“. Ђоновић је сматрао „да је директно смешно уносити макар и у прелазна наређења одредбу, да појединци морају да полажу заклетву, па још да се куну свемогућим Богом и да ће добро краља имати пред очима!“ Јер, поред републиканаца, „има људи који су слободни мислиоци, који не верују у овог хришћанског Бога, којим ће бити присиљени да се овде заклињу, нити верују можда ни у Мухамеда, како се њима овде заклиње. Зашто, господо, форсирати те људе да се куну у оно, у шта сами не вјерују? То је директно смешно.“ Ђоновић се заложио да се уместо заклетве унесе одредба „да ће посланици дати своју часну реч и то пред председником Скупштине, а не пред свештеним лицима, да ће се у свом посланичком раду руководити само добром народа и добром државе, да ће чувати Устав и т. д.“ Речју, за републиканца Ђоновића, одредбе о заклетви представљале су „један анахронизам који не треба уносити у Устав. Нека посланици дају своју свечану изјаву место заклетве, и то је довољно.“[28]

Слично је говорио Етбин Кристан. Он је напомињао „да збиља не живимо више у средњем веку“, и формула „заклињем се Богу“ није у складу са модерним духом. Затим, заклетва је изгубила сврху којој би имала да служи. Јер, ако се прилике тако промене да више не буде „умесно“ „оно на што се овде заступници куну ... нема никакве заклетве на свету која би могла да задржи те догађаје“. Најзад, Кристан је указивао на случајеве посланика који су Пашићу, као привременом председнику Скупштине, говорили „ја не верујем у Бога, а ви тражите од мене да се ја кунем Богу“.[29]

Др Живко Јовановић се изјаснио против заклетве „у име не само комуниста него у име свију слободних људи“. За њега је заклетва била „остатак прошлости, остатак који се окаменио и који више никаквога смисла ни *raison d'etre* нема“. С једне стране, заклетве се нико не придржава. С друге стране, с обзиром на подељену верност између краља и народа, заклетва је сама по себи неодржива. Јер, „кад дођу у сукоб интереси Краља и интереси народа, а

[28] *Рад Уставног одбора Уставотворне скупштине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, XLIII седница – 3. април 1921. године, Београд 1921, 17.

[29] Е. Кристан је још наводио да „ово звучи апсолутно средњевечки. 'Оно што ми је најмилије на свету' то су некакве формуле којима на просто ће се људи изван ове Скупштине и изван ове земље смијати.“ На упадицу да је заклетва ствар „традиције“, Кристан је одговорио: „Ми смо доста овдје чули да стварамо једну нову државу, па је требало рушити друге традиције, а ја држим овакове формалне традиције не могу се више тражити, да остану у животу кад их је живот прешао. Ја се потпуно слажем и ја би апелирао на вас да се задовољите како је у другим парламентима, једном изјавом једним обећањем, које изабрани заступник даје председнику, да ће вршити своје дужности према уставу и закону. Ја мислим, да би то доста било.“ (*Рад Уставног одбора*, XLIII седница – 3. април 1921, 17)

они врло често долазе у сукоб, ми се не можемо заклети на верност и једном и другом; окренути у корист и једнога и другога, ми ћемо поступити против једнога, а тај ће увек бити Монарх.“[30] Проф. С. Јовановић је указао на уставну одредбу (ст. 4, чл. 12) по којој „нико није дужан да суделује у верозаконим актима“, па следствено „не би требало никоме наметати религиозну заклетву“.[31]

Видовданским уставом регулисана је о Краљева заклетва. Чланом 58. прописано је да „Краљ полаже пред Народном Скупштином заклетву која гласи овако: ‘Ја (име) ступајући на престо Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, и примајући Краљевску власт, заклињем се свемогућим Богом да ћу чувати јединство народа, независност државе и целину државне области, и да ћу Устав неповредан држати: да ћу по њему и по законима владати, и да ћу у свима својим тежњама добро народа пред очима имати. Тако ми Господ Бог помогао. Амин!’“[32] У Уставном одбору, против Краљеве заклетве иступили су посланици који су били против монархије. Јован Ђоновић је изјавио да је он „против установе монархије, па према томе консенквентно противан“ и одредбама о Краљевој заклетви. Живко Јовановић је рекао да је „као заступник и представник групе која је за Совјетску Републику“ противник монархије. Етбин Кристан је „сасвим кратко“ изјавио да су социјалисти републиканци и да зато не могу гласати за уставну одредбу о Краљевој заклетви.[33]

7. ЗАКЛЕТВЕ ПРЕМА СЕПТЕМБАРСКОМ УСТАВУ

Заклетва Краља, у Септембарском уставу (1931), обликована је према његовој улози „заточника народног јединства и државне целине“. У члану 39. Устава се каже: „Ступајући на престо, Краљ полаже пред Народним Представништвом заклетву која гласи: ‘Ја (име) ступајући на престо Краљевине Југославије и примајући краљевску власт, заклињем се свемогућим Богом, да ћу чувати изнад свега јединство народа, независност државе и целину државне области и да ћу по Уставу и законима владати, и да ћу у свима својим тежњама добро народа пред очима имати. Тако ми Господ Бог помогао. Амин!’“

[30] Тврдећи да се заклетва увек крши, Ж. Јовановић је поменуо радикале: „Тако су поступили у своје време и радикали па су погазили заклетву, а данас нам опет подносе овако нешто, па ако нам подносе са истом жељом да учинимо онако као што су учинили они, да погазимо заклетву, онда би се могли разговарати о томе.“ Упитан од министра за Конституанту, Марка Трифковића, „да каже кад су то радикали погазили заклетву“, Јовановић је одговорио: „кад је Краљ Александар погинуо“. (*Рад Уставног одбора*, XLIII. седница – 3. април 1921, 17,18)

[31] Слободан Јовановић, *Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, Београд 1924, 435.

[32] Ова *ad hoc* заклетва наведена је у Прелазним наређењима. Њу је имао да положи „Престолонаследник Александар, као намесник Краља Петра I“. Била је готово истоветна са „редовном“ заклетвом из чл. 58.

[33] *Рад Уставног одбора*, XLIII. седница – 1. април 1921, 17.

Краљева заклетва у Септембарском уставу састављена је према заклетви у Видовданском, с тим што је у овој додато „изнад свега“, а из ње избачено „и да ћу устав неповредан држати“. Ове измене у тексту заклетве различито су тумачене. По једном тумачењу, текстови Краљеве заклетве у Видовданском и Септембарском уставу разликовали су се „минимално“: отпале су „само“ речи „да ћу устав неповредан држати“. По другом тумачењу, разлике су биле суштинске. Додате речи „изнад свега“ и изостављене речи Краљеве обавезе да ће „устав неповредан држати“, давале су посебан смисао краљевој улози „заточника“. Закључивало се да је, одредбом о Краљу заточнику, „Краљу стављено у дужност да чува интересе државе и народа више него уставне одредбе“. Из тога се, даље, изводило „да би Краљ имао право да не поштује Устав укидањем овога, замењивањем другим или одређивањем потребних мера мимо њега и закона, а да их формално не укине, само ако сматра да је то у интересу државне целине и народног јединства“. Овај закључак још је поткрепљиван искуством шестојануарског државног удара, када је Краљ укинуо Видовдански устав да би „сачувао целину државе и јединство народа“.[34]

Заклетва народних представника, за разлику од Видовданског, налазила се у одељку о Народном представништву Септембарског устава. Она је прописана у форми индиректног говора: „Сви чланови Народног Представништва полажу заклетву, да ће Краљу бити верни, да ће чувати изнад свега јединство народа, независност државе и целину државне области, да ће Устав чувати и добро народа пред очима имати“ (чл. 59).

Мада је за ову свечану изјаву употребљена реч заклетва, она, како је то приметио Л. М. Костић, „нема религиозни карактер. Не само што се не врши пред свештеником (као раније у Србији), него се нигде у њој не спомиње Бог.“ Заклетва народних представника (сенатора и посланика) морала се изрећи од речи до речи. Није дозвољено да се она скраћује „нити да јој се штогод додаје. Шта више, ни ‘ограде уз заклетву нису допуштене’. То је унето 1920 год. због комуниста који су полагали заклетву али су јој додавали изјаве да то чине по дужности, да до ње не држе итд.“[35]

8. КОМУНИСТИЧКЕ И ПОСТКОМУНИСТИЧКЕ ЗАКЛЕТВЕ

У комунистичким уставима, промењен је и карактер и место заклетви. У Уставу Федеративне Народне Републике Југославије (1946), не налази се текст ниједне „заклетве“. Текст посланичке заклетве налазио се у уставима република, па и у Уставу Народне Републике Србије. Посланичка заклетва

[34] Марко Павловић, *Српска правна историја*, Крагујевац, 2005, 710,711.

[35] Лаза М. Костић, *Коментар Устава Краљевине Југославије од 3. септембра 1931 / југословенско уставно право*, Београд 1934, 165.

гласила је овако: „Заклињем се својом чашћу и чашћу свога народа да ћу увек заступати и бранити демократска права и слободу народа Народне Републике Србије; да ћу уложити сав свој рад и знање на изградњи народне државе и подизању благостања радног народа; да ћу верно чувати братство, јединство и слободу народа наше заједничке државе Федеративне Народне Републике Југославије; да ћу неуморно бранити тековине ослободилачке борбе народа; и да ћу своју посланичку дужност вршити савесно и неуморно.“[36] Дакле, комунистичка посланичка заклетва није била религиозна, а била је изразито идеолошка.

У Уставу Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, као и у Уставу Социјалистичке Републике Србије од 1963, није било заклетве, односно свечане изјаве. У Уставу СФРЈ од 1974, уместо заклетве јавља се свечана изјава, следећег садржаја: „Изјављујем да ћу се борити за заштиту суверености, независности и интегритета земље и за остваривање власти радничке класе и свих радних људи, да ћу се залагати за остваривање братства и јединства и за равноправност народа и народности, за развитак социјалистичког самоуправног друштва и за остваривање заједничких интереса радних људи и грађана Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и да ћу се придржавати устава СФРЈ и савезних закона и савесно и одговорно вршити своју дужност.“ Уставом СФРЈ (чл. 387), прописано је да ову свечану изјаву „дају Председник Републике, председник и чланови Председништва СФРЈ и председник и чланови Уставног суда Југославије“. Остали савезни функционери, међу којима су били председници и потпредседници домова парламента СФРЈ, али не и посланици, имали су да „дају свечану изјаву у тексту који утврди Скупштина СФРЈ“.[37]

Прелаз из комунистичког у систем либералне демократије, одразио се и на текстове заклетви. У уставу Републике Србије од 1990, текст заклетве направљен је према новом вредносном систему у коме људска права заузимају централно место.[38] Следствено, заклетва председника Републике гласила је овако: „Заклињем се да ћу све своје снаге посветити очувању суверености и целине територије Републике Србије, остваривању људских и грађанских слобода и права, поштовању и одбрани Устава и закона, очувању мира и благостања свих грађана Републике Србије и да ћу савесно и одговорно испуњавати све своје дужности“ (ст. 6 чл. 86). Овај текст заклетве пренет је у Устав од 2006, с тим што је у њега уметнута „косовска клаузула“, па је чл. 114 гласио: „Заклињем се да ћу све своје снаге посветити очувању суверености и целине територије Републике Србије, укључујући и Косово и Метохију као њен саставни део, као и остваривању људских и мањинских права и слобода ...“ Иако пред-

[36] *Устав ФНРЈ и устави народних република*, Београд 1948.

[37] *Устав СФРЈ / Устав СР Србије*, Београд 1982, 125,126.

[38] Слободан П. Орловић, „Шеф државе у Србији – краљ наспрам председника републике“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2016, 1198.

седник Републике није дефинисан као кључна фигура уставног система, поскомунистички устави Србије су садржавали само председничку заклетву.

Посланичка заклетва, која се уобичајено полагала после верификације мандата, налазила се у Закону о народној скупштини. Она је гласила овако: „Заклињем се да ћу дужност народног посланика обављати предано, поштено, савесно и верно Уставу, бранити људска и мањинска права и грађанске слободе и по најбољем знању и умећу служити грађанима Србије, истини и правди!“ (чл. 17). Законом о влади утврђен је текст министарске заклетве: „Заклињем се на оданост Републици Србији и својом чашћу обавезујем да ћу поштовати Устав и закон, да ћу дужност члана Владе вршити савесно, одговорно и предано и бити посвећен очувању Косова и Метохије унутар Републике Србије” (чл. 16). Заклињање „чашћу“ и обавезивање на савесно и одговорно вршење дужности су елементи преузети из комунистичких заклетви.

9. ЗАКЉУЧАК

У Кнежевини и Краљевини Србији, уставне заклетве биле су религиозног карактера. Приликом израде устава Краљевине СХС (1921), неколико посланичких група и појединаца изјаснили су се против религиозних заклетви, налазећи да је новом времену примерена свечана изјава. Ипак, у Видовданском уставу сачуван је религиозни караткер заклетве. У Септембарском уставу (1931), заклетва народних представника лишена је религиозности. У комунистичко време, постојао је један модел заклетве за све државне функционере. Те заклетве су биле изразито идеолошког карактера: представљале су сажет израз програма комунистичке партије. У посткомунистичким уставима, заклетве су прављене с обзиром на идеологију људских права.

Од Сретењских заклетви до Устава од 2006, у неколико одсудних историјских момената заклетви је придаван изузетан државотворан значај: од изградње независне државе, преко чувања монархије, до чување дела државне територије. На Сретење 1835, Србија је покушала да се, доношењем Устава, отцепи од Турске, односно образује као независна држава. Заклетве су служиле као потпорни стубови уставотворног чина. Међутим, тај чин је суспендован после десет дана, а касније и укинут. Двадесет три године касније, Србија је поново ступила на пут изградње државне независности, а први акт на том путу била је саветничка заклетва, која је одговарала заклетвама посланика у независним европским државама. Као кључни институт, заклетва се у српској уставности јавља крајем 1920. и почетком 1921, приликом доношења Устава Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. Тада је заклетви даван значај института који је требало да сачува србијанску монархију у југословенској уставности. Заклетвом из Устава Србије од 2006, председник Републике је посебно обавезан да „очува“ Косово и Метохију као саставни део Србије.

Marko S. Pavlović, Ph.D., Full Professor
University of Kragujevac
Faculty of Law Kragujevac
mpavlovic@jura.kg.ac.rs

Oath in the History of Serbian Constitutionalism

Abstract: *The article deals with oaths in the constitutions of the Principality and the Kingdom of Serbia, of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes/Yugoslavia, of Yugoslav communist's constitutions and of post communist's constitutions of Republic of Serbia. In constitutions of the Principality and the Kingdom of Serbia, oaths were religious. Oaths in St. Vitus Constitution were religious also. However, in debates during the creation of this Constitution, there were many arguments against religious oath, but in favor of nonreligious affirmations. In the September Constitution (1931), the oath of representatives was nonreligious. In the communist constitutions the oaths were made according to yugoslav communist ideology. In the post-communist constitutions the oaths were shaped according to ideology of human rights. In some situations oath was given an exceptional importance. Firstly (1859), the oath of counsellors was the first step in building independent state; secondly (1920/21), the representative's oath had the purpose to save monarchy; thirdly, presidential oath in the last Serbian Constitution (2006) was as important as guardian of part of state's territory (Kosovo i Metohija).*

Keywords*: oath, God, affirmation, King, MPs.*

Датум пријема рада: 16.12.2018.

Оригинални научни рад 340.134:347.7/.8(497.11)”18”
doi:10.5937/zrpfns52-20281

Др Гордана М. Дракић, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
G.Drakic@pf.uns.ac.rs

Др Урош Н. Станковић, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
U.Stankovic@pf.uns.ac.rs

КОДИФИКАЦИЈА ТРГОВАЧКОГ ПРАВА У КНЕЖЕВИНИ СРБИЈИ (1849–1860)[1]

Сажетак: *Рад говори о доношењу Законика трговачког за Књажество Србију, од прве идеје о кодификацији трговачког права до издавања овог кодекса. У првом делу рада приказан је први, неуспешни покушај доношења трговачке кодификације, који је трајао од 1849. до 1853. Други покушај (1856–1860), крунисан успехом, предмет је другог дела овог рада. У оба дела свог чланка аутори се осврћу на иницијативе за доношење трговачког законика и њихова образложења, реакције државних органа на те иницијативе и комисије за израду и преглед трговачког кодекса.*

Кључне речи: *Трговачки законик, турски трговачки законик (1850), трговачки судови, Трговачки одбор, Јеврем Грујић, Димитрије Црнобарац.*

1. УВОД

Током прве владавине кнез Милош је трговину узео под своје. Био је трговачки монополиста и сам одређивао ко се може бавити трговачком делатношћу. Дошавши на власт, његови противници отишли су у другу крајност. Чланом 45 Турског устава зајемчена је слобода трговине. У формулацији дела тог члана –„неће се никад дозволити и најмање ограниченије ове свободе” оличена је уставобранитељска концепција развоја ове привредне гране.

[1] Рад је настао у оквиру на истраживања на пројекту *Правна традиција и нови правни изазови* Правног факултета у Новом Саду за 2018. годину.

Власт је желела да се трговина омасови, јер како каже један новински текст из познијег доба –„где нема трговине, онде нема новаца". Рачунала је да ће већи обим трговине увећати богатство земље и вероватно држала да само због кнеза Милоша народ није ишао у трговце. Средином 40-их година јасно се показало да није тако. У свом извештају за 1845/46. Министарство финансија пише Савету да је народ слабо заитересован за трговину.[2] Очигледно је било да трговачкој делатности некако треба дати импулс.

2.„ПРВИ МАЧИЋИ" (1849–1853)

Као једна од мера која би српској трговини могла да буде од помоћи у поменутом извештају означено је дисконтирање меница. Њега пак, веровало је Министарство, не може бити док се не издају менични законик и менични поступак. Аутор једног чланка у *Српским новинама* за 1847. предложио је да се у Србији привремено уведе француски трговачки законик, преведен на српски.[3]

Уверено да напредак трговине није могућ без нормативног регулисања те делатности, Министарство финансија предузело је 1849. конкретне кораке у том смеру. Осмог јануара те године[4] Министарство финансија писало је Министарству иностраних дела да је у неким цариградским новинама објављено да је Порта издала трговачки законик и молило га да му преко српског капућехаје[5] у Цариграду набави ту кодификацију. Министарство финансија намеравало је да консултује турски и друге трговачке законике ради израде српског. Међутим, сматрало је да српски трговачки кодекс не може бити донет пре издавања законика о грађанском поступку, јер сада страни трговци избегавају пословање са српским због спорог суђења у грађанским парницама. Угледање на иностранство – у нашој правној историји честа, али, разуме се, не увек и оправдана појава – учинило је да Министарство заборави на горе поменути редослед. Кад у Аустрији ступи на снагу менични закон[6], а у Турској буде издат трговачки законик[7], Србија ће остати једина земља у Европи са некодификованим трговачким правом, ис-

---

[2] *Сборникъ законâ и уредбâ и уредбены' указâ изданы' у Княжеству србскомъ* (даље: *Зборник закона*), Београд 1840, 10; *Србске новине* 148/1855, 635; Јован Гавриловић, *Нешто о раду наше финансіе за последньи 13 година*, Београд 1857, 6; Радош Љушић, *Кнежевина Србија (1830–1839)*, Београд 2004, 107–108; Бојана Миљковић Катић, *Пољопривреда Кнежевине Србије (1834–1867)*, Београд 2014, 286.

[3] „Може л' се код насъ завести народна банка", *Србске новине*, 8/1847, 30; Ј. Гавриловић, 9.

[4] Датуми у раду наведени су по јулијанском календару, осим тамо где је наведено другачије.

[5] Дипломатског представника.

[6] То се догодило 1. маја 1850. по грегоријанском календару.

[7] Издат је 28. јула 1850. по грегоријанском календару.

такло је Министарство. Зато ће оно приступити састављању српског трговачког законика чим добије турски.[8]

Министарство иностраних дела послало је Министарству финансија турски трговачки законик у француском преводу 11. децембра 1850. У складу са горњом најавом Министарства финансија, Јован Гавриловић прегледао је турски трговачки законик и 30. децембра 1850. известио Министарство финансија о његовој структури, уз опаску да се део материје коју турска кодификација регулише (рачунске парнице, стечајни поступак, погодба дужника и повериоца, уступање имања) налази у двама нацртима законика о грађанском поступку из 1848.[9] Начелник Гавриловић изложио је и садржај, како он каже„„законика трговачког руског"[10], а за аустријски и француски трговачки законик само навео публикације у којима се они могу пронаћи. Према Гавриловићевом мишљењу, најпре је требало решити који ће од страних трговачких законика послужити као узор за српски – мада је он то можда, простором који је посветио горњим кодификацијама, индиректно предложио. Када се то учини, треба решити следећа претходна питања: да ли ће за трговачке и меничне спорове бити надлежни редовни судови или трговачки, колико ће бити трговачких судова ако они буду установљени – уколико се формира само један, хоће ли се његова надлежност протегнути на целу Србију, а у случају да их буде више, где ће се налазити, који спорови ће потпадати под надлежност трговачких судова и да ли ће менично законодавство важити за све становнике Србије или ће неке категорије људи од њега бити изузете.[11]

---

[8] J. Гавриловић, 13–14, 16; Архив Србије (даље: АС), Министарство финансија – Одељење промишљености (даље: МФ-П), 1849, фасцикла V, ред 84, Министарство финансија Министарству иностраних дела, ПNo 57, Београд, 8. јануар 1849; МФ-П, 1851, ф. VII, р. 106, Јован Гавриловић Министарству финансија, Београд, 30. децембар 1850.

[9] Ти нацрти означавани су као„„први" и„„други".„„Први" је саставио професор Лицеја Максим Симоновић, а усвојила га и Савету као свој поднела комисија раније одређена за преглед нацрта законика о грађанском поступку састављеног од Јована Хаџића (Стојан Симић, Лазар Арсенијевић Баталака, Јаков Димшић, Павле Поповић и сам Максим Симоновић).„„Други" је потекао од комисије који су чинили Тома Вучић Перишић, Стеван Книћанин, Аврам Петронијевић (уместо последње двојице касније су у комисију ушли Петар Лазаревић и Илија Новаковић), Стефан Стојановић, Живко Давидовић, Стефан Магазиновић и Милош Тајсић. Вид. *I. пројекшъ законика о пошшуйку судейскомъ у грађанским йарницама*, Београд 1848, предговор; *Србске новине*, 21/1848, 93; 71/1848, 465; 94/1848, 624; Živomir Stanković, *Petrovska narodna skupština 1848. godine*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu u Beogradu 1984, 516.

[10] У питању су Устав о меницама (Уставъ о векселяхъ) и прописи о трговачким уговорима изложени у једанаестом тому Свода закона Руског царства (Сводъ законовъ Россійской Имперій). *Сводъ законовъ Россійской Имперій* том XI, частъ 2, Санктпетербургъ 1832, 63–107; исто дело, 1842, 65–97.

[11] АС, Министарство иностраних дела – Иностранo одељење, деловодни протокол за 1850, бр. 2473; АС, МФ-П, 1851, ф. VII, р. 106, Јован Гавриловић Министарству финансија, Београд, 30. децембар 1850.

Министарство финансија проследило је 25. јануара Гавриловићев извештај Савету, молећи га да се формира комисија која би разрешила недоумице поменуте у њему. Савет је 8. фебруара одговорио Министарству да образује комисију за израду трговачког законика чији ће председник бити начелник Гавриловић и која ће се у свом раду руководити трима препорукама: да у трговачким парницама суде редовни судови, да трговачки законик буде сачињен тако да обезбеди интересе трговаца, у складу са развојем српске трговине и стањем трговаца, и да се на земљораднике – а ако је могуће и остале нетрговце – не примењује менично законодавство.[12]

За чланове комисије именовани су начелник Административног одељења Министарства правде Димитрије Црнобарац, судија Врховног суда Цветко Рајовић, секретар Судског одељења Министарства иностраних дела Светозар Давидовић, професор Политичке економије и финансија Коста Цукић, државни правобранилац Михаило Ј. Барловац и београдски трговци Јован Кумануди, Риста Величковић, Лазар Миљковић и Живко К. Стефановић. Комисији је придодат и Хаџи Тома Опула, такође београдски трговац, јер је по извештају Управе вароши Београда од 3. марта 1851. Риста Величковић био у Бечу и није се знало кад ће се вратити.[13] Димитрија Црнобарца Министарство правде није хтело да упути у комисију, правдајући то великим обимом посла, због кога мора да ради и после подне.[14]

Комисија је требало да почне са радом 12. марта 1851, симболично – у згради београдске трговачке школе. За израду нацрта српског трговачког законика употребљавани су турски и француски трговачки законик, као и један коментар неког од трговачких кодекса, али се из текста извора не види којег.[15] У појединим члановима нацрта упућује се на Уредбу о еснафима, Српски грађански законик и оба пројекта законика о грађанском поступку из 1848, што би значило да су чланови комисије у свом раду користили и те правне акте.[16]

---

[12] АС, МФ-П, 1851, ф. VII, р. 106, Министарсто финансија Савету, ПNo 50, Београд, 25. јануар 1851; АС, Државни савет (даље: ДС), 208/1853, Савет Министарству финансија, No 80, Београд 8. фебруар 1851.

[13] На акту којим је нацрт трговачког законика поднет Министарству финансија потписани су и Хаџи Тома и Риста Величковић, али зато нема потписа Живка К. Стефановића. Могуће је, стога, да је Хаџи Тома заправо заменио овог последњег.

[14] АС, МФ-П, 1851, ф. VII, р. 106, Министарство финансија Министарствима правде и просвете, Кнежевској канцеларији и Управи вароши Београда, ПNo 615, Београд, 26. фебруар 1851; Управа вароши Београда Министарству финансија, KNo 43, Београд 3. март 1851; Министарство правде Министарству финансија, ANo 1456, Београд, 5. март 1851; Министарство финансија Управи вароши Београда, ПNo 901, Београд 6. март 1851.

[15] Списак коментара француског трговачког законика изашлих до 1851, који сасвим сигурно није коначан, вид. у Oskar Albert Walther, *Hand-Lexicon der juristischen Literatur des neunzehnten Jahrhunderts*, Weimar 1854, 203– 205, 209; *Bibliographie ou catalogue général et complet des livres de droit et de jurisprudence*, Paris 1857, 16–17.

[16] *Живети у Београду III: 1851–1867* (приређивачи Милан Ристовић et al.), Београд 2005, 231; АС, МФ-П, 1851, ф. VII, р. 106, Проєктъ законика трговачкогъ за Княжество Србію,

Као плод рада комисије настао је текст под називом Пројект законика трговачког за Књажество Србију. Нацрт се састоји од седам глава – О трговцима (чл. 1–3), О књигама (тевтерима) трговачким (чл. 4–10), О дружствама (чл. 11–52)[17], О комисионерима (чл. 53– 68)[18], О продаји и куповини (чл. 69), О меницама уобште (чл. 70–153)[19], О таксама које ће се наплаћивати од предмета односеће (sic!) се на овај законик (чл. 154).[20]

Пројекат српског трговачког законика скоро је потпуна рецепција прве књиге турског кодекса (О трговини уопште). Готово сваки члан нацрта представља превод одговарајуће одредбе турског трговачког законика. Места на којима пројекат одступа од изворника има врло мало. На пример, у члану 1 нацрта експлицитно се наводи ко све спада у трговце (комисионари, шпедитери и калаузи који послују за туђ рачун), а турски трговачки законик (чл. 1) даје само уопштено одређење трговца.[21] Малолетник се према турском трговачком законику (чл. 2) уз одобрење може бавити трговином кад напуни 18 година, док у нацрту узраст није одређен (чл. 2). Нацрт (чл. 14) предвиђа да ортак који улаже рад одговара стеченом добити или оним што му је уговором одређено као награда, чега у турском трговачком законику нема. Две разлике свакако су производ препоруке Савета од 8. фебруара: за трговачке ствари су према нацрту били надлежни редовни судови (вид. нпр. чл. 42, 103, 131), а по турском трговачком законику трговачки (нпр. чл. 42, 101, 129); чланом 150 нацрта одређено је да менично законодавство не важи за земљораднике и војнике и подофицире гарнизоне војске, што изворник није садржао. Нема сумње да за другу књигу турског трговачког законика (О стечају и лажном стечају) у нацрту није било места јер је њен садржај обухваћен пројектима законика о грађанском поступку. Рецепцију турског трговачког законика Министарство финансија објаснило је врло разборито: он се, као и трговачки

чл. 2, 10, 14, 51, 52, 63, 101, 151; МФ-П, 1853, ф. IV, р. 138, Министарство правде Министарству финансија, ANo 3034, Београд, 15. септембар 1852; Министарство финансија Министарству правде, ПNo 3693, Београд, 17. септембар 1852.

[17] Ова глава подељена је на „раздељке" О различним трговачким дружствама и правилима за њи (чл. 11–39) и О тербама између другова и начину пресуђивања њиног (чл. 40–52).

[18] Обухвата три раздељка – О комисионерима уобште (чл. 53–55), О комисионерима за подвоз по суву и по води (чл. 56–62), О подвозачу (чл. 63–68).

[19] Најрашчлањенија глава у нацрту, у којој су раздељци О меницама посебице (чл. 70–145), О собственим меницама (чл. 146–147), О застарелости (чл. 148), О онима који у Србији менице издавати и примати могу (чл. 149–150), О правама која тражбине због меница имају при распоређењу у стециштама (чл. 151) и О обвезаности лица за дугове из меница проистичући (чл. 152–153).

[20] *Србске новине*, 90/1851, 345; АС, МФ-П, 1851, ф. VII, р. 106, Проєктъ законика трговачкогъ за Княжество Србію.

[21] „Они који врше трговачке послове и то им је уобичајено занимање" (превод наш).

кодекси за Грчку[22] и Влашку и Молдавију[23], заснива на француској трговачкој кодификацији, а Грчка, Турска и Влашка су земље са којима Србија има трговачке односе.[24] Усклађивањем трговачког права земаља са великом трговачком разменом трговци не би губили време на упознавање правних прописа, што би успоравало делатност којој је брзина највећи императив.

Комисија је 30. јула обавестила Министарство финансија да је завршила свој посао и послала нацрт на разматрање. Министар финансија Паун Јанковић изразио је жељу да прочита пројекат пре него што он буде поднет Савету. Када је то учинио, похвално се изразио о тексту нацрта. Министарство је 19. септембра поднело нацрт Савету, уз напомену да сматра да би било добро да се трговачки законик и законик о грађанском поступку донесу истовремено. Разлоге за то Министарство је видело у чињеницама што та два законика делом покривају исту материју, што се у нацрту трговачког законика на неким местима упућује на чланове пројеката законика о грађанском поступку и што трговина не може да напредује без кредита, а њега неће бити док је у Србији грађански поступак такав какав је тренутно.[25] Министарство је, дакако, алудирало на спорост суђења, које је много пута било предмет жалби и повод за реаговање државних органа.

Пошто се материја трговачког и процесног кодекса делом поклапају, Савет је одлучио да сачека завршетак израде законика о грађанском поступку, па да онда размотри оба текста. Четрнаестог марта 1852. нацрт законика о грађанском поступку поднет је Савету и после тога он се окреће трговачком кодексу. Даља хронологија рада на трговачком законику није сасвим извесна. Врло је вероватно да је Савет прво сам разматрао нацрт трговачког законика. На то би указивало писмо председника Савета Стефана Стефановића Тенке Алекси Симићу од 19. новембра 1856. Тамо се каже да је Симић док је био министар правде[26] читао пројекат трговачког законика у Савету и да је и њему, и Тенки, и осталим саветницима нацрт био нејасан. Вероватно је управо због те нејасноће Савет 9. септембра 1852. писао Минисарству правде да један

---

[22] У Грчкој је 1822. усвојен француски трговачки законик.

[23] Донет 1840, представља нешто модификовани превод француског грађанског законика.

[24] *Code de commerce*, Constantinople 1850; АС, МФ-П, 1851, ф. VII, р. 106, Проєктъ законика трговачкогъ за Княжество Србію; Министарство финансија Савету, ПNo 2715, Београд, 19. септембар 1851.

[25] Алекса С. Јовановић,,,О постанку београдског трговачког суда", *Архив за правне и друштвене науке* 1/1910, 12 (наставак чланка објављен је у АПДН 2/1910, 144–145); АС, МФ-П, 1851, ф. VII, р. 106, комисија Министарству финансија, Београд, 30. јул 1851; Паун Јанковић непознатом, Смедерево, 13. август 1851; Паун Јанковић непознатом, Мајданпек, 13. септембар 1851; Министарство финансија Савету, ПNo 2715, Београд, 19. септембар 1851.

[26] Ту дужност обављао је до 25. септембра 1852, када је именован за министра унутрашњих дела. Вид. Драгослав Страњаковић, *Влада уставобранитеља 1842–1853: унутрашња и спољна политика*, Београд 1932, 180.

његов запослени, ако треба уз помоћ неког од београдских трговаца, прегледа нацрт трговачког законика и потом га извести о том предмету.[27]

Министарство правде поверило је прегледање нацрта Димитрију Црнобарцу. Он је 13. октобра 1852. известио Министарство да пројекат трговачког законика садржи само материјално трговачко право, али не и организацију и надлежност трговачких судова и судски поступак у трговачким парницама. Без те две компоненте, сматрао је Црнобарац, не може се приступити разматрању нацрта трговачког законика. Оне су чак потребније од материјалног трговачког права, пошто трговци више желе да њихове парнице суде посебни трговачки судови и да им се брзо суди – да је тако, сведочи и акт Управе вароши Београда који је Министарство унутрашњих дела 22. фебруара 1851. послало Савету[28]. Министарство правде упознало је Савет са Црнобарчевим извештајем 18. октобра.[29]

Савет се још није изјаснио о Црнобарчевим мишљењима, а на адресу му је стигла молба београдских трговаца кнезу Александру од 15. новембра 1852. да се донесе трговачки законик и уведе трговачки суд у Београду, са надлежношћу за целу Србију. У овој, колико је за сада познато, првој званичној иницијативи трговаца за доношење трговачког законика, изнет је став да би његово издавање отклонило неуредност провинцијских трговаца у плаћању дугова београдским колегама и спорост редовних судова у пресуђивању трговачких спорова, посебно ограничењем права на жалбу.[30]

Шта је узрок ове молбе престоничких трговаца? То би требало да буде предмет посебног истраживања које превазилази оквире овог рада, али ћемо

[27] АС, ДС, 677/1852, Савет Министарству правде, No 829/1851, Београд, 9. септембар 1852; АС, ДС, 412/1853, Савет кнезу Александру, No 300/1852, Београд 29. јул 1853; АС, ДС, 208/1853, Савет кнезу Александру, No 188, Београд, 29. јул 1853; АС, Министарство иностраних дела – Внутрено одељење (даље: МИД-В), 1856, ф. IV, р. 123, Стефан Стефановић Тенка Алекси Симићу, Београд, 19. новембар 1856. У архиви Савета налази се недатирани и непотписани документ насловљен са„Примѣчанія", који је, судећи по рукопису, вероватно дело тадашњег секретара Савета Јакова Живановића. Примечанија садрже 44 примедбе на пројекат трговачког законика. За неке чланове нацрта аутор просто каже да су неразумљиви и нејасни, а на неке износи конкретне замерке. У закључку Примечанија стоји да је нацрт нелогично састављен, да му је стил„врло сметен", језик умногоме неразумљив и да га треба изменити, прерадити и допунити. Вид. АС, ДС, 208/1853, листови 41–42.

[28] Ради се о писму од 30. децембра 1850, којим Управа вароши Београда обавештава Министарство унутрашњих дела да су београдски трговци 3. децембра држали збор на којем се одлучено да се затражи установљење трговачког суда у Београду. Вид. АС, МФ-П, ф. VII, р. 106, Управа вароши Београда Министарству унутрашњих дела, No 5428, Београд 30. децембар 1850; АС, Министарство унутрашњих дела – Полицајно одељење, 1851, ф. III, р. 1, Министарство унутрашњих дела Савету, ПNo 450, Београд 22. фебруар 1851.

[29] АС, МФ-П, 1853, ф. IV, р. 138, Димитрије Црнобарац Министарству правде, Београд, 13. октобар 1852; АС, ДС, 208/1853, Министарство правде Савету, ANo 3461, Београд, 18. октобар 1852.

[30] АС, ДС, 208/1853, Београдски трговци кнезу Александру, Београд, 15. новембар 1852; кнез Александар Савету, BNo 133, Београд, 4. фебруар 1853.

скренути пажњу на један илустративан документ – писмо професора београдске трговачке школе управи те установе од 6. фебруара 1851. У том документу пише да се од окончања Револуције 1848. знатно интензивирало пословање српских трговаца са иностранством. Дакле, требало је да прође извесно време да се покажу ефекти тог пословања. Највише су се, природно, осетили у Београду као пограничном месту. Београдски трговци, који су се својим повериоцима из иностранства обавезивали по правилима меничног права, испаштају због ненамирења потраживања према сопственим дужницима из унутрашњости Србије. Препреку за наплату потраживања стављају им дуг судски поступак и неодговарајућа правила о судској надлежности, на које су се жалили и раније. Но док на молби за образовање трговачког суда из 1850. видимо 31 потписника, на молби од 15. новембра 1852. има 80 потписа.[31] То би могла бити индиција да се број београдских трговаца погођених горњом појавом знатно увећао.

Савет се о нацрту трговачког законика изјаснио 29. јула 1853. Потпуно супротно свом ставу из 1851, то тело је изразило мишљење да од трговачког законика нема никакве користи без трговачких судова. Српски трговци, према чијем је стању нацрт требало да буде начињен, у овом акту оцењени су као недорасли за трговачки законик. Савет је истакао и да је српски народ на ниском степену образовања, због чега не би могао да се користи високим појмовима које доноси трговачки законик. Његово доношење био би превелик еволутивни скок, од којег влада народ мора да чува. Најзад, најгорљивија питања попут презадужености и ликвидације потраживања према презадуженима нашла су се у законику о грађанском поступку. Из свих ових разлога, издавање трговачког законика је, према мишљењу Савета, требало одложити на неко време. Кнез Александар сложио се са тим ставом и о њему 11. октобра 1853. обавестио Министарство финансија.[32]

3. НОВИ ПОЧЕТАК И УСПЕШАН КРАЈ (1856–1860)

Током 1854. и 1855. није било рада на трговачком законику. Рад на кодификацији трговачког права није се наставио, али проблеми трговаца јесу.

---

[31] Слободан Јовановић, *Уставобранитељи и њихова влада (1838–1858)*, Београд 1925, 24; АС, ДС, 194/1846, Београдска општина кнезу Александру, Београд, 8. фебруар 1845; АС, ДС, 527/1851, професори београдске трговачке школе управи те школе, Београд, 6. фебруар 1851; АС, ДС, 208/1853, Списакъ оны лица' кои су у присутствію члена славногъ Управительства вар. Београда г. Николче Костића, и члена примирителногъ суда в. Београда г. Глише Јовановића, поради трговачкогъ суда да се установи подъ 3 декемвра 1850 год. држали своє засѣданіє; АС, МФ-П, 1853, ф. IV, р. 138, београдски трговци кнезу Александру, Београд, 15. новембар 1852.

[32] А. С. Јовановић, 12; С. Јовановић (1925), 76; АС, ДС, 208/1853, Савет кнезу Александру, No 188, Београд, 29. јул 1853; АС, МФ-П, 1853, кнез Александар Министарству финансија, BNo 755, Крагујевац, 11. октобар 1853.

У предлогу београдске општине за доношење трговачког законика и меморандумима трговаца Косте Антуле и Манојла Јокића, штампаним у *Српским новинама*, истичу се стари проблеми српске трговине: Дамоклов мач строгости меничног права у односима са страним партнерима, немогућност београдских трговаца да наплате потраживања од провинцијских, споро суђење, али се говори и о неким новим – непостојању правила о минималном капиталу за отварање радње, лажним стечајевима, истицању различитих фирми за Београд и унутрашњост Србије, одсуству забране даљег вођења трговине банкротираном трговцу, лошим путевима итд. А све то у време када је крај Кримског рата (1853–1856) био на видику и када се романтичарски очекивало да Београд постане барем један од највећих центара европске трговине.[33]

На скупштини београдске читаонице од 30. јануара 1856. одлучено је да се формира тело по имену Одбор за побољшање трговине у Србији, које би израдило план мера за унапређење трговачке делатности. На својој трећој седници, од 13. фебруара, Одбор је утврдио да је приоритетни корак у том смеру издавање трговачког законика, јер његов недостатак узрокује и остале препреке за развој српске трговине. Одборници су, несумњиво поучени Саветовим образложењем одлагања рада на трговачком законику, већали треба ли у овој кодификацији да се нађу и организација трговачких судова и судски поступак у трговачким парницама. Одговор на то питање био је потврдан.[34]

На иницијативу Јеврема Грујића, који је био изабран за члана Одбора, на четвртој седници (15. фебруара) отклоњене су неке дилеме у вези са устројством и надлежношћу трговачких судова. Решено је да треба да постоји један трговачки суд, у Београду, који би имао ранг првостепених судова. Он би се састојао од председника, судија и заменика судија. Половину судија бирала би влада, а другу половину и заменике судија трговци. Мандат судијског особља трајао би једну годину и свој посао обављали би бесплатно. Пресуде трговачког суда биле би правоснажне у трговачким споровима вредности 100–1200 гроша, а у споровима веће вредности би, под одређеним условима, била дозвољена жалба Апелационом суду.[35]

Одбор је своје закључке представио другој скупштини београдске читаонице, одржаној 1. марта, и она га је одобрила. Донета је одлука да се

[33] С. Јовановић (1925), 77; *Српске новине* 148/1855, 635–636;„Меморандумъ г. К. Антуле, трговца овдашнѣгъ", *Српске новине* 26/1856, 105–108;„Проєктъ Обштине Вароши Београда за Трговачкій Законъ", *Српске новине* 29/1856, 117–119;„Меморандумъ г. М. Іокића, Члена Одбора", *Српске новине* 30/1856, 121–123; 31/1856, 125–127; АС, ДС, 827/1856, Министарство финансија Савету, ПNo 2366, Београд, 1. јул 1855; АС, ДС, 853/1856, Министарство финансија Савету, ПNo 2538, Београд, 4. јул 1856.

[34] *Историја Београда* II, Београд 1974, 262, 392; *Српске новине* 27/1856, 109.

[35] *Српске новине* 28/1856, 113.

састави један меморандум, који би био упућен кнезу Александру. Меморандум носи датум 12. март 1856. и у њему се детаљно разлажу горе наведени проблеми српске трговине и потреба да се донесе трговачки законик. На акту је било 108 потписа београдских трговаца. Кнез Александар је 21. марта примљени меморандум послао Савету, уз опаску да се слаже са оценама трговаца. Вероватно је баш та молба београдских трговаца код владаоца формирала безуслован став о неопходности трговачког законика. Само месец дана раније он је био услован – кнез је, наиме, Савету још 13. фебруара, независно од ставова изречених у Одбору, писао да би, ако скраћење грађанског судског поступка у трговачким парницама не да резултате, ваљало размислити о доношењу трговачког кодекса.[36]

На седници од 4. априла Савет је формирао комисију за разматрање петиције београдских трговаца. За њеног председника именован је саветник Алекса Симић, а за чланове помоћник Министра правде Димитрије Црнобарац, начелник Одељења промишљености[37] Министарства финансија Јован Гавриловић, начелник Економског одељења Министарства унутрашњих дела Атанасије Николић, и начелник одељења Министарства иностраних дела Коста Цукић. Двојица чланова комисије – Црнобарац и Цукић – били су, савременим језиком речено, у сукобу интереса, пошто су учествовали и у раду Одбора. Да је и Јован Гавриловић прихватио именовање у његово чланство, рад овако састављене комисије не би трајао дуже од неколико минута.[38]

Како то није био случај, рад комисије потрајао је до 23. маја. Тог дана она је известила Савет да сматра да заиста постоји потреба да се донесе трговачки законик и препоручила да се за његову израду именује комисија која би за полазну основу узела нацрт из 1851. Савет је о налазу комисије 16. јуна обавестио Кнежевско представништво. Као да још увек није био убеђен у став комисије, Савет је молио Кнежевско представништво да се и министарства о њему изјасне. Кнез је удовољио тој молби пославши налаз комисије 23. јуна министарствима.[39]

Два надлежна ресорна министарства, финансија и правде, дала су позитивно мишљење о потреби доношења трговачког законика. Кнежевско представништво је 24. новембра то јавило Савету. Он је у вези са тим питањем обавио консултације са министром финансија Јованом Мариновићем, да би

[36] А. С. Јовановић, 12; *Србске новине* 39/1856, 157; АС, МИД-В, 1854, ф. III, р. 220, кнез Александар Савету, BNo 770/1853, Београд, 13. фебруар 1856; АС, МИД-В, 1856, ф. IV, р. 123, кнез Александар Савету, BNo 403, Београд, 21. март 1856; АС, ДС, 960/1859, београдски трговци кнезу Александру, Београд, 12. март 1856.

[37] Радиности, производње.

[38] А. С. Јовановић, 12; *Србске новине* 14/1856, 58; 40/1856, 161.

[39] АС, ДС, 960/1859, комисија Савету, Београд, 23. мај 1856; Савет кнежевској канцеларији, Београд, 16. јун 1856; МИД-В, 1856, ф. IV, р. 123, Кнежевско представништво министарствима, BNo 846, Београд, 23. јун 1856.

потом, 8. јануара 1857, донео одлуку да се формира комисија за преглед нацрта из 1851. Из круга саветника за њене чланове одабрани су Јован Вељковић и Јеремија Станојевић. Министар финансија Јован Мариновић примио се задатка да у договору са осталим министарствима изабере остале чланове комисије. Мариновић је и сам био члан комисије, а то би се са великим степеном извесности могло казати и за Димитрија Матића, тада начелника Одељења Кнежевске канцеларије.[40]

Према записницима седница Савета које Грујић излаже у својим записима, управо је Матић био највише ангажован на редиговању нацрта трговачког законика. Део новог нацрта који је обухватао материјално трговачко право био је готов пре краја августа 1857. Колико се он разликовао од нацрта из 1851. не можемо рећи, јер нам није пошло за руком да га пронађемо, али један новински чланак открива да је нови пројекат„прерађен и дотеран" претходни.[41] Састављање устројства трговачких судова и поступка у трговачким парницама тек је предстојало. На седници Савета од 31. августа 1857. Мариновић је предложио да тај посао изврши Јеврем Грујић. Савет је то одобрио.[42]

Интегрални текст два Грујићева сочињенија нисмо успели да пронађемо. Међутим, она се донекле могу реконструисати према подацима које је оставио њихов аутор. Што се тиче организације трговачких судова, Грујић вели да је његов текст касније ступио на снагу као *Устројење трговачког суда* (1859)[43]. Организација трговачког суда по Устројењу у једној тачки се разликује од смернице које је с њом у вези дао Одбор: међу судијама постоји само један„стални член" којег поставља кнез на предлог министра правде, а по шест судија и исто толико њихових заменика бирају београдски трговци. Да ли је овакво решење потекло од самог Грујића или је резултат касније ревизије његовог нацрта, остаје да се истражи.[44]

Како је, у основним цртама, према Грујићевом нацрту изгледао судски поступак у трговачким споровима, може се видети из његовог чланка *О поступку судејском у трговачким парницама*, објављеном у *Српским новинама*

---

[40] А. С. Јовановић, 12; *Записи Јеврема Грујића* I, Београд 1922, 53; АС, ДС, 960/1859, Министарство правде Кнежевском представништву, ANo 3278, Београд, 9. новембар 1856; Министарство финансија Савету, ПNo 2539, Београд, 19. новембар 1856; извод записника седнице Савета од 8. јануара 1857.

[41] У предмету Савета 960/1859, у коме се налазе документи у вези са израдом трговачког законика 1856– 1860, налази се само текст једног нацрта који се занемарљиво, по језичким формулацијама неколико својих чланова, разликује од коначне верзије трговачког законика. Вид. листове 61–94 тог законика и *Законикъ трговачкій за Княжество Србію*, Београд 1860.

[42] *Записи Јеврема Грујића* I, 53; *Српске новине* 21/1859, 80.

[43] Вид. *Зборник закона* XII, Београд 1859, 107–111.

[44] *Зборник закона* XII, 108; *Животопис Јеврема Грујића* (приредила Зорица Петровић), Аранђеловац 2009, 37, 60.

за 1858. Ако тужилац и тужени заједно дођу пред трговачки суд, он ће их, ако за то има времена, примити и одржати расправу као да је претходно било заказано рочиште. У случају да нема времена, странке ће примити један писар, који ће саставити„тужбу трговачку". Она мора имати следеће елементе – имена тужиоца и туженог, тужбени захтев и доказе којима се он поткрепљује. Ако тужилац дође сам пред суд, мора своју тужбу у писаној форми предати у онолико примерака колико има тужених. Када прими тужбу, суд заказује рочиште и упућује странкама позиве да му предстану. Рочиште се мора заказати у року од осам дана до три месеца од упућивања позива. Дођу ли на њега обе странке, прво тужилац излаже тужбу, па онда тужени одговор на тужбу. Суд може саслушати и сведоке. Уколико пред собом има компликован случај, суд је овлашћен да странке упути на арбитражу или да наложи странкама да се о наводима противника изјашњавају писмено, па да тек после закаже рочиште. Уколико има више тужилаца и/или тужених или једна од страна изостане са рочишта, примениће се чланови 51–64 Законика о поступку судејском у парницама грађанским (1853)[45]. Када суд стекне уверење да о предмету има довољно сазнања, доноси пресуду.[46]

Правни лекови у поступку по трговачким споровима били би захтев за понављање поступка[47], апелата[48] и жалба[49]. Пресуда због изостанка могла би се обарати само захтевом за понављање поступка или жалбом. Улагање апелате и жалбе било би дозвољено из разлога одређених изменама ЗПСПГ из 1858. и вршило би се на исти начин као у осталим грађанским парницама. Апелата и жалба не би одлагале извршење пресуде. Специфичност поступка у трговачким парницама био би дужнички затвор као мера принудног извршења пресуде.[50]

---

[45] Поменути чланови посвећени су горњим двама питањима. Вид. *Законникъ о поступку судейском у парницама грађанскимъ за Княжество Сербію*, Београд 1853, 14–18.

[46] Јеврем Грујић„О поступку судейскомъ у трговачкимъ парницама", *Српске новине* 113/1858, 437.

[47] Према ЗПСПГ из 1853, понављање поступка било је правни лек само против извршних пресуда. Вид. Маша М. Кулаузов„Поновљење парницама по одредбама Законика о грађанском судском поступку из 1865. године", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017, 1526, фн. 6.

[48] Правни лек који се према изменама законика о грађанском поступку из 1858. могао поднети на првостепене пресуде у спровима вредности преко 1000 гроша. Маша М. Кулаузов„Редовни правни лекови по одредбама парничног законодавства из 1853. и 1860. године", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2016, 871.

[49] Према изменама ЗПСПГ из 1858. овај правни лек могао је да се уложи због битне повреде одредаба, погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, непотпуног извођења доказа, прекорачења тужбеног захтева и недостатака који пресуду чине нејасном, противречном самој себи или закону на коме је заснована. Вид. М. М. Кулаузов, 870.

[50] Јеврем Грујић„О поступку судейскомъ у трговачкимъ парницама", *Српске новине* 114/1858, 439; 115/1858, 443.

У јануару 1858, усменим решењем Савета, формирана је нова комисија за преглед нацрта трговачког законика. Њени чланови били су министар финансија Јован Мариновић, државни саветници Алекса Јанковић и Димитрије Црнобарац, председник Апелационог суда Јован Филиповић, начелник Одељења Кнежевске канцеларије Димитрије Матић и секретар Савета Јеврем Грујић. Ова нова комисија превасходно је требало да се позабави устројством трговачких судова и поступком у трговачким споровима, а делом нацрта посвећеном материјалном трговачком праву само ако се то покаже као нужно. Свој први састанак комисија је одржала 19. фебруара 1858. и на њему је Грујић читао своја два нацрта. На том истом састанку Мариновић је казао да нацрту трговачког законика треба додати и главу о стечају.[51]

Грујић пише да је комисија ипак разматрала не само устројство трговачких судова и поступак у трговачким парницама, него и део посвећен материјалном праву. После извесног времена, рад комисије је застао. Можда у вези са тим застојем стоји запис из регистра Одељења промишљености Министарства финансија за 1858. у којем стоји да Трговачки одбор моли да се брзо изда трговачки законик.[52] Но тако нешто нису дозволиле политичке прилике које су убрзо затим уследиле. Незадовољство владавином кнеза Александра достигло је врхунац и политички кругови били су сасвим заокупљени сазивањем скупштине. У таквим околностима, израда трговачке кодификације је, природно, остављена по страни.

То, међутим, не значи да се на њу заборавило. Премда се Светоандрејска скупштина у српској историји пре свега везује за свргавање кнеза Александра са престола и повратак кнеза Милоша на њега, та скупштина значајна је и због разноразних захтевања њених посланика у којима се осликавају друштвене прилике у ондашњој Србији. Међу тим захтевима срећу се и они да се изда трговачки законик. Две нису новост – ни по месту настанка ни по образложењу: београдски трговац Ђорђе Аћимовић тражи да се донесе трговачки законик јер без њега трговина не може бити сигурна, а београдска општина моли за издавање трговачког законика због тога што зајмодавци немају довољно гаранције за повраћај позајмљеног капитала. Ново је то што међу молбама за издавање трговачке кодификације видимо и једну која долази из унутрашњости – од посланика Крушевачког округа. На следећој, Малогоспојинској скупштини (1859), трговачки законик траже посланици другог округа, Крајинског, са убедљивим образложењем да би доношење тог

[51] А. С. Јовановић, 144–145.

[52] Грујић, *Поступак*, *Српске новине* 113/1858; регистар МФ-П за 1858, слово Т, бр. 14. Нажалост, деловодни протокол Одељења за ту годину није сачуван, а у регистру, за разлику од већине других предмета, код овог није забележена сигнатура. По деловодном броју (719) би се са приличном сигурношћу могло тврдити да је молба упућена током прве половине године.

правног акта спречило да се они који немају искуства у трговини издају за трговце.[53] Ове две молбе из провинције су наговештај да су крајем 50-их година и тамо штетне последице недостатка трговачког законика постале врло осетне.[54]

Пошто су се политичке прилике разбистриле, Трговачки одбор је 9. фебруара затражио од Министарства финансија да му пошаље нацрт трговачког законика. Оно је то учинило 14. фебруара. Очигледно је да посао разматрања нацрта није био мали, будући да је Министарство финансија 14. маја писало Савету да трговачки законик неће бити скоро издат. Одбор Светоандрејске скупштине[55] усвојио је 17. јула закључак о потреби што скоријег издавања „меничног закона", уз образложење да само добри кредитни закони који обезбеђују тачно испуњавање обавеза подстичу напредак трговине. Малогоспојинска скупштина сложила се 18. септембра са тим закључком и упутила га Савету. Можда је то подстакло Трговачки одбор да 9. октобра пошаље Министарству финансија прегледани нацрт.[56]

Министарство финансија проследило је примљени текст Министарству правде, које је 24. новембра за преглед пројекта формирало комисију у следећем саставу: Јеврем Грујић, столоначелник Савета Радивоје Милојковић и београдски трговац Коста Антула. Овај последњи је, тврди Алекса Јовановић, током рада комисије упућивао добре предлоге у вези са појединим питањима која су се односила на трговачке и меничне послове. Комисија није делила мишљење Трговачког одбора да трговци морају да воде партијалник[57]. Сматрала је да трговци не треба да воде ни књигу за копирање писама. Јеврем Грујић записао је да се кнез Милош залагао за што брже доношење трговачког законика.[58] Иако се то на први поглед не би могло тумачити никако другачије до владаочевом жељом да себе представи као новог Милоша, који насупрот оном старом тежи законитости и дичи се тиме што се за његово име везују велики законодавни подухвати, мишљења смо да су

[53] О олаком упуштању у трговину и злој судбини оних који су то радили вид. С. Јовановић (1925), 76.

[54] Андрија Раденић, *Светоандрејска скупштина*, Београд 1964, 88, 97–98, 118–119; АС, Народна скупштина, 1859, ф. II, р. 27, Предлогъ за одуживанѣ наши земледелѣца одъ депутираца народньи из Окружія крайнскогъ.

[55] Тело оформљено у јуну 1859. ради разматрања предлога о којима Светоандрејска скупштина није стигла да се изјасни.

[56] А. С. Јовановић, 13, 145;„Одбор Свето-андрейске народне скупштине", *Србске новине* 88/1859, 356;„Протоколи србске народне скупштине", *Србске новине* 7/1859, 35; АС, ДС, 960/1859, Министарство финансија Савету, ПNo 1838, Београд, 14. мај 1859; Савет Министарству финансија, No 2213, Београд, 26. новембар 1859.

[57] Регистар дневника.

[58] А. С. Јовановић, 145; *Записи Јеврема Грујића* III, Београд 1923, 53; Слободан Јовановић, *Друга влада Милоша и Михаила Обреновића (1858–1868)*, Београд 1923, 66; АС, ДС, 960/1859, Министарство правде Савету, ANo 8691, Београд, 14. децембар 1859.

могућа и другачија тумачења. Лако је могуће да је кнез и сада – баш као и за време своје прве владавине када је трговину држао под својом чврстом руком – мислио да ова делатност изискује надзор, само је средство за остварење тог мишљења прилагодио новим историјским околностима. Другим речима, можда је био стари Милош у новом руху.

Милојковић је забележио да је комисија окончала рад 9. децембра. Министарство правде послало је 14. децембра прегледани пројекат Савету, са напоменом да је сагласно са ставом комисије о партијалнику, али не и о књизи за копирање писама. Савет је 21. децембра проследио нацрт трговачког законика кнезу Милошу. Владалац га је дан касније одобрио и он је издат 26. јануара 1860.[59] Србија је тако добила трећу велику кодификацију и сврстала се у круг земаља са кодификованим трговачким правом.

4. ЗАКЉУЧАК

Кодификација српског трговачког права трајала је 12 година. Започела је ради подстицања трговине, а наставила се с циљем да се она стави у правне оквире. Прва замисао да се она спроведе дошла је од државног органа, а касније иницијативу преузимају београдски трговци. Они су били много агилнији, што је и разумљиво, с обзиром на то да је непостојање трговачког законика највише њих погађало. Како је време одмицало, повећавао се број разлога због којих се тражи трговачки законик, повећавао се број оних који га траже, ширио се простор са којег молиоци долазе. Погледи на садржину трговачког законика су се мењали, али не и начелан став да га треба донети. Трговцима је било важно да се он донесе, а за„детаље" ће се лако.

Повод за издавање трговачког законика је (не)наплата потраживања београдских трговаца према колегама из унутрашњости. Тај разлог среће се као образложење свих петиција престоничких трговаца. Са тим проблемом они су се суочили када су почели више да послују са партнерима из Аустрије. Док тог пословања није било, није било ни молби за доношење трговачког законика; дуге парнице и неуредност провинцијских трговаца у плаћању могли су се трпети док трговачке везе са колегама из Аустрије нису биле јаке. Када су то постале, више не. Изложени притиску да сопствене обавезе намирују строго у року, а без могућности да на то исто натерају своје дужнике, београдски трговци су једини могући излаз видели у постојању трговачког законика. Он је постао стварност тек када су се у оправданост

[59] Александра Вулетић, Љубинка Трговчевић„Аутобиографске белешке Радивоја Милојковића", *Мешовита грађа* 21/2003, 79–80; АС, ДС, 960/1859, Министарство правде Савету, ANo 8691, Београд, 14. децембар 1859; Савет кнезу, No 2355, Београд, 21. децембар 1859; АС, МИД-В, 1860, ф. II, р. 214, кнез Милош Савету, BNo 5550, Београд, 22. децембар 1859.

њихове жеље уверили и други, када је идеја о кодификацији трговачког права од петиције са 80 потписа превалила пут до прихватања на једној скупштини.

Према томе, узрок доношења трговачког законика је интензивно пословање београдских трговаца са иностранством. Трговачка кодификација донета је у право време – у доба када су за њено издавање сазреле околности.

Gordana M. Drakić, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
G.Drakic@pf.uns.ac.rs

Uroš N. Stanković, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
U.Stankovic@pf.uns.ac.rs

Codification of Commercial Law in the Principality of Serbia (1849–1860)

Abstract: *The article exposes codification of commercial law in the Principality of Serbia. That process took place between 1849 and 1860. Its first phase, lasting from 1849 to 1853, commenced on Ministry of Finance's initiative. The comittee consisting of state officials and Belgrade merchants drew up a draft commercial code in 1851. Although the legislative body, State Council, primarily approved of codification, in 1853 it rejected the draft with motivation that the text had not contained the matter of commercial courts, that Serbian people as poorly educated would not be able to understand commercial code's complicated notions and that Serbian merchants were immature for codified commercial law.*

Commercial Comittee, the organization founded in January 1856 with the goal of proposing measures aimed to enchance trade in Serbia, requseted for introduction of commercial code the very same year. In the beginning of 1857 the Council formed the comittee tasked with revising the draft from 1851 and preparing drafts on organization of commercial courts and court procedure in commercial matters; all three texts were meant to become parts of commercial code. The composed draft had been sent to Commercial Comittee on 14 February 1859, which sent it back to the Ministry with its remarks on 8 October the same year. After the three-member committee formed by the Ministry of Justice on 24 November 1859 had somewhat altered the draft, the corrected version was consigned to the Prince. Commercial code had received the Prince's sanction on 22 December 1859 and entered into force on 26 January 1860, thus making Serbia one of the countries with codified commercial law.

The cause for the codification doubtlessly lies in the trade between merchants of Belgrade and those from Austria that intensified subsequent to Revolution 1848. In these business relations Austrian merchants were using bills of exchange as security, which meant that their Belgrade partners were to be most punctual in

fullfiling their contractual obligations. However, due to lack of commercial regulations and long-lasting civil procedure before Serbian courts, the merchants from the capital could not realize their own claims towards the debtors from the province and were consequently unable to collect money to settle their own debts. For that reason, from 1852 onwards Belgrade merchant were filing petitions for enactment of commercial code. Their petitions had ever more undersigneds, which may indicate that the problem was constantly becoming more serious. Nevertheless, only in the end of 1850s, when the lack of commercial code showed its palpable effects in province, was the code introduced.

Keywords: *commercial code, Turkish commercial code (1850), commercial courts, Commercial Committee, Jevrem Grujić, Dimitrije Crnobarac.*

Датум пријема рада: 23.01.2019.

Оригинални научни рад 35.077.3:347.921.6(497.11)
doi:10.5937/zrpfns52-20573

Др Зоран Ј. Лончар, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
Z.Loncar@pf.uns.ac.rs

ТРОШКОВИ УПРАВНОГ ПОСТУПКА*

Сажетак: *С обзиром на то да су добро уређена правила о трошковима поступка претпоставка, не само правне сигурности странака, већ и квалитетног вођења управног поступка, од великог значаја је то што је нови Закон о општем управном поступку из 2016. године донео бројне новине у погледу трошкова управног поступка. У раду се указује на најважније новине у погледу правила о накнади трошкова поступка и оцењује у којој мери оне доприносе унапређењу правног положаја странака, као једном од основних циљева законодавне реформе управног поступка.*

Кључне речи*: управни поступак, трошкови управног поступка, орган управе, странка.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Сваки правно уређени поступак подразумева одређене новчане издатке који су неопходни за вођење поступка. Без обзира на то што управни поступак у односу на судске поступке, по правилу, краће траје, због чега је и економичнији, ипак његово спровођење захтева одређене издатке. Специфичност управног поступка у односу на судске поступке не огледа се само у брзини спровођења (ефикасности), па отуда и у мањим трошковима (економичности), већ и у начину накнаде трошкова.

За разлику од судских поступака, у управном поступку не постоји спор између две начелно равноправне странке, о коме одлучује независни судски орган, већ се насупрот странке увек налази орган управе, који, као субјект са јачом вољом, на ауторитативан начин, одлучује о неком на закону заснованом праву или обавези странке. Услед неравноправности субјеката управно-прав-

* Рад представља резултат истраживачког рада на Пројекту „*Правна традиција и нови правни изазови*“ за 2018. годину, чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

ног односа, као основног обележја ове врсте правног односа, и правила о накнади трошкова у управном поступку морају бити донекле другачија него у судским поступцима. У управном поступку неопходно је обезбедити одређену равнотежу између захтева за ефикасним вођењем поступка, са једне стране и правне сигурности странака, са друге стране. Правна сигурност странака не би смела да буде угрожена немогућношћу странке да на одговарајући начин заштити на закону заснована права због неадекватних правила о накнади трошкова поступка. Правила о начину накнаде трошкова никако не би смела да буде препрека да странка активно учествује у поступку, да предлаже извођење различитих врста доказа, да ангажује правне заступнике или друга стручна лица која су у стању да јој пруже помоћ у заштити права и остваривању њених интереса, итд.

За разлику од судских поступака, као једно од основних начела новог Закона о општем управном поступку,[1] установљено је начело делотворности и економичности поступка (члан 9), које подразумева посебан однос према трошковима поступка. Садржину овог, донекле новоформулисаног начела чини и обавеза органа управе да поступак води без одуговлачења и уз што мање трошкова по странку и другог учесника у поступку, али тако да се изведу сви докази потребни за правилно и потпуно утврђивање чињеничног стања. Такође, према овом начелу, орган управе има обавезу да по службеној дужности врши увид у податке о чињеницама неопходним за одлучивање, о којима се води службена евиденција и да их прибавља и обрађује, а од странке може да захтева само оне податке који су неопходни за њену идентификацију и документе који потврђују чињенице о којима се не води службена евиденција. За разлику од већине других основних начела управног поступка која нису разрађена у осталим одредбама Закона, а која представљају обичне законске прокламације, без реалне садржине и санкције за њихово непоштовање,[2] у Закону постоји посебно поглавље посвећено правилима о трошковима управног поступка (члан 84-89), међу којима су бројне нове одредбе.

Без обзира на то што су добро уређена правила о трошковима поступка претпоставка, не само правне сигурности странака, већ и квалитетног вођења управног поступка, пажња стручне јавности до сада је углавном била усмерена ка бројним другим новинама у Закону, попут нових активности управе подведених под појам управне ствари, о којима се данас решава по правилима управног поступка, као што су управни уговори, управне радње и пружање

[1] Закон о општем управном поступку – *ЗУП*, „*Службени гласник РС*", бр. 18/2016.

[2] Вид.: Драган Милков, „Поводом новог Закона о општем управном поступку – критички осврт уводне одредбе и начела", Зборник „*Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*", Нови Сад 2016, 47-63; Зоран Лончар, „Основна начела управног поступка у Србији и европски правни стандарди", Зборник „*Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*", Нови Сад 2017, 379-400.

јавних услуга,[3] неких од нових правних института, попут: гарантног акта, јединственог управног места,[4] питања стандардизације управног поступка са европским правилима,[5] новом правном режиму редовних и ванредних правних средстава,[6] итд. Законске новине у погледу трошкова управног поступка у стручној јавности остале су неосветљене, бар на начин за који сматрамо да заслужује, са аспекта правне сигурности грађана. Стога нам је циљ да у раду идентификујемо најважније новине у правилима о трошковима управног поступка, садржаним у новом Закону о општем управном поступку, те да утврдимо да ли те новине доприносе, не само ефикаснијем и економичнијем вођењу поступка, већ и унапређењу правног положаја странака, што је требало да буде један од основних циљева законодавне реформе управног поступка.

2. ВРСТЕ ТРОШКОВА УПРАВНОГ ПОСТУПКА

Под трошковима управног поступка подразумевај се сви новчани издаци неопходни за вођење управног поступка. Према природи правила о накнади,

[3] Вид.: Драган Милков, Ратко Радошевић, „Неке новине у Закону о општем управном поступку – управно поступање", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (Зборник радова ПФНС) 3/2016, 733-752; Д. Милков, „Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку – корак напред или десет у страну", *Зборник радова ПФНС* 1/2013, 85-99; Зоран Томић, „О управној ствари у српском праву", Зборник радова „*Актуелна питања савременог законодавства*", Будва 3-7. јун 2018. године, 225-238; З. Томић, „Управни уговори – елементи правног режима у Србији", *Правни живот* 10/2017, 240-265; Добросав Миловановић, Вук Цуцић, „Нова решења Нацрта Закона о општем управном поступку у контексту реформе јавне управе у Србији", *Правни живот* 10/2015, 95-110; Драган Васиљевић, „Облици управног поступања по новом Закону о општем управном поступку Републике Србије", *Правни живот* 10/2017, 351-363; Р. Радошевић, „Појам управне ствари и нови Закон о општем управном поступку Републике Србије", *Правна ријеч* 46/2016, 325-342.

[4] Вид.: З. Лончар, „Најважнији нови правни институти у управном поступку Републике Србије", *Правна ријеч* 50/2017, 277-295; Зоран Јовановић, „Осврт на поједине новине у Закону о општем управном поступку", Зборник на трудови од мегународната конференција „*Искуства од примената на новите закони за општа управна постапка во земјите од регионот*", Правни факултет „Јустинијан први" во Скопје, Охрид 5-7. мај 2017. године, 133-143.

[5] Вид: Д. Милков, „Државна управа Србије и европски стандарди", Зборник „*Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*", Нови Сад 2015, 59-75; З. Лончар, „Европски правни стандарди и управни поступак у Србији", Зборник „*Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*", Нови Сад 2016, 461-478; Дејан Вучетић, „Европска управно-процесна правила и општи управни поступак Републике Србије", *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (Зборник радова ПФНШ) 68/2014, 175-186.

[6] Вид.: З. Лончар, „Правна средства у новом Закону о општем управном поступку", *Зборник радова ПФНС* 4/2017, 1505-1523; Предраг Димитријевић, „Правна средства у новом ЗУП-у Републике Србије", Зборник на трудови од мегународната конференција „*Искуства од примената на новите закони за опште управна постапка во земјите од регионот*", Правни факултет „Јустинијан Први" во Скопје, Охрид 5-7. мај 2017, 45-63; Д. Васиљевић, „Концепт ванредних правних средстава по новом Закону о општем управном поступку", *Правни живот* 10/2016, 215-223.

трошкови управног поступка се међусобно битно разликују. Основно разликовање је на *опште* и *посебне* трошкове поступка. Под *општим* трошковима се подразумевају издаци неопходни за редован рад органа управе. Ту спадају издаци за коришћење пословног простора, утрошену електричну енергију, грејање, физичко и техничко обезбеђење, канцеларијски материјал, коришћење и одржавање службених возила, одржавања веб портала и коришћење осталих интернет услуга за потребе органа и сл. Ова врста трошкова спада у средства за рад органа управе и уређује се општим прописима о раду органа управе, док се финансира из средстава буџета предвиђених за редован рад органа управе. О издвајању те врсте средстава одлучује старешина органа управе. Под *посебним* трошковима се подразумевају сви издаци у готовом новцу изазвани вођењем конкретног управног поступка. Они се уређују прописом којим се уређују правила управног поступка и о њиховом плаћању одлучује службено лице које води управни поступак.[7] С обзиром на то да управни поступак представља скуп различитих процесних радњи, ова врста трошкова је према правној природи веома различита.

Посебни трошкови управног поступка могу се разликовати према различитим критеријумима. У циљу бољег разумевања правне природе посебних трошкова, као најзначајнији критеријуми разликовања могу да послуже субјекти на које се трошкови односе и намена којој служе. Према *субјектима* на које се односи ова врста трошкова разликују се: трошкови органа који води управни поступак, трошкови странака и трошкови осталих учесника у управном поступку (сведока, вештака, тумача ….). Према *намени* којој служе разликују се: трошкови за административне таксе, путни трошкови, дневнице, награде за одређене врсте службених лица, попут вештака,

[7] Правила о посебним трошковима управног поступка су данас уређена само Закон о општем управном поступку (чл. 84-89), док су у једном периоду важења Закона о општем управом поступку СФРЈ ("*Службени лист ФНРЈ*", бр. 52/1956 и „*Службени лист СФРЈ*", бр. 10/1965, 4/1977, бр. 11/1978, 9/1986 и 24/1994) она била уређена и Уредбом о накнади трошкова у управном поступку ("*Службени гласник РС*", бр. 80/1992). Иако се у домаћој литератури може пронаћи став да је ова Уредба још увек од правног значаја за питање трошкова управног поступка (Вид: З. Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку*, Службени гласник РС, Београд 2017, 383, 392; Стеван Лилић, *Управно право – управно процесно право*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета, Београд 2014, 494.), њено правно дејство је ипак престало, с обзиром на то да јој је правни основ за доношење био чл. 119. ст. 1. Закона о општем управном поступку СФРЈ, који је одавно престао да важи. Касније донети Закон о општем управном поступку СРЈ из 1997. године ("*Службени лист СРЈ*", бр. 33/1997, 31/2001 и „*Службени гласник РС*", бр. 30/2010 – ЗУП из 1997), као ни садашњи Закон, не садрже одредбу о овлашћењу Владе за доношење таквог подзаконског акта. За разлику од Србије, у новом Закону о управном поступку Црне Горе ("*Službeni list Crne Gore*", br. 56/2014, 20/2015, 40/2016 и 37/2017) постоји изричита одредба којом је прописано да Влада подзаконским актом утврђује висину накнаде трошкова и награде у управном поступку, као и начин њихове исплате (чл. 97).

тумача и сл., трошкови за правно заступање и стручно помагање странке, трошкови прибављања и извођења доказа, трошкови извршења управног акта итд.

У домаћој литератури се данас могу пронаћи и другачије поделе трошкова управног поступка,[8] од којих неке немају готово никакав значај, с обзиром на то да не доприносе бољем разумевању правне природе трошкова поступка. Такав је случај, пре свега, са једном од најновијих подела, насталих непосредно након усвајања новог Закона, заснованој на преименовању посебних трошкова у *процесне* трошкове управног поступка, и набрајању да у ту врсту трошкова спадају сви они издаци које се у новом Закону иначе наводе да чине трошкове поступка, односно издаци за таксе, лични трошкови странке (трошкови доласка и губитка времена и зараде), неопходни и оправдани трошкови заступања странке и трошкови усмене расправе и извођења доказа (стварни трошкови сведока и стварни трошкови и награде вештака, тумача, преводилаца и привремених заступника, трошкови увиђаја и слично), као и посебни издаци у готовом новцу органа који води поступак (путни трошкови службених лица, огласа и сл.).[9]

Важну новину у Закону представља чињеница да наш најважнији процесни пропис у области управе, по први пут након осам и по деценија, колико је дуга традиција кодификација процесних правила о раду управе у Србији,[10] садржи одредбу о појму трошкова управног поступка. Наиме, у нови Закон

---

[8] Вид.: С. Лилић, *Управно право – управно процесно право*, 494-496; П. Димитријевић, *Управно право*, Свен, Ниш 2016, 374-375; Д. Васиљевић, *Управно право*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд 2015, 359.

[9] Вид.: З. Томић, *Опште управно право*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета, Београд 2018, 312. У свим ранијим издањима истог овог уџбеника трошкови управног поступка су се разликовали на потпуно другачији начин, најпре, према субјектима на које се односе на: 1) трошкове органа, водитеља поступка; 2) трошкове странака и 3) трошкове осталих учесника у поступку, а затим, и структурално, на: а) издатке службених лица у поступку (путни трошкови и др.); б) издатке везане за прибављање и извођење доказа (накнаде и награде сведоцима, вештацима, тумачима и сл., трошкове у вези са увиђајем итд.), в) трошкове за таксе, г) трошкове у вези са извршењем управног акта; д) трошкове правног заступања и стручног помагања и др. Вид.: З. Томић, *Опште управно право*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета, Београд 2017, 305; *Опште управно право*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета, Београд 2015, 307; *Опште управно право*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета, Београд 2012, 301; *Опште управно право*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета, Београд 2011, 282-283; *Опште управно право*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета, Београд 2009, 282-283; *Управно право*, Службени лист СРЈ, Београд 2002, 396; *Управно право*, Драганић, Београд 1995, 277-278; *Управно право*, Номос, Београд 1991, 420-421.

[10] Вид.: Д. Милков, „О потреби усклађивања српског управног поступка са правом Европске Уније", *Зборник радова ПФНШ* 68/2014, 84-86; З. Лончар, „Поводом новог Нацрта Закона о општем управном поступку", Зборник радова „*Двадесети година Дејтонског мировног споразума*", Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву 2017, 318-320.

је унета одредба члана 84. која је означена насловом „појам трошкова поступка". При одређивању појма трошкова управног поступка у њој, међутим, није примењен ниједан од могућих критеријума за одређивање трошкова поступка, већ су искључиво методом енумерације (позитивне) наведени сви трошкови који чине трошкове управног поступка. По новом Закону, под трошковима управног поступка подразумевају се: *издаци за таксе*, *лични трошкови странке*, попут доласка и губитка времена и зараде; неопходни и оправдани *трошкови заступања странке*; *трошкови усмене расправе и извођења доказа*, попут стварних трошкова сведока и стварних трошкова и награде вештака, тумача, преводилаца и привремених заступника, трошкови увиђаја и сл.; као и *посебни издаци у готовом новцу органа који води управни поступак*, попут путних трошкова службених лица, огласа и сл.[11]

У оквиру оваквог новог законског решења појма трошкова управног поступка, посебну пажњу заслужује, најпре, навођење трошкова усмене расправе и извођења доказа као посебних врста трошкова управног поступка, као да усмена расправа, као посебна фаза у управном поступку, има своје посебне трошкове, ван трошкова процесних радњи које се предузимају у оквиру ње, а који су везани управо за извођење доказа, и то изричито побројаних у овом члану Закона у оквиру заграде – стварни трошкови сведока и стварни трошкови и награде вештака, тумача, преводилаца и привремених заступника, трошкови увиђаја и сл. У вези трошкова усмене расправе и извођења доказа пажњу заслужује и навођење да њих чине и трошкови привременог заступања. Наиме, с обзиром на то да се улога привременог заступника странке, у случају када се он јавља у управном поступку, односи на целокупни поступак, а не само на фазу усмене расправе, може се поставити питање да ли таквом лицу трошкови за заступање странке припадају за све процесне радње које предузме у име и за рачун странке у својству њеног заступника, што би по природи ствари било неопходно, или има право само на накнаду трошкова у вези активности које је предузео на усменој расправи, пошто се трошкови привременог заступања странке у Закону наводе само у оквиру трошкова усмене расправе. Такође, у случају да странку на усменој расправи заступа неко друго лице у својству пуномоћника, као вољног заступника, поставља се питање да ли и ти трошкови чине трошкове усмене расправе или се ради о посебној категорији трошкова наведених у члану 84 Закона као трошкови заступања странке, на које се, видећемо касније, примењује другачији правни режим.

Поред тога, посебну врсту пажње заслужује сврставање у одредбу о појму трошкова управног поступка само *неопходних* и *оправданих* трошкова за заступање странке, без обзира на то што теоријски посматрано и неоправ-

[11] ЗУП, чл. 84.

дани трошкови за заступање странке чине трошкове поступка. Наиме, трошкови за заступање странке увек постоје ако се странка одлучи да ангажује као свог правног заступника адвоката или друго стручно лице да је заступа у поступку. Да ли ће накнада за такве трошкове странци бити призната зависи од става службеног лица органа који води поступак о томе да ли су трошкови били неопходни и оправдани, у случају када странка поднесе захтев за њихову накнаду. Дакле, ако се у Закону већ хтело странци признати право на накнаду трошкова за заступање само у случају када орган сматра да су они неопходни и оправдани, онда је одредби о неопходности и оправданости такве врсте трошкова било место само међу одредбама Закона које регулишу правила о накнади трошкова поступка (члан 85 – „ко сноси трошкове поступка"), а не међу одредбама које се односе на појам трошкова управног поступка, у оквиру кога би требало да се наведу само поједине врсте трошкова који чине трошкове управног поступка. Исти случај је и са навођењем у одредби о појму трошкова само *сшварних* трошкова сведока и *сшварних* трошкова вештака. При свему томе, треба узети у обзир и да у новом Закону не постоји ниједна одредба у којој се говори о критеријумима за одређење трошкова, односно шта се подразумева под неопходним и оправданим трошковима за заступање странке, а шта под стварним трошковима сведока и стварним трошковима вештака. Њихово одређење је ствар слободне процене (воље) службеног лица који води поступак у сваком конкретном случају.

Уношење овакве одредбе о појму трошкова у нови Закон о општем управном поступку је оригинално решење приређивача нашег закона. Наиме, без обзира на то што је нови управни поступак у Србији у погледу готово свих нових института заснован на моделу хрватског Закона о опћем управном поступку из 2009. године,[12] идејну подлогу за овакво нормативно решење у погледу врста трошкова управног поступка приређивачи нашег закона нису могли имати у хрватском пропису, с обзиром на то да он уопште посебно не уређује питања појма и врсте трошкова управног поступка. Хрватски Закон уређује само правила за накнаду трошкова поступка (члан 161-163). Као узор оваквој одредби у нашем Закону нису могли да послуже ни Закон о управном поступку Црне Горе из 2014. године,[13] ни Закон о општем управном поступку Македоније из 2015. године,[14] који су такође рађени по узору на хрватски Закон и уз стручну подршку углавном исте групе страних експерата која је радила и на припреми нашег Закона,[15] пошто ни они не познају

[12] Zakon o općem upravnom postupku, „*Narodne novine*", br. 47/2009.

[13] Zakon o upravnom postupku, „*Službeni list Crne Gore*", br. 56/2014, 20/2015, 40/2016 и 37/2017.

[14] Закон за општата управна постапка, „*Службени Весник на РМ*", бр. 145/2015.

[15] Вид.: З. Лончар, „Европски принципи реформе управног поступка у Србији", *Правна ријеч* 54/2018, 363-364.

посебну одредбу о појму трошкова управног поступка. Црногорски и македонски закон, као и хрватски закон, садрже у делу о трошковима управног поступка само правила за накнаду трошкова.

3. ПРАВИЛА О НАКНАДИ ТРОШКОВА УПРАВНОГ ПОСТУПКА

У Закону о општем управном поступку постоје бројне новине у погледу правила за накнаду трошкова поступка (члан 84-89). Предмет нашег разматрања ће бити само неке од новина које сматрамо да су најважније за правни режим трошкова управног поступка, као што су: накнада трошкова за заступање странке у поступку; накнаде трошкова у вишестраначким управним поступцима; могућност претходног сношења трошкова поступка; ослобађања од плаћања трошкова поступка, накнада трошкова и награде осталим учесницима у поступку; подношење захтева за накнаду трошкова поступка и доношење одлуке о трошковима поступка.

3.1. Трошкови за заступање странке

Према досадашњем Закону, основно правило било је да свако, уз одређене изузетке, сноси своје трошкове изазване вођењем управног поступка (члан 104. став 1.).[16] Сходно таквом правилу, у погледу трошкова за правно заступање странке, важило је правило да странци право на накнаду те врсте трошкова припада само када је њено заступање било *нужно* и *оправдано* (члан 104. став 3).[17] Управо понајвише из разлога што је процена нужности и оправданости заступања странке у поступку зависила од слободне процене овлашћеног службеног лица које је водило поступак, странке су се у пракси углавном уздржавале од ангажовања адвоката и других стручних лица да их у својству пуномоћника заступају у поступку. Захваљујући томе, степен правне сигурности странака, да ће у управном поступку моћи на најбољи начин да заштите своја права и правне интересе, у значајној је мери био ограничен, а квалитет управних поступака несумњиво на нижем нивоу, на ком је објективно могао да буде у случају да су службена лица у управном поступку наспрам себе, поред странке, имала и одређена стручна лица, у својству правног заступника странке.

Најуочљивија промена у погледу трошкова за заступање странака у новом Закону је везана за чињеницу да је из одредби члана 85, којим се де-

[16] „Свака странка сноси, по правилу, сама своје трошкове проузроковане поступком, као што су трошкови долажења, дангуба, издаци за таксе, за правно заступање и стручно помагање". ЗУП из 1997, чл. 104, ст. 1.

[17] „Трошкови за правно заступање накнађују се само у случајевима кад је такво заступање било нужно, односно оправдано". ЗУП из 1997, чл. 104, ст. 3.

тајно уређују правила за накнаду трошкова поступка, а који носи наслов „ко сноси трошкове поступка", изостављена одредба о праву странке на накнаду трошкова за правно заступање само у случају када је оно било нужно и оправдано. Уверењу да данас право странке на накнаду трошкова за заступање у управном поступку више није ограничено слободном проценом службеног лица о њиховој нужности и оправданости додатно доприноси и задржавање у потпуности неизмењене раније одредбе да орган сноси трошкове поступка који је покренут по службеној дужности и повољно окончан по странку (члан 85. став 2). Таквом уверењу посебно доприносе новоуведена одредба о трошковима другостепеног поступка (члан 85. став 6), према којој у случају кад жалба буде усвојена трошкове другостепеног поступка сноси орган који је одлучивао у првом степену.

Упркос свему наведеном, такав се закључак, нажалост, ипак не може извести пошто су у новој одредби о појму трошкова (члан 84), код трошкова за заступање странке као претходне одреднице унете „неопходност" и „оправданост", о чему је већ било речи. Тиме су странке, без обзира на све измене правног режима трошкова управног поступка, у погледу права на накнаду трошкова за правно заступање и даље остављене да зависе од слободне (воље) процене службеног лица. С обзиром на то да ни нови Закон не даје никакве критеријуме за одређивање неопходности и оправданости, као услова за накнаду трошкова за заступање странке, измена термина „нужности", из претходног Закона, у „неопходност", у новом Закону, није од правног значаја за правни режим ове врсте трошкова поступка. У питању је само једна од многих језичких промена учињена да би нови пропис о општем управном поступку што више изгледао другачији у односу на ранији, на шта је указано у нашој правној теорији.[18]

С обзиром на то да идеја о ограничавању права странака на накнаду трошкова за правно заступање увођењем нужности и оправданости, као претходних услова, никако није могла да потекне, не само из хрватског, већ ни из црногорског и македонског Закона, јер ови закони не познају оваква ограничења, једини смисао увођења новог појма трошкова управног поступка, у оквиру кога је код трошкова за заступање странке унета неопходност и оправданост, може бити жеља да се из Закона изостави изричито негативна формулисана одредба да странке право на накнаду трошкова за правно заступање имају „само у случају ако су они нужни и оправдани" и да се тиме додатно прикрије чињеница да у Србији данас право странака на накнаду ове врсте трошкова у управном поступку зависи искључиво од слободне процене

[18] Вид.: Д. Милков, *Управно право*, II, Издавачки центар Правног факултета, Нови Сад 2017, 147-150; Д. Милков, Р. Радошевић, „Обавештавање у управном поступку", *Зборник радова ПФНС* 4/2017, 1208-1210 и 1225-1226.

службеног лица које води управни поступак.[19] Прикривање те чињенице је за приређиваче Закона вероватно било од посебног значаја због настојања да се законодавна реформа управног поступка спроведе у складу са најважнијим европским правним правилима, у која се није уклапало раније негативно формулисано правило о трошковима за правно заступање странке.[20]

3.2. Трошкови другостепеног поступка

Потпуну новину у Закону представља прописивање правила за накнаду трошкова у другостепеном управном поступку, која нису постојала ни у једном нашем ранијем Закону о општем управном поступку. Без обзира на нова правила о трошковима другостепеног поступка, суштина ствари за странке у поступку ипак није битније измењена. Трошкови другостепеног поступка сносе се као и до сада, односно по истим правилима као да нису изричито прописана новим Законом. Наиме, у случају када жалба буде одбачена или одбијена или жалилац одустане од жалбе, ново правило је да трошкове другостепеног поступка сноси жалилац (члан 85. став 6). Исто је било и раније, без обзира на то што није постојала оваква одредба у Закону, с обзиром на то да је основно правило било да свако сноси своје трошкове поступка (члан 104. став 2), што је значило и првостепеног и другостепеног поступка, осим ако нису проузроковани кривицом или обешћу неког другог лица (члан 103. став 3). Прописивање изричитог правила у Закону да сада трошкови другостепеног поступка падају на терет жалиоца у случају ако не успе са жалбом ни мало не доприноси охрабривању странака да у управним поступцима у већој мери користе жалбу, као основно редовно правно средство у овој врсти поступка. С друге стране, ни друго новопрописано правило да у случају кад жалба буде усвојена, трошкове другостепеног поступка сноси орган који је одлучивао у првом степеном (члан 85. став 6), за странке није од посебног значаја, пошто и даље не могу да изјављују жалбу верујући да ће у случају ако она буде усвојена, имати право на накнаду трошкова за правно заступање (састављање жалбе од стране стручног лица), што су за странке најважнији трошкови у другостепеном поступку. Ово стога што странци та врста трошкова не припада у зависности од успеха у поступку, већ само ако је састављање жалбе, као вид правног заступања странке, било неопходно и оправдано. Да ли ће оправданост овакве стручне помоћи по слободној оцени ценити првостепени или другостепени орган, за странку

[19] Вид.: З. Лончар, „Трошкови заступања странке у управном поступку", *Правни живот* 10/2018, стр. 169-183.

[20] Вид.: З. Лончар, „Европски правни стандарди и управни поступак у Србији", Зборник „*Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*", Нови Сад 2016, 461-478.

није од никаквог значаја. Стога, смисао овог новоуведеног правила може бити само у додатном утицају на законитост рада првостепеног органа,[21] као и на уједначавање управне праксе, у циљу већег уважавања ставова другостепеног органа.

Основни проблем у примени овог новог правила о накнади трошкова другостепеног поступка од стране првостепеног органа огледа се у питању извора накнаде за ту врсту трошкова, односно из које врсте средстава првостепеног органа се трошкови другостепеног поступка у том случају исплаћују. Досадашња управна пракса говори да ова законска новина није препозната, јер се у буџетима првостепених органа управе још увек не предвиђају додатна средства за исплату трошкова другостепеног управног поступка, у случају да првостепено решење буде поништено или укинуто у поступку по жалби од стране другостепеног органа управе. Такође, ни другостепени органи у решењу којим се поништава или укида првостепени управни акт и поступак враћа првостепеном органу на поновно одлучивање, не примењују ову законску новину, односно пропуштају да одлуче на законом прописан начин о трошковима другостепеног поступка. Стога се и за ову законску новину може рећи да спада у једну од бројних новина које још увек нису од посебног значаја за управну праксу, попут: гарантног акта, јединственог управног места, управних уговора итд.[22]

У случају када другостепени орган, одлучујући по жалби, искористи законску могућност (члан 171), поништи првостепено решење и сам реши управну ствар, или мериторно одлучи на основу нове законске обавезе у случају поновљеног ћутања првостепеног органа (члан 173), другостепени орган је дужан да у целости реши о трошковима управног поступка, примењујући општа правила о накнади трошкова (члан 85).[23]

Прописивање посебних правила о трошковима другостепеног управног поступка представља такође оригинално решење приређивача нашег Закона, с обзиром на то да ни хрватски, црногорски ни македонски закон, не познају посебна правила о трошковима другостепених управних поступака, већ се на њих примењују општа правила о накнади трошкова у управном поступку.

---

[21] Вид.: Д. Милков, *Управно право* II, 165-166.

[22] Вид.: Д. Милков, Р. Радошевић, „Неке новине у Закону о општем управном поступку – управно поступање", *Зборник радова ПФНС* 3/2016, 733-752; З. Лончар, „Најважнији нови правни институти у управном поступку Републике Србије", *Правна ријеч* 50/2017, 277-295; З. Јовановић, (2017) 133-143.

[23] Вид.: З. Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку*, 386.

3.3. Трошкови вишестраначког управног поступка

Без обзира на снажно изражену тенденцију испољену у припреми закона, која се кретала ка скраћивања законског текста,[24] као и на чињеницу да су вишестраначких управни поступци са контрарним странкама права реткост у пракси, у Закону су не само задржана посебна правила о накнади трошкова у вишестраначком управном поступку, већ су донекле и измењена. За разлику од ранијег Закона, према коме је основно правило било да трошкове вишестраначког поступка сноси странка која је поступак проузроковала, а на чију штету је он завршен, док је у случају делимичног успеха била дужна да накнади трошкове поступка противној странци сразмерно делу свог захтева у коме је успела (члан 104. став 2), у новом Закону је основно правило да је странка чијим захтевом је покренут поступак који је окончан неповољно за њу, дужна да противној странци надокнади *оправдане* трошкове, сразмерно делу захтева у којем није успела (члан 85. став 4). Дакле, данас више није довољно само да нека странка не успе у свом захтеву поводом кога се води управни поступак да би противна странка имала право на накнаду трошкова у поступку, већ мора још да их оправда службеном лицу које води поступак, односно да му докаже да су сви они били оправдани. У питању су различите врсте трошкова, и то не само за правно заступање и стручно помагање странци, у случају којих увек важи опште правило да морају бити неопходни и оправдани, већ и сви трошкови везани за долазак на усмену расправу, као што су: путни трошкови, трошкови изгубљене зараде, прибављања доказа и сл. Из тог разлога, без обзира на то што су управни поступци са две или више странака са супротном интересима веома слични парничном поступку, правила о накнади трошкова су код њих знатно строжија за странку која је успела да у поступку заштити своја права и правне интересе у односу на парнични поступак, где је за накнаду трошкова битна само чињеница успеха у спору.

Са друге стране, правила вишестраначког управног поступка су у погледу трошкова за правно заступање странке, теоријски посматрано, донекле повољнија у односу на једностраначке управне поступке, где се за накнаду ове врсте трошкова тражи истовремено и нужност и оправданост, а код вишестраначког управног поступка је довољно да странка у чију корист је поступак окончан докаже само њихову оправданост. Међутим, с обзиром на то да Закон ни у једном случају накнаде трошкова управног поступка ближе не уређује који се трошкови сматрају оправданим, а који неопходним, већ је то увек ствар слободне процене службеног лица који води управни

[24] Вид.: З. Лончар, „Нека питања реформе управно-процесног законодавства“, *Правни живот* 10/2013, 322-323; З. Лончар, „О Нацрту Закона о општем управном поступку“, *Правна ријеч* 35/2013, 427-428.

поступак, као што смо већ указали, ова законска разлика нема готово никакав практичан значај.

Битан недостатак нових правила о накнади трошкова код вишестраначких управних поступака представља чињеница да је њима уређено само правило у случају када је поступак *неповољно* окончан по странку чијим захтевом је покренут поступак (члан 95. став 4), а пропуштено је да се уреди питање ко сноси трошкове у случају када он буде окончан повољно по њу. У том случају сматрамо да је сасвим оправдан став који је већ изнет у нашој теорији да трошкове таквог поступка треба да сноси противна странка, односно странка по коју је поступак неповољно окончан,[25] с обзиром на то да се такав закључак намеће као логичан, иако законодавац такво правило није изричито нормирао. Међутим, оваквим тумачењем се ипак не може у потпуности попунити ова законска празнина, с обзиром на то да сваки вишестраначки поступак са противним странкама не мора увек да се оконча повољно по једну, а неповољно по другу странку. Такав је случај, на пример, са експропријантом (корисником експропријације) и експропријатом (власником експроприсане непокретности) у поступку експропријације, који је у односу на све остале вишестраначке управне поступке у пракси и најчешћи.[26]

И у новом Закону је задржана могућност да се у случају вишестраначких управних поступака, питање накнаде трошкова поступка реши поравнањем странака. У случају ако се поступак заврши поравнањем, а странке у оквиру њега не договоре питање накнаде трошкова за заступање, и даље важи исто правило, да свака странка сноси своје трошкове (члан 95. став 5).

Уређивање посебних правила о накнади трошкова у случају вишестраначких управних поступка, без обзира на то што су они у пракси права реткост, није обележје само нашег новог Закона. И хрватски, црногорски и македонски закони о општем управном поступку такође познају посебне одредбе о накнади трошкова у случају ове врсте управног поступка, али донекле различите. У Хрватској је основно правило да у управним стварима у којима учествују две или више странака с противним интересима трошкове поступка сноси странка на чији захтев је поступак покренут или против које се води поступак који је за њу неповољно окончан, ако није другачије прописано (члан 161, став 2), што представља слично, али и нешто потпуније решење у односу на наш нови Закон. Битну разлику чини чињеница да странка у том случају има право само на накнаду путних трошкова и изгубљене зараде (члан 162. став 1), а не на све трошкове који су оправдани, какав је случај данас у нашем Закону. У Црној Гори важи исто правило као и у

[25] Вид.: З. Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку*, 385-386.

[26] Вид.: Д. Милков, „Експропријација – између приватног и јавног*", Анали Правног факултета у Београду* 2/2011, 43-62; З. Лончар, „Улога органа управе у поступку експропријације*", Гласник Адвокатске коморе Војводине* 4/1997, 122-132.

Хрватској (члан 94. став 1),[27] с тим да право странке на накнаду трошкова у вишестраначком управном поступку није ограничено само на путне трошкове и трошкове изгубљене зараде, какав је случај и у Македонији (члан 68. став 4).[28]

3.4. Претходно сношење трошкова поступка

У Закону је задржана могућност за службено лице органа који води управни поступак, да у случају када је поступак покренут захтевом странке, а са сигурношћу се може предвидети да ће испитни поступак изазвати посебне новчане издатке, који су везани, на пример, за вршење увиђаја, вештачење, долазак сведока и сл., да може решењем да наложи странци да у одређеном року унапред положи новац којим ће се покрити предвиђени новчани издаци (члан 86. став 2), а коју је познавао и ранији Закон (члан 106). У случају да странка не поступи по решењу, орган има законску могућност да одустане од извођења доказа или да обустави поступак, ако настављање поступка није у јавном интересу. Међутим, иако нема непосредне везе са институтом обезбеђења наплате трошкова поступка (предујмом трошкова поступка), у истом члану Закона је уведено ново правило о *претходном* сношењу трошкова поступка, односно изричито је прописано ко сноси трошкове пре доношења одлуке о трошковима поступка (члан 86. став 1 и 3). Новим Законом је предвиђено да странка сноси трошкове поступка који је покренут њеним захтевом или жалбом, а ако у првостепеном поступку учествују противне странке, свака претходно сноси своје трошкове. У случају када је поступак покренут по службеној дужности, трошкове поступка претходно сноси орган, ако законом није друкчије предвиђено (члан 86. став 1 и 3).

Без обзира на то што се у једном делу стручне јавности уношење овакве одредбе у правила о трошковима управног поступка настоји оправдати разлозима целисходности, односно потребом да се законом унапред регулише ко непосредно сноси трошкове поступка пре него што о томе одлучи орган својим решењем,[29] уношење такве одредбе о Закон је ипак потпуно сувишно,

---

[27] „Kad u postupku učestvuju dve ili više stranaka sa suprotnim interesima, troškove upravnog postupka snosi stranka na čiji zahtev je postupak pokrenut ili stranka protiv koje se vodi postupak koji je za nju nepovoljno okončan, ako nije drugačije propisano „Zakon o upravnom postupku, čl. 94, st. 1.

[28] „У управним стварима у којима учествују две или више странака са супротним интересима, трошкове поступка сноси странка на чији захтев је покренут поступак или на чију штету је окончан поступак, ако није другачије прописано". Закон за општата управна постапка, чл. 68, ст. 4.

[29] Вид.: З. Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку*, 388; З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, *Практикум за примену Закона о општем управном поступку*, Београд 2016, 132; З. Томић, *Опште управно право*, Београд 2018, 313.

пошто би исто било као да такве одредбе и нема у Закону. Наиме, опште је правило да свако сноси своје трошкове у поступку док се не одлучи о захтеву за њихову накнаду. Исто би било као да је законодавац прописао ко сноси трошкове поступка ако се о њима уопште не одлучи решењем, на пример, у случају ако странка не поднесе захтев за накнаду трошкова поступка, или ако орган одбије захтев странке за накнаду трошкова поступка.[30]

И у погледу ове законске новине је интересантно приметити да правило о претходном сношењу трошкова поступка као законско правило не постоји у Хрватској (члан 161-163), Црној Гори (члан 94-97), нити у Македонији (члан 68), већ је оригинално решење нашег законодавца.

3.5. Трошкови и награде другим учесницима у поступку

Поред трошкова поступка који се односе на орган и странку, као обавезне учеснике у управном поступку, у Закону постоје одређене новине које се тичу трошкова и других лица, која спадају у категорију евентуалних учесника у поступку, као што су: сведоци, вештаци, тумачи, привремени заступници итд. За разлику од претходног Закона којим су били таксативно наведени, не само врсте трошкова, попут путних трошкова, трошкова боравка у месту извршења радњи у поступку, изгубљене зараде и награде, већ и лица која су имали право на њих (члан 108. став 1), па стога није могла да се јави никаква дилема у погледу питања коме од осталих учесника у управном поступку припада право на коју врсту трошкова,[31] у новом Закону је само предвиђено да сведоци имају право на накнаду *ствварних трошкова* који су настали у вези са поступком, а вештаци, тумачи, преводиоци и привремени заступници још и право на награду (члан 88. став 1). Иако, у стручној јавности данас постоји став да се под новим неодређеним законским термином „стварних" трошкова других учесника у поступку подразумевају издаци за путовања сведока, вештака, тумача и службених лица, као и за њихов боравак у месту извршења појединих службених радњи,[32] такав став нам се ипак не чини правно утемељеним и мишљења смо да ће захваљујући

[30] „Стиче се утисак да је ово нормирање „претходног сношења трошкова" потпуно сувишно. Подразумева се да до доношења одлуке о трошковима свако сноси своје трошкове. Како би другачије било? Но, и то је нова норма! Као и обично, сувишна и помало смешна! Па онда због тога нема места за неке старе норме, које су потребне, а избачене су!". Д. Милков, *Управно право* II, 165.

[31] „Сведоци, вештаци, тумачи и службена лица имају право на прописану накнаду трошкова путовања и издатака изазваних бављењем у месту. Ако им за то време припада и зарада, имају право и на прописану накнаду изгубљене зараде. Поред прописане накнаде, вештаци и тумачи имају право и на прописану посебну награду за обављено вештачење, односно тумачење". ЗУП из 1997, чл.108, ст. 1

[32] Вид.: З. Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку*, 391.

таквом законском решењу одлука о трошковима осталим учесницима у управном поступку у пракси бити ствар слободне процене службеног лица које води поступак, као што је то случај и са одредбама о „неопходности" и „оправданости" код трошкова странке за правно заступање. Из тог разлога сматрамо да је ранија одредба о трошковима другим учесницима у управном поступку представљала неупоредиво боље нормативно решење, с обзиром на то да није остављала дилему у погледу лица и трошкова које су им припадали.

Посебно нам се чини правно неутемељеним став да се под стварним трошковима других учесника у поступку данас више не подразумева ни накнада за изгубљену зараду, на коју су сведоци, вештаци, тумачи и остала службена лица досад изричито имала право у случају ако им за време учествовања у управном поступку припада зарада (члан 108. став 1), и то из разлога што, наводно, губитак зараде није могућ у односу на службена лица органа који води управни поступак, а која уопште ни не спадају у круг других лица, као евентуалних учесника у поступку, на која се ова законска одредба о накнади трошкова и односи.[33]

Друга новина у Закону у погледу трошкова других учесника у управном поступку везана је за моменат подношења захтева за накнаду трошкова.

[33] „ЗУП говори само о *праву ових лица на накнаду стварних трошкова, а не и на накнаду изгубљене зараде* у том периоду. Такав губитак зараде начелно није ни могућ у односу на службена лица органа који води управни поступак. Јер и када обављају службени посао у редовном радном времену, као и ван редовног радног времена, њима по правилу припада одговарајући лични доходак. Отуда се чини исправним гледиште по којем странка чијим захтевом је покренут поступак (в. члан 80. став 1) не би требало да сноси трошкове личног дохотка службеног лица за извршење радњи у поступку после редовног рада, које није стигао да обави током редовног рада. Ризик преоптерећености службеног лица не би смео да падне на странку, односно друго лице које је поступак изазвало". З. Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку*, 391. Приликом изношења оваквог става, не само да није узето у обзир да службена лица органа који води управни поступак не спадају у категорију других учесника у управном поступку, на које се односи ова одредба Закона о трошковима поступка, те да средства за њихов рад не спадају у посебне трошкове управног поступка, већ у опште трошкове органа и да се финансирају из средстава за редован рад органа, већ ни чињеница да овлашћена службена лица у органима који воде управне поступке најчешће спадају у категорију државних, покрајинских или локалних службеника, па да им за рад који обављају у органу управе не припада лични доходак, већ плата, као и да поред плате имају, под законом прописаним условима, право на различите врсте накнада, као врсте додатака на плату, између осталог и за прековремени рад, приправност и сл. Вид.: Закон о државним службеницима, „*Службени гласник РС*", бр. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2006, 67/2006, 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017 и 95/2018, чл. 13; Закон о платама државних службеника и намештеника, „*Службени гласник РС*", бр. 62/2006, 63/2006, 115/2006, 101/2007, 99/2010, 108/2013, 99/2014 и 95/2018, чл. 27 и 28; Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалних самоуправа, „*Службени гласник РС*", бр. 21/2016, 113/2017, 95/2018 и 113/2017, чл. 27 и Закон о платама службеника и намештеника у органима аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, „*Службени гласник РС*", бр. 113/2017 и 95/2018, чл. 27-30.

Наиме, сва лица која спадају у друге учеснике у поступку су дужна да захтев за накнаду трошкова на које им закон признаје право поднесу још пре предузимање радње у поступку, а најкасније у року од осам дана од дана њеног предузимања. У супротном, губе право на накнаду трошкова. На ту чињеницу је овлашћено службено лице дужно да их упозори и да о томе унесе службену белешку у записник (члан 88. став 2). Уношење накнадног рока од осам дана за подношење захтева за накнаду трошкова представља извесну либерализацију правила о трошковима поступка за ову категорију учесника у управном поступку, пошто су према претходном Закону сведоци, вештаци и тумачи захтев за накнаду или награду били дужни да поднесу, односно поставе искључиво само приликом саслушања, давања мишљења или тумачења (члан 108. став 2), односно нису имали право на подношење захтева за накнаду трошкова у било каквом накнадном року. За накнаду трошкова ових лица меродавни су били само захтеви понети у току предузимање саме радње у поступку.

3.6. Захтев за накнаду трошкова поступка

Моменат до ког странке могу да поднесу захтев за накнаду трошкова представља једно од најважнијих питања правног режима трошкова сваког поступка. У том погледу нови Закон о општем управном поступку је донео одређене новине. До сада је странка захтев за накнаду трошкова за правно заступање, као и трошкова у случају вишестраначког управног поступка, била дужна да постави благовремено, односно тако да орган који води поступак може о њему да одлучи у решењу. У супротном, странка је губила право на накнаду трошкова поступка, на шта је службено лице које води поступак било дужно да је упозори (члан 104, став 4).[34] Према новом Закону, странка захтев за накнаду трошкова поступка сада може поднети до *окончања* поступка (члан 87. став 1).[35]

Коришћење у Закону термина „окончање поступка", уместо „благовремености", представља недовољно прецизно законско решење, због којег се у пракси може јавити низ спорних правних питања, као што је случај са употребом истоветног термина и у прелазним и завршним одредбама Закона (члан 213), које говоре о правном режиму примене нових и старих законских правила,[36]

[34] „Захтев за накнаду трошкова по одредбама ст. 2 и 3 овог члана мора бити стављен благовремено, тако да орган који води поступак може о њему одлучити у решењу. У противном, странка губи право на накнаду трошкова. Службено лице које води поступак дужно је да на то упозори странку". ЗУП из 1997, чл. 104, ст. 4.

[35] „Странка може да захтева накнаду трошкова до окончања поступка". ЗУП, чл. 87, ст. 1.

[36] „Поступци који до почетка примене овог закона нису окончани, окончаће се према одредбама закона који се примењивао до почетка примене овог закона". ЗУП, чл. 213, ст. 1.

на шта је у стручној јавности већ указано.[37] Наиме, захваљујући недовољно јасној одредби о начину окончања поступка (коначног, правноснажног ...) као крајњем моменту за подношење захтева за накнаду трошкова поступка, остаје нејасно који се све трошкови могу тражити у управном поступку, да ли само трошкови првостепеног поступка, или и другостепеног поступка, поступка спроведеног по ванредним правним средствима и сл.[38] Иако је поводом овог питања у стручној јавности изнет став да се захтев за накнаду трошкова може поднети до доношења првостепеног решења, ако жалба није изјављена, односно до доношења другостепеног решења, ако је жалба изјављена,[39] свакако да би било много боље да је законодавац ово питање прецизно решио и тиме отклонио могућност било каквих дилема, а посебно потребе да се коментарима закона отклањају пропусти законописаца.

У погледу трошкова извршног поступка, нису унете никакве промене од суштинског значаја, осим што је ова врста трошкова поступка до сада била уређена посебном одредбом у оквиру дела Закона о трошковима управног поступка, чији су они и саставни део,[40] а у новом Закону су трошкови извршења решења посебно уређени у делу Закона који говори о извршењу (члан 196. став 5). Наиме, важеће законско правило је и даље да трошкове извршења сноси извршеник, о чему се по завршетку извршења одлучује допунским решењем.

3.7. Ослобађање од плаћања трошкова поступка

Могућност ослобађања странке од плаћања трошкова у управном поступку је предвиђена и новим Законом. Странка данас може бити ослобођена од плаћања трошкова управног поступка у целини или делимично, ако не може да сноси трошкове без штете по *своје нужно издржавање* или *нужно издржавање своје породице* или ако је то предвиђено *потврђеним међународним уговором*, у случају када је странка страни држављанин (члан 89. став 1). С обзиром на то да Законом није прецизирано на које трошкове се

[37] Вид.: З. Лончар, „Нека питања примене новог Закона о општем управном поступку Републике Србије", Зборник „*Искуства од примената на новите закони за општа управна постапка во земјите од регионот*", Правни факултет „Јустинијан први" во Скопје, Охрид 5-7. мај 2017. године, 101-114; Д. Миловановић, „Временско важење Закона о општем управном поступку", *Правни живот* 10/2017, стр. 267-282.

[38] „Ово је одредба која није постојала у претходном Закону, и, наравно, није прецизна и јасна. Шта се подразумева под „окончањем" поступка? Да ли је то до доношења решења? Да ли је решењем поступак „окончан"? Шта је са правним средством?" Д. Милков, *Управо право* II, 166.

[39] Вид.: З. Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку*, 389.

[40] „Трошкове поступка у вези са извршењем сноси извршеник. Ако се ти трошкови од њега не могу наплатити, сноси их странка по чијем је предлогу извршење спроведено". ЗУП из 1997, чл. 105.

ослобађање односи, може се закључити да странка сада има право да тражи ослобађање од плаћања свих посебних трошкова поступка.[41] Такво законско решење је битна новина у односу на раније правило према коме је странка, под истим условима, могла да буде ослобођена од плаћања само појединих врста трошкова, попут такси и издатака органа који води поступак, у које су спадали: путни трошкови службених лица, издаци за сведоке, вештаке и тумаче, увиђај, огласе и сл. (члан 110. став 2).[42]

Проширивање новом законском формулацијом врсте трошкова од чијег плаћања странка може бити ослобођена у управном поступку могло би значити да странка има право да тражи да буде ослобођена од плаћања и трошкова за правно заступање, што не сматрамо исправним. Наиме, смисао института ослобађања од плаћања трошкова управног поступка се огледа у принципу једнакости грађана у сношењу терета, па стога, ако неко лице није у стању да сноси трошкове поступка без угрожавања нужног издржавања себе или чланова своје породице, оправдано је да буде ослобођено од њиховог плаћања, односно да терет трошкова поступка у том случају иде на рачун органа који води поступак и да они буду надокнађени из буџета намењеног за рад органа. Међутим, трошкови странке за правно заступање никако не би смели да буду подведени под трошкове од којих странка може да буде ослобођена плаћања. Наиме, ако је неко довољно финансијски способан да може да ангажује адвоката или друго стручно лице да га заступа или да пружи другу стручну помоћ у управном поступку ради заштите његових на закону заснованих права или правних интереса као странке, сматрамо да не би могао касније да се позива да нема довољно средстава неопходних за нужно издржавање себе или своје породице, као законског услова за примену института ослобађања од плаћања трошкова поступка. Ослобађање странке од плаћања трошкова за правно заступање је директно супротно институту ослобађања од плаћања трошкова поступка. Другачијим правним тумачењем институт ослобађање од плаћања трошкова поступка би се могао злоупотребити. Стога сматрамо да је раније законско решење, према коме су таксативно наведене поједине врсте трошкова на које се могућност ослобађања странке од плаћања односила, представљало боље правно решење.

Интересантно је приметити да док је предмет ослобађања од плаћања трошкова управног поступка новом законском формулацијом начелно проширен, у случају странака које су страни држављани, могућност ослобађања

[41] Вид.: Д. Милков, *Управно право* II, 167.

[42] „Ослобођење од плаћања трошкова односи се на ослобођење од такса и издатака органа који води поступак, као што су путни трошкови службених лица, издаци за сведоке, вештаке и тумаче, увиђај, огласе и сл., као и на ослобођење од полагања обезбеђења за трошкове". ЗУП из 1997, чл. 110, став 2.

од плаћања трошкова поступка је сужена, пошто страни држављани као странке у управном поступку данас имају право да траже ослобађање од плаћања трошкова поступка само у случају када је то предвиђено потврђеним међународним уговором, док су до сада могли да траже и под условом узајамности, што је представљало шире законско решење.[43]

3.8. Одлука о трошковима поступка

Једну од најважнијих новина у правном режиму трошкова управног поступка представља промена врсте акта којим се одлучује о њиховој накнади. За разлику од досадашњег Закона, према коме је о захтеву за накнаду трошкова поступка могло да се одлучи и накнадно, посебним закључком о трошковима поступка, у ком случаје се у решењу о главној ствари морало навести да ће орган о захтеву странке за накнаду трошкова поступка накнадно одлучити (члан 107. став 4), данас је основно правило да се о трошковима поступка одлучује искључиво решењем о управној ствари, као главном одлуком у управном поступку (члан 87. став 2). Изузетак представља случај када другостепени орган сам реши управну ствар, када је дужан да истовремено реши и о трошковима првостепеног и другостепеног поступка (члан 87. став 3). Такође, у извршном поступку о трошковима извршења се одлучује допунским решењем (члан 196. став 5).

За ново законско правило да се о трошковима управног поступка одлучује решењем о главној управној ствари не може се рећи да је у потпуности у складу са принципом ефикасности поступка, који је преименован у делотворност, задржан међу основним начелима управног поступка и у новом Закону (члан 9),[44] с обзиром на то да до сада на одлуку о трошковима поступка није увек морало да се чека до доношења одлуке о главној управној ствари, а да је у случају када су постојали разлози који су онемогућавали одлучивање о трошковима у време доношења решења, о трошковима поступка је могло да се одлучи и накнадно, закључком, не одлажући доношење одлуке о главној управној ствари.[45] Из тог разлога нам се чини да је раније законско правило представљало боље правно решење, посебно за странку. Такође, раније је посебним закључком могло да се одлучи о издацима који су се односили на накнадну или награду сведока, вештака и тумача, као посебној

[43] „Страни држављани ослободиће се од плаћања трошкова кад је то предвиђено међународним уговором, а ако таквог уговора нема, под условом узајамности. У случају сумње у постојање узајамности, објашњење даје министарство надлежно за спољне послове". ЗУП из 1997, чл. 110, ст. 3.

[44] Вид.: З. Лончар, „Основна начела управног поступка у Србији и европски правни стандарди", Зборник „*Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*", Нови Сад 2017, 391-392.

[45] Вид.: Д. Милков, *Управно право* II, 166.

врсти трошкова поступка (члан 108. став 3), о којима такође није морало да се чека да се одлучује кад и о свим осталим трошковима поступка, што је за ту врсту евентуалних учесника у управном поступку представљало боље правно решење. У том случају је против закључка о овој врсти трошкова поступка могла да се изјави посебна жалба (члан 108. став 3), а такав закључак је представљао извршну исправу, која је могла бити основ за извршење и пре него што се оконча управни поступак (члан 108. став 3).

Данас је и у Хрватској основно правило да се о трошковима поступка одлучује решењем о управној ствари, али је за разлику од нашег Закона, тамо остављена могућност да се о трошковима поступка изузетно донесе и допунско решење, у случају ако у тренутку доношења решења о управној ствари нису познати сви трошкови поступка (члан 161. став 4).

4. ЗАКЉУЧНО РАЗМАТРАЊЕ

За нови Закон о општем управном поступку се, упркос бројним новинама којима обилује, ипак не може рећи да је донео суштинске промене у правни режим трошкова поступка, посебно не са аспекта унапређења правног положаја странака. Иако постоје одређене новине за које се може рећи да представљају позитивна решења, попут, на пример, обавезе органа управе да о трошковима поступка одлучи у решењу о главној управној ствари, како више не би постојала правна могућност да се чека на посебан закључак о трошковима поступка ако је већ познат коначни исход управног поступка; као и могућност ослобађања странке од плаћања свих трошкова поступка, ако не може да их сноси без штете по нужно издржавање себе или чланова своје породице, итд, већина законских новина ипак није од посебног значаја за правни положај странака у управном поступку. Шта више, неке од новина због недовољне језичке прецизности више уносе конфузију, него што се унапређује правни режим трошкова поступка. Такав је случај, пре свега, са *окончањем* поступка, као крајњим роком за подношење захтева за накнаду трошкова поступка; *претходним* сношењем трошкова поступка; *неопходности* и *оправданости* као законских услова за накнаду одређених врста трошкова поступка, *стварних* трошкова сведока, вештака и тумача, као евентуалних учесника у управном поступку, итд.

Посебно је вредна критика нова одредба о појму трошкова поступка, која је послужила, не да се унапреди правни режим трошкова управног поступка, јасним и прецизним навођењем врсти трошкова које чине трошкове управног поступка, већ да се додавањем неопходности и оправданости код трошкова правног заступања странке, као једне од врсте трошкова који чине појам трошкова поступка, из текста закона изостави ранија негативна фор-

мулација да странка има право на накнаду трошкова за правно заступање и стручно помагање само у случају ако је оно нужно и оправдано, и тиме прикрије чињеница да право странке на трошкове правног заступања у управном поступку и даље зависи искључиво од слободне процене службеног лица које води управни поступак.

С обзиром на то да је могућност накнаде трошкова за заступање странке важно питање, не само за правну сигурност странака у управном поступку, већ и за квалитет вођења поступка, на овлашћеним службеним лицима који воде управне поступке је услед таквог законског решења, данас посебна одговорност да другачијим тумачењем неопходности и оправданости правног заступања странке у поступку него до сада, у управној пракси допринесу чешћем ангажовању стручних лица од стране странака, која би их у својству правних заступника заступала у управном поступку и тиме ублажила овај законски недостатак.

Zoran J. Lončar, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
Z.Loncar@pf.uns.ac.rs

Expenses of Administrative Proceedings

Abstract: *For the new Law on General Administrative Procedure of 2016, despite many novelties, it can not be said that it brought substantial changes in the legal regime of the costs of administrative proceedings, especially not in aspect of improving the legal position of the parties. Although there are certain novelties that can be said to constitute positive solutions, most of the legal changes are not of particular importance for legal position of a parties in the administrative procedure. Particularly valuable criterion is the new provision on the concept of procedural costs, which contributed, without improving the legal regime of procedural costs, to hide the fact that the right of a party to the costs of legal representation in administrative proceedings still depends exclusively on the free assessment of their necessity, and justification by the official conducting the proceedings.*

Keywords: *administrative procedure, expenses of administrative procedure, administration body, party.*

Датум пријема рада: 13.02.2019.

Прегледни чланак 347.65/.68(4)
doi:10.5937/zrpfns52-20265

Др Јелена Ђ. Видић Трнинић, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
jvidic@pf.uns.ac.rs

Милица С. Ковачевић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Kovacevic@pf.uns.ac.rs

НАЛОГ У НАСЛЕДНОПРАВНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ И ОСТАЛИХ ЗЕМАЉА ЕВРОПЕ*

Сажетак: *Код бесплатног стицања, општеприхваћено је да лице које некоме оставља одређену корист, може ту исту корист, у границама одређеним законом и оптеретити неком дужношћу. Наравно, не ради се о противнакнади за бесплатно стицање, нити о ограничењу слободе стицања, већ о специфичним модификацијама. Једна од њих је и налог, који је, поред услова и рока, своје место нашао и у материји наследног права. Његово правно дејство огледа се у конституисању терета на страни лица које се јавља као стицалац по наследноправном основу. У раду ће бити приказани: појам и најважнија дејства налога, у смислу његовог испуњења, али и последица које наступају када се он не испуни; субјекти налога и њихов међусобни однос, те поједине специфичности које из њега произилазе, као и разграничење налога у односу на сличне институте. Срж рада представља национално законодавство, уз приказ важећих решења бивших држава СФРЈ, Русије, Бугарске, Аустрије и Немачке, ради сагледавања у којој мери је нормативно уређење налога у домаћем законодавству слично, односно, колико оно одступа од регулисања овог института у осталим споменутим земљама Европе. Имајући у виду да је у праву Србије у току израда Грађанског законика, аутори користе прилику да укажу на извесне недостатке у погледу*

* Рад је посвећен научно-истраживачком пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

појединих законских решења посвећених налогу и сходно томе на могуће правце његовог нормативног уобличења de lege ferenda.

Кључне речи: *налог, наследник, испорукопримац, раскидни услов, испорука, тужбе.*

1. ПОЈАМ И ОСНОВНА ОБЕЛЕЖЈА НАЛОГА

Налог или како се, ређе, назива терет (од латинске речи *modus)* је одредба у завештању којом завешталац налаже својим универзалним и сингуларним сукцесорима неку чинидбу. Предмет налога може да буде све што иначе може бити предмет облигација: активно понашање у виду предузимања радње или пасивно држање, трпљење или пропуштање радње на коју је лице иначе овлашћено. У погледу временског трајања обавезе, она се може испунити одједном или сукцесивно. У сваком случају, како год да је радња конципирана, о налогу се може говорити само као о установи доброчиних располагања, јер је по својој природи неспојив са теретним правним пословима.[1]

О налогу, као о додатној, али саставној одредби завештања одлучује суд или јавни бележник који је овлашћен да расправља заоставштину. У случају постојања налога у завештању, изрека у решењу о наслеђивању мора садржати податке о чињеници да је право наследника зависно од њега.

2. ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СУБЈЕКАТА НАЛОГА

Код налога се може говорити о постојању три категорије субјеката, од којих се неки налазе у међусобном односу, док се други у оваквом односу не налазе.

Лица која имају дужност испуњења налога су оптерећена лица или дужници налога. Закон о наслеђивању Србије предвиђа да завешталац наведену дужност може предвидети за наследнике, како законске, тако и завештајне, као и за испорукопримце. Закон не помиње изричито подиспорукопримце, али се циљним тумачењем закључује да се и они могу јавити као лица оптерећена налогом.[2] Завешталац ће најчешће у оквиру, Уставом и законом загарантоване слободе завештања, обавезу извршења налога наметнути само једном наследнику или испорукопримцу, а ређе неколицини лица. До ситуације у

[1] Не треба га мешати са уговором о налогу који је део облигационоправне материје. Вид. М. Живановић, Р. Момчиловић, *Модификације правних послова (услов, налог и рок)*, Правни факултет у Бања Луци, Бања Лука, 1998, стр. 85.

[2] Вид. чл. 132, ст. 1 Закона о наслеђивању Републике Србије, *„Сл. гласник РС", бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015*. У даљем тексту: ЗНС.

којој дужност извршења налога терети све наследнике оставиоца долази на основу тумачења завештања или чешће, аналогном применом чл. 145, ст. 3 ЗНС.[3] Када се првобитна замисао завештаоца не оствари, јер лице оптерећено налогом неће или не може да наследи, испуњење налога може да терети и друго лице које уместо њега долази на наслеђе.[4] Међутим, уколико је то воља завештаоца, налог у претходно наведеном случају може да обавезује и неко друго лице, а може и да се угаси. У случају да оставилац налогом оптерети испорукопримца, обавеза испуњења налога везана је за претходно испуњење испоруке. Тек када у корист испорукопримца буде испуњена испорука, он је дужан да испуни налог који је садржан у испоруци.[5]

Наредна категорија су корисници налога, односно лица у чију корист налог треба извршити.[6] У погледу тога ко се све може јавити у улози корисника налога, у теорији постоје различита мишљења. Поједини аутори сматрају да корисници налога морају бити одређени или бар одредиви на основу поузданих показатеља,[7] док има ставова да корисник налога не мора да буде, нити одређен нити одредив, већ да се налог може установити и у једном општекорисном циљу.[8] У случају када се наследнику или испорукопримцу заоставштина оставља ради постизања одређеног друштвено корисног циља, као и када завешталац располаже у дозвољене сврхе оснивањем задужбине, постојање налога је неопходно.[9] Надаље, као корисник може се јавити свако физичко и правно лице. Међутим, корисник налога може да буде и неко ко није субјекат у праву. Тако, налог може бити установљен и у интересу самог

---

[3] Када се намера завештаоца не може установити са сигурношћу, сви наследници ће трпети налог и одговараће за исти сразмерно њиховим наследним деловима.

[4] Вид. чл. 133, ст. 2 ЗНС.

[5] Вид. С. Миладиновић, *Легат – кроз правну науку и законодавство*, Задужбина Андрејевић, Београд, 2000, стр. 56.

[6] Корисници налога се намирују након поверилаца завештаоца и нужних наследника. Уколико се којим случајем целокупна заоставштина исцрпи намирењем поменутих лица, неће постојати обавеза испуњења налога, јер лица одговарају само чистом вредношћу наслеђених добара. Вид. О. Антић, *Налог у наследном праву*, Правна ријеч, Удружење правника Републике Српске, Бања Лука, 36/2013, стр. 44; N. Gavella, V. Belaj, *Насљедно право*, Народне новине, Загреб, 2008, стр. 362.

[7] Вид. С. Сворцан, *Коментар Закона о наслеђивању*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2004, стр. 292.

[8] Вид. Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Правни факултет у Београду, Београд, 2015, стр. 172; Н. Стојановић, *Наследно право*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2011, стр. 272; О. Антић, З. Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Номос, Београд, 1996, стр. 375.

[9] Задужбина основана изјавом последње воље у погледу наследноправних овлашћења, између осталог, може имати и положај корисника налога. Вид. Н. Стојановић, *Располагање заоставштином у друштвено-корисне сврхе*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, 43/2003, стр. 240. У том смислу, вид. и: О. Антић, *Наследно право*, Правни факултет у Београду, Београд, 2010, стр. 263.

завештаоца. Најчешћи пример, који се среће како у доктрини, тако и у пракси, јесте налог који се огледа у дужности наследника да оставиоцу подигне споменик или обави сахрану према одређеним верским обичајима. Најзад, налог може бити установљен и у корист животиња, најчешће кућних љубимаца оставиоца, где се брига о њима поверава оптерећеном лицу.

Последња категорија лица која се јавља код налога су она која су активно легитимисана да у судском поступку траже испуњење налога или утврђење престанка права због његовог неиспуњења. Разлог и потреба за постојањем ових субјеката произилазе из саме природе налога. Наиме, налог терети дужника и често је установљен у корист неког конкретног лица као корисника налога, с тим што се специфичност овог односа огледа у чињеници да између њих не настаје дужничко-поверилачка веза.[10] Најважнија последица претходно наведеног се огледа у немогућности корисника налога да захтева извршење чинидбе судским путем. Због тога је последња категорија субјеката налога изузетно значајна. Њихова улога смањује опасност да се жеља оставиоца изигра и налог не испуни. Као активно легитимисана лица јављају се у првом реду, извршилац завештања и сходно терминологији коју користи законодавац, лица која за то имају правни интерес. Која су то лица, биће обрађено ниже у тексту, када се аутори дотакну питања тужби.

3. ИСПУЊЕЊЕ НАЛОГА

Закон о наслеђивању Србије не посвећује адекватну пажњу начину испуњења налога. Иако Закон то изричито не помиње, налог треба извршити онако како је то завешталац одредио. Када то није могуће, оптерећено лице треба да настоји да испуни наметнуту обавезу што приближније ономе што је завешталац тражио. Врло често су предмет налога и његово испуњење условљени, те зависе од способности самог дужника, његових вештина и посебних знања.[11] Притом, сама садржина налога такође може бити разноврсна. Није искључена могућност алтернативно постављених обавеза, где од избора самог завештаоца, корисника, оптерећеног или пак трећег лица, зависи која ће се од више понуђених радњи извршити, као и случај у којем је оптерећеном лицу наметнуто више од једне појединачне обавезе.[12]

Испуњење налога се састоји у извршењу радње налога од стране оптерећеног лица које ће добити право на наследни део или испоруку под прећутним раскидним условом уколико предузме радњу налога.[13] Поред тога,

[10] Вид. чл. 132, ст. 1 ЗНС.
[11] Вид. О. Антић, *Налог у наследном праву*, стр. 53.
[12] Вид. С. Сворцан, *op. cit.*, стр. 294.
[13] Вид. О. Антић, *op. cit.*, стр. 44.

Законом је у извесним случајевима дата могућност да се особа оптерећена налогом на још један ефикасан начин „примора“ на његово испуњење. Наиме, уколико је корисник налога лице коме је потребна посебна заштита јер није у стању да се само стара о својим правима или је налог одређен у општекорисне сврхе, Закон о ванпарничном поступку Србије је предвидео предузимање одређених процесних радњи којима се обезбеђује његово испуњење. У том смислу, суд или јавни бележник ће затражити од лица оптерећеног налогом да пружи доказ о извршеној обавези или доказ да је иста обезбеђена, након чега ће тек, наложити упис у јавне регистре или предају покретних ствари, када се оне налазе на чувању. Такође, могуће је одредити и привремене мере за обезбеђење заоставштине.[14] Битна разлика између првог и другог вида заштите огледа се у томе што одређивање привремених мера могу захтевати само заинтересована лица, док је пружање доказа о извршеној обавези суд или јавни бележник овлашћен да тражи по службеној дужности.[15]

Посебан правни положај у вези са испуњењем налога имају нужни наследници. Нужни део нужних наследника не може бити оптерећен никаквом обавезом.[16] Наведено произилази из сврхе и природе самог нужног дела. Уколико би завештилац оптеретио свог нужног наследника налогом, према правилима о „привилеговању нужних наследника“, такво оптерећење не би вредело. Једини случај који законодавац прописује јесте када завештилац намени свом нужном наследнику вредност већу од вредности нужног дела, а уједно га оптерети и обавезом да изврши неку дужност. У том случају, нужном наследнику је гарантовано право избора. Он може, применом правила *Cautela Socini* да задржи нужни део који одговара његовој законској вредности у конкретном случају и да тиме одбије извршење дужности или да прихвати увећани нужни део, али уз истовремену обавезу да изврши наметнути налог.[17] Иако се из законске формулације, језичким тумачењем, изводи закључак да је приликом избора друге солуције, нужни наследник дужан да изврши налог у потпуности, ипак се мора узети у обзир сврха нужног наслеђивања и циљним тумачењем извући закључак да је наследник дужан да испуни налог само у делу који прелази чисту вредност нужног дела. Циљ поменутих одредби јесте да се нужном наследнику омогући несметано остварење нужног дела, чак и када је исти оптерећен налогом.[18] У

[14] Вид. чл. 124-125 Закона о ванпарничном поступку Републике Србије, *„Сл. гласник СРС”, бр. 25/82 и 48/88 и „Сл. гласник РС”, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – др. закон*.

[15] Вид. Г. Станковић, М. Трговчевић Прокић, *Коментар Закона о ванпарничном поступку*, Службени гласник, Београд, 2015, стр. 541-543; В. Тодоровић, Р. Кулић, *Наследно право и ванпарнични поступак у пракси*, Службеник гласник, Београд, 2004, стр. 549-550.

[16] Вид. чл. 47, ст. 1 ЗНС.

[17] Вид. чл. 47, ст. 2 ЗНС.

[18] Вид. С. Сворцан, *op. cit.*, стр. 293.

прилог наведеној тврдњи говори и чл. 144, ст. 1 ЗНС, којим је прописано да наследник није дужан испунити налог ако се тиме дира у његов нужни део. Избор једне од две дате могућности зависе од воље нужног наследника, односно, од тога да ли ће поднети захтев у том смеру, пошто суд не води рачуна о правима нужних наследника по службеној дужности. Захтев се може поднети све до извршења налога. Уколико пак, поред свега напред реченог, нужни наследник ипак својевољно изврши налог у потпуности, реч је о испуњењу природне облигације.

Завешталац је овлашћен да у самом завештању предвиди и рок у коме се налог има испунити, јер обавеза може да терети дужника и неколико година, деценија, па и цео живот. Међутим, уколико је из неког разлога завешталац пропустио да одреди рок, то могу захтевати и лица иначе овлашћена на подношење тужби, јер је доспелост битан елемент налога. У датој констелацији, извршилац завештања или лица која имају правни интерес могу тражити од суда одређивање примереног рока за испуњење налога.[19] У доктрини се оправдано сугерише да би суд требало да има активнију улогу у погледу одређивања временских граница у испуњењу налога, имајући у виду сужен круг субјеката овлашћених да захтевају његово извршење, могућност њиховог непостојања у конкретном случају или њихове неактивности у правцу благовременог остваривања налога.[20]

Дужина рока зависиће од сваког конкретног случаја, при чему ће судија или јавни бележник, спрам свих околности одредити која је примерена дужина рока и наредити дужнику да у том року изврши своју обавезу. Уколико се захтев за одређивање рока постави након правноснажно окончаног поступка за расправљање заоставштине, он се може одредити само у парничном поступку,[21] у којем су странке слободне да истичу чињенице и доказе којима поткрепљују своје захтеве за одређивање краћег, односно, дужег рока.

Лице оптерећено налогом нема обавезу његовог испуњења када је он постављен тако да се њиме вређају јавни поредак, принудни прописи или добри обичаји.[22] Такви налози сматрају се непостојећим (нпр. налог лицу да клонира људе). Према чл. 132, ст. 3 ЗНС непостојећим се сматрају још и немогући, неразумљиви и противречни налози. Код немогућег налога чинидба

---

[19] Вид. чл. 133, ст. 1 ЗНС.

[20] Вид. Н. Стојановић, *Налог у завештању*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, 42/2002, стр. 240.

[21] Вид. О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.,* стр. 399.

[22] Вид. чл. 132, ст. 2 ЗНС. Према Преднацрту Грађанског законика Републике Србије правила о налогу су готово у потпуности идентична оним која су предвиђена и у постојећим наследноправним прописима, уз једну промену која се тиче управо непостојећих налога. Наиме, у чл. 2727 Пренацрта додаје се да ће се непостојећим налозима сматрати и они који су супротни моралу. Вид. Преднацрт Грађанског законика Републике Србије од 26.06.2015. године. Доступан у Paragraf Lex бази прописа, датум посете: 29.12.2018. године.

је конципирана тако да ју је из објективних, односно, фактичких разлога немогуће извршити.[23] Неразумљиви су они код којих је нејасно шта се налаже и коме је налог намењен. Противречни су они налози који су супротни сами себи и који се због тога не могу разумети, нити се може утврдити права намера завештаоца која је неопходна за њихово правилно извршење. Налози могу бити и рушљиви онда када су завештани под дејством мане воље самог завештаоца.[24] Сви напред наведени налози не повлаче за собом аутоматски и ништавост целог завештања, већ само спорне одредбе о налогу.[25]

4. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ НЕИСПУЊЕЊА НАЛОГА

Налог показује особеност, али и одређене сличности са појединим модалитетима постављеним завештањем у погледу последица које наступају његовим неиспуњењем. Да ли увек наступа иста последица када дође до неиспуњења, шта се дешава са налогом, коме у овом случају припада заоставштина, односно њен део и многа друга, питања су која се у датом моменту отварају.

Како је већ споменуто, лице оптерећено налогом треба да изврши налог на начин који је завешталац одредио и у примереном року. У случају његовог скривљеног неиспуњења, законодавац предвиђа наступање истих последица као у ситуацији да је наступио раскидни услов.[26] Дакле, уколико до испуњења налога не дође, то не значи да ће аутоматски наступити споменута последица, с обзиром да она представља управо резултат постојања кривице на страни оптерећеног лица. Само у случају када испуњење налога изостане из разлога који се могу приписати у кривицу оптерећеном лицу, онда за то лице наступа негативна последица, која се огледа у губитку наследног права, односно користи остављене завештањем. Корист се губи у целини, без могућности задржавања умањеног дела. Скривљено неиспуњење налога

[23] Поједини аутори праве разлику између објективно и субјективно немогућих налога. Субјективно немогући налози су они које само конкретни дужник не може извршити, али су објективно извршиви. Питање је да ли се у случају субјективне немогућности узима да је у питању немогућ налог или се оптерећеном лицу признаје извршење налога уколико је он учинио све што је у његовој моћи да тај налог испуни, иако га објективно није испунио. Мишљења смо да је други став исправнији. Супротно вид. И. Бабић, *Наследно право*, Службени гласник, Београд, 2018, стр. 172.

[24] Када је завешталац био преварен, у заблуди или под принудом и претњом у вези чињеница које су на њега утицале да завешта налог, такав налог биће рушљив. Вид. О. Антић, *op. cit*, стр. 56.

[25] Вид. Одлуку Врховног суда Србије Рев. 737/75 од 01.03.1995. године. Наведено према: С. Сворцан, *op. cit.*, стр. 299.

[26] Вид. чл. 134, ст. 1 ЗНС.

по правилу не доводи у питање опстанак завештања, осим када је налогом оптерећен једини завештајни наследник.[27] С друге стране, оптерећено лице које је извршило налог у потпуности или у границама својих могућности, неће изгубити положај наследника, односно корист остављену му завештањем. Довољно ће бити и да је дужник предузео све радње које су у његовој моћи, иако је одступио од упутства датог у завештању, да негативна последица изостане.

Истовремено, намеће се и питање судбине налога у случају његовог скривљеног неиспуњења. Свакако, прво место где ће се одговор тражити је завештање. Од намере завештаоца зависи да ли ће се налог угасити или ће прећи на друго лице, које завешталац може, али и не мора да одреди (супституту). У последњем случају, односно када супституција није одређена, лице које ће ступити на место оптерећеног наследника одредиће се применом правила законског наслеђивања. Када је налог наметнут испорукопримцу који га није испунио, те када завешталац није одредио да ће предмет испоруке припасти трећем лицу, има се узети да он тада припада дужнику испоруке, а даљим тумачењем завештања ће се утврдити да ли ће налог теретити и њега.[28] Лице које је оптерећено налогом до момента испуњења, односно неиспуњења налога има положај претходног наследника, док правни положај потоњег наследника има лице које ступа на његово место у случају његовог скривљеног неиспуњења. Наведена лица се налазе у правном односу који у потпуности одговара положају претходног и потоњег наследника код раскидног услова.[29] У поменутом односу споран је правни положај претходног наследника. Наиме, чл. 128, ст. 1 ЗНС изричито наводи да претходни наследник има положај уживаоца заоставштине, из чега произилази да његов положај одговара положају плодоуживаоца[30] и да он не може слободно располагати заоставштином. Међутим, у теорији се наилази на критику законског решења којим се уређује правни положај претходног наследника. Наводи се како је „у упоредном праву заузет скоро једнодушан став да претходни наследник није исто што и „плодоуживалац заоставштине“, већ да је претходни наследник „временски ограничен наследник“.[31] Како је претходни наследник дужан да исплати оставиочеве дугове, да изврши испоруке, па и налоге, он има могућност, али и обавезу да располаже делом заоставштине у те сврхе, у погледу

[27] Вид. Н. Стојановић, *op. cit.*, стр. 234.

[28] Вид. О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 400.

[29] Опширније вид. О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 397-398 и 400.

[30] О заоставштини као предмету права плодоуживања, вид. Д. Попов, *Појам и предмет права плодоуживања у Преднацрту Грађанског Законика Републике Србије,* Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 4/2017, стр. 1314-1315.

[31] Вид. Д. Ђурђевић, *Правни положај претходног наследника*, Анали Правног факултета у Београду, Правни факулет у Београду, Београд, 1/2011, стр. 106 и 112.

чега је теорија неподељена.[32] Испуњење раскидног услова делује *ex nunc*, што значи да обавеза претходног наследника да врати оно што је до тада могао да користи, постоји само ако је он недозвољено и преко потребних граница располагао деловима заоставштине, односно, уколико је био несавестан.[33] У поменутом случају потоњи наследник је овлашћен да поднесе реивиндикациону тужбу. У случају да је његово право отуђено, тако да се изгубила могућност да над њим поново стекне право својине, он ће постати поверилац и на располагању ће имати право на кондикцију.[34]

Посматрано из угла корисника налога, чини се да је налог више морална, а не правна дужност, јер он нема на располагању могућност да принудно захтева извршење налога, услед чега постоји реална опасност и могућност да се он изигра. Да би се тако нешто спречило и да би се учврстио став да налог недвосмислено јесте правна установа, активна легитимација, како је то напред наведено, гарантована је другим лицима – извршиоцу завештања, на основу његове улоге у оставинском поступку и лицима која имају правни интерес.[35] Како споменутом одредбом није прецизирано која су то лица конкретно, у доктрини је изнето схватање да одговор на ово питање зависи од лица које је оптерећено налогом. Тако, уколико је реч о наследнику, активно легитимисано лице је потоњи наследник (супституте ако је одређен или лица у чију корист има места примени принципа прираштаја код завештајног наслеђивања, а уколико нема могућности да се примене ова правила, законски наследници). Уколико је реч о налогу којим је био оптерећен испоруко-примац, активно легитимисани су његови супституте, а уколико њих нема дужници испоруке.[36]

Најзад, намеће се питање који вид заштите споменутим овлашћеним лицима стоји на располагању. У тексту закона се спомиње само декларатор-на тужба, али се претпоставља и могућност подношења кондемнаторне тужбе.[37] Дакле, могу се поднети две тужбе: за утврђење престанка права

[32] *Ibid*, стр. 113; О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 391.

[33] Претходни наследник је дужан да се према заоставштини понаша као добар домаћин. Плодове и друге користи које је добио задржава без обзира на испуњење раскидног услова, те њима може и фактички и правно располагати. Вид. N. Gavella, V. Belaj, *op. cit,*, стр. 358 и 365.

[34] Вид. чл. 210 Закона о облигационим односима Републике Србије, *„Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ", бр. 31/93 и „Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003 – Уставна повеља*. У даљем тексту: ЗООС. Опширније вид. О. Антић, *Облигационо право*, Правни факултет у Београду, Београд, 2012, стр. 539-540.

[35] Вид. чл. 134, ст. 2 ЗНС.

[36] Вид. О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.,* стр. 401.

[37] За супротне тврдње, према којима код налога није допуштена кондемнаторна тужба, јер није наведена у закону као могућност, вид. Н. Стојановић, *Наследно право*, стр. 274. Слично мишљење заступа и проф. Водинелић када посматра налог, не као обавезу већ као право-терет. Тада ималац права-терета не може бити принуђен да радњу изврши, већ неиспуњење радње доводи до губитка права. Вид. В. Водинелић, *Грађанско право (увод у*

услед неизвршења налога, али и за спровођење принудног извршења налога. Свакако, када је поднета кондемнаторна тужба, не постоји потреба, нити правни интерес да се подноси и декларaторна тужба, јер се постојање, односно, непостојање чињенице утврђује у оквиру поднетог кондемнаторног захтева.[38] Поред чињенице да не постоји јединствен став доктрине у погледу могућности принудне реализације налога, постоје и теоријска мишљења да законодавац користи погрешну терминологију и да се не ради о тужби за утврђење, већ о преображајној тужби.[39] Уколико се има у виду Закон о парничном поступку Србије, према коме се тужба за утврђење може поднети и ради утврђења постојања, односно, непостојања чињеница, онда када је то предвиђено законом или посебним прописом[40] и када се узме у обзир да је (не)испуњење налога чињеница од које зависи остварење одређеног права, мишљења смо да је законодавац одабрао добру терминологију и да се несумњиво ради о тужби за утврђење.[41] У питању је негативна декларaторна тужба, јер је њен смисао усмерен на то да се утврди да не постоји право конкретног лица.

У случају доспелости налога у току оставинског поступка, овлашћена лица имају могућност да захтевају утврђење престанка права због његовог неиспуњења још у току истог. У супротном, односно уколико је обавеза испуњења налога доспела након правноснажности решења о наслеђивању, овлашћена лица имају право да тужбом покрену парнични поступак. У погледу рока за подизање тужбе, у теорији се наилази на два мишљења. Према једном, примењује се општи рок застарелости од десет година који тече од дана доспелости обавезе извршења налога.[42] Према другом, рок треба поставити знатно краће, у трајању од годину дана од дана доспелости обавезе.[43]

грађанско право и општи део грађанског права), Правни факултет Унион, Београд, 2014, стр. 195-197.

[38] Вид. А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, Правни факултет у Београду, Београд, 2018, стр. 345.

[39] Наводи се да је наследно право лица оптерећеног налогом настало моментом смрти оставиоца и да као такво постоји, услед чега неиспуњење налога кривицом може проузроковати једино губитак тог права... „због тога није реч о декларацији да право наслеђа постоји или не постоји, већ о реализацији правне моћи – права на престанак наследноправног овлашћења“, што се постиже конститутивном тужбом. Вид. Н. Стојановић, *Налог у завештању*, стр. 241. Супротно: О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.,* стр. 401.

[40] О чињеницама које не могу бити предмет декларaторног утврђења, вид. М. Салма, *Чињенице као предмет декларaторне тужбе*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2/2013, стр. 191.

[41] Вид. чл. 194, ст. 3 Закона о парничном поступку Републике Србије, *„Сл. гласник РС", бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014 и 87/2018.*

[42] Вид. О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 401.

[43] Рок од годину дана био би погодан због постојања сличности између института налога и испоруке. Вид. Н. Стојановић, *Наследно право*, стр. 276.

5. РАЗГРАНИЧЕЊЕ ОД СЛИЧНИХ ИНСТИТУТА

У наредним редовима биће указано на основне разлике које постоје између налога са једне и испоруке, осталих појединих модалитета у завештању, те необавезујућих савета и препорука, са друге стране.

У пракси, налог се најчешће меша са испоруком. Међутим, између ова два института постоји суштинска разлика, а огледа се у њиховим правним последицама, а сходно њима и у правном положају лица која стичу корист по основу испоруке, односно налога, те дужника испоруке и лица оптерећеног налогом. Како је то споменуто, између корисника налога и обавезног лица не настаје облигациони однос, те корисник налога, уколико је одређен, није овлашћен да захтева извршење налога од лица коме је наметнут. Код испоруке, ситуација је дијаметрално супротна. Између испорукопримца и дужника, односно онерата настаје облигациони однос, који даје могућност испорукопримцу да захтева да се испорука остављена у његову корист и изврши. Испорукопримац моментом смрти завештаоца постаје поверилац што му, поред активне легитимације да захтева принудно извршење испоруке, гарантује и могућност накнаде штете услед пропуштања онерата да изврши испоруку на начин који је одређен у завештању.[44] Овакву легитимацију, као ни могућност накнаде штете услед неиспуњења налога или кашњења са његовим испуњењем, корисник налога нема. Налог, затим, може да буде и нека морална, односно, вредносно обојена корист, док је испорука, по правилу, увек имовинскоправна корист. Испорука увек мора имати корисника, што није случај код налога који може бити остављен и ради остварења неког општег циља.[45] Такође, испорукопримац увек мора бити субјект у праву, док корисник налога то не мора нужно да буде.[46] Између испоруке и индивидуализованог налога постоји још једна разлика која се огледа у томе да је налог у таквом случају строго везан за личност одређених карактеристика и вештина, те терети то лице, док испорука по правилу терети заоставштину и не зависи од вештина и знања онерата.[47]

Сличност постоји и са једном врстом услова. Услови се деле с обзиром на различите критеријуме, али је за нас, на овом месту, најзначајнија подела на потестативне, казуалне и мешовите услове, где критеријум поделе представља могућност наследника постављеног под условом да утиче на његово остварење. Код потестативних услова, остварење зависи искључиво од субјекта, док код казуалних услова остварење зависи од неког догађаја или трећег лица, у сваком случају независно од воље и поступака самог субјекта.

[44] Вид. чл. 262, ст. 1 и 2 ЗООС.
[45] Вид. Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, стр. 172.
[46] Вид. О. Антић, *Налог у наследном праву*, стр. 54.
[47] *Ibid*, стр. 53.

Мешовити услови представљају комбинацију једних и других, где остварење делимично зависи од воље лица коме је право условљено, а делимично од неког независног догађаја.[48] Радња раскидног потестативног услова често може бити конципирана тако да буде идентична са радњом самог налога.[49] Разлика се огледа у различитом степену одговорности који постоји код лица оптерећеног налогом и наследника постављеног под раскидним потестативним условом. Наиме, наследник који је постављен под оваквим условом мора да се понаша тачно онако како је завешталац то наложио. Уколико се, чак и без његове кривице, раскидни услов оствари, наследник губи своје наследно право. Код налога пак, дужник мора да учини све што је у његовој моћи да оствари налог, али уколико до остварења налога не дође из разлога који се дужнику налога не може приписати у кривицу, оптерећено лице задржава своја права. Дешава се, с обзиром да радња у оба случаја може бити иста, да постоји сумња да ли је воља завештаоца била да одређену обавезу предвиди као налог или постоји будућа, неизвесна чињеница у виду потестативног услова од ког зависи опстајање наследног права конкретног лица. Према правилима тумачења по којима се завештање, у случају сумње, тумачи у корист дужника, узима се да је у питању налог. Потестативни, као и сваки други услов је за дужника увек већи терет од налога.[50]

Напослетку, налог треба разликовати од разних савета и препорука. Иако смо навели да у неким сегментима налог изгледа више као морална, а не правна категорија, он несумњиво то јесте. Насупрот томе, савети и препоруке, које могу да чине саставни део завештања, нису правно обавезујућег карактера за универзалне и сингуларне сукцесоре. Они њих морално обавезују, али им недостаје елемент корисности, као и последица у случају непоступања по датим упутима завештаоца, да би се могло говорити о налогу.[51]

6. УПОРЕДНОПРАВНА РЕГУЛАТИВА НАЛОГА

Ради анализе начина и степена уређености налога, специфичности у његовој правној регулативи, те сличности и разлика у односу на домаћу правну регулативу, у наредним редовима биће приказана постојећа нормативна решења садржана у: правима држава региона, законодавствима појединих

[48] Вид. Д. Николић, *Увод у систем грађанског права*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2016, стр. 344, 345.

[49] Вид. М. Живановић, Р. Момчиловић, *op. cit.*, стр. 85.

[50] Правило важи према максими преузетој још из римског права: „*Semper in obscuris quod minimum est sequitur.*“ Вид. Н. Стојановић, *Налог у завештању*, стр. 242-243.

[51] Вид. Р. Момчиловић, *Налог код тестаменталног наслеђивања*, Српска правна мисао, Правни факулет у Бања Луци, Бања Лука, 1-4/2000, стр. 112.

бивших социјалистичких земаља, као што су Русија и Бугарска, те Аустрији и Немачкој, као правним системима германског правног круга, који су извршили највећи утицај на формирање решења у националном законодавству.

6.1. Налог у државама бивше СФРЈ

У државама чланицама бивше Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, правила везана за налог постављена су на сличан начин. Стога ће у овом делу бити приказана само одступања у односу на домаћу правну регулативу овог института.

У праву Републике Хрватске, материји постављања наследника под условом и налогом посвећени су чл. 47 и 48 Закона о наслеђивању.[52] На први поглед може се уочити да одредбе посвећене налогу прецизније регулишу овај институт у погледу начина његовог испуњења у односу на наше право. Наследноправним прописима ове земље изричито је наведено да оптерећено лице треба да изврши налог најбоље што може, те да уколико га уопште не може извршити, задржава оно што је стекао по основу завештања, осим ако из завештања не произилази шта друго или разлог неиспуњења лежи у скривљеном понашању дужника налога. Налогом се могу оптеретити сва лица којима се иначе може оставити нека корист из заоставштине. Законски текст је дакле, прецизнији и у погледу овог питања, јер се користи једна шира формулација од оне предвиђене у домаћем законодавству. На крају, законска регулатива прави разлику између налога и необавезујућих смерница датих у завештању, те у складу са тим предвиђа и дужности конкретних лица, што недостаје домаћем законодавству. У погледу преосталих правила, она су у ЗНС детаљније конципирана.

У односу на домаће право, сва остала законодавства настала на простору бивше СФРЈ – Федерације Босне и Херцеговине, те њеног ентитета Републике Српске, Републике Македоније и Републике Словеније, институт налога регулишу доста штуро, посвећујући му свега један члан. Према Законима о наслеђивању споменутих земаља, налог може теретити сва лица која примају неку корист из заоставштине, при чему су побројани налози који се имају сматрати непостојећим. Међутим, изостављено је регулисање начина његовог испуњења, као и последица које наступају уколико се налог не испуни, а у вези са тим и лица која су евентуално овлашћена на заштиту правних интереса у судском поступку.[53]

---

[52] Вид. Zakon o nasljedjivanju Hrvatske из 2003. године, „*Narodne novine*“, 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013 и 33/2015.

[53] Вид. чл. 97 Закона о насљеђивању Републике Црне Горе, *„Службени лист ЦГ”, 74/2008*; чл. 103 Zakona o nasljedjivanju u Federaciji BiH из 2014. године, „*Sl. novine Federacije BiH“,* 80/2014; чл. 105 Закона о насљеђивању Републике Српске, *„Службени гласник Републике*

6.2. Налог у правима Русије и Бугарске

Према Грађанском кодексу Руске Федерације, налог је одредба у завештању чији предмет може представљати обавеза извршења било које радње имовинског или неимовинског карактера, али искључиво уколико је она одређена у циљу остваривања јавног интереса (општекорисног циља)[54] или неког другог циља који није противан закону, подразумевајући под тим и обавезу сахрањивања оставиоца у складу са његовом последњом вољом. Споменута обавеза може теретити једног или више завештајних или законских наследника. Налог може теретити и извршиоца завештања, али само под условом да је посебно опредељен део заоставштине који је неопходан ради његовог испуњења. Поред тога, експлицитно је прописано да завешталац може наложити једном или неколицини наследника да чувају његове кућне љубимце, као и да врше неопходан надзор и бригу над њима.[55] Ова обавеза такође може бити како имовинског, тако и неимовинског карактера и установљена је ради општекорисног циља.[56]

У позицији корисника налога у праву ове земље, по правилу се јавља неопредељен круг лица. Уколико се као предмет завештајног располагања јавља обавеза извршења радње имовинског карактера, кључна тачка диферен-

Српске", 1/09; чл. 100 Закона за наследувањето Македоније из 1996. године, „*Сл. весник на РМ"*, 47/1996 и 18/2001 – др. закон; као и чл. 82 Zakona o dedovanju Slovenije из 1976. године, „*Ur. list SRS"*, 15/1976, 23/1978 и „*Ur. list RS"*, 13/1994 – ZN, 40/1994 – odl. US, 117/2000 – odl. US, 67/2001, 83/2001 – OZ, 73/2004–ZN-C, 31/2013 – odl. US и 63/2016.

[54] Закон не одређује појам општекорисног циља. У доктрини се наводи да се под њим могу подразумевати социјалне, добротворне, културне, образовне, те научне сврхе, циљеви заштите јавног здравља, развоја физичке културе и спорта, заштита права и легитимних интереса грађана и организација, пружање правне помоћи и слично. Под општекорисним циљем, у зависности од круга особа у чијем интересу је налог установљен могу се подразумевати: циљеви корисни за друштво и државу у целини (културне, добротворне, образовне, научне и сличне сврхе); циљеви корисни за одређену групу људи са неодређеним бројем лица или одређене друштвене групе (поједине професије, пензионери, људи који живе у одређеној области, итд). Пример за то је налог наследнику или извршиоцу завештања да изврши пренос средстава у корист било које категорије тешко оболелих пацијената у одговарајућој здравственој установи или фонда за помоћ таквим пацијентима. Други пример био би пружање финансијске подршке студентима било које образовне институције. Вид. В. О. Гаврилов, *Комен̄тарий к разделу V част̄и III ГК РФ, Наследст̄венное п̄раво,* Санкт-Петербург, 2003, стр 90. Вид. и интернет адресу: http://logos-pravo.ru/articles/zaveshchatelnoe-vozlozhenie-eto-otlichiya-ot-zaveshchatelnogo-otkaza, датум посете: 12. 01. 2019.

[55] Вид. чл. 1139, ст. 1 Грађанског Кодекса Руске Федерације, интернет адреса: http://base.garant.ru/10164072/f96218aec223bfc0fe4d55939856544c/. У даљем тексту: ГКРФ.

[56] Према једном ставу, општи интерес у овом случају огледа се у задовољењу друштвених потреба за хуманим третманом животиња. Према другом схватању, један од резултата налагања обавезе извршења оваквих радњи представља смањење броја напуштених животиња, те ширења разних инфекција које представљају очигледну опасност за друштво у целини и њених појединачних чланова. Вид. интернет адресу: http://logos-pravo.ru/articles/zaveshchatelnoe-vozlozhenie-eto-otlichiya-ot-zaveshchatelnogo-otkaza, датум посете: 12. 01. 2019.

цијације испоруке и налога произилази из сврхе ради које је исту потребно предузети, која се код налога огледа у остварењу јавног интереса[57] (општекорисног циља).[58] Кодексом је изричито прописано да се у овом случају примењују одредбе која се односе на испоруку.[59] У складу са њима, наследник за испуњење оваквог налога одговара сразмерно наслеђеном делу заоставштине, нужни наследник одговара само оном вредношћу која премашује његов нужни део, док у случају када је више наследника оптерећено налогом, обавеза његовог испуњења терети све њих сразмерно њиховим наследним деловима, уколико завештањем није другачије одређено. Уколико лице које је на то овлашћено није искористило право на испуњење налога у року од 3 године од отварања наслеђа, наследник који је оптерећен налогом, по правилу се ослобађа ове своје обавезе.[60] С друге стране, када је реч о налозима неимовинског карактера, нису предвиђени специјални рокови у погледу њиховог испуњења.

У случају да није добровољно испуњен, налог се може судским путем реализовати од стране заинтересованих лица (под којим се може подразумевати и било која особа у чију корист је установљен налог, непрофитне организације овлашћене да делују у циљу заштите општих интереса, као и државни органи и локалне власти надлежни да врше било какве активности у циљу спровођења конкретног или сличног општекорисног циља), извршиоца завештања, као и наследника, осим у случају када је завештањем другачије одређено.[61] Уколико лице које је оптерећено налогом, из разлога предвиђених Кодексом не постане наследник, обавеза испуњења налога теретиће лице које ступа на његово место, уколико из завештања или закона не произилази другачије.[62]

За разлику од права Русије, наследноправни прописи Бугарске појмовно не дефинишу налог, иако Закон о наслеђивању садржи пар одредаба посвећених овом институту. Тако, налог представља један од дозвољених модалитета завештајног располагања.[63] Он мора бити могућ, те у складу са законом,

---

[57] Вид. Т. Е. Абова, М. М. Богуславский, А. Г. Светланов, *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации,* Части третьей, Москва, 2004, стр. 36.

[58] Тако, примера ради, уколико је завешталац одредио да наследник одређеном лицу мора обезбедити становање у наслеђеном стану, ради се о испоруци. Ако се међутим као корисник ове привилегије јавља дечји дом, док се не заврши изградња зграде у ове потребе, реч је о налогу. У оба случаја завештајна располагања имају имовински карактер. Видети: *Законодательство- Комментарии к законам*, интернет адреса: https://www.zonazakona.ru/law/comments/, датум посете: 12. 01. 2019.

[59] Вид. чл. 1139, ст. 2 ГКРФ.

[60] Вид. чл. 1139, ст. 2 у вези са чл. 1138 ГКРФ. Вид. и В. О. Гаврилов, *op. cit.,* стр. 90-91.

[61] Вид. чл. 1139, ст. 3 ГКРФ.

[62] Вид. чл. 1140 ГКРФ.

[63] Вид. чл. 17, ст. 1 Закона о наслеђивању Бугарске, интернет адреса: http://lex.bg/laws/ldoc/2121542657, датум посете 14. 01. 2019. У даљем тексту: ЗНБ.

јавним поретком и моралом.[64] Налогом може бити оптерећен искључиво завештајни наследник или испорукопримац, док као његов корисник фигурира треће лице које не мора бити опредељено. Најчешће се установљава у општекорисне сврхе, може бити одређен и у интересу самог завештаоца,[65] при чему не мора имати имовински карактер.[66] Према слову Закона, неиспуњење налога не повлачи за собом губитак правног дејства самог завештајног располагања.[67] Наиме, у овом случају, свако заинтересовано лице може да захтева његову реализацију судским путем,[68] у циљу изрицања одговарајућих мера којима се оптерећено лице обавезује да испуни налог.[69] Закон не дефинише ко се има сматрати заинтересованим лицима, при чему се у доктрини сугерише да ово право имају наследници, како завештајни, тако и законски, испорукопримци, те било које треће заинтересовано лице,[70] подразумевајући под њим и лице у чију је корист установљен налог.[71]

6.3. Налог у правима Аустрије и Немачке

Имајући у виду да се домаће законодавство у погледу великог броја питања, приликом регулисања налога ослања управо на германске правне системе, у првом реду на аустријски, али и на немачки модел, целисходно је изложити основне поставке ових законодавстава у вези његове правне регулативе. Како оба правна система дозвољавају заједничка завештања и уговор о наслеђивању, то се налог може појавити као садржина и једног и другог правног основа позивања на наслеђивање.

У праву Аустрије, налог је конципиран као одредба у завештању којом се налаже лицу да нешто учини или да се уздржи од неког чињења, на начин који је то од њега завешталац тражио или на томе најприближнији могући начин.[72] Налог може да буде установљен и у интересу самог оставиоца, при

---

[64] Вид. чл. 42 „в“ ЗНБ.

[65] Пример за ово представљала би обавеза завештајног наследника који је наследио библиотеку да обезбеди коришћење исте научним радницима или обавеза подизања надгробног споменика завештаоцу. Вид. Х. Тасев, *Българско наследствено право*, София, 1993, стр. 82-83.

[66] *Ibid.,* стр. 82.

[67] Вид. чл. 18, ст. 2 ЗНБ.

[68] Вид. чл. 18, ст. 1 ЗНБ.

[69] Вид. А. Г. Цонов, *Коментар по Закона за наследството,* София, 1993, стр. 63.

[70] Вид. *„Сделки, сключени под условие, срок и тежест“,* на интернет адреси: http://www.lawsbg.com/lectures/74-grajdansko-pravo/400-uslovie-srok-tejest.html, датум посете: 14. 01. 2019.

[71] Вид. А. Г. Цонов, *op. cit.,* стр. 62.

[72] Вид. § 709 Грађанског законика Аустрије (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*), https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622, датум посете: 27.12.2018. године. У даљем тексту: ABGB.

чему се у доктрини наводи да је у случају постојања налога у виду обавезе неговања кућног љубимца преминулог оставиоца, као корисник налога предвиђен оставилац, а не кућни љубимац.[73] Уколико оптерећено лице не изврши наметнуту му обавезу, на то може бити принуђен од стране свих других наследника који нису корисници налога, као и извршиоца завештања,[74] а када је налог установљен у јавном интересу и од стране јавног правобраниоца (*Finanzprokurator*).[75] Евидентно је дакле, да овај правни систем такође препознаје завештавање налога у јавном интересу, те да ускраћује право корисницима налога да траже заштиту судским путем. Када је налог везан за непокретности, предвиђа се редовно уписивање одговарајуће забележбе у регистар непокретности.[76] У случају да лице оптерећено налогом не изврши налог, због своје кривице (што обухвата и лаку непажњу) наступају исте последице као код остварења раскидног услова.[77] Тада лице губи корист добијену завештањем у потпуности. Уколико завешталац предвиди неке другачије последице за оптерећено лице, тумачењем завештања се утврђује да ли је права намера завештаоца била да установи налог, као једну врсту обавезе или је његова намера била усмерена на остављање необавезујућих савета и препорука.[78] Теорија стоји на становишту да када завешталац предвиђа неке друге последице од последица које наступају испуњењем раскидног услова, треба узети да се пре ради о саветима, а не налогу.[79]

У Немачком грађанском законику појам и основна обележја налога дата су у § 1940, при чему се овај институт даље разрађује у неколико параграфа у погледу одређивања субјеката, права на судску заштиту, могућности, односно, немогућности испуњења, уз упућивање на сходну примену других чланова којима се уређују остала питања у Законику. Као и у другим правним системима, корисник налога не мора да буде конкретизован самим завештањем, а када је то и случај, не мора нужно да се ради о правном субјекту. Налог се може огледати и у нези кућног љубимца или животиња са фарме оставиоца.[80] Према овлашћењу завештаоца, корисника налога може одреди-

[73] Вид. B. Eccher, *Bürgerliches Recht (Band VI: Erbrecht),* Springer Wien New York, Wien, 2010, стр. 79.

[74] Једно од основних овлашћења извршиоца завештања је управо овлашћење везано за налог. Закон му гарантује активну легитимацију за подношење тужбе, али и жалбе. *Ibid*, стр. 89.

[75] Задаци јавног правобраниоца су заступање Републике Аустрије као странке пред свим судовима и управним органима. Име упућује на активност само у контексту финансијског управљања, али је оно, заправо, само историјски условљено. Вид. § 1 Закон о јавном правобранилаштву (*Finanzprokuraturgesetz*), https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?-Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20005921, датум посете: 28.12.2018. године.

[76] Вид. B. Eccher, *op. cit.,* стр. 80.

[77] Вид. § 710 ABGB.

[78] Вид. § 711 ABGB.

[79] Вид. B. Eccher, *op. cit.*, стр. 80.

[80] Вид. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Verlag C.H. Beck, München, 2003, стр. 2299.

ти и само оптерећено или неко треће лице, али уз постојање смерница у завештању, односно, воља оставиоца у оваквом случају мора бити изражена тако да корисника налога чини бар одредивим.[81] Такође, избор подлеже судској контроли када постоји сумња о злој намери или очигледној омашци оптерећеног или неког трећег лица које одређује корисника.[82] У доктрини се наводи да налог не мора да буде увек и изричито имовински обојен, већ може представљати обавезу у сфери морала и обичаја, као што је редовна посета гробу оставиоца. Могуће су и ситуације у којима налог представља добит за оптерећено лице. На пример, налог се може састојати и у обавези оптерећеног лица да се учлани у неко друштво, што за њега може представљати бенефицију или у обавези да се настави породично пословање. Код поменутих налога, где обавеза није јасно имовински изражена, треба водити рачуна о разликовању налога од других препорука и савета, које је оставилац учинио у свом завештању, али није имао намеру да оне обавезују. Права намера оставиоца се утврђује тумачењем завештања, поготово у ситуацијама где се наводи да лице треба да се уздржи од располагања некретнинама добијеним у наслеђе или улагања новца без савета стручног лица. Утврђењем праве намере оставиоца, добија се одговор и на питање да ли се ради о налогу или необавезујућем савету.[83]

По редовном току ствари, за испуњење налога оставља се одређени рок. Рок није одређен самим законом, већ овлашћена лица или надлежни орган одређују примерен рок за испуњење обавезе, у зависности од карактера и врсте обавезе. Након протока рока, стиче се захтев за принудним испуњењем (*Leistungklage*) од стране активно легитимисаних лица, која су одређена слично као и у домаћем правном систему. Лица овлашћена на тужбу су у првом реду извршилац завештања, наследник (ако је испорукопримац био оптерећен налогом), санаследници (ако је један од наследника обавезник налога), затим лица која би ступила на његово место када би позвани наследник отпао и када је у питању јавни интерес, надлежни државни орган.[84] Поменута лица покрећу и воде парницу у своје име и за туђ рачун. Интересантно је поменути, да завешталац има могућност да у завештању прошири или ограничи овај круг лица, али никада то право не може установити у име корисника налога, јер се тиме битно мења суштина налога и од њега одступа.[85]

[81] Вид. § 2193 Грађанског законика Немачке (Bürgerliches Gesetzbuch), https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf, датум посете: 29. 12. 2018. У даљем тексту: BGB. Такође вид. D. M. Groll, *Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung*, Dr. Otto Schmidt, Köln, 2015, стр. 329. Аутор дела о налогу C. Trilsch.

[82] Вид. Palandt, *op. cit.*, стр. 2300.

[83] *Ibid*, стр. 2299.

[84] Вид. § 2193 и 2194 BGB, с тим да § 2193 упућује и на примену § 2151 BGB.

[85] Вид. Palandt, *op. cit.*, стр. 2300. Међутим, за разлику од немачког и аустријског права, у законодавству Швајцарске, испуњење налога може захтевати свако ко има интерес за то,

Налог је често личног карактера и његово испуњење зависи искључиво од особина и вештина оптерећеног лица. У том случају оптерећено лице мора бити одређено самим завештањем.[86] Такође, уколико дође до неиспуњења налога, налог се гаси, осим ако оставилац изричито не постави супститута са сличним карактеристикама или предвиди примену правила законског наслеђивања. Налог се гаси и када је он немогућ или противан добрим обичајима.[87]

Неиспуњење налога које представља последицу кривице оптерећеног лица, водиће губитку наследног права и какве друге користи из заоставштине, односно наступању дејства које одговара остварењу раскидног услова.[88] Уколико то није случај, корист остаје оптерећеном лицу у неокрњеном облику. Такође, корист из заоставштине се задржава и када за само испуњење налога нису неопходна новчана средства. У том случају, нестаје и право на кондикцију.[89]

7. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Налог представља један од дозвољених модалитета завештајног наслеђивања, којим се наследноправна овлашћења универзалних и сингуларних сукцесора ограничавају у корист других лица. У односу на регулативу осталих појединих модалитета у завештајном праву, попут услова и рокова, домаће законодавство овом институту, чини се да не посвећује у потпуности потребну пажњу. Ово посебно долази до изражаја имајући у виду сложеност и специфичност налога као правног института, чије су последице у случају његовог скривљеног неиспуњења далекосежне и огледају се у губитку наследноправних овлашћења оптерећених лица, а тиме и истовременом настанку компликованих правних односа који важе за сукцесивно наслеђивање. Стога смо мишљења да постоји потреба за унапређењем домаћих законских решења, посебно са аспекта прецизности, али и свеобухватности постојеће регулативе. Иако је упоредноправна анализа нормативних решења посвећених овом институту, барем генерално посматрано, показала да не постоје значајније разлике у погледу основних принципа којима се савремена законодавства руководе приликом његовог уређења, одређене законске солуције

па и сам корисник налога, односно лице у чију корист је он непосредно одређен. Вид. чл. 482, ст. 1 Грађанског законика Швајцарске, https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html, датум посете: 13. 01. 2019.

[86] *Ibid*, стр. 2299.

[87] Вид. § 2195 BGB; D. M. Groll, *op. cit.*, стр. 329.

[88] Вид. § 2196 BGB.

[89] Вид. Palandt, *op. cit.*, стр. 2301.

уочене у појединим од њих, несумњиво могу представљати добар показатељ које кораке би било пожељно предузети у праву Србије ка претходно споменутом циљу.

У контексту изложеног, мишљења смо да би у коначном тексту Грађанског законика Србије, поједина законска решења посвећена налогу требало конкретизовати, јер, како је на то указано, домаћа доктрина неретко стоји на опречним ставовима приликом њиховог тумачења. Ове корекције, *de lege ferenda,* огледале би се, пре свега у прецизнијем уређењу самог начина извршења налога, као што је то случај у Хрватској и Аустрији. Било би пожељно одредити правило из ког се јасно види да у случају неиспуњења налога, лице оптерећено њиме задржава наследни део или неку другу корист из заоставштине, уколико је предузело све што је у његовој моћи да га на што сличнији начин поставци у завештању, испуни. Истовремено, сматрамо да има простора и промени формулације у погледу лица која оставилац може оптеретити налогом. По угледу на регулативу прихваћену у државама региона, целисходније би било појмове „наследника и испорукопримца“ заменити формулацијом „особа која добија неку корист из заоставштине“.

Поред тога, по узору на решење принципијелно прихваћено у Немачкој, требало би размотрити и могућност да у циљу благовременог испуњења налога, односно отклањања опасности од пролонгирања његовог извршења, активну улогу у погледу одређивања рока за његово извршење, поред извршиоца завештања и лица које за то има правни интерес, има и суд, посебно уколико се ради о налогу установљеном у јавном интересу.

Најзад, сходно регулативи у појединим савременим законодавствима Европе, даљем напретку у погледу унапређења правила везаних за постављање наследника под одређеним модификацијама, допринело би и уношење одредбе којом се прави разлика између налога и осталих жеља оставиоца, којима недостаје елемент обавезности.

Jelena Đ. Vidić Trninić, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
jvidic@pf.uns.ac.rs

Milica S. Kovačević, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Kovacevic@pf.uns.ac.rs

Precatory Provision in Succession Law in Serbia and other European Countries

Abstract: *When it comes to free acquisition, it is generally accepted that a person who gives a certain benefit to someone, can burden that same benefit with some kind of duty, within the limits set by the law. However, the previously said does not indicate that the purpose of the burden is to set the counteraction to free acquisition, nor it is related to the restriction of freedom of acquisition, but to allowed modifications. One of the aforementioned modifications is a precatory provision, which, in addition to conditions and deadlines, has found its place in the Inheritance law. Its legal effect is reflected in the constitution of the burden to a person designated by the deceased person. The authors examine: the concept and the effects of the precatory provision in terms of its fulfillment, as well as the consequences that occur when the precatory provision is not fulfilled; who can be a subject when it comes to the precatory provision, if there are any legaly binding corelations between them, what kind of consequences the aforementioned brings with it; as well as where lies boundary of precatory provision in relation to similar institutes. Special attention has been paid to the national legislation, with the overview of the current provisions of the former republics of SFRY, Russia, Bulgaria, Austria and Germany, for the purpose of examining the extent to which the domestic legislation of the precatory provisions is similar, that is, how much it deviates from above-mentioned European legislations. Having in mind that the drafting of Serbian Civil Code is in progress, authors use the opportunity to point out certain shortcomings of the legal solutions of the precatory provisions and also to emphasize possible direction in which these provisions could be de lege ferenda composed.*

Keywords: *precatory provision, heir, legatee, dissolving condition, legacy, claims.*

Датум пријема рада: 22.01.2019.

Оригинални научни рад 347.440.4:004(497.11)
doi:10.5937/zrpfns52-20325

Др Сања М. Радовановић, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Radovanovic@pf.uns.ac.rs

Николина Б. Мишчевић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
N.Miscevic@pf.uns.ac.rs

О ЕЛЕКТРОНСКОЈ ФОРМИ УГОВОРА У ДОМАЋЕМ ПРАВУ*

Сажетак: *Електронска форма уговора је нови институт облигационог права који је настао као последица развоја електронске трговине и настојања да се уговорима закљученим путем интернета обезбеди правно дејство. На нивоу Европске уније донети су прописи са циљем да се отклоне препреке пуноважном закључењу уговора електронским путем, а једна од тих препрека су свакако услови који се тичу форме уговора. Након тога уследиле су одговарајуће измене постојећих прописа у земљама чланицама Европске уније, али и земаљама које настоје да то у будућности постану. У раду је испитана подобност електронске форме да замени писану у случајевима када је она предвиђена као битан услов за пуноважан настанак уговора. Такође, у раду су анализирана домаћа законодавна решења која се односе на електронску форму уговора. Осим тога, испитано је да ли у Закону о облигационим односима постоји основ за признање електронске форме уговора као замене за писану, те је дат предлог начина регулисања електронске форме уговора ради отклањања постојећих нејасноћа на које су аутори указали у раду.*

Кључне речи: *електронска форма уговора, писана форма уговора, закључење уговора електронским путем, електронски потпис.*

---

* Рад је настао као резултат рада у оквиру пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

1. УВОД

Употреба рачунара, рачунарских мрежа и модерних средстава комуникације унела је значајне промене у све сфере живота. Тако је и пословање без њихове употребе постало готово незамисливо. Између осталог, рачунари и рачунарске мреже (првенствено Интернет) свакодневно се користе приликом закључивања уговора и других правних послова, како између привредних субјеката, тако и између појединаца. Због тога, крајем 20. и почетком 21. века у САД и Европи су предузете мере у циљу регулисања правног промета који се одвија коришћењем средстава електронске комуникације. У Европској унији су донете две директиве, Директива о правном оквиру Заједнице за електронске потписе[1] и Директива Европске заједнице о неким правним аспектима услуга информационог друштва, а нарочито о електронској трговини на унутрашњем тржишту[2]. Ове директиве донете су са циљем да се учесницима на тржишту обезбеди већи степен правне сигурности и поуздања у електронско пословање, а тиме, последично, и подстакне развој електронске трговине. У вези са тиме, било је потребно регулисати и електронску форму уговора и њено дејство код закључења уговора за које је законом предвиђена одређена форма. Убрзо након доношења ових директива, у земљама чланицама Европске уније донети су прописи којим се регулишу електронска трговина, електронски потписи и електронска форма уговора. Са циљем усклађивања домаћег права са правом Европске уније и у Републици Србији су донети Закон о електронском потпису[3] из 2004. године и Закон о електронском документу[4] и Закон о електронској трговини[5] из 2009. године. У овим законима садржане су и одредбе којим је регулисана електронска форма уговора. Међутим, због начина на који је то учињено, настале су недоумице у погледу тога шта је заправо електронска форма уговора, да ли су уговори у електронској форми исто што и уговори закључени електронским путем и какав је однос електронске форме уговора према другим формама уговора. У међувремену је ЗЕлТ измењен, а ЗЕлПот и ЗЕлДок(2009) су пре-

[1] Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures, OJ L 13, 19. 01. 2000, pp. 12-20. У даљем тексту: Директива о електронском потпису.

[2] Directive 2000/31'/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'), Official Journal of the European Communities (OJ) L 178, 17. 07. 2000, pp. 1-16. У даљем тексту: Директива о електронској трговини.

[3] Закон о електронском потпису ("Службени гласник РС", број 135/04). У даљем тексту: ЗЕлПот.

[4] Закон о електронском документу („Службени гласник РС", број 51/09).У даљем тексту: ЗЕлДок(2009).

[5] Закон о електронској трговини („Сл. гласник РС", бр. 41/2009 и 95/2013). У даљем тексту: ЗЕлТ.

стали да важе доношењем новог Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању[6]. Овим законом извршене су измене у складу са Уредбом ЕУ бр. 910/2014 о електронској идентификацији и услугама поверења за електронске трансакције на унутрашњем тржишту и стављању изван снаге Директиве 1999/93/ЕЗ (Директиве о електронском потпису).[7] Ипак, доношење ЗЕлДок није довело и до отклањања наведених нејасноћа у вези са електронском формом уговора. Стога ће у раду бити речи о електронској форми уговора, њеном дејству и односу према писаној форми уговора, као и начину на који је регулисана у важећем домаћем законодавству.

2. О ЕЛЕКТРОНСКОЈ ФОРМИ УГОВОРА УОПШТЕ

Форма уговора представља спољни облик манифестовања садржине воља уговорних страна. У савременом уговорном праву важи начело консенсуализима према којем је за настанак уговора довољна проста сагласност воља уговорних страна.[8] То јест, садржина сагласних изјава воља уговорних страна не мора да буде изражена у одређеном, спољном облику, већ је довољно да се стране о закључењу уговора, као и својим правима и обавезама које из њега треба да настану сагласе усмено. Међутим, од овог правила могу бити предвиђени изузеци како законом, тако и вољом уговорних страна. У том случају, форма постаје један од битних услова за пуноважан настанак уговора поред способности уговарања, сагласности воља, предмета и каузе уговора. Тако настанак уговора може бити условљен предајом ствари (реална форма) или изражавањем садржине изјављених воља у виду исправе без учешћа (писана форма) или са учешћем носилаца јавних овлашћења (јавнобележнички оверена исправа, јавнобележнички потврђена (солемнизована) приватна исправа или јавнобележнички запис).

Као последица развоја електронске трговине и уопште употребе електронских средстава приликом закључивања уговора, али и тренда подстицања замене писаних докумената електронским, у савременом уговорном

[6] Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању ("Сл. гласник РС", бр. 94/2017). У даљем тексту: ЗЕлДок.

[7] Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC. У даљем тексту: Уредба 910/2014.

[8] Чл. 67, ст. 1 Закона о облигационим односима ("Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89 –одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ", бр. 31/93 и „Сл лист СЦГ", бр. 1 /2003 – Уставна повеља). У даљем тексту: ЗОО. О начелима консенсуализма и формализма вид. у Јожеф Салма, „Форма облигационих уговора", Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС), 1/1985, 204–206.

праву почетком 21. века постала је актуелна још једна врста форме уговора – електронска форма. И поред тога што се помиње у одредбама закона којим се регулишу електронска трговина, електронски документ и електронски потпис, електронска форма уговора није у довољној мери била предмет интересовања домаћих аутора.

О електронској форми уговора се у упоредном праву и теорији првенствено говори као о форми која може да замени писану форму или пак која представља само једну варијанту писане форме. Неспорно је да у овој форми могу бити пуноважно закључени уговори који су иначе консенсуални. Али да би електронска форма могла да замени законом предвиђену писану форму потребно да ова форма по квалитету одговара писаној. То значи да је потребно да услови предвиђени за писану форму морају бити на одговарајући начин испуњени и сачињавањем уговора у електронској форми, као и то да овом формом морају бити испуњени циљеви којим писана форма служи. Због тога ће у овом делу рада предмет анализе бити елементи писане форме и циљеви које она треба да оствари, као и могућност електронске форме да је на одговарајући начин замени.

2.1. Писана форма

Писана форма је „писмена редакција уговора на одређеној исправи, која је написана руком, (...) или другим средством и која је својеручно потписана од уговорних страна које се обавезују“.[9] Доношењем Закона о јавном бележништву у одређеној мери опао је значај писане форме, међутим то је форма у којој се и даље закључује највећи број уговора нарочито уколико се узму у обзир и уговори који су иначе консенсуални, али чији пуноважан настанак је вољом уговорних страна условљен сачињавањем у писаној форми.

---

[9] Слободан Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, Београд 1964, 61. У ЗОО за ову форму користи се термин „писмена форма“. Овај термин преовлађује у домаћој теорији. Тако у С. Перовић (1964), 61, Јаков Радишић, *Облигационо право*, Ниш 2016, 120; Љубиша Милошевић, *Облигационо право*, Београд 1974, 81-83; Јожеф Салма, *Облигационо право*, Нови Сад 2009, 316-319; Даница Попов, *Грађанско право (општи део)*, Нови Сад 2012, 203; Марија Караникић Мирић, „Историја пооштравања законске форме уговора о отуђењу непокретности у српском праву“, *Теме*, 4/2015, 1296. Више о аргументима који говоре у прилог адекватности термина „писмена форма“ вид. у Ненад Тешић, „О значају форме за промет непокретности – анализа судске праксе пре увођења јавнобележничког записа у српско право“, *Усклађивање пословног права Србије с правом Европске уније* (ур. Вук Радовић), Београд 2014, фн. 32, 486, 487.

Са друге стране, термин „писана форма“ све чешће се користи у домаћој литератури. Тако у Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2012, 344; Владимир В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд 2014, 164; Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад 2017, 339-341; Сања Радовановић у Бојан Пајтић, Сања Радовановић, Атила Дудаш, *Облигационо право*, Нови Сад 2018, 240.

Писана исправа може се дефинисати као у текст преточена изјава која је разумљива трећем лицу, из које се може видети ко ју је сачинио и која служи као доказ неке правнорелевантне чињенице.[10]

2.1.1. Елементи писане форме

Према ЗОО, „када је за закључење уговора потребно саставити исправу, уговор је закључен када исправу потпишу сва лица која се њиме обавезују".[11]Дакле, писана форма уговора састоји се из два елемента, текста и потписа уговорних страна.

У тексту уговора се писаним знацима изражава садржина изјава воља уговорних страна. Текст изјаве воље не мора бити написан својеручно, већ може бити сачињен и помоћу одређеног техничког средства (најчешће рачунара) или од стране трећег лица.[12] Према ЗОО, за испуњеност услова писане форме није неопходно да изјаве воља обеју уговорних страна буду изражене на истој исправи, већ је довољно да стране „измењају писма", тј. да свака страна преда другој исправу којом се обавезује.[13] Ове исправе не морају бити идентичне у погледу садржине, али морају бити сагласне кад је реч о битним елементима уговора.[14]

Други саставни део писане форме уговора је потпис. По правилу, у тексту изражену вољу уговорних страна потписом потврђују обе уговорне стране, међутим за испуњеност услова писане форме код једнострано обавезујућих уговора довољан је и потпис само оне стране која се уговором обавезује.[15] Потпис треба да буде својеручан, те употреба факсимила у ову сврху није допуштена.[16] Изузетно, уколико је уговорна страна неписмена,

[10] Cristoph Reithmann, *Allgemeines Urkundenrecht, Beweise, Begriffe und Beweisregeln*, Köln 1972, 1-4. Наведено према Jörg Bettendorf, „Elektronische Dokumente und Formqualität", *Reinische Notarzeitschrift (RnotZ)*, 2005, 277; Klaus Tonner, Armin Willingmann, Marina Tamm, *Vertragsrecht Kommentar*, Köln 2010, 75.

[11] Чл. 72, ст. 1 ЗОО.

[12] Борис Визнер, Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима, Загреб 1978, 331; Tonner, Willingmann, Tamm, 75; Helmut Köhler, *BGB Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, München 2013, 187.

[13] Чл. 72, ст. 4 ЗОО.

[14] Б. Визнер, 331. Богдан Лоза у Коментар Закона о облигционим односима (ред. Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ), Београд 1980, 218. Супротно томе, у немачком праву се за испуњење услова писане форме захтева јединственост исправе (*Einheitlichkeit der Urkunde*). Вид. §126 III немачког Грађанског законика (*Bürgerliches Gesetzbuch*од 2. јануара 2002. године (*Bundesgesetzblatt*. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), последњи пут мењан чланом 4d закона од 18. децембра 2018. године (*Bundesgesetzblatt*. I S. 2651). У даљем тексту: НГЗ.

[15] Чл. 72, ст. 1 ЗОО.

[16] С. Радовановић (2018) 240. У том смислу, у немачкој литератури вид. у Hans Brox, Wolf Dietrich Walker, *Allgemeiner teil des BGB*, München 2014, 140. У домаћој литератури поједини аутори заступају другачији став у погледу могућности употребе факсимила у

уместо својеручног потписа, довољно је да на исправу стави рукознак, оверен од стране два лица или суда, односно другог органа (јавног бележника).[17] Уговорници стављају потпис испод текста, чиме на тај начин потврђују да је у њему садржана њихова воља.

2.1.2 Функције писане форме

Успостављање начела консенсуализма првенствено је имало за циљ да се олакша закључивање уговора и на тај начин спречи успоравање правног промета непотребним формалностима. Због тога, иза условљавања пуноважности уговора његовим закључивањем у одређеној форми од стране законодавца увек се крије одређени циљ.[18] Циљеви којим одређена форма уговора служи могу бити различити.[19]

Као функције, односно циљеви писане форме у домаћој теорији се најчешће наводе функција доказивања и заштитна функција.[20] Функција доказивања (*Beweisfunktion, Beweiszweck*) се састоји у томе да писана исправа служи као доказ о постојању уговора и његовој садржини. Формулисањем изјава воље уговорних страна у писани документ смањује се могућност да се између страна јави спор у вези са њиховим правима и обавезама из уговорног односа или се тиме бар скраћују и поједностављују спорови чиме се, последично доприноси правној заштити и процесној економији.[21]

Заштитна функција форме подразумева заштиту појединачних интереса уговорних страна, али и трећих лица, као и заштиту општег интереса. Заштита интереса једне или обеју уговорних страна састоји се у њиховој заштити од пренагљеног и непромишљеног закључивања уговора. Предви-

---

закључењу уговора у писаној форми. Према схватању ових аутора употреба факсимила у сачињавању уговора у писаној форми допуштена је уколико је то уобичајено у пословном промету. Вид. у Б. Визнер, 333, Б. Лоза, 218, 219 и О. Антић, 345. У аустријском Грађанском законику и швајцарском Законику о облигацијама је изричито предвиђена могућност употребе фаскимила када је то у промету уобичајено. Вид. § 886 аустријског Општег грађанског законика (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Öesterreichischen Monarchie*) из 1811 са изменама и чл. 14 швајцарског Законика о облигацијама (*Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (*Fünfter Teil: Obligationenrecht*)) из 1911. са изменама.

[17] Чл. 72, ст. 2 ЗОО. Ово правило примениће се и у случају када уговорна страна, иако писмена, због физичког недостатка или неспособности, није у могућност да се потпише., Б. Визнер, 333.

[18] Hein Kötz, *Vertragsrecht*, Tübingen 2012, 73.

[19] У немачкој теорији *Манковски* говори о чак 14 различитих циљева форме уговора. Међутим, за остварење неких од ових циљева потребна је строжа форма од писане. Вид. Peter Mankowski, „Formzwecke“, *Juristen Zeitung*, 13/2010, 662-668.

[20] С. Перовић (1964), 43, 44; Б. Визнер. 312, С. Радовановић (2018), 239.

[21] P. Mankowski, 663, 664.

ђањем обавезне форме се ономе који жели да учини правно релевантну изјаву воље даје последња шанса да то озбиљно размотри.[22] Њоме се уговорним странама омогућава да „на моменат застану и постану свесне обима правног посла који треба да закључе“.[23] Овај циљ форме да упозори странке на значај последица закључења уговора и спречи њихово олако и пренагљено закључивање се у немачкој литератури анализира као посебна функција форме уговора уопште, а тиме и писане форме и назива се функцијом, односно циљем упозорења (*Warnfunktion, Warnzweck*). У оквиру заштитне функције у домаћој литератури се још наводи да она служи и заштити општег интереса, као и оправданих правних интереса које трећа лица имају у односу на дати уговор.[24] Као пример општих интереса који се штите формом уговора наводе се контрола промета одређених добара, као и разлози фискалне природе, међутим, због њиховог значаја, законодавац, по правилу, за уговоре којим ти интереси могу бити угрожени предвиђа строжу форму од писане (овера потписа, солемнизована приватна исправа, јавнобележнички запис).

У немачкој литератури поједини аутори, као функције форме наводе и аутентификациону (*Authentizitätzweck*) и идентификациону функцију (*Identifikationszweck*). Писана форма уговора довољна је да оствари обе ове функције. Формом се „у мери колико је то могуће, обезбеђује аутентичност изјаве воље“, те „отежава манипулација након давања изјаве, умањује ризик од фалсификовања и тиме подстиче повећање поверења“.[25] Форма уговора треба да служи томе да се личност изјавиоца воље идентификује или да се бар учини подобном за идентификацију.[26] То се код писане форме постиже својеручним потписом.

2.2. Електронска форма уговора као замена за писану

2.2.1. Елементи

Елементи писане форме су текст и својеручни потпис уговорних страна. У погледу првог елемената, између писане и електронске исправе нема значајне разлике. У оба случаја се ради о писаним знацима, карактерима (*Schriftzeichen*) израженој изјави воље уговорних страна. Једина разлика је у томе што је за видљивост садржине електронске исправе неопходна употреба одговарајућег техничког средства, док се текст писане исправе садржан на телесном предмету, те за спознају њене садржине нису потребна додатна техничка средства.

[22] H, Kötz, 73.
[23] P. Mankowski, 665.
[24] J. Радишић, 115; Б. Визнер, 312; С. Перовић (1964), 43; С. Радовановић (2018), 239.
[25] P. Mankowski, 664.
[26] Ibid.

Улогу другог елемента писане форме уговора, својеручног потписа, код електронске форме има квалификовани електронски потпис. То је најстрожи облик електронског потписа јер пружа највећи степен поузданости потврђивања интегритета података и потврђивања идентитета потписника. Употреба обичног или напредног електронског потписа за замену законом предвиђене писане форме уговора није довољна.

2.2.2. Функције

Када је реч о функцијама писане форме, у теорији су изражене сумње у погледу могућности да поједине од ових функција буду остварене на одговарајући начин закључењем уговора у електронској форми. Ове сумње су разлог због којег и код учесника у промету још увек постоје резерве према закључењу уговора у електронској форми.

Једна од основних сумњи односи се на могућност измене садржаја електронске исправе, без видљивог трага о томе.[27] Осим тога, код електронских исправа постоји и већи степен сумње у погледу веродостојности идентитета лица које је исправу сачинило, односно лица које је изјавило вољу која је у исправи садржана.[28] Наведене сумње тичу се могућности испуњења три циља, односно функције писане форме – циља доказивања, циља аутентичности и циља идентификације.

Међутим, условом да се изјава воље изражена у виду електронског записа потврди квалификованим електронским потписом у великој мери се отклањају разлози за забринутост у погледу могућности да се електронском формом испуне поменути циљеви. Наиме, условима за издавање квалификованог електронског потписа који су предвиђени у ЗЕлДок обезбеђује се веома висок степен поузданости у погледу утврђивања идентитета потписника, као и могућност да се утврди било каква измена података која би уследила након стављања квалификованог електронског потписа.[29] Иако потпуна заштита од фалсификовања података садржаних у електронској исправи не постоји, исто се може рећи и за писану исправу.[30]

Ипак, код електронске форме уговора најспорнија је могућност остварења функције упозорења у мери у којој се то постиже писаном формом. Разлог за то може бити психолошке природе јер је, „прво, изражавање изјаве воље и стављање потписа на рачунару битно лакше и брже него састављање

[27] J. Bettendorf, 279.

[28] Ibid.

[29] О врстама електронског потписа и условима којим се код квалификованог електронског потписа обезбеђује висок степен поузданости у погледу утврђивања идентитета потписника и аутентичности садржине електронске исправе биће више речи у наставку рада, у оквиру анализе одредаба ЗЕлДок.

[30] Lutz-Indigo Plewe, *Die gesetzlichen Formen des Rechtsgeschäfts*, Aachen 2003, 168.

писане исправе, а друго, код закључења уговора у електонском облику изјава, потпис и страна којој се упућује изјава воље су бестелесни".[31] Учесници правног промета различито доживљавају потписивање садржаја приказаног на десктопу рачунара кликом миша или притиском на тастатуру, с једне стране, и потписивање текста израженог на листу папира који је опипљив, којим се физички може располагати и који се налази пред потписником, с друге стране.[32] Међутим, кроз сложен поступак издавања квалификованог електронског сертификата за електронски потпис подносиоцима захтева се стављају на располагање све информације од значаја за коришћење електронског потписа укључујући и то да квалификовани електронски потпис има дејство својеручног потписа. Осим тога, процедура стављања квалификованог електронског потписа није сасвим једноставна. Она подразумева коришћење смарт картица, читача картица и ПИН кода што доприноси томе да потписник схвати значај свог поступка.[33] Другачија представа о дејству стављања својеручног потписа у односу на квалификовани електронски потпис последица је чињенице да, за разлику од својеручног потписа којем се у правном промету током историје придаје посебан значај, електронски правни промет и употреба електронског потписа немају дугу традицију.[34] Стога, сразмерно повећању учесталости њиховог коришћења у свакодневном животу у већој мери ће електронска форма уговора вршити функцију упозорења. Имајући у виду постојеће резерве у погледу обима функције упозорења код електронске форме уговора, као изузетак од општег правила да електронска форма може да замени писану, оставља се могућност да се за одређене уговоре изричито искључи опција њиховог закључења у електронској форми.

3. ЕЛЕКТРОНСКА ФОРМА УГОВОРА У ДОМАЋЕМ ПРАВУ

3.1. Закон о електронској трговини

Са изузетком *Д. Ђурђевића* који електронску форму дефинише као „испољавање воље у одређеном електронском формату на којем је означено име издаваоца и који је снабдевен квалификованим електронским потписом"[35],

[31] L. Plewe, 172.

[32] Нацрт немачког Закона о прилагођавању услова форме у приватном праву и других услова модерном правном промету (*Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr*), Drucksache 14/4987, 17.; J. Bettendorf, 286.

[33] J. Bettendorf, 286.

[34] Нацрт немачког Закона о прилагођавању услова форме у приватном праву и других услова модерном правном промету (саобраћају), Drucksache 14/4987, 17; J. Bettendorf, 286.

[35] Д. Ђурђевић, 24.

у радовима домаћих аутора се као дефиниција појма уговора у електронској форми, по правилу, наводи дефиниција уговора у електронском облику из Закона о електронској трговини.[36] Према овом закону, уговор у електронском облику је „уговор који правна и физичка лица закључују, шаљу, примају, раскидају, отказују, коме приступају и који приказују електронским путем уз коришћење електронских средстава".

Ипак, овакву дефиницију уговора у електронској форми спорном је учинио сам законодавац доношењем Закона о изменама и допунама Закона о електронској трговини.[37] Наиме, у образложењу овог закона наводи се да је формулација „уговор у електронској форми" замењена формулацијом „уговор у електронском облику" са циљем да се „отклони постојећа контрадикција у погледу законских услова пуноважности уговора". Како стоји у образложењу, „у основном тексту су постављени захтеви посебне правне форме дефинисани као услови уговора *у електронској форми*, а замењују се условима уговора у електронском облику, на који начин се услови пуноважности своде на посебан начин изражавања воље, путем електронске комуникације".[38] Из овог прилично нејасног објашњења може се наслутити да је намера законодавца била да нагласи да се код ових уговора не говори о форми као једном од услова за пуноважан настанак уговора, већ само о начину на који се овај уговор закључује. Тачније, чини се да је смисао да се одредбе овог закона примењују само на уговоре закључене електронским путем.

Лакшем разумевању нове одредбе и наведене реченице из Образложења не доприноси ни „Стручни коментар Закона о изменама и допунама закона о електронској трговини" у којем аутор, осврћући се на поменуту измену речи „уговор у електронској форми" речима „уговор у електронском облику", наводи да је „у погледу примене постављено питање правног карактера уговора у електронском облику, односно да ли је у питању посебна правна форма, као што је било наведено у појединим његовим одредбама, или облик у којем се дају сагласне изјаве воље".[39] Већ и ова реченица збуњује јер се прави разлика између форме уговора и облика у којем се изјављује воља уговорних страна, што се под формом уговора управо и подразумева.

---

[36] Д. Николић, 340; Јована Пушац, „Форма облигационих уговора*", Годишњак факултета правних наука*, 4/2014, 207. Тако и у Генц Трнавци, „Закључивање, пуноважност и доказивање електронских уговора: компаративна анализа", *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, бр. 1/2009.

[37] Закон о изменама и допунама Закона о електронској трговини („Сл. гласник РС" бр. 95/13).

[38] Образложење Предлога Закона о изменама и допунама Закона о електронској трговини, стр. 3.

[39] „Стручни коментар Закона о изменама и допунама Закона о електронској трговини", доступно у бази *Paragraf lex*.

Даље се у овом коментару као закључак наводи да формулација „уговор у електронском облику“ не означава форму уговора као услов његове пуноважности (*ad solemnitatem*), већ само доказну форму (*ad probationem*).[40]

Ипак, чини се да су већ наведене две реченице контрадикторне уколико се узме да је формулација „уговор у електронском облику“ уведена да би се нагласило да се не ради о форми у којој се садржина сагласних изјава воља уговорних страна изражава, већ о начину на који се долази до сагласности воља. Са друге стране, ако се говори макар и о форми *ad probationem*, реч је управо о форми уговора као спољном облику у којем се манифестује воља уговорних страна.

Међутим, и поред конфузних одредаба ЗЕлТ о уговорима у електронском облику и Образложења измена ових одредаба, јасно је да се између уговора закључених електронским путем и уговора сачињених у електронској форми не може ставити знак једнакости.[41] Под закључивањем уговора електронским путем подразумева се постизање сагласности воља уговорних страна коришћењем различитих средстава електронске комуникације. Ова средства, првенствено рачунари и рачунарске мреже, могу се користити на различите начине, те и воља уговорних страна може бити различито манифестована. Тако стране сагласност воља могу постићи путем електронске поште, електронске размене података (EDI), интерактивних сајтова на Интернету...[42] Такође, до закључења уговора може доћи и путем видео-конференције. Иако се она успоставља коришћењем средстава електронске комуникације, ова комуникација се заправо не разликује од усмене, те се и сагласност воља постиже усмено, без да се садржина ових изјава изрази у електронској форми.[43] И обрнуто, у електронској форми може бити изражена и садржина уговора који није закључен електронским путем.[44]

Стога, имајући у виду да се у ЗЕлТ заиста не говори о форми уговора, већ о начину постизања сагласности воља, поставља се питање да ли су одредбе

[40] Ibid.

[41] Сања Радовановић(2018), 274.

[42] Више о начинима закључивања уговора путем електронских средстава комуникације вид. у Маја Станивуковић, „Закључивање уговора о међународној продаји путем електронских средстава комуникације- неки правни проблеми“, *Правни живот*, бр. 11/2004, 346-349 и Сања Радовановић, „Закључивање уговора путњм интернета – иде ли право у корак са временом?“, *Зборник радова ПФНС*, 3/2008, 279-291; Саша Никшић, „Тренутак перфекције уговора склопљених електроничким путем*“, Право у господарству*, 4/2002, 308-316.

[43] Саша Никшић, „Електроничка трговина и уговори“, *Савремено подузетништво: часопис за промицање подузетништва и тржишног господарства*, 9/2004, 99. Супр. вид. у Тин Матић, „Електронички облик уговора и исправа – нови облик?“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 1/2006, 171. Према схватању овог аутора, уговор склопљен електронским путем може, али и не мора бити и остати у електронској форми, али у једном тренутку мора бити у електронској форми.

[44] Т. Матић, 180.

овог закона о уговорима у електронском облику ипак од утицаја на могућност закључивања уговора у електронској форми, тј. на могућност изражавања сагласних воља уговорних страна у виду електронског документа.

У чл. 10 ЗЕлТ су изричито наведени уговори на које се не примењује чл. 9, ст. 3 овог закона којим је предвиђено да се уговорима не може оспорити пуноважност само због тога што су сачињени „у електронском облику" (електронским путем, прим. аут.). Тако ова одредба не важи за правне послове којима се врши пренос права својине на непокретности или којима се установљавају друга стварна права на непокретностима; изјаве странака и других учесника у поступку за расправљање заоставштине, форму завештања[45], уговоре о уступању и расподели имовине за живота, уговоре о доживотном издржавању и споразуме у вези са наслеђивањем, као и друге уговоре из области наследног права; уговоре о утврђивању имовинских односа између брачних другова; уговоре о располагању имовином лица којима је одузета пословна способност; уговоре о поклону, јемству и залози; друге правне послове или радње, за које је посебним законом или на основу закона донетих прописа, изричито одређена употреба својеручног потписа у документима на папиру или овера својеручног потписа.

Из наведене листе можемо приметити да су у њој наведени управо уговори за које је предвиђена одређена форма као битан услов за њихов пуноважан настанак и за које је законодавац проценио да могу произвести значајне правне последице по једну или обе уговорне стране, односно по општи интерес. Овом одредбом је законодавац, чини се, настојао да искључи закључивање наведених правних послова електронским путем ради обезбеђења већег степена пажње лица која их предузимају, спречавања њихове брзоплетости и несмотрености приликом њиховог преузимања, а све са циљем заштите наведених интереса.

С обзиром на то да се законодавац води истим циљевима и у случају када за одређени уговор предвиђа обавезну форму као услов његовог пуноважног настанка, поставља се питање да ли то истовремено значи и да наведени уговори уопште не могу бити сачињени у електронској форми, тј. ни у случају када сагласност воља није постигнута електронским путем. Ово питање се првенствено односи на оне правне послове за које је законом предвиђена писана форма као битна форма, као и за, како се то наводи у чл. 10, ст. 1, тач. 6 ЗЕлТ, „друге правне послове или радње, за које је посебним законом или на основу закона донетих прописа, изричито одређена употреба својеручног потписа у документима на папиру или овера својеручног потписа".

[45] Навођење „форме завештања" као једног од случајева на које се не примењује одредба о пуноважном закључењу уговора електронским путем је још један показатељ да ни законодавац још није сасвим јасно разграничио закључење уговора електронским путем од закључења уговора у електронској форми.

Према схватању аутора, наведена одредба се заиста односи само на закључивање уговора електронским путем, али се она у великој мери поклапа са листом уговора који не могу бити закључени у електронској форми. Ово због тога што електронска форма о којој је овде реч не може да замени строже форме од писане, а које су законом предвиђене за већину уговора из наведене листе. Такође, поједини уговори за које је иначе законом предвиђена писана форма, а налазе се у овој листи (нпр. уговор о јемству) су они за које је у упоредном праву, по правилу, због значајних последица које из њих настају, изричито искључена могућност закључења у електронској форми. Исто се може рећи и за „друге правне послове или радње, за које је посебним законом или на основу закона донетих прописа, изричито одређена употреба својеручног потписа у документима на папиру или овера својеручног потписа". Изричит захтев законодавца да се изјава воље која производи правнорелевантне последице изрази на папиру уз употребу својеручног потписа у систему где је електронска форма начелно изједначена са писаном може се тумачити као намера законодавца да за те правне послове искључи могућност њиховог предузимања у електронској форми.

3.2. Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању

Као што је већ речено у претходном делу рада, у домаћој литератури нема много радова на тему електронске форме уговора. Осим поменутих радова у којим се електронска форма уговора поистовећује са електронским обликом уговора из ЗЕлТ, електронска форма се тек још понегде помиње као једна од врста форме уговора, односно један од начина изражавања воље уговорних страна, поред усмене, писане, и реалне.[46]

Шта се подразумева под електронском формом уговора није изричито регулисано у домаћем праву. У теорији се о електронској форми уговора углавном говори као о еквиваленту писане форме са позивањем на чл. 10 раније важећег ЗЕлПот-у којем је било предвиђено да квалификовани електронски потпис има правно дејство и доказну снагу као својеручни потпис.[47] Наведени закон престао је да важи ступањем на снагу ЗЕлДок.

Доношењем овог закона престао је да важи и ЗЕлДок(2009) у којем је у чл. 4 било предвиђено да се „електронском документу не може оспорити

[46] Дејан Ђурђевић, Јавнобележничка делатност, Београд 2014, 23-25. Д.Ђурђевић писмену форму даље дели на обичну и квалификовану писмену форму, при чему се под квалификованом сматра она за чији настанак је потребно испуњење додатних формалности. У ову групу спадају јавно оверена (легализована), јавно потврђена (солемнизована) и јавно сачињена исправа. Тако и у М. Караникић Мирић, 1296.

[47] J. Пушац, 208; Г. Трнавци, 459.

пуноважност и доказна снага само зато што је сачињен у електронском облику“ и да „ако је прописом утврђен писмени облик као услов пуноважности правног акта, правног посла или друге правне радње, одговарајући електронски документ потписује се квалификованим електронским потписом, у складу са законом којим се уређује електронски потпис“.[48] У ст. 3 овог члана је била наведена листа правних послова на које се претходно наведена два става не примењују, а која је готово идентична листи из чл. 10 ЗЕлТ.

Доношењем ЗЕлДок у домаће законодавство унете су измене у складу са Уредбом 910/2014. Овим законом се, између осталог, регулише електронски потпис који је од значаја за закључење уговора у електронском облику. Према ЗЕлДок, разликују се три врсте електронског потписа. „Обични“ електронски потпис је „скуп података у електронском облику који су придружени или логички повезани са другим (потписаним) подацима у електронским облику тако да се електронским потписом потврђује интегритет тих података и идентитет потписника“.[49] Напредни електронски потпис, испуњавањем додатних услова, пружа већи степен поузданости интегритета садржаја и идентитета потписника. Он мора на недвосмислен начин да буде повезан са потписником, да омогућава утврђивање идентитета потписника, да буде израђен коришћењем података за израду које потписник може, уз висок нови поузданости, да користи под својом искључивом контролом, као и да буде повезан са електронски потписаним подацима тако да се може утврдити било која накнадна измена података.[50] Квалификовани електронски потпис је напредни електронски потпис који је креиран квалификованим средством и који се заснива на квалификованом сертификату за електронски потпис.[51]

У ЗЕлДок је, у складу са Уредбом 910/2014, у одредби којом се регулише правно дејство електронског потписа, предвиђено да се „електронском потпису не може се оспорити пуноважност или доказна снага само због тога што је у електронском облику или што не испуњава услове за квалификовани електронски потпис“. Такође, у погледу дејства квалификовани електронски потпис изједначен је са својеручним потписом.[52] Осим тога, у истом члану ЗЕлДок стоји и да се наведене одредбе не примењују на правне послове за које је посебним законом предвиђено да се не могу предузети у електронској форми, као ни на уговоре и друге правне послове за које је посебним законом предвиђено да се сачињавају у форми овере потписа, јавно потврђене (солемнизоване) исправе, или у форми јавнобележничког записа.[53]

---

[48] Чл. 4, ст. 2 ЗЕлДок(2009).
[49] Чл. 2, ст. 1, тач. 20 ЗЕлДок.
[50] Чл. 2, ст. 1, тач. 29 и чл. 42 ЗЕлДок.
[51] чл. 2, ст 1, тач 30ЗЕлДок.
[52] Чл. 50, ст. 1 и 2, ЗЕлДок.
[53] Чл. 50, ст. 3 и 4, ЗЕлДок.

Наведене одредбе о примени правила о једнаком правном дејству квалификованог електронског потписа и својеручног потписа на правне послове из ЗЕлДок нису садржане у Уредби 910/2014, нити у раније важећој Директиви о електронском потпису које је домаћи законодавац имао у виду приликом регулисања електронског потписа. Штавише, у Директиви о електронском потпису је било изричито наведено да одредбе које се односе на правно дејство електронског потписа не би требало да доведу у питање услове који се тичу форме који су предвиђени националним правом у вези са закључивањем уговора или правила којим се одређује место закључења уговора.[54] Такође, у Уводном образложењу Уредбе 910/2014 наводи се да њене одредбе не би требало да обухвате аспекте који се односе на склапање и ваљаност уговора или других правних обавеза ако постоје захтеви везани за форму утврђени националним правом или правом Европске уније.[55] Ова одредба из Уводног образложења конкретизована је у чл. 2 Уредбе у којој је изричито предвиђено да њене одредбе не утичу на национално право земаља чланица или право Европске уније које се односе на закључивање и пуноважност уговора или других правних или процесних обавеза у погледу форме.[56]

На ове одредбе из законодавства ЕУ је, сматрамо, важно указати јер је из њих видљиво да приликом доношења наведене Директиве и Уредбе нија постојала намера да се њима регулише форма као услов за пуноважно закључење уговора. У складу са тиме, сматрамо да ни у домаћем законодавству одредбу закона којим се регулише електронски потпис о једнаком дејству квалификованог електронског потписа и својеручног потписа не треба тумачити као одредбу којом се изједначава електронска форма са писаном и на тај начин, овим законом установљава још једна врста форме уговора, поред усмене, писане, реалне и јавнобележничке.

Може се наслутити је да је на истом становишту био и законодавац приликом доношења ЗЕлДок, с обзиром на измене које је овај закон донео у односу на претходно важеће ЗЕлПот и ЗЕлДок(2009).[57] Из ових измена, као

---

[54] Тач. 17 Уводног образложења Директиве о електронском потпису.

[55] Тач. 21 Уводног образложења Уредбе 910/2014.

[56] Чл. 3, ст. 2 Уредбе.

[57] Тако, док је у ЗЕлПот већ у чл. 1 било изричито предвиђено да се њиме уређује „употреба електронског потписа *у правним пословима* и другим правним радњама (...)“, у чл. 1 ЗЕлДок стоји да се овим законом уређују електронски документ, електронска идентификација и услуге од поверења у електронском пословању. Даље, У ЗЕлПот се електронски документ дефинише као документ у електронском облику који се користи у *правним пословима* и др. правним радњама, као и у управном, судском и др. поступку пред државним органом. Са друге стране, у ЗЕлДок се наводи да је електронски документ скуп података састављен од слова, бројева, симбола, графичких, звучних и видео материјала, у електронском облику. И на крају, у ЗЕлПот у чл. 3 и у ЗЕлДок(2009) у чл. 4 била су садржана правила према којим се електронском документу не може оспорити пуноважност или доказна

и раније изложених измена у ЗЕлТ може се уочити тенденција законодавца да се у што већој мери уздржи од регулисања електронске форме уговора. Поред наведених одредаба ЗЕлДок којим се електронска форма уговора спорадично помиње у контексту дејства квалификованог електронског потписа, поставља се питање да ли за признање електронске форме уговора постоји основ у важећем домаћем законодавству.

4. ДА ЛИ ЗА ПРИЗНАЊЕ ФОРМЕ ЕЛЕКТРОНСКЕ УГОВОРА ИМА ОСНОВА У ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА?

У раније важећем ЗЕлДок(2009) је било предвиђено да се, када је као услов пуноважности правног посла или друге правне радње законом предвиђена писана форма, одговарајући електронски документ потписује квалификованим електронским потписом. Иако ни овом одредбом нису на јасан начин били регулисани електронска форма и њено правно дејство, у важећој регулативи ни таква одредба не постоји. Као што је већ приказано, у ЗЕлТ се првенствено говори о закључивању уговора електронским путем, а у ЗЕлДок о дејству квалификованог електронског потписа при чему се о електронској форми уговора говори само посредно, у контексту њеног односа са квалификованим електронским потписом. Ипак, према мишљењу аутора, важећој регулативи недостаје јасно правило о електронској форми уговора, њеном правном дејству, као и односу према другим формама уговора.

Из напред изложеног поређења писане и електронске форме уговора, може се закључити да је електронска форма у великој мери блиска писаној, те да може у највећем броју случајева да је замени на одговарајући начин и одговори на захтеве који јој се постављају. С обзиром на то може се поставити питање и да ли за признање електронске форме уговора има основа у Закону о облигационим односима. Наиме, већ смо навели да је за испуњење писане форме потребно да исправа садржи текст и својеручни потпис уговорних страна, али и то да је, према одредбама ЗОО, довољно и да стране размене исправе којим се обавезују. Међутим, осим тога, у ЗОО се наводи и да је захтев писане форме испуњен „ако стране измењају писма или се споразумеју телепринтером *или неким другим средством које омогућава да се са извесношћу утврде садржина и давалац изјаве*“.

Иако је ЗОО ступио на снагу пре 40 година, овом флексибилном одредбом омогућена је прилагодљивост изменама писане форме у складу са раз-

снага само због тога што је у електронском облику. Након тога, у оба закона су, у оквиру истих чланова, биле наведене листе правних послова на које се ове одредбе не примењују, а које су готово идентичне листи из чл.10 ЗЕлТ. У ЗЕлДок је пак само предвиђено да се електронском документу не може оспорити пуноважност, доказна снага, као ни писана форма само зато што је у електронском облику.

војем модерних технологија.[58] Уколико имамо у виду све напред речено о елементима електронске форме и карактеристикама квалификованог електронског потписа, можемо закључити да се њоме испуњава услов из чл. 72, ст. 4 ЗОО. Изражавање садржине изјава воља уговорних страна у виду електронског документа, као и стављање квалификованог електронског потписа свакако чине могућим да се садржина изјаве и њен давалац утврде са извесношћу. Као што је већ било речи, квалификованим електронским потписом обезбеђује се веома висок степен поузданости у погледу утврђивања садржине изјаве воље, њене аутентичности, као и идентитета даваоца изјаве.

У овом случају би се о електронској форми уговора могло говорити као о подврсти писане форме уговора. Међутим, у том случају се јавља проблем примене одредаба из ЗЕлДок у којим се говори о електронској форми уговора која није законска категорија у смислу да није предвиђена као једна од врста форме уговора, као и да није на општи начин регулисано њено дејство, односно могућност замене писане форме.

Стога, према мишљењу аутора, најадекватније решење у погледу регулисања електронске форме уговора било би да се могућност закључења уговора у електронској форми и замене писане форме електронском предвиди у пропису у којем су садржана општа правила уговорног права, у делу који се односи на форму уговора. То јест, постојећим правилима о форми уговора, у вези са писаном формом, требало би додати одредбу о електронској форми уговора као једној од врста форме уговора којом, под одговарајућим условима може бити замењена писана форма. На тај начин би се, чини се, отклониле постојеће недоумице у погледу одређења електронске форме уговора, разликовања уговора у електронској форми од оних закључених електронским путем и примене одредаба којим се ови регулишу у посебним законима.

Решење понуђено у Преднацрту Грађанског законика томе не доприноси. Одредба Преднацрта о писаној форми готово је идентична оној из ЗОО, с тим што је последњи став чл. 72 из ЗОО измењен тако што је реч „телепринтером“ замењена речима „путем електронске поште“. Тако у Преднацрту стоји да ће се сматрати да је писана форма испуњена ако стране измењају писма или се споразумеју путем електронске поште или неким другим средством под условом да се са извесношћу могу утврдити садржина и давалац изјаве. Осим тога, додат је и став да се коришћење електронског потписа уређује посебним прописима.[59] Ова одредба није одговарајућа јер се у њој не говори електронској форми уговора уопште, њеном дејству и условима које треба да испуњава, већ о закључивању уговора путем електронске поште. При том, став у којем се помиње електронски потпис делује вештачки

[58] Т. Матић, 170.
[59] Чл. 220, ст. 4 и 5 Преднацрта Грађанског законика.

додато јер се ни у једном ставу пре тога не говори о електронском потпису, ни његовом коришћењу приликом закључивања уговора.

Да у погледу електронске форме уговора још увек постоје бројне нејасноће и тешкоће приликом њеног регулисања може се видети и на примеру хрватског Закона о обвезним односима из 2005. године.[60] У овом закону, у делу којим се регулише форма уговора садржана је одредба под насловом „Склапање уговора електроничким путем".[61] У овој одредби је предвиђено да се уговор сматра склопљеним електронским путем када се стране сагласе о битним елементима уговора, као и да се понуда упућена електронским путем сматра понудом упућеном присутном лицу ако се у конкретном случају може на изјаву одмах дати противизјава. Из садржине одредбе јасно је да се у њој не говори о електронској форми уговора, већ о закључивању уговора електронским путем, те да је наслов одредбе можда одговарајући, али њено место у закону свакако није. Тиме је заправо питање електронске форме остало нерегулисано. Једино се последњи став овог члана тиче форме уговора јер је у њему предвиђено да се употреба електронског потписа у закључењу уговора регулише посебним прописима. Међутим, у недостатку правила који би се заиста односили на електронску форму уговора, одредба о електронском потпису није од значаја.

Према схватању аутора, пример правилног и јасног регулисања електронске форме уговора треба потражити у НГЗ. У овај законик је 2001. године, ради усклађивања прописа са Директивама ЕУ о електронској трговини и електронском потпису, унета измена §126 којим се регулише писана форма, тако што је додат став којим је предвиђено да писана форма може бити замењена електронском, уколико законом није другачије одређено.[62] Осим тога, у НГЗ је унета и посебна одредба §126а којом се регулише електронска форма уговора. Према овој одредби, када електронском формом треба да се замени законом предвиђена писана форма потребно је да онај ко даје изјаву воље у изјаву укључи своје име, као и да приложи квалификовани електронски потпис. Такође, када стране закључују уговор у електронској форми, потребно је да свака страна квалификованим електронским потписом потврди идентичан документ. У законику је предвиђено да могућност замене писане форме електронском буде искључена у случајевима када се сматра да се њоме не може у потребној мери остварити упозоравајућа функција форме уговора.[63]

---

[60] Хрватски Закон о обвезним односима (НН 35/05, 41/08, 125/11, 78/1529/18) на снази од 01.08.2015. У даљем тексту: ХЗОО.

[61] Чл. 293 ХЗОО.

[62] §126 III НГЗ.

[63] Heinrich Dörner, *Burgerliches Gesetzbuch Handbuchkommentar*, Baden Baden 2002, 82, Rn. 12.

Тако је нпр. закључење уговора у електронској форми искључено код уговора о јемству или отказа уговора о раду.[64]

5. ЗАКЉУЧАК

Електронска форма уговора је нови институт облигационог права који је настао са циљем подстицања развоја електронске трговине и повећања правне сигурности у односима који се заснивају закључењем уговора путем средстава електронске комуникације. У домаћем праву су, са циљем усаглашавања са правом Европске уније, усвојени ЗЕлДок(2009), ЗЕлПот и ЗЕлТ којим су регулисани електронски документ, електронски потпис и електронска трговина. Међутим, у овим прописима није на одговарајући начин регулисана и електронска форма уговора. То је довело до бројних нејасноћа у вези са тиме шта се подразумева под електронском формом уговора, какав је однос између уговора закључених у електронској форми и уговора закључених електронским путем и под којим условима уговори код којих је писана форма битан услов за њихов пуноважан настанак могу бити закључени у електронској форми. Отклањању ових нејасноћа нису значајно допринели ни измена ЗЕлТ, ни доношење ЗЕлДок чијим ступањем на снагу су престали да важе ЗЕлПот и ЗЕлДок(2009).

Стога, у раду су аутори настојали да одреде шта се под електронском формом уговора подразумева, и да ли се њоме може на адекватан начин заменити писана форма. У том циљу је у раду извршено поређење елемената писане и електронске форме и испитана могућност остварења функција, односно циљева писане форме закључењем уговора у електронској форми. Из поређења елемената и функција обеју форми може се закључити да електронска форма уговора, по правилу, може на одговарајући начин да замени писану, те да се евентуални недостаци у погледу могућности остварења функције упозорења могу отклонити искључењем могућности замене писане форме електронском за поједине уговоре.

У наставку рада су изложена решења из ЗЕлТ и ЗЕлДок. У првом делу аутори су настојали да укажу на потребу разликовања електронске форме уговора у односу на закључење уговора електронским путем који су регулисани у ЗЕлТ. Иако је електронска форма уговора изједначена са писаном управо са циљем да се спречи оспоравање пуноважности уговорима закљученим путем средстава електронске комуникације, између закључења уговора електронским путем и у електронској форми постоји разлика. Код закључења уговора електронским путем се ради о начину којим се постиже

[64] §§766, 623 НГЗ.

сагласност воља – коришћењем средстава електронске комуникаије. Са друге стране, под електронском формом се подразумева облик у којем се изражава постигнута сагласност воља уговорних страна. Та сагласност може да буде постигнута коришћењем електронских средстава, али и не мора. Исто тако, садржина сагласних изјава воља датих путем средстава електронске комуникације не мора бити изражена у електронском облику.

У вези са одредбама из ЗЕлДок у раду је указано на измене које су овим законом унете у односу на претходно важеће ЗЕлПот и ЗЕлДок(2009). Ове измене указују на постојање намере да се уздржи од регулисања електронске форме уговора у ЗЕлДок.

Према схватању аутора, општој одредби којом се регулише електронска форма и није место у закону којим се регулишу електронски потпис и електронски документ, већ међу правилима којим се регулише форма уговора, а које су садржане у ЗОО. Имајући у виду постојеће одредбе ЗОО, основ за признање електронске форме уговора као замене за писану може се наћи у чл. 72, ст. 4 ЗОО. Ипак, према схватању аутора, постојеће нејасноће у вези са електронском формом уговора најлакше би се отклониле додавањем постојећим општим правилима о форми уговора одредбе којом би била регулисана електронска форма уговора, њена садржина и услови под којим она може бити замена за писану форму. Као пример за начин на који би то могло да буде учињено у домаћем законодавству наведени су §§ 126 и 126а НГЗ.

Sanja M. Radovanović, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Radovanovic@pf.uns.ac.rs

Nikolina B. Miščević, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Miscevic@pf.uns.ac.rs

On the Electronic Form of Contracts in Domestic Law

Abstract: *The electronic form of the contract is the new institute of the contract law that arose as a consequence of the development of electronic commerce and the efforts to secure the legal effect of the contracts concluded through the Internet. At the level of the European Union, regulations have been adopted with the aim of eliminating obstacles to the effective conclusion of a contract by electronic means, and among these obstacles are certainly the conditions concerning the form of the contract. Subsequently, the corresponding changes to existing regulations in the EU Member States have been made, as well as in the countries that are aspiring to become one of the Member states. In the paper authors examined if the electronic form is suitable to replace the written form in cases when the written form is required as a condition for the validity of the contract. Also, the paper analyzes domestic legislative solutions that relate to the electronic form of the contract. In addition, it was examined whether there is a basis in the Law on Obligations for the recognition of the electronic form of the contract as a replacement for the written form. At the end of the paper authors proposed how to regulate the electronic form of the contract in order to eliminate the existing uncertainties which were pointed out in the paper.*

Keywords: *electronic form of contracts, written form of contracts, conclusion of contracts by electronic means, electronic signature.*

Датум пријема рада: 28.01.2019.

Оригинални научни рад 341.63:339.727.22
doi:10.5937/zrpfns52-19821

Др Петар М. Ђундић, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
P.Djundic@pf.uns.ac.rs

ПРИГОВОР НЕЗАКОНИТОСТИ УЛАГАЊА У ИНВЕСТИЦИОНОЈ АРБИТРАЖИ: ЕФИКАСАН ШТИТ ЗА ДРЖАВЕ ПРИЈЕМА УЛАГАЊА?

Сажетак: *Значајан број двостраних међународних уговора о подстицању и заштити улагања (БИТ, од енгл. Bilateral Investment Treaties) садржи дефиницију улагања која подразумева да је оно извршено у складу са „законима и прописима" државе пријема улагања. Чак и када обавеза улагача да поступа у складу са правом државе уговорнице приликом реализације свог пословног подухвата није изричито предвиђена у овим изворима, арбитражни судови често долазе до закључка да је законитост улагања предуслов за постојање њихове надлежности. Тужене државе у пракси често користе овај приговор незаконитости како би оспориле надлежност арбитражног суда у инвестиционим споровима, односно да би оспориле постојање присталка на арбитражу у вези са улагањима која су извршена незаконито. Приговор је, међутим, ретко успешан. Ово је последица начина на који се у арбитражној пракси тумачи домаћај поменуте обавезе улагача. Одлуке арбитражних судова показују да успешност овакве одбране државе зависи од читавог низа фактора, као што су: значај прописа који је улагач повредио, интензитет повреде, тренутак у коме је она учињена и постојање намере улагача да избегне примену или повреди прописе државе пријема. Са друге стране, циљ рада је да покаже да се о законитости улагања може говорити и у једном друкчијем, објективном смислу. Право државе пријема одређује услове за пуноважно стицање и садржину имовинског права које чини заштићено улагање. Ако се улагач позива на повреду субјективног права које због његовог понашања супротно прописима државе пријема није могло ни настати, неће постојати заштићено улагање, тј. неће постојати надлежност арбитражног суда ratione materie.*

Кључне речи: *инвестициони спорови, појам улагања, законитост улагања, надлежност арбитражних судова у инвестиционим споровима.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Последњих неколико година, посебно када су у питању земље у развоју, обележене су јаким отпором према инвестиционој арбитражи као механизму решавања спорова између страних улагача и државе. Овај отпор иде толико далеко да су поједине државе одлучиле да нормирају забрану уговарања међународне арбитраже.[1] Перцепција инвестиционе арбитраже као једностраног механизма наклоњеног улагачима проистиче из асиметрије система – као тужиоци у овим споровима се готово искључиво јављају улагачи. Држава пријема може да буде успешна само на страни одбране, односно тако што ће избећи одговорност за повреду права тужиоца.[2]

Није, према томе, тешко закључити да се схватање инвестиционе арбитраже као мача у рукама страних улагача јавља услед тога што је превасходни задатак арбитражних судова да оцењују законитост поступања држава према овим субјектима. Међународни споразуми о подстицању и заштити улагања, међу којима доминантни значај имају они двостраног карактера (у даљем тексту: БИТ, од енгл. *Bilateral Investment Treaties*), прописују махом материјалноправне обавезе за државе пријема улагања. Законитост поступања улагача се ретко налази у фокусу арбитражних судова. Од овог правила постоји, међутим, један важан изузетак: бројни БИТ-ови прописују да се под појам улагања које ужива заштиту може сврстати само оно које је извршено у складу са прописима државе пријема.[3]

Поменута клаузула је карактеристична за БИТ-ове који обавезују нашу земљу. Наиме, од 48 двострана споразума о подстицању и заштити улагања који су према подацима Конференције Уједињених нација за трговину и развој на снази у Републици Србији,[4] у чак 42 је присутан захтев да улагање буде у складу са „законима и прописима" државе уговорнице на чијој територији је предузето.[5] Примера ради, БИТ на снази између Словеније и Србије,

[1] Вид. D. Ma (Ma), A BIT Unfair?: An illustration of the Backlash Against International Arbitration in Latin America, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2/2012, 571. Аутор наводи пример Салвадора који је ову забрану унео у устав. У извесном смислу изузетак од овог правила представља могућност, додуше ограничена, подношења противтужбе од стране државе у инвестиционој арбитражи. Вид. П. Ђундић, Противтужба у инвестиционој арбитражи као инструмент заштите животне средине, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2014, 279-294.

[2] Вид. T. Schultz (Шулц), C. Dupont (Дупон), Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-empowering Investors? A Quantitative Empirical Study, *The European Journal of International Law*, vol. 25, 4/2015, 1153.

[3] Вид. K. J. Vandevelde (Вандевелде), *Bilateral Investment Treaties (History, Policy, and Interpretation)*, New York, 2010, 130.

[4] Вид. http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/187.

[5] Поред ових споразума, БИТ-ови са Албанијом, Француском и Малтом садрже помињање законитости у одредби која се односи на обавезу прихватања улагања. Референца на

у члану 1 предвиђа да „Израз „улагање“ означава сваку врсту средства коју улагачи једне Стране уговорнице улажу на територију друге Стране уговорнице, *у складу са њеним законима и прописима* и обухвата посебно, мада не и искључиво...“.[6]

Наведена формулација омогућава да се арбитражни суд огласи ненадлежним ако претходно закључи да је улагач, приликом предузимања одговарајуће трансакције, повредио право државе пријема. Према схватању арбитражног суда у добро познатом предмету Фрапорт против Филипина, тада је могуће да економска трансакција представља улагање у фактичком и финансијском смислу, тј. да подразумева пренос капитала из једне у другу државу уговорницу, али да ипак не буде у надлежности арбитражног суда јер не чини „улагање“ у *правном смислу*, имајући у виду одредбе БИТ-а.[7]

Судећи према јавно доступним арбитражним одлукама, државе се не либе да пред арбитражним судовима истичу приговор ненадлежности у вези са незаконитим поступањем тужилаца. Ипак, арбитражна пракса показује да пред туженом државом стоје бројне препреке које је потребно превазићи да би овакав приговор био успешан. Једна од њих је и чињеница да међународни уговор који представља јурисдикциону основу арбитраже не мора да садржи дефиницију улагања која подразумева поступање улагача сагласно законодавству државе пријема. Истина, поједини арбитражни судови су показали спремност да „учитају“ такву обавезу у текст одговарајућег извора чак и онда када она није наведена изричито.[8] У таквим случајевима, међутим, има основа за тврдњу да законитост поступања улагача није предуслов за надлежност арбитражног суда, већ утиче на основаност тужбеног захтева и подразумева одлучивање у меритуму.[9]

улагање у складу са правом државе пријема је одсутна из споразума са Канадом, Холандијом и Уједињеним Краљевством.

[6] Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Словеније о узајамном подстицању и заштити улагања (Службени лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 6/2004). Нагласак аутора.

[7] *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines* (ICSID Case No. ARB/03/25), Award, 16 August 2007, пасус 306 (*Fraport I*).

[8] Вид. *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24), Award, 27 August 2008, пасуси 138-140; SAUR International SA v. Republique Argentine (Affaire CIRDI No. ARB/04/4), Decision sur la Competence et sur la Responsabilite, Le 6 juin 2012, пасус 308.

[9] Вид. R. Moloo (Молу), A. Khachaturian (Качатуриан), The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law, *Fordham International Law Journal*, vol. 34, 6/2011, 1483; *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan*, SCC Case No. V (116/2010), Award, 19 December 2013, пасус 812. Види, међутим, одлуку у предмету *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador* (ICSID Case No. ARB/03126), Award, 2 August 2006, пасуси 192-195. У овом случају је арбитражно веће закључило, позивајући се на преговоре који су претходили закључењу БИТ-а између Шпаније и Салвадора, да су државе уговорнице имале намеру да из надлежности арбитражног већа искључе улагања извршена супротно праву тужене државе.

Најважнија препрека за успешно коришћење приговора ненадлежности због тога што је улагач повредио законодавство државе пријема крије се у начину на који арбитражни судови тумаче овај услов за своју надлежност. Проблем за тужену државу се налази у схватању да не може свака повреда њеног права да доведе до тога да улагачу буде ускраћен приступ арбитражном механизму, те да одлука о томе зависи од значаја националног прописа који је повређен, тежине наводне повреде и тренутка у којем се она одиграла. Као што ће наставак излагања показати, ако арбитражни суд закључи да су испуњени услови формулисани у арбитражној пракси, те да улагач (тужилац) није поступао у складу са условом законитости који је инкорпориран у дефиницију заштићеног улагања, то ће овај форум лишити надлежности *ratione voluntatis*, будући да тужена држава није дала пристанак на арбитражно решавање спора поводом улагања учињених супротно њеном законодавству. Са друге стране, циљ овог рада је да докаже како поступање улагача у складу са правом државе пријема није само предуслов за постојање пристанка државе на арбитражу поводом тог улагања, него, у одређеним случајевима, за постојање самог имовинског права које чини улагање. Тада се може говорити о томе да одсуство поштовања прописа доводи до непостојања улагања у објективном смислу, те да арбитражном суду недостаје надлежност *ratione materiae*, независно од тога да ли дефиниција „улагања" из БИТ-а изричито у себи садржи услов законитости.

Наставак рада је подељен на два дела. У првом се анализира арбитражна пракса у вези са проблемом домашаја обавезе улагача да поступа у складу са законодавством државе пријема, онда када је таква обавеза изричито или прећутно (као резултат тумачења арбитражног суда) део појма заштићеног улагања. Други део је посвећен утицају који национално право државе пријема има на настанак улагања. У њему се доказује да се законодавство ове државе неминовно примењује на питања пуноважног постојања и садржине имовинског права које чини улагање.

2. ДОМАШАЈ ОБАВЕЗЕ УЛАГАЧА ДА ИЗВРШИ УЛАГАЊЕ „У СКЛАДУ СА ПРОПИСИМА" ДРЖАВЕ ПРИЈЕМА

У правној литератури и арбитражној пракси је опште место да се обавеза улагања у складу са прописима државе пријема несумњиво простире на две забране. Прва се односи на забрану обављања делатности које су саме по себи противзаконите, а друга на улагања која су дозвољена правом државе пријема, али је њихово стицање омогућено повредом законодавства државе пријема.[10]

[10] Вид., на пример, S. W. Schill (Шил), Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 11/2012, 391-301; J. Kalicki

У прву групу спадају примери као што су производња и промет недозвољених супстанци, организовање забрањених игара на срећу[11], улагање у сектор економије који је забрањен за стране улагаче,[12] стицање контроле над акцијама привредног друштва, упркос забрани у националном праву државе пријема[13] или улагање средстава у тзв. пирамидалне преваре.[14] У другу групу би се могли сврстати случајеви закључивања уговора свесним прикривањем чињеница или довођењем државе у заблуду – на пример, фалсификовањем документације у циљу добијања посла на јавном тендеру[15] или намерног прикривања финансијских капацитета како би се држава навела на закључење уговора о приватизацији,[16] односно обезбеђивање посла путем корупције.[17]

Изван оваквих случајева у којима је јасно да незаконито поступање доводи до ускраћивања заштите улагачу путем арбитражног механизма, остају они који се могу назвати „сивом зоном." Државе, по правилу, тврде да је свака повреда њиховог права у процесу реализације улагања довољна за то да улагање буде незаконито у смислу одговарајуће одредбе БИТ-а, без обзира на сврху конкретног прописа или његов значај.[18] Питање које се поставља, према томе, јесте који су то прописи државе пријема чија повреда доводи до ненадлежности арбитражног суда?

(Калицки), D. Evseev (Евшев), M. Silberman (Силберман), Legality of Investment, у књизи: M. Kinnear (Кинеар), G. R. Fischer (Фишер), et al. (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphan aan den Rijn, 2015, 135, 136; T. Obersteiner (Оберштајнер), "In Accordance with Domestic Law" Clauses: How International Investment Tribunals Deal with Allegations of Unlawful Conduct of Investors, *Journal of International Arbitration*, vol. 31, 2/2014, 276.

[11] T. Obersteiner, *op. cit*., 276.

[12] *Phoenix Action LTD v. The Czech Republic* (ICSID Case No. ARB/06/5), Award, April 15, 2009, пасус 101; *Achmea B.V. v. The Slovak Republic* (PCA Case No. 2008-13), Final Award, 7 December 2012, пасус 173.

[13] Вид. *Fraport I*; Такође, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines* (ICSID Case No. ARB/11/12), Award, 10 December 2014 (*Fraport II*).

[14] Вид. *Alasdair Ross Anderson et al. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB(AF)/07/3), Award, 19 May 2010, пасуси 25, 55.

[15] Вид. *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*, пасус 236.

[16] Вид. *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, пасус 135.

[17] *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya* (ICSID Case No. ARB/00/7), Award, 4 October 2006, пасус 136; *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan* (ICSID Case No. ARB/10/03), Award, 4 October 2013, пасус 422.

[18] Вид. T. Obersteiner, *op. cit*., 276; Такође, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/06/2), Decision on Jurisdiction, 27 September 2012, пасус 262 („Странке се не слажу у погледу домашаја захтева законитости. Тужилац заступа уско схватање овог захтева ограничено на повреду фундаменталних правних начела режима улагања. Тужена томе супростављa екстензивно тумачење које *обухвата сваку повреду њеног правног поретка независно од њене озбиљности и времена у којем се одиграла*."). Нагласак аутора.

У одређеном броју арбитражних одлука јавља се схватање да једино повреда најважнијих начела правног поретка државе пријема може да доведе до ускраћивања заштите улагачу.[19] Под оваквим начелима подразумевају се, примера ради, забрана преварног понашања улагача или забрана прикривања стварног власништва.[20] Осим тога, поједини арбитражни судови сужавају обавезу тужилаца на поштовање прописа који се односе на правни режим који регулише улагања.[21] Према оваквом гледишту, ако би се повреда правног режима државе пријема односила на прописе који не регулишу директно улагања, већ се тичу, на пример, регулисања делатности у телекомуникационом сектору или заштите конкуренције, улагање не би било незаконито и не би му била ускраћена заштита арбитражног механизма.[22] Тако, на пример, арбитражни суд у предмету Ахмеа против Словачке наводи да се забрана страног улагања у одређеном сектору економије не може у погледу последица изједначити са сваком повредом права државе пријема у поступку реализације улагања.[23]

Тумачење према којем се обавеза улагача сужава на поштовање само „фундаменталних начела" националног права аутоматски наилази на значајне проблеме. Вероватно најважнији међу њима је чињеница да наведено тумачење нема потпору у текстовима правних извора који су његов предмет.[24] Одредбе БИТ-ова на које се тужене државе позивају приликом истицања приговора ненадлежности инсистирају на томе да улагање буде извршено у складу са прописима државе пријема. Због тога се може закључити да се поменуте одредбе односе на „позитивно право државе пријема, а не на апстракт-

---

[19] Вид., на пример, *Rumeli Telekom A. S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetreli A.S. v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/05/16), Award, 29 July 2008, пасус 319 (у одлуци се цитира обраложење арбитражног суда у предмету *L.E.S.I. S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v. République Algérienne Démocratique et Populaire* (ICSID Case No. ARB/05/3), Decision, 12 juillet 2006, пасус 83); *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen* (ICSID Case No. ARB/05/17), Award, 6 February 2008, пасус 104; *Energoalians TOB v. Republic of Moldova* (UNCITRAL), Award, 23 October 2013, пасус 261.

[20] *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen*, пасус 104.

[21] Вид. Mr. Saba Fakes v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/07/20), Award, 14 July 2010, пасус 119; Energoalians TOB v. Republic of Moldova, пасус 261.

[22] *Mr. Saba Fakes v. Republic of Turkey*, пасуси 119, 120; Такође, *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, 173.

[23] *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, пасус 173. Арбитражни суд као пример за поступање које не доводи до незаконитости улагања наводи саобраћајни прекршај службеника улагача учињен у склопу обављања пословне делатности.

[24] J. Hepburn (Хепбурн), In Accordance with *Which* Host State Laws? Restoring the 'Defence' of Investor Illegality in Investment Arbitration, *Journal of International Dispute Settlement*, 5/2014, 534; Вид., такође, A. Carlevaris (Карлеварис), The Conformity of Investments with the Law of the Host State and the Jurisdiction of International Tribunals, *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 35, 9/2008, 48.

на „фундаментална“ начела.“[25] Са друге стране, чак и они аутори који сматрају да се услов законитости односи на целокупно право државе пријема, прихватају схватање да мање повреде националних прописа не могу водити ускраћивању заштите у инвестиционој арбитражи.[26]

Поједини арбитражни судови су покушали да ближе утврде критеријуме за одлучивање о томе да ли повреда одређеног правног правила државе пријема доводи до незаконитости улагања. Тако, на пример, арбитражно веће у предмету Квиборакс против Боливије истиче да се не може прихватити ни тврдња тужиоца да се услов законитости односи само на одсуство повреде фундаменталних начела права тужене државе, нити гледиште Боливије према којем свака повреда њеног права лишава улагање заштите на основу БИТ-а.[27] На основу анализе арбитражне праксе која се бави питањем законитости улагања, арбитражни суд је закључио да је домашај овог услова ограничен на: (а) *повреде правног порешка државе пријема које нису шривијалне*, (б) *повреде права државе пријема којим се регулише режим сшраних улагања* и (в) *случајеве преваре* у циљу, на пример, стицања улагања или обезбеђивања профита.[28] Ова анализа, међутим, није од велике користи будући да арбитражно веће није било у прилици да је примени на чињенице конкретног случаја – оно је, наиме, закључило да чилеански тужилац није повредио ниједан пропис на снази у Боливији приликом прибављања акција локалног привредног друштва, имаоца концесије за експлоатацију рудника минерала у овој држави.[29]

Слично томе, арбитражни суд је у спору Теинвер против Аргентине закључио да шпански улагачи нису повредили прописе државе пријема приликом куповине акција аргентинског привредног друштва које је поседовало контролни пакет акција два највећа аргентинска авио-превозника.[30] Према ставу које је арбитражно веће изнело у образложењу одлуке, незаконитост улагања би постојала у случају да једна од страна које су закључиле уговор о куповини акција *није била овлашћења на закључење уговора*, као и у случају да су тужиоци *починили превару, учесшвовали у корупцији или пропусшили да пошшују услове који су се шицали подношења понуде за куповину или саме куповине акција*.[31]

---

[25] J. Hepburn, *op. cit*., 534, 535.

[26] *Ibid*., 535. Аутор говори о постојању тзв. *de minimis* правила у овом контексту.

[27] Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, пасус 263.

[28] *Ibid*., пасус 266. Нагласак аутора.

[29] *Ibid*., пасуси 268-282.

[30] Вид. *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/09/1), Decision on Jurisdiction, 21 December 2012, пасус 327.

[31] *Ibid*. Нагласак аутора.

Покушај да се пружи ближи одговор на питање које и какве повреде права државе пријема морају бити присутне како би улагање било незаконито садржан је и у једној новијој арбитражној одлуци. У предмету Владислав Ким и други против Узбекистана[32] арбитражни суд се детаљно бави питањем опсега обавезе да улагање буде извршено у складу са прописима државе пријема из казахстанско-узбекистанског БИТ (1997). Одлука је посебно интересантна због чињенице да је арбитражно веће покушало да утврди методолошки оквир поступања приликом одлучивања о приговору заснованом на наводној незаконитости улагања.

Централну улогу у свеобухватној анализи коју износи арбитражно веће има начело пропорционалности.[33] Полазећи од сврхе БИТ-а која је утврђена у његовој преамбули, арбитражни суд истиче да је његов задатак да пронађе равнотежу између циља споразума (промовисање економских односа кроз обезбеђивање стабилног инвестиционог оквира) и „тешке последице" која би за улагача изазвало потпуно ускраћивање заштите на основу БИТ-а.[34] Закључак арбитражног већа јесте да је оваква последица пропорционалан одговор на незаконито понашање улагача само ако се овим понашањем угрожава *значајан интерес државе пријема*.[35]

Да би се закључило да ли повреда права државе пријема доводи до поменутог резултата, арбитражни суд предлаже употребу теста који се заснива не само на значају који прекршени пропис има за државу, већ и на тежини те повреде у смислу понашања улагача.[36] Улагач може флагрантно прекршити закон мањег значаја за државу пријема. Исто тако, он може својим понашањем повредити закон од фундаменталног значаја, при чему је повреда у конкретном случају тривијална или од споредне важности.[37] Према речима арбитражног суда:

„Значај (*повреде*, прим. аут) за државу пријема се утврђује на основу свеобухватног резултата који зависи од важности закона у садејству са озбиљношћу његове повреде."[38]

У наставку своје анализе арбитражно веће наводи одређене факторе које је могуће узети у обзир приликом утврђивања значаја обавезе установљене прописом који је повредио улагач и интензитета ове повреде. Примера ради, значај обавезе се процењује узимајући у обзир санкцију предвиђену

[32] *Vladislav Kim et al. v. Republic of Uzbekistan* (ICSID Case No. ARB/13/6), Decision on Jurisdiction, 8 March 2017. Арбитри у овом предмету су били D. D. Caron (Карон – председавајући арбитар), L. Yves Fortier (Ив Фортие) и T. Landau (Ландау).

[33] *Ibid.,* пасус 396.

[34] *Ibid.*

[35] *Ibid*. Нагласак у оригиналу.

[36] *Ibid.,* пасус 398.

[37] *Ibid.*

[38] *Ibid.*

прописом државе пријема (мања новчана казна или заплена имовине; рушљивост или ништавост трансакције која је предузета), генерално понашање државе пријема када је у питању обезбеђивање спровођења прописа (евентуално толерисање ове повреде у другим случајевима), понашање државе у конкретном случају (евентуално пропуштање државе да покрене одговарајући поступак против улагача због наводне повреде) и понашање осталих субјеката на које се законска обавеза односи (на пример, широко распрострањено кршење поменутог прописа у држави пријема).[39] Интензитет повреде у смислу понашања улагача, према гледишту арбитражног суда, може зависити од фактора као што су намера (свесно кршење прописа), евентуална некохерентност законодавног оквира, пропуштање да се поступа са дужном пажњом (енгл. *due diligence*) приликом анализе поменутог оквира или понашање улагача након што је повреда извршена (на пример – чињеница да је улагач наставио да инвестира средства може представљати индицију да је улагању приступио у доброј вери).[40]

Примена овог методолошког оквира на чињенице конкретног случаја у предмету Владислав Ким и други против Узбекистана није, међутим, нимало охрабрујућа када су у питању изгледи тужене државе да успешно користи одбрану засновану на незаконитости улагања. Спор је настао због наводне експропријације две фабрике цемента које су казахстански тужиоци купили у Узбекистану преко зависних привредних друштава. Трансакција којој су прибегли тужиоци је била врло неуобичајена. Они су, наиме, закључили два сета уговора приликом куповине акција. Једна група уговора је садржала цену од 2.2 милиона америчких долара за контролни пакет акција у фабрикама цемента и ова продаја је била регистрована на берзи у Ташкенту. Са друге стране, купци и продавци су закључили додатне уговоре на основу којих је купцима исплаћено готово 34 милиона америчких долара на банкарски рачун у иностранству. Ова последња трансакција није регистрована на берзи и уговорне стране су је сакриле од јавности.[41] На овај начин, према тврдњама тужене државе, тужиоци су прекршили низ узбекистанских прописа, од оних који се односе на забрану преварног понашања приликом трговине хартијама од вредности, преко прописа који обавезују учеснике трансакције да региструју трговину акцијама привредних друштава и забрањују закључење симулованих правних послова, до оних који се тичу помагања продавцима у прикривању опорезивих прихода и кривичне одговорности за превару.[42]

[39] *Ibid*., пасус 406.
[40] *Ibid*., пасус 407.
[41] *Ibid.,* пасус 414.
[42] *Ibid*., пасуси 419-424.

Након спроведене анализе, арбитражно веће је већином гласова закључило да је Узбекистан пропустио да докаже постојање одређених повреда сопствених прописа, те да оне повреде које је успео да докаже нису од таквог значаја да би могле да воде ускраћивању заштите на основу БИТ-а.[43] Образложење одлуке о надлежности, када се посматра у целини, не доноси ништа ново и води закључку који је и до сада у арбитражној пракси општеприхваћен: учешће улагача у превари чини улагање незаконитим. Наиме, једине две повреде које је арбитражни суд сматрао потенцијално довољно значајним за искључење надлежности односиле се су управо на наводно преварно понашање тужилаца: пријављивање ниже купопродајнце цене већинског пакета акција како би се довели у заблуду остали учесници на тржишту и извршила манипулација тржиштом хартија од вредности,[44] односно предузимање преваре у кривичноправном смислу, у циљу прибављања имовинске користи.[45] У оба случаја, и поред чињенице да су тужиоци свесно учествовали у пријављивању цене акција ниже од стварно плаћене, арбитражно веће је закључило да Узбекистан није успео да докаже да је ово учињено са намером да се манипулише тржиштем акција,[46] односно да није успео да докаже постојање кривичног дела преваре.[47]

Поред схватања у вези са значајем прописа чија би повреда могла да води незаконитости улагања, присутна су два додатна фактора која ограничавају домашај обавезе улагача и знатно смањују могућност да тужена држава ефикасно користи приговор ненадлежности заснован на незаконитости. Први се односи на питање тренутка у којем је повреда прописа државе пријема релевантна (2.1.), а други на схватање да незаконитост улагања нужно подразумева свесно кршење прописа (2.2.).

2.1. Временски домашај обавезе улагача

Поред тога што повреда било ког прописа државе пријема не може да доведе до закључка да улагање не ужива правну заштиту, према гледишту широко распрострањеном у арбитражној пракси, обавеза да улагање буде извршено у складу са прописима државе пријема има и своје темпорално ограничење. У значајном броју арбитражних одлука се истиче да незаконито понашање улагача које је уследило у току трајања пословног подухвата, али након што је улагање иницијално учињено, не утиче на надлежност арбитражног суда. Два су аргумента која се нуде као оправдање за такав закључак. Први аргумент је онај који се најчешће користи и односи се на је-

[43] *Ibid*., пасус 541.
[44] *Ibid*., пасус 427.
[45] *Ibid*., пасус 522.
[46] *Ibid*., пасус 427.
[47] *Ibid.,* пасус 523.

зичко тумачење релевантног БИТ-а. Споразуми који садрже услов законитости у дефиницији улагања обично садрже глагол у прошлом времену, односно инсистирају на томе да је улагање „учињено“ (енгл. *made*) или „спроведено“ (енгл. *implemented*) у складу са прописима државе пријема. Арбитражни судови овакве формулације тумаче као јасан знак да је услов законитости „ограничен на тренутак успостављања улагања,“ те да не покрива понашање улагача након тог тренутка.[48] Ако је повреда права државе пријема уследила након што је улагање успостављено то може бити значајно приликом оцене основаности тужбеног захтева у меритуму али не утиче на надлежност арбитражног суда.[49] Овај аргумент губи на снази ако је формулација релевантне одредбе таква да захтева да улагач „поседује или контролише“ (енгл. *owns or controls*) улагање у складу са прописима државе пријема, чиме се сугерише да је обавеза поштовања прописа државе пријема трајног карактера.[50] Са друге стране, чак и у арбитражним одлукама које су за предмет имале тумачење оваквих формулација јавља се мишљење да је јурисдикциони значај услова законитости „исцрпљен једном када је улагање учињено.“[51]

Други аргумент за временско ограничење обавезе улагача заснован је на бојазни да би временски неограничена обавеза поступања у складу са прописима државе пријема могла да ову државу стави у позицију да накнадним изменама прописа спречи улагача да захтева заштиту својих права. Према ставу арбитражног суда у предмету Феникс против Чешке, држава не може имати слободу да измени своје обавезе на основу међународних уговора који гарантују заштиту улагања, тако што ће накнадно изменити прописе, мењајући тако дефиницију улагања које је у складу са овим прописима.[52] На тај начин се отклања могућност да улагање које је било у складу са правом државе пријема у тренутку када је учињено, буде лишено заштите одговарајућег БИТ-а на основу накнадне измене прописа.[53]

2.2. Свесно кршење прописа као предуслов незаконитости

У правној доктрини и арбитражној пракси незаконитост улагања се често везује за понашање улагача супротно начелу добре вере. Заиста, предузимање

[48] Вид. *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, пасус 266; *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana* (ICSID Case No. ARB/07/24), Award, 18 June 2010, пасус 127; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic,* пасус 318; *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, пасус 193; *Vladislav Kim et al. v. Republic of Uzbekistan*, пасус 375.

[49] Вид. *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, пасус 127.

[50] Вид. T. Obersteiner, *op. cit*., 279.

[51] Вид. *Vannessa Ventures Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB(AF)/04/6), 16 June 2013, пасус 167.

[52] Вид. *Phoenix Action LTD v. The Czech Republic*, пасус 103.

[53] Вид. M. Polkinghorne (Полкингхорн), S. Volkmer (Фолкмер), The Legality Requirement in Investment Arbitration, *Journal of International Arbitration*, vol. 34, 2/2017, 159.

коруптивних активности или преварно понашање улагача нужно доводи до ускраћивања заштите овом субјекту и до ненадлежности арбитражног суда.[54] Арбитражни судови неретко разматрају постојање повреде овог начела у контексту законитости улагања и штите га не само као део националног, већ и међународног права.[55]

Питање које се овде поставља је следеће: да ли је поступање улагача у складу са правом државе пријема услов за настанак заштићеног улагања, без обзира на на постојање намере улагача да повреди прописе? Другим речима – да ли је незаконито поступање улагача разлог за лишавање заштите на основу споразума о заштити улагања чак и онда када улагач није био свестан да поступа незаконито? Арбитражни судови се о овом питању најчешће не изјашњавају изричито. Међутим, у готово свим споровима у којима је одбрана државе заснована на незаконитости улагања била успешна установљено је постојање вољне и свесне повреде прописа. Ово је вероватно резултат чињенице да се заштита у пракси по правилу ускраћује улагањима за које је доказано да су резултат преварног понашања[56] или корупције.[57]

Једина арбитражна одлука која изричито искључује субјективни елемент из појма незаконитог улагања је одлука донета у спору Андерсон против Костарике.[58] Арбитражу је покренуло 137 држављана Канаде који су уложили средства у фонд којм су располагала двојица држављана Костарике (браћа Виљалобос). Тужба је била заснована на тврдњи да је тужена држава повредила БИТ закључен са Канадом (1998), тако што је пропустила да на одговарајући начин надзире сопствени финансијски систем.[59] Више од 6200 појединаца је поверило око 405 милиона америчких долара браћи Виљалобос, за које се, након спроведене истраге костариканских власти, испоставило да су водили финансијску операцију која се назива пирамидалном преваром – високи приноси на уложена средства исплаћивани улагачима нису потицали од било каквог улагања, већ су обезбеђивани из износа који су депоновали нови улагачи.[60]

---

[54] S. Đajić, Mapping the Good Fait Principle in International Investment Arbitration: Assessment of its Substantive and Procedural Value, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2012, 220.

[55] Вид. *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*, пасуси 230-239. Арбитражни суд је у овом случају закључио да је БИТ саставни део права Салвадора, те да упућивање у овом извору на примену „општеприхваћених правила и начела међународног права" представља овлашћење за арбитражни суд да примени опште правно начело обавезе поступања у доброј вери, као део права тужене државе и међународног права. Вид. пасус 219 и даље. Вид., такође, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, пасуси 140, 141.

[56] Вид. арбитражне одлуке наведене у фуснотама 15 и 16 овог рада.

[57] Вид. арбитражне одлуке наведене у фусноти 17 овог рада.

[58] *Alasdair Ross Anderson et al. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB(AF)/07/3), Award, 19 May 2010.

[59] *Ibid.,* пасуси 15, 16.

[60] *Ibid.,* пасуси 22-25.

У арбитражном поступку Костарика је истакла више приговора ненадлежности, од којих се први односио на непостојање „улагања“ које тужиоци поседују или контролишу у складу са законима државе пријема, у смислу члана 1 БИТ-а.[61]

Арбитражни суд је усвојио приговор и огласио се ненадлежним због непостојања улагања у складу са законима Костарике. У вези са овим, у образложењу арбитражне одлуке је наведено следеће:

„Приликом тумачења израза „поседује или контролише“ и „у складу са...законима...“ потребно је првенствено нагласити да БИТ истиче наведене захтеве на објективан и категоричан начин. Сваки тужилац мора испуњавати ове услове, *независно од његовог или њеног познавања закона или његове или њене намере да поштује закон*. Стога, изјаве тужилаца да су намеравали да поштују закон или да им закон није био познат су ирелевантне за утврђивање да ли су они заиста поседовали или контролисали своје инвестиције у складу са законима Костарике.“[62]

Имајући у виду да су тужиоци уложили средства супротно Закону о Централној банци Костарике, који забрањује финансијско посредовање без одговарајуће дозволе, њихова трансакција је била незаконита.[63] Такође, арбитражно веће је закључило да су тужиоци пропустили да се понашају са дужном пажњом, те да су били у обавези да претходно провере да ли је њихово улагање у складу са законодавством тужене државе.[64]

На основу образложења арбитражне одлуке у овом случају може се закључити да је улагање незаконито, без обзира на субјективни однос улагача према овој чињеници, ако је извршено у делатност која је сама по себи недозвољена у правном систему државе пријема. У осталим случајевима, када је сама инвестициона активност допуштена али је реализована уз повреду права државе пријема, постојање намере улагача да повреди пропис је од кључне важности. Ово тим пре што сами прописи државе пријема често инсистирају на постојању намере као елемента повреде.[65]

3. ЗАКОНИТОСТ УЛАГАЊА И МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ПУНОВАЖНОСТ И САДРЖИНУ ИМОВИНСКИХ ПРАВА КОЈА ЧИНЕ УЛАГАЊЕ

Према схватању које доминира у арбитражној пракси, ако тужена држава успе да превазиђе све препреке и ограничења о којима је било речи и ако

[61] *Ibid.,* пасуси 31, 46.
[62] *Ibid*., пасус 52. Нагласак аутора.
[63] *Ibid.,* пасус 55.
[64] *Ibid*., пасус 58.
[65] *Vladislav Kim et al. v. Republic of Uzbekistan*, пасуси 407, 427.

успе да докаже да је улагање незаконито у смислу БИТ-а који га дефинише, надлежност арбитражног суда неће постојати јер недостаје сагласност државе да учествује у спору поводом оваквог улагања.[66] При томе, „улагање“ објективно постоји, без обзира да ли је законито или незаконито.[67] Оно што недостаје јесте пристанак државе на арбитражу.[68] Гледиште према којем незаконитост улагања погађа надлежност арбитражног суда *ratione voluntatis* износи се како у оним случајевима у којима је надлежност одбијена,[69] тако и у оним у којима је прихваћена.[70]

Међутим, о незаконитости улагања се може говорити у једном друкчијем, објективном смислу. Ако имовинско право које ужива заштиту на основу одговарајућег БИТ-а никада није ни настало због тога што трансакција коју је предузео улагач није била у складу са законодавством државе пријема, заштићено „улагање“ не постоји, те арбитражном суду недостаје надлежност *ratione materie*. Суштина овог гледишта је најјезгровитије изражена кроз синтагму употребљену у називу једног чланка: „Не можеш изгубити оно што никада ниси ни имао.“[71]

Могућност оваквог тумачења наговештавају одлуке донете у предметима Андерсон против Костарике и Саба Факес против Турске, иако анализа коју су спровели арбитражни судови није потпуна и прецизна. У првом случају, арбитражно веће је разматрало значење израза „бити власник“ (енгл. *own*) из члана 1 канадско-костариканског БИТ-а, те закључило да израз значи „имати или држати имовину.“[72] Веће је сматрало да је у обавези да утврди на који начин су тужиоци прибавили имовину и посебно да ли је то урађено у складу са релевантним законима Костарике. Пошто је нашао да су имовинска права тужилаца (потраживање у погледу главнице уложених средстава

---

[66] Вид. S. W. Schill, *op. cit*., 289.

[67] Вид. *Mr. Saba Fakes v. Republic of Turkey*, пасус 112. Арбитражно веће говори о томе да је појам улагања из члана 25 става 1 Вашингтонске конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (у даљем тексту ИКСИД конвенција) неутралан у смислу законитости улагања, али да државе могу да ограниче свој пристанак, између осталог, уговарањем услова законитости улагања у БИТ-у. Вид. пасус 114.

[68] Вид., K. Yannaca-Small (Јанака-Смол), D. Katsikis (Кацикис), The Meaning of ‘Investment’ in Investment Treaty Arbitration, у књизи: Katia Yannaca-Small (ed.), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, 2nd Edition, Oxford, 2018, параграф 11.100; A. Carlevaris, *op. cit*., 44.

[69] Вид., *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*, пасус 207. Такође, *Fraport II*, пасус 467.

[70] Вид., на пример, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, пасус 255.

[71] Вид., L. Y. Zielinski (Зелински), “You Cannot Lose What You Never Had”: The Law Applicable to Property Determinations in ICSID Arbitration, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 17/2018, 271.

[72] *Alasdair Ross Anderson et al. v. Republic of Costa Rica*, пасус 57.

и припадајуће камате) прибављена у незаконитој трансакцији, арбитражни суд је закључио да тужиоци нису поседовали улагање у складу са законима тужене државе.[73] Арбитражни суд се није упустио у разматрање какво је дејство на настанак имовинских права улагача имала повреда Закона о Централној банци Костарике, али се из свега реченог може закључити да је трансакција била ништава, те да тужиоци никада нису ни имали потраживање на које су се позивали.

У предмету Саба Факес против Турске арбитражни суд уопште није дошао у прилику да процењује да ли је тужилац (држављанин Холандије и Јордана) предузимао трансакције у складу са прописима Турске, будући да је претходно закључио да улагање у смислу члана 25 става 1 и члана 1 БИТ између Холандије и Турске (1986) никада није ни постојало.[74] Закључак је последица чињенице да трансакција на основу које је тужилац купио акције турског мобилног оператера од продаваца, турских држављана, није могла да произведе дејство преноса власништва.[75] Арбитражни суд се позвао на недостатак намере учесника у овом послу да он доведе до трансфера власништва, али се ни у једном тренутку није осврнуо на питање које је право меродавно да одреди правне последице такве трансакције.

Заиста: које је право меродавно за утврђивање постојања, пуноважности и садржине имовинског права које чини улагање? Арбитражна пракса је јасна у погледу тога да држава уговорница споразума о заштити и подстицању улагања не може својим прописима да одређује шта се сматра улагањем у смислу БИТ-а. Појам улагања је утврђен искључиво одредбама БИТ-а, односно међународним правом.[76] Круг субјективних права која уживају заштиту утврђен је овим изворима. Међутим, да ли је субјективно право улагача уопште настало је претходно питање на које одговор даје законодавство државе пријема. Ако је тај одговор негативан, онда улагање у смислу БИТ-а не постоји и арбитражни суд не може имати овлашћење да поступа. Ово без обзира на то да ли се у БИТ-у налази клаузула која се односи на законитост улагања и на то да ли је улагач свесно поступао супротно праву тужене државе.

Схватање да законодавство државе пријема уређује пуноважност и садржину имовинских права која чине заштићено улагање широко је прихваћено у правној доктрини а неретко га помињу и арбитражни судови. Према речима познатог аутора – међународно право не садржи супстанцијалне норме које би се односиле на имовинска права. Због тога, увек када се јави питање у погледу обима имовинског права које чини улагање или питање

[73] *Ibid*.

[74] *Mr. Saba Fakes v. Republic of Turkey*, пасус 148.

[75] *Ibid*., пасуси 130-147.

[76] Вид. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (ICSID Case No. ARB/00/4), Decision on Jurisdiction, 31 July 2001, пасус 46.

коме одређено имовинско право припада, решење се мора тражити у националном праву.[77] Примера ради, ако се улагање односи на право својине на акцијама привредног друштва, оно ће постојати само ако су били испуњени услови за стицање права својине на акцијама према прописима државе пријема, као што је услов регистрације у одговарајућем регистру.[78] Ако улагач тврди да је прибавио имовинско право на начин који, према прописима државе пријема, не може да доведе до преноса права својине или другог права, улагање не постоји.[79]

У досадашњој арбитражној пракси се право тужене државе заиста и примењује како би се утврдило да ли постоји заштићено имовинско право и каква му је садржина. Међутим, арбитражни судови се овим питањем углавном баве приликом одлучивања у меритуму. Постојање имовинског права у складу са прописима државе пријема се тако јавља као претходни и логични услов његове експропријације.[80] На пример, у предмету Пак Рим против Салвадора, арбитражно веће је закључило да зависно друштво америчког улагача није имало право да захтева да му власти тужене државе издају дозволу за експлоатацију рудника у овој земљи, нити је држава пријема имала обавезу да овакву дозволу изда на основу Закона о рударству.[81] Поменути закон је предвиђао обавезу подношења документације коју ово привредно друштво никада није доставило.[82] На основу тога је арбитражно веће нашло да тужилац нема право на накнаду штете од тужене државе.[83] Слично томе, садржина и обим имовинског права које је изложено експропријацији могу бити ограничени националним правом које је арбитражни суд онда дужан да примени приликом израчунавања износа накнаде.[84]

[77] Z. Douglas (Даглас), *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, 2009, 52. Вид., такође, C. McLachlan (Меклаклан), L. Shore (Шор), M. Weiniger (Вајнигер), *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, 2nd Edition, Oxford, 2017, 246; E. Kjos (Кјос), *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*, Oxford, 2013, 242; L. Y. Zielinski, *op. cit*., 283;

[78] Вид. Z. Douglas, *op. cit*., 52, 53.

[79] Вид. Z. Douglas, The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 29, 1/2014, 178.

[80] Вид., на пример, *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador* (UNCITRAL), Award, 3 February 2006, пасус 184; *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/00/9), Award, 16 September 2003, пасус 8.8. Арбитражни суд је закључио да не може бити експропријације ако тужилац „није демонстрирао постојање имовинског права". Затим је спровео детаљну анализу у вези са тим да ли су таква права настала и каква је њихова садржина према украјинским прописима. Вид. пасусе 18.1. – 18.85.

[81] *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador* (ICSID Case No. ARB/09/12), Award, 14 October 2016, паус 10.4.

[82] *Ibid*., пасус 8.44.

[83] *Ibid*., пасус 10.5.

[84] Вид. *Venezuela Holdings, B.V., et al v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case NO. ARB/07/27), Decision on Annulment, 9 March 2017, пасуси 161-163.

Са друге стране, приговор ненадлежности *ratione materie* услед тога што имовинско право које би представљало улагање није ни настало као резултат примене прописа тужене државе био је успешан у предмету Гамбринус против Венецуеле.[85] Спор се односио на наводну експропријацију акција у четири привредна друштва регистрована у Венецуели. Акције је поседовало друштво из Барбадоса које се у арбитражи јавило у својству тужиоца. Међутим, Венецуела је тврдила да су акције прибављене супротно уговору о конзорцијуму у којем је продавац акција био уговорна страна и супротно праву Венецуеле, те да је због тога уговор о продаји акција ништав.[86] Последица овога је то да до преноса власништва на акцијама никада није дошло, да тужилац никада није стекао право својине на акцијама и да не располаже улагањем у смислу БИТ-а између Барбадоса и Венецуеле (1994).[87]

Арбитражни суд је прихватио приговор Венецуеле и огласио се ненадлежним услед непостојања улагања.[88] Улагач је поднео захтев за поништај арбитражне одлуке тврдећи, између осталог, да је арбитражни суд очигледно прекорачио овлашћења тако што је пропустио да примени релевантна правила међународног права која се односе на питање да ли улагање извршено супротно прописима државе улагања уживају заштиту. Аргумент подносиоца захтева је био да мање повреде уговорних одредаба или прописа државе пријема, посебно када су учињене у доброј вери, не лишавају улагање заштите која би му била пружена у арбитражи.[89] Одговор ИКСИД-овог ад хок комитета на овај аргумент је посебно значајан, будући да јасно подвлачи разлику између две различите улоге које има право државе пријема – ад хок комитет је закључио да питање које се нашло пред Арбитражним судом у овом случају није било да ли је улагач изгубио право на процесну заштиту због тога што се понашао супротно локалним прописима*, већ да ли је улагање уопште постојало* према одредбама релевантног уговора, БИТ-а и права Венецуеле.[90]

Одлуке донете у предмету Гамбринус против Венецуеле доказују да непоштовање права државе пријема од стране улагача може да доведе до ненадлежности арбитражног суда *ratione materie*. За разлику од случајева у којима се државе ослањају на клаузуле из БИТ-ова које садрже услов законитости улагања, успешност овако постављеног приговора ненадлежности

---

[85] *Gambrinus, Corp. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/11/31), Award of the Tribunal, 15 June 2015.

[86] *Ibid*., пасус 215.

[87] *Ibid*., пасус 217.

[88] *Ibid*., пасуси 273, 274.

[89] *Gambrinus, Corp. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/11/31), Decision on Annulment, 3 October 2017, пасус 200.

[90] *Ibid.,* пасус 202. Нагласак аутора.

не зависи од формулације употребљене у самом БИТ-у. Што је још важније, она не зависи ни од дискреционе процене арбитражног суда у вези са значајем повређеног прописа, нити од субјективног односа улагача према наводној незаконитости – ако примена националног прописа објективно не може да доведе до настанка имовинског права, нема ни улагања које ужива заштиту на основу БИТ-а. Потребно је ипак имати у виду једну ограду која је очигледна: могућност државе да користи овакву одбрану зависи од дејства које њено право пружа повреди релевантног прописа у конкретном случају, као и од тумачења овог прописа од стране арбитражног суда. Ако, на пример, незаконито понашање улагача може да доведе само до рушљивости уговора из којег извиру његова субјективна права заштићена БИТ-ом, а не и до ништавости уговора *ab initio*, приговор неће бити успешан.[91]

4. ЗАКЉУЧАК

Анализа арбитражне праксе показује да су бројни фактори који тужене државе спречавају у томе да ефикасно користе приговор незаконитости улагања. Са једне стране, постоји општи консензус у пракси и правној доктрини у вези са применом тзв. *de minimis* правила[92] – мање повреде прописа државе пријема, повреде које се односе на бирократске формалности,[93] или су од споредног значаја за улагање,[94] не могу лишити инвестицију заштите. Са друге стране, иако се у новијој арбитражној пракси одбацује схватање које иде у другу крајност – да се незаконитим сматра само улагање које представља повреду „фундаменталних“ начела права државе пријема[95] – обавеза улагача да поступа у складу са прописима државе пријема се ипак тумачи рестриктивно и њено кршење повлачи санкцију за ове субјекте само када је реч о најтежим повредама. Домашај обавезе улагача сужен је, такође, инсистирањем на томе да повреда буде учињена у тренутку улагања, те да буде извршена са намером. Ако су ови услови испуњени, нема пристанка тужене државе за арбитражно решавање конкретног спора, те арбитражном суду недостаје надлежност *ratione voluntatis*. Истраживање, међутим, показује да је приговор ненадлежности арбитражног суда услед незаконитог понашања улагача могуће формулисати на један друкчији начин. Настанак имовинског

[91] Вид., на пример, *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/07/14), Award, 22 June 2010, пасус 187.

[92] Вид. J. Hepburn, *op. cit*., 545.

[93] Вид., на пример, *Tokios Tokeles v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/02/18), Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, пасус 86.

[94] *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, пасус 173.

[95] Вид. *Vladislav Kim et al. v. Republic of Uzbekistan*, пасус 395.

права које чини садржину улагања зависи од законодавства државе пријема. Ако у конкретном случају повреда прописа ове државе има такво дејство да спречава пуноважни настанак имовинског права, заштићено улагање не постоји, те сходно томе не може постојати ни надлежност арбитражног суда *ratione materie*. Анализа законитости улагања у овом смислу је објективна: не зависи од схватања арбитара у вези са значајем прописа који је повређен, нити од постојања намере на страни улагача, већ само од ефекта који оваквој повреди приписује национално право.

Petar M. Đundić, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
P.Djundic@pf.uns.ac.rs

Objection of the Investment's Illegality in Investment Arbitration: Is it an Effective Shield for Host States?

Abstract: *A considerable number of bilateral treaties on promotion and protection of investments (Bilateral Investment Treaties or BITs) contain a definition of an investment requiring it to be made in accordance with "laws and regulations" of the host state. Even when the obligation of the investor to act in accordance with the host state's law is not explicitly included in the text of the relevant treaty, investment tribunals tend to observe this requirement as a precondition for their jurisdiction. States which are confronted with investors' claims often use this plea of illegality in order to challenge the arbitral tribunal's jurisdiction in an investment dispute, i.e. to challenge the existence of their consent to arbitrate disputes about investments made illegally. The objection is, however, rarely successful. This is a consequence of a way in which arbitral tribunals interpret the scope of the investor's obligation. Arbitral awards demonstrate that the success of such defense depends on variety of factors such as: the relevance of the host state's legislation at issue, the intensity and timing of the breach and the presence of the investor's intent. On the other hand, the goal of this paper is to show that the national law of the host state can play a different role. The law of the host state determines conditions for the lawful acquisition as well as the content of the property right deemed as the protected investment. If an investor alleges the breach of the property right which, due to his actions, could not be created under the applicable national law, there is no protected investment, i.e. the arbitral tribunal lacks jurisdiction ratione materie.*

Keywords*: investment disputes, the notion of investment, legality of the investment, jurisdiction of investment tribunals.*

Датум пријема рада: 07.12.2018.

Оригинални научни рад 615.21:343.57
doi:10.5937/zrpfns52-20362

Др Радосав С. Рисимовић, ванредни професор
Криминалистичко-полицијски универзитет
Београд
radosav.risimovic@kpu.edu.rs

ГЕНЕРИЧКЕ ЗАБРАНЕ НОВИХ ПСИХОАКТИВНИХ СУПСТАНЦИ[1]

Сажетак: *Нове психоактивне супстанце више од десет година привлаче пажњу истраживача. Њихова појава и све већа заступљеност на тржишту дрога захтевају адекватну реакцију свих надлежних државних органа. Посебан проблем је правно регулисање нових дрога, које ће у раду бити детаљно образложено. У уводном излагању ћемо размотрити појам НПС, ризике за здравље и разлоге популарности НПС код корисника дрога. Део рада се односи на алтернативне начине регулисања НПС. Посебна пажња ће бити посвећена генеричким забранама НПС. Покушаћемо да одговоримо на питање које су предности и недостаци генеричког концепта забране нових дрога.*

Кључне речи: *нове психоактивне супстанце, генеричке забране, „Спаис", канабиноиди.*

I. УВОД

Нове психоактивне супстанце или „legal highs" су велики изазов и ризик за савремена друштва. Нема сумње да НПС угрожавају здравље и безбедност људи, што ћемо на овом месту покушати да образложимо. Реч је о супстанцама које су биљног (нпр. семе одређених биљака или печурке) или

[1] NARCO-MAP; HOME/2015/ISFP/AG/TDFX/8742; Improving knowledge on NPS and opiates trafficking in Europe; Project developed with the financial support of the European Commission – Transnational initiatives to fight trafficking in drugs and firearms – DG Justice/DG Migrations and Home Affairs. Такође, рад је резултат реализовања научноистраживачких пројеката које финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Republike Srbije: Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovima međunarodnih integracija (br. 179045), koji realizuje Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu 2011−2014.

синтетичког порекла (нпр. мефедрон), чија злоупотреба производи различите последице и врсте ризика за кориснике.[2]

Овде је потребно нагласити да су последице и ризици злоупотребе ових супстанци често непредвидиве. Разлог треба тражити у чињеници да је хемијски састав НПС корисницима непознат. Осим тога, последице злоупотребе НПС су непознате за произвођаче ових супстанци и за токсикологе, јер је реч о новим хемијским једињењима која нису у довољној мери истражена, за разлику од класичних дрога.[3] Посредни ризици се односе на све грађане, јер до сада коришћени тестови на дроге нису могли открити поједине НПС.[4] На пример, то значи да корисници нових дрога могу учествовати у саобраћају као возачи и на тај начин угрозити или повредити друге учеснике у саобраћају.

Европски центар за праћење дрога и зависности од дрога (ЕМЦДДА) је 2008. године утврдио да супстанца под називом „Спаис“ није искључиво биљног порекла, како се до тада тврдило.[5] Иако је на амбалажи било упозорење да „није за људску употребу“, изостали су подаци о хемијској структури супстанце и токсикологији биљака од којих се производи „Спаис“. Поједини корисници изјавили су да имају симптоме који су слични симптомима које проузрокује канабис, али у том тренутку није било могуће дати одговор на питање о здравственим ризицима и последицама употребе „Спаиса“. У децембру 2008. године је после детаљне хемијске анализе доказано да „Спаис“ садржи синтетичке канабиноиде, који производе дејство високог интензитета, због чега су при употреби довољне веома мале количина (мање од 0,1 мг). Осим тога, на амбалажи производа није било података о састојцима супстанце који су синтетичког порекла.[6] Нарочито забрињава чињеница да је „Спаис“ супстанца коју користе млади, јер није било ограничења у погледу узраста корисника.[7]

Канабиноиди су хемијска једињења која су по правилу структурално повезана са психоактивним једињењем канабиса – делта 9-титрохидроканабинол (ТХЦ). Међутим, поред фитоканабиноида чије порекло се везује за биљку канабис, постоје синтетички и ендоканабиноиди које производи људско

---

[2] Adam R. Winstock, John D. Ramsey, „Legal highs and the challenges for policy makers“, *Addiction*, 10/2010, 1685.

[3] Jan van Amsterdam, David Nutt, Wim van den Brink, „Generic legislation of new psychoactive drugs”, *Journal of Psychopharmacology*, 3/2013, 317.

[4] Volker Auwarter *et al*., „„Spice” and other herbal blends: harmless incense or cannabinoid designer drugs?”, *Journal of Mass Spectrometry*, 5/2009, 832.

[5] Ова супстанца се према извештају ЕМЦДДА, од 2006. године када се појавила на тржишту, рекламирала и нудила на продају у склада са важећим прописима.

[6] EMCDDA–Europol 2008 Annual Report on the implementation of Council Decision, 2005/387/JHA, 8.

[7] V. Auwarter *et al*., 832.

тело.[8] Синтетички канабиноиди су хемијска једињења различите структуре која производе дејство као делта 9-ТХЦ (јер активирају исте канабиноидне рецепторе у мозгу), али им је ефекат знатно јачи.[9] Развијени су као фармацеутски производи намењени ублажавању болова, али су истраживања окончана неуспехом, због немогућности да се елиминишу нежељени психоактивни ефекти супстанце.[10]

Интензитет дејства НПС је по правилу веома висок, што представља вишеструки проблем за здравље људи, али и за надлежне органе који се баве процесуирањем учинилаца кривичних дела у вези са дрогама. Ризик за здравље је очигледан, јер и најмања грешка при дозирању супстанце може довести до тешких последица. Са друге стране, околност да тако мала количина супстанце представљају дозу која је довољна за једну употребу иде на руку дилерима дроге из више разлога. Једноставно речено, знатно је лакше сакрити и унети у земљу 1кг НПС, него 100 кг неке класичне дроге. Јасно је да се зарада дилера дроге вишеструко увећава због интензитета дејства НПС.

Основни кривичноправни проблем код НПС је чињеница да када се нове врсте дрога званично нађу на списку забрањених психоактивних супстанци, постоји велика вероватноћа да ће забрањена супстанца у веома кратком периоду бити замењена новом супстанцом.[11] Реч је о зачараном кругу у коме надлежни органи у релативно кратком року стављају на списак забрањених супстанци ону врсту дроге за коју је мониторингом установљено да представља ризик за здравље људи. Међутим, још брже реагује нарко тржиште које уместо супстанцом која је управо забрањена, започиње снабдевање корисника новом незабрањеном психоактивном супстанцом, која је по хемијској структури и ефектима слична забрањеној супстанци. Произвођачи у Кини или Индији незнатно измене молекуларну структуру забрањене супстанце и тако произведу незабрањену психоактивну супстанцу. Њима је главни циљ да избегну кривично гоњење производњом супстанци које нису на списку забрањених. То што је велика непознаница какве последице за здравље корисника ће имати употреба тих нових супстанци, њих не забрињава. Уколико уследи стављање на листу нове супстанце, на тржиште дрога долази још једна незабрањена супстанца, опет изменом молекуларне структуре оне која је управо забрањена.[12] Поставља се питање да ли се овај зачарани круг може прекинути.

---

[8] Yan Sun, Andy Bennett, „Cannabinoids: A New Group of Agonists of PPARs", *PPAR Research*, 2007, 1-2.

[9] Ioanna Vardakou, Constantinos Pistos, Chara Spiliopoulou, „Spice drugs as a new trend: Mode of action, identification and legislation", *Toxicology Letters*, 3/2010, 158.

[10] EMCDDA, Early-warning system. Understanding the 'Spice' phenomenon, 2009, 9.

[11] A. R. Winstock, J. D. Ramsey, 1685.

[12] Christine Piggee, „Investigating a not-so-natural high", *Analitical Chemistry*, 9/2009, 3207; I. Vardakou, C. Pistos, C. Spiliopolou, 161.

Из напред наведеног произлази зашто је заступљеност НПС на тржишту дрога у Европи у сталном порасту. НПС су популарне међу корисницима дрога, јер представљају правно дозвољену алтернативу класичним дрогама.[13] То је разлог за употребу термина „legal highs“, јер се њиме сугерише да је реч о дрогама чија употреба је у складу са законом. „Спаис“ је на тржишту био скупљи од канабиса, али је ипак био популарнији, а разлог треба тражити у чињеници да је продаја „Спаиса“ била легална.[14] Осим тога, млади корисници „Спаиса“ су желели да избегну репутацију особе која користи дроге, што је такође био разлог да се одлуче за ову НПС, а не за канабис.[15]

Према једном мишљењу, разлог распрострањености НПС на тржишту дрога су свесни и несвесни поступци корисника.[16] Корисници дрога употребљавају НПС јер: 1. незадовољни су дејством класичних дрога; 2. радознали су у вези са новим супстанцама; 3. желе да користе супстанце које нису на листи забрањених супстанци и тако избегну инкриминацију; 4. НПС су у већој мери доступне на тржишту од класичних дрога; 5. цена и интензитет НПС представљају предност у односу на класичне дроге. Са друге стране, несвесно коришћење НПС је могуће уколико дилер изврши продају нове дроге не обавестивши при томе корисника о природи супстанце која је предмет куповине. Тешко је доказати да корисник није знао природу супстанце коју је купио и коју конзумира. Истина се може утврдити суочењем дилера и корисника дроге.[17]

Као што је у овом раду већ речено, пре десетак година „Спаис“ није било могуће открити тестовима на дроге. Такође, последице употребе су биле непознате, због чега су два експерта извршила експеримент на себи. Десет минута после употребе 0.3 г супстанце „Спаис дијамант“ констатовано је повећање пулса, промена расположења и перцепције. При психомоторичким тестовима нису примећене промене, али су имали утисак да је дошло до умањења способности. Ефекте употребе супстанце су осећали укупно шест сати, уз напомену да су и наредног дана осећали неке промене узроковане коришћеном супстанцом.[18]Правни епилог је да су синтетички канабиноиди које садржи „Спаис“ стављени на листу забрањених психоактивних супстанци 2009. године у Аустрији, Немачкој, Француској, Холандији, Швајцарској, Мађарској, Пољској и низу других земаља.[19]

[13] A. R. Winstock, J. D. Ramsey, 1685.

[14] C. Piggee, 3207.

[15] I. Vardakou, C. Pistos, C. Spiliopolou, 161.

[16] Simon D. Brandt, Leslie A. King, Michael Evans-Brown, „The new drug phenomenon”, *Drug Testing and Analysis*, 7-8/2014, 594.

[17] Жељко Д. Мирков, „Суочење окривљеног у кривичном поступку – приказ случајева из праксе појединих судова“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2017, 433.

[18] V. Auwarter *et al*., 832.

[19] EMCDDA, Early-warning system. Understanding the ‘Spice’ phenomenon, 2009, 19.

II. АЛТЕРНАТИВНИ НАЧИНИ ЗАБРАНЕ НОВИХ ПСИХОАКТИВНИХ СУПСТАНЦИ

Реакције држава на појаву НПС су се годинама сводиле на покушај бржег реаговања, тј. на брже стављање на листу забрањених супстанци, оних супстанци за које је утврђено да имају штетно психоактивно дејство. Упркос координацији кључних субјеката у које убрајамо пре свега министарство здравља и полицију, трку са временом по правилу добијају дилери НПС. Брзина реаговања надлежних органа је скраћена колико је то реално могуће, али мониторинг и процедура стављања на листу захтева одређено време које се често мери месецима, док се НПС појављују на улицама свакодневно.

Користе се четири различита начина регулисања супстанци које конзумирају људи: 1. применом прописа који регулишу прехрамбене производе и прописа о заштити потрошача; 2. применом прописа који регулишу дуван, алкохол и растваваче; 3. применом прописа о лековима; 4. контрола супстанци заснована на међународним конвенцијама и националном законодавству.[20] Први приступ подразумева да се новим супстанцама дозволи приступ тржишту, јер за прехрамбене производе постоји претпоставка безбедне употребе, али државни органи могу реаговати забраном, уколико прикупе податке који указују на штетне последице конзумирања супстанце.

Према Закону о безбедности хране смисао начела предострожности је превентивно деловање: „Када се после процене расположивих информација, утврди могућност штетног деловања на здравље, а нема довољно научних података и информација за објективну процену ризика, могу се предузети привремене мере управљања ризиком, ради обезбеђења високог нивоа заштите здравља у Републици Србији, које се примењују до добијања нових научних информација неопходних за објективну процену ризика.“[21] Контролу квалитета и безбедености хране у нашој земљи врши Дирекција за националне референтне лабораторије, која је део Министарства пољопривреде, шумарства и водопривреде (члан 18 ЗБХ). Штетност хране по здравље људи се утврђује на основу: 1) могућих непосредних или посредних, краткорочних или дугорочних штетних утицаја те хране по здравље потрошача, као и могућих утицаја на здравље будућих генерација; 2) могућих кумулативних токсичних деловања; 3) посебне здравствене осетљивости специфичне категорије потрошача када је храна намењена тој категорији потрошача (члан 26 ЗБХ). На крају, овим законом је установљен систем брзог обавештавања и узбуњивања, који омогућава брзо реаговање у случају да се на тржишту

[20] Peter Reuter, Bryce Pardo, „New psychoactive substances: Are there any good options for regulating new psychoactive substances?”, *International Journal of Drug Policy*, 40/2017, 119.

[21] Закон о безбедности хране, (*Сл. гласник РС*, бр. 41/2009).

појаве супстанце које се продају као храна, а нису безбедне по здравље људи (члан 38 ЗБХ). Такође, чланом 41 су прописане хитне мере које укључују привремену забрану стављања у промет или употребе хране.

Према томе, у нашој земљи постоји законски основ и институционални капацитет да се конзумирање НПС забрани применом прописа који регулишу безбедност хране. На сличан начин се ради постизања овог циља могу користити прописи који регулишу заштиту потрошача и прописи који регулишу дуван и алкохол. Међутим, да ли су ово начини да се реши проблем НПС? Наше је мишљење да се применом наведених прописа може сузбијати коришћење НПС, јер држава треба свим расположивим средствима да се усмери против овог феномена. Исто важи за примену прописа који регулишу лекове, јер прописи који се односе на ову врсту производа су још строжи и предвиђају ригорозније контроле пре добијања дозволе за стављање у промет. Са друге стране, сматрамо да примена наведених прописа није решење проблема, већ само помоћно средство у сузбијању НПС. Трајно решење је инкриминисање НПС као опојних дрога и кажњавање учинилаца у складу са чланом 246 КЗ који прописује кривично дело неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога.[22] Само на тај начин ће се обезбедити кажњавање учинилаца у складу са тежином дела које су остварили и превентивно деловати на потенцијалне учиниоце да се уздрже од производње и стављања у промет НПС. Другим речима, кривично гоњење лица која стављају у промет НПС и њихова осуда је могућа применом прописа који регулишту храну, дуван, алкохол или лекове, али у том случају они би били осуђени за знатно лакша кривична дела. Можда је решење забрана промета НПС применом ових прописа, што би оставило довољно времена јавном тужилаштву и полицији да прикупе доказе ради осуде учиниоца за кривично дело из члана 246 КЗ. На тај начин би били искоришћени сви потенцијали државе у циљу сузбијања НПС. Према томе, само координацијом и умрежавањем свих заинтересованих кључних субјеката можемо се супротставити ширењу НПС на тржишту дрога.

III. ГЕНЕРИЧКЕ ЗАБРАНЕ НОВИХ ПСИХОАКТИВНИХ СУПСТАНЦИ

Европске државе реагују на појаву НПС још од краја 1998. године, али након неколико оцена ефикасности прописа који регулишу ову област, закључак је да није постигнут успех у сузбијању нових дрога.[23] Овде се може

[22] Кривични законик, (*Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016).

[23] Caroline Chatwin, „Assessing the „added value“ of European policy on new psychoactive substances”, *International Journal of Drug Policy*, 40/2017, 111.

поставити питање да ли је сврсисходније да стављање на списак забрањених психоактивних супстанци врши законодавац или надлежни органи који су део извршне власти. У нашој земљи министар здравља утврђује списак, на предлог Комисије коју образује Влада, а у чији састав улазе представници свих кључних субјеката у борби против дрога (представници министарства здравља, просвете, унутрашњих послова, одбране итд.).[24] Сматрамо да се на тај начин доприноси ефикасности, јер би надлежност законодавца у знатној мери продужило период реаговања на појаву нових дрога. Због константног ажурирања списка није нарушено начело законитости, јер се кривично гоне само они учиниоци који су производили или стављали у промет дрогу која је у време извршења кривичног дела била на списку психоактивних контролисаних супстанци. У Холандији и Немачкој министар забрањује стављање у промет и употребу одређене супстанце у периоду до 1 године, а уколико се у том периоду после спровођења прописане процедуре не донесе одлука о трајној забрани, престаје дејство привремене забране.[25]

С обзиром на начин реакције државе, постоје четири система који имају за циљ забрану производње и стављања у промет опојних дрога, укључујући НПС: 1. концепт који је заснован на списку забрањених психоактивних супстанци; 2. аналогни систем, према коме је забрањена свака супстанца која: а) има сличну хемијску структуру као већ забрањене супстанце; б) има сличан хемијски ефекат као већ забрањене супстанце;[26] 3. генерички модел, према коме се забрањују групе супстанци које су сличне хемијске структуре као већ забрањене дроге; 4. бланкетне забране којима се инкриминише снабдевање сваком опасном и штетном психоактивном супстанцом.[27]

Један од проблема регулисања НПС је поштовање принципа законитости – nullum crimen nulla poena sine lege. Према овом принципу, не постоји кривично дело и не може се казнити учинилац, уколико пре него што је учињено законом није било прописано као кривично дело и за које није била прописана казна.[28] Сврха начела законитости је да између осталог, обезбеди да грађани не буду кривично гоњени и кажњавани на основу неодређеног закона.[29] Доследна примена начела законитости је у области казненог права

---

[24] Члан 8. Закона о психоактивним контролисаним супстанцма, (*Сл. гласник РС*, бр. 99/2010).

[25] Brendan Hughes, Adam R. Winstock, „Controlling new drugs under marketing regulationsa“, *Addiction*, 11/2012, 1895.

[26] Brendan Hughes, Teodora Blidaru, „Legal Responses to New Psychoactive Substances in Europe“, EMCDDA, 2009, 6-7. Аутори наглашавају да је овде реч о сличном „хемијском ефекту“, а не „сличном фармаколошком“ или „сличном ефекту“; S. D. Brandt, L. A. King, M. Evans-Brown, 594.

[27] B. Hughes, A. R. Winstock, 1895.

[28] Зоран Стојановић, *Кривично право – општи део*, Београд 2011, 21.

[29] *Ibid*.

од великог значаја, јер спречава арбитрерност, док са друге стране, обезбеђује правну сигурност и једнакост грађана. Примена овог начела подразумева забрану аналогије у кривичном праву.[30] Спорно је да ли су аналогни и генерички концепти забране НПС у супротности са начелом законитости?

Примена начела законитости за кривична дела у вези са дрогама је у нашем кривичном законодавству обезбеђена прописивањем кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога из члана 246 КЗ.[31] Реч је о бланкетном кривичном делу, јер је појам опојних дрога које су обележје бића овог дела одређен у другим прописима. Такође, примена начела законитости је обезбеђена таксативним навођењем свих забрањених психоактивних супстанци у списку који утврђује министар здравља. У међународним конвенцијама из 1961. и 1971. године које регулишу ову материју, индивидуално се наводе врсте супстанци које спадају у групу забрањених.[32] Да ли је то једини начин да се не наруши начело законитости, посебно имајући у виду нове околности, односно НПС и изазове који се везују за нове дроге.

Од кључног значаја је шта се подразумева под појмовима „слична хемијска структура“ и „слични хемијски ефекти“. Наше је мишљење да одговор на ово питање зависи од начина на који се аналогни и генерички систем примењују. Уколико аналогни и генерички систем јасно утврђују супстанце чија је употреба забрањена јер имају психоактивно дејство, начело законитости није нарушено. Са друге стране, уколико су наведене формулације неодређене, тј. уколико постоји могућност широког тумачења појмова „слична хемијска структура“ и „слични хемијски ефекти“, начело законитости је нарушено.

Генерички модел је од посебног значаја, јер он представља покушај државе да буде корак испред дилера дрогом. Уместо да се неблаговремено реагује због трајања процедуре која је прописана у циљу стављања појединих супстанци на листу забрањених супстанци, генерички концепт подразумева забрану групе супстанци сличне структуре. На тај начин се унапред забрањују све супстанце које се могу појавити у будућности, под условом да су сличне структуре као већ забрањене дроге. Појава нових супстанци је могућа јер се у илегалним лабораторијама супстанцама које су већ забрањене додају хемијски супституити (нпр. метил, етил, фенил). Сврха генеричке забране је да сви хемиски супституити буду укључени у дефиницију забрањене

---

[30] Миодраг Н. Симовић, Владимир М. Симовић, „Појам и значење начела легалитета у кривичном праву“, Зборник радова: *Јавни и приватни аспекти нужних правних реформи у БиХ: Колико далеко можемо ићи?*, (ур. Мирела Чокић, Јасмина Алиходић), Тузла, 2014, 27.

[31] Кривични законик, (*Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016).

[32] Јединствена конвенција о опојним дрогама из 1961. године; Конвенција о психотропним супстанцма из 1971. године.

групе хемијских једињења, као и сви хемијски аналоги (хемијска једињења која имају сличну структуру као забрањене супстанце, али се разликују од њих у погледу појединих компоненти).[33] У великом броју европских земаља генеричке забране већ постоје и усмерене су између осталог, против синтетичких канабиноида (Ирска, Велика Британија, Аустрија, Италија, Норвешка, Кипар, Луксембург, Пољска, Белгија, Мађарска, Бугарска, Летонија, Малта, Литванија).[34] У Јапану је 2015. године инкриминисано укупно 1437 супстанци, али су само 173 супстанце индивидуално забрањене стављањем на списак контролисаних супстанци. Остале супстанце су забрањене применом генеричког концепта.[35]

Генерички приступ решавања проблема је успешан у погледу једноставних једињења (нпр. азотни оксиди и никотини), јер је број њихових хемијских аналога ограничен (30 до 40 аналога), али се доводи у питање код сложених једињења која могу имати неколико стотина аналога.[36] Посебан проблем је то што одређен број хемијских аналога може имати другачије дејство од забрањене супстанце, јер је њихово дејство засновано на принципу закључавања: супстанца (кључ) има одређено дејство, само уколико у потпуности одговара рецептору (брави).[37] Произлази да неки од аналога могу имати фармаколошки ефекат јер упркос променама у структури одговарају рецепторима, док други немају дејство које има забрањена супстанца. То значи да генеричке забране могу обухватати супстанце које немају психоактивно дејство (нпр. бупропион је лек чија је сврха престанак пушења).

С обзиром да генеричке забране постоје већ годинама у појединим земљама, може се поставити питање њихове ефикасности. У вези са тим, истиче се да генеричке забране у Великој Британији нису успешно сузбиле кривична дела у вези са НПС у 2010. години.[38]

Синтетички канабиноиди имају веома разноврсну хемијску структуру. У овом раду већ поменути „Спаис“ је аналог канабиса (ТХЦ). Неки од њих (JWH-018, JWH-250, CP-59,540, CP-47,497) имају дејство слично ТХЦ-у, иако им је хемијска структура различита.[39]Сходно томе, генеричке забране не би обухватиле ове синтетичке канабиноиде, јер се односе само на супстанце које су сличне хемијске структуре као оне које су већ забрањене. Њих треба ставити на листу забрањених психоактивнх супстанци, независно од гене-

[33] J. Amsterdam, D. Nutt, W. Brink, 319.

[34] Responding to new psychoactive substances. Briefing of the European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, Drugs in focus, 2011, 2.

[35] Ruri Kikura-Hanajiri, „New Designer Drugs in Japan“, *Neuropathology of Drug Addictions and Substance Misuse*, 2/2016, 1056.

[36] J. Amsterdam, D. Nutt, W. Brink, 319.

[37] *Ibid*.

[38] B. Hughes, A. R. Winstock, 1895.

[39] J. Amsterdam, D. Nutt, W. Brink, 320.

ричких забрана. Осим тога, неки од канабиноида (CBD) имају хемијску структуру која је слична ТХЦ-у, али је његово дејство различито од дејства ТХЦ-а.[40] То значи да се генеричким забранама могу неоправдано инкриминисати одређене супстанце. Другим речима, генеричке забране нису у потпуности ефикасан начин супротстављања НПС.

Генеричке забране могу значајно успорити и ограничити медицинска истраживања која имају за циљ проналазак нових лекова. На пример, истраживања су показала да одређени психоделици (псилоцибин) имају значајно позитивно дејство као лекови против депресије и анксиозности. Печурке које садрже псилоцибин су вековима коришћене за лечење, али су клиничка испитивања извршена последњих година доказала позитиван ефекат овог лека.[41] Слично томе, кетамин је анестетик који се користи за лечење депресије, али је истовремено популарна и веома штетна дрога која проузрокује когнитивна оштећења и смртоносне последице у најтежим случајевима тровања.[42] Уколико би генеричком забраном инкриминисали групу аналога кетамина, то би без сумње имало негативне ефекте на медицинска истраживања овог лека. Са друге стране, уколико би покушали да изолујемо и инкриминишемо само оне аналоге кетамина који су штетни, такво поступање би захтевало време које је у борби против НПС веома дефицитаран ресурс.

Спорне су генеричке забране које би биле засноване на фармаколошким ефектима одређене групе супстанци. Разлог је чињеница да хемијске супстанце по правилу имају сложено фармаколошко дејство које подразумева главни ефекат, али и споредне ефекте (еуфорија, седација, агресија, малаксалост итд.). Посебан проблем је што поједине супстанце различито делују на различите типове људи: веома импулсивне особе након узимања модафинила постају мање импулсивне. Са друге стране, код особа са ниском импулсивношћу овај стимуланс проузрокује повишену импулсивност.[43] Узгред речено, у овој студији је истраживан утицај модафинила на смањење импулсивности код патолошких коцкара.

Према томе, фармаколошки ефекат се не може користити као поуздан критеријум забране одређене групе супстанци. Неодређен је појам психотропног ефекта и то не доприноси ефикасности генеричких забрана које би

---

[40] Alexandre Rafael de Mello Schier *et al*., „Cannabidiol, a Cannabis sativa constituent, as an anxiolytic drug", *Revista Brasileira de Psiquiatria*, 34/2012, 105; Antonio Waldo Zuardi *et al*., „A Critical Review of the Antipsychotic Effects of Cannabidiol: 30 Years of a Translational Investigation", *Current Pharmaceutical Design*, 18/2012, 5131.

[41] Robin L. Carhart-Harris *et al*., „Psilocybin with psychological support for treatment-resistant depression: an open-label feasibility study", *The Lancet Psychiatry*, 3/2016, 619.

[42] J. Amsterdam, D. Nutt, W. Brink, 320.

[43] Martin Zack, Constantine X. Poulos, „Effects of the atypical stimulant modafinil on a brief gambling episode in pathological gamblers with high vs. low impulsivity", *Journal of Psychopharmacology*, 6/2009, 668.

биле засноване на њему; различите дозе супстанци проузрокују различите ефекте; како разликовати субјективне ефекте као што су еуфорија од „опуштености“.[44]

У Јапану се примењује генерички концепт забране НПС. Истраживања су показала да је применом овог модела на тржишту дрога драстично смањен промет одређених психоактивних супстанци (нпр. нафтоилиндоли – врста синтетичких канабиноида и катинони). Међутим, појавиле су се друге супстанце са психоактивним ефектима, које нису обухваћене генеричком забраном (нпр. индолил и индазол).[45] Према томе, искуство ове земље потврђује оно што је у овом раду већ речено: генеричким забранама постиже се одређен успех у борби против НПС, али оне нису у потпуности ефикасан начин супротстављања новим дрогама.

IV. ЗАКЉУЧАК

НПС представљају озбиљну претњу здрављу и безбедности људи. Употреба нових дрога је сама по себи штетна за здравље. На пример, „Спаис“ доводи до оштећења коже, негативно утиче на рад срца и бубрега, има штетне неуролошке и психијатријске ефекте (инсомнија, поспаност, хипертоничност итд.).[46] Осим тога, НПС по правилу имају капацитет да проузрокују зависност корисника. Престанак употребе „Спаиса“ изазвао је код пацијената бројне психофизичке поремећаје (анксиозност, мучнину, грчење мишића, немир, ноћне море, тахикардију, хипертензију итд.).[47] Жртве нису само лица која конзумирају дроге, јер НПС проузрокују индиректну штету породицама корисника и друштву. На пример, чланови породице корисника могу бити изложени физичком и психичком насиљу које је последица употребе нових дрога.[48]

Нове дроге су производ модерног доба и глобализације. Интернет је омогућио дилерима маркетинг и продају, док је произвођачима НПС олакшао приступ информацијама о хемијским процесима који имају за циљ креирање нових дрога.[49] Такође, интернет се користи као средство за размену инфор-

---

[44] J. Amsterdam, D. Nutt, W. Brink, 320.

[45] R. Kikura-Hanajiri, 1059-1960.

[46] Laurent Karila *et al*., „The Synthetic Cannabinoids Phenomenon”, *Current Pharmaceutical Design*, 22/2016, 3.

[47] *Ibid*.

[48] Љубомир С. Стајић, „Одговор државе на насиље у породици“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2017, 659.

[49] Paul Griffiths, Michael Evans-Brown, Roumen Sedefov, „Getting up to speed with the public health and regulatory challenges posed by new psychoactive substances in the information

мација између корисника нових дрога (квалитет дроге, начини куповине, сигурност итд.)[50]

Неспорно је да се правно регулисање НПС своди на њихову инкриминацију, иако не треба занемарити алтернативне начине регулисања овог феномена, који су у овом раду размотрени. Проблем је што је на једној страни због природе и брзине појављивања нових дрога неопходна брза реакција надлежних државни органа, док је са друге стране, веома компликован процес праћења, анализе и на крају стављања на списак контролисаних супстанци. Генерички модел забране појединих група психоактивних супстанци је прекинуо игру мачке и миша између државних органа и дилера дроге, у којој су увек предност имали дилери дроге. Генеричким забранама се инкриминишу и оне супстанце које се још увек нису појавиле на тржишту дрога, уколико су сличне хемијске структуре као психоактивне супстанце које су већ на списку контролисаних супстанци.

Недостатак генеричких забрана је обим њихове примене. Овај концепт је успешан у погледу једноставних хемијских једињења, код којих је број аналога ограничен на неколико десетина. Међутим, велики број хемијских једињења може имати неколико стотина аналога, што ефикасност генеричких забрана доводи у питање. Осим тога, постоји могућност да због разноврсности и бројности супстанци које имају психоактивно дејство, генеричким забранама буду обухваћене супстанце које немају психоактивно дејство. То може имати за последицу осуду лица због производње или стављања у промет опојних дрога, иако је објект радње учиниоца супстанца која нема психоактивно дејство.

Спорно је да ли генеричке забране нарушавају једно од основних начела кривичног права – начело законитости. Наше је мишљење да одговор на ово питање зависи од начина на који су генеричке забране прописане у појединим земљама. Ради заштите начела законитости, појмови као што је на пример „слична хемијска структура“ морају бити прецизно одређени. У супротном, генеричким забранама ће бити омогућено широко тумачење, што ће водити правној несигурности која је у материји кривичног права неприхватљива. Посебан проблем је што је за прецизно прописане генеричке забране потребно време, које је ограничен ресурс у борби против НПС, што је у овом раду детаљно образложено.

---

age”, *Addiction*, 108/2013, 1701; Toby Seddon, “Drug policy and global regulatory capitalism: The case of new psychoactive substances (NPS)”, *International Journal of Drug Policy*, 25/2014, 1022.

[50] Marie Claire Van Hout, Tim Bingham, „„Silk road”, the virtual drug marketplace: A single case study of user experiences”, *International Journal of Drug Policy*, 5/2013, 385.

Radosav S. Risimović, Ph.D., Associate Professor
University of Criminal Investigation and Police Studies
Belgrade
radosav.risimovic@kpu.edu.rs

Generic Bans of New Psychoactive Substances

***Abstract**: New psychoactive substances attract attention of the researchers for more than ten years. Their appearance and increasing presence in the drug market require an adequate response from all responsible state authorities. Special problem is the legal regulation of new drugs, which will be explained in detail in the article. In the introduction, we will consider the concept of NPS, the risks for health and reasons for NPS popularity among drug users. Part of the work refers to alternative ways of regulating NPS. Special attention will be given to generic NPS bans. We will try to answer the question what are the advantages and disadvantages of the generic concept of new drugs ban.*

***Keywords**: new psychoactive substances, generic bans, „Spice", cannabinoids.*

Датум пријема рада: 31.01.2019.

Прегледни чланак 314.15:342.7(37+497.11)
doi:10.5937/zrpfns52-19604

Др Наташа Љ. Деретић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
N.Deretic@pf.uns.ac.rs

РИМСКО *IUS LIBERORUM* У КОНТЕКСТУ ДАНАШЊЕ ПОПУЛАЦИОНЕ ПОЛИТИКЕ ДРЖАВЕ СРБИЈЕ[1]

Сажетак: *Право по основу деце (ius liberorum) које подразумева обавезу рађања у браку, склопљеном по правним прописима – први пут је дефинисано у време владавине императора Августа. Он доноси „кадукарне законе“ као специфичан одговор римске државе на свеопште опадање морала и породичних вредности у Риму. Крајњи циљ „кадукарних закона“ императора Августа је био демографски и исти се није могао постићи без доношења низа норми, које су залазиле у бројне домене права и живота, ограничавајући личну слободу појединца у интересу виших циљева.*

„Право по основу деце“ бар као идеја, надживело је Римску империју, доживљавајући различите трансформације. И поред тога, што је ово право било формално укинуто у време владавине Константина, имало је утицаја на правни и друштвени живот каснијих европских држава. И Влада Републике Србије, преко свог надлежног министарства се определила за мере подстицања рађања деце и одговарајућих привилегија мајкама и породицама са више деце. Тиме би требало да се ублажи демографски проблем у држави Србији. У овим мерама се може наћи линија повезивања са римским ius liberorum јер крајњи циљ и кадукарних закона био је демографски. Данас је заузет веома флексибилан став у погледу прописа којима се ограничавају личне слободе појединаца зарад виших интереса (опстанка државе). То и не треба да чуди када се зна да право родитеља по основу рођења детета, данас има различиту конотацију. Уместо назива „право по основу деце“, данас се то назива „надокнадом“ која припада родитељима који се одлуче за потомство. Надокнаду даје држава, којој је у интересу да рађање деце, доведе до заустављања негативних демографских трендова у држави Србији.

[1] Рад је посвећен Пројекту „*Биомедицина и заштита животне средине*“ који финансира Министарство Републике Србије

Нема само назив ius liberorum другачију конотацију већ се данас и појам „родитеља“ разликује. У римском друштву родитељ је могао бити само отац, док се данас тај појам тиче оба родитеља, како оца, тако и мајке. Отишло се даље, па тако данас „родитељи“ могу бити како два мушкарца (којима ће дете родити „сурогат“ мајка) тако и две жене (од којих ће се једна одлучити за вантелесну оплодњу како би родила дете).

***Кључне речи**: деца, опстанак државе, виши циљ, привилегије, лична слобода, стопа наталитета.*

УВОД

Опште је познато да је од најранијих дана људске историје, породица темељ сваког друштва, чију стабилност чине деца (рођена у тој породици или усвојена); у њиховом подизању налази се темељ материјлне и моралне трајности државе. У супротном, прети изумирање како породице, тако и саме државе у целини. Да су брачна деца доносила Римљанима многобројне погодности и привилегије, доказује управо римска установа *ius liberorum*, као скуп привилегија за родитеље по основу деце. Корене овог права налазимо још у првим данима ступања Римљана на историјску позорницу (у време краљева), али је оно први пут јасно дефинисано у принципату, кроз тзв. „кадукарно законодавство“ императора Августа. Август је, као мудар владар, добро знао да је породица са децом стуб сваког друштва и да треба наћи начина, па ако треба и натерати појединце да нешто учине за општу ствар – за очување и просперитет римске државе. Имати што више деце значило је богатство једне државе – јер је то било у складу са *virtus* (врлином) на који се гледало као најбитнији основ римског друштва у стварању и трајању Римске империје. „*Virtus aeterna in tempora durat* – врлина вечито траје“ говорили су стари Римљани, док су „нови“ Римљани из времена Августа говорили „*Virtus post nummos* – паре па врлина“. Да би спасио породични морал који је био поражен новим погледима на живот, Август је законским путем санкционисао целибат (неженство) и бракове без деце (*orbi*) који су у време његове владавине, све бројнији.

Последњих година се и Република Србија озбиљно суочава са драматичном демографском сликом где је стопа смртности већа од стопе рађања. Флагрантна депопулизација земље (смањење становништва) озбиљно прети да угрози опстанак наше државе која је иначе у зачељу европских држава по броју рођене деце; постајемо старачко друштво. Поред ниске стопе наталитета, сведоци смо и високе стопе исељавања младих људи, без којих нема повећања наталитета.

1. ПОПУЛАЦИОНА ПОЛИТИКА РИМСКЕ ДРЖАВЕ

У време када је римска држава била у настајању, због економског напретка државе, а и касније, када је римска држава била у највећем успону, дуго није било никоме допуштено да се одрекне исконске обавезе да има децу и да се ожени. Римљани су од најранијих дана штитили дете још док је у мајчиној утроби о чему сведочи посебан старатељ (*curator ventris*).[2] Имати што више деце значило је богатство римске државе. Такво понашање је омогућило Римљанима да од малог броја на почетку – негујући брак и рађајући децу – бројчано надмаше све тадашње народе." Има података да је Рим у време *pax romana* био бројчано, први прави велеград у историји (имао је близу милион становника) и ниједан други град задуго није могао да му конкурише (осим Константинопоља, који је производ исте цивилизације). Лондон ће тек 1811. године имати милион и триста хиљада становника".[3] Та ситуација ће се драстично променити услед политичке и економске кризе која је захватила римску државу и која ће довести до коначне пропасти римске државе.[4]

1.1. Популациона политика Рима у периоду краљевства

У периоду који познаје облик организовања људи кроз генс, временом ће се догодити да генс као производна и политичка зајединица почиње да губи на важности. Распадом генса настаје консорцијум као породична задруга старог римског друштва који се јавља у два облика: најпре као породична заједница агната, а потом као породична заједница крвних сродника као производна јединица, с приватном својином над средствима за производњу. С обзиром да је имовина редовни пратилац породице, требало је обезбедити субјекат који ће продужити име породице и сачувати њену имовину. Посебно, због паганског веровања да је велика несрећа за једну породицу уколико би иста изумрла. Иако у Улпијановим Регулама стоји начелни став да су старешине својих породица како „отац породице, тако и мајка породице",[5] појам „родитеља" (*parens*) дуго се у римској историји односио само на претка мушког потомка (отац, деда, прадеда), из разлога што су само они могли стајати на чело породице, тј. само су они могли имати улогу *pater familias*-а, који има очинску власт (*patria potestas*). У римском патријархалном друштву,

---

[2] Мирослав Милошевић, *Римско право,* Београд 2005, 85.

[3] Обрад Станојевић, *Римско право*, Београд 2007, 69.

[4] „Вид." Наташа Деретић", „Кратак осврт на решавање демографских проблема у Римској држави", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2009, 413-435.

[5] *Ulpianus Reg.* IV,1: Sui iuris sunt familiarum suarum, id est pater familiae, itemquae mater familiae. „Нав. према": *Књига Регула*, превод А. Ромац, 1987,31.

мајка није имала статус родитеља, иако је важило правило да је „мајку увек могуће поуздано утврдити“,[6] за разлику од оца за кога су биле предвиђене само неке претпоставке, као што је она, да се свако дете које је родила удата жена сматра сином или кћерком њеног мужа, док се не докаже супротно – „отац је онај на кога указује брак“.[7]

Од најранијих дана у римском друштву обичај је био да се недостатак природне регенерације једне породице, којој прети изумирање, надокнади вештачком регенерацијом – усвојењем. Тим путем се установљавала очинска власт како над страним лицем (над туђим дететом) што се звало *adoptio*, тако и над особом која је лице свог права (*adrogatio*). Колики је значај придаван усвојењу јасно је из праксе да је о томе консултована шира друштвена заједница (скупштина), а не само породица; усвојење је дозвољавано само ономе ко није имао брачних потомака и ко их с обзиром на године старости, вероватно више није ни могао добити.

У периоду краљевства, питања из породичног права регулисана су поред обичаја и тзв. „краљевским законима“. О томе нам пружа доказ Дионисије који говорећи о Ромуловим законима каже: „Ромул је оцу предао потпуну власт над сином и то доживотно; „право живота и смрти“ (*ius vitae ac necis*) допуштало му је да сина баци у тамницу, да га избаци из породице, да га везаног принуди на пољопривредне радове или да га убије...Такође је оцу било допуштено да прода сина...шта више, отац је све до треће продаје стицао све оно што би син зарадио...после треће продаје син се ослобађао оца.“[8] Ромулу се такође приписује још једна одредба из краљевских закона која се тиче прихватања и излагања тек рођене деце. Тако је отац породице (*pater familias*) по свом нахођењу одлучивао да ли ће признати децу коју му је његова жена, или жене његових синова родила, или ће их изложити ван куће (на форуму), препуштајући их ономе ко жели да их узме.[9] Излажући их ван куће, осуђивао их је на смрт или у најбољем случају, на ропство.[10] Временом је очинска власт ипак сведена у неке оквире, тако што је Ромул одредио да је отац дужан да прихвати сву мушко рођену децу и прворођену кћи, изузев „наказне деце“.[11] На крају је родитељско право потпуно кориговано у смислу да је отац породице морао да прихвати сву децу рођену у његовој породици чиме је коначно ограничена евентуална самовоља оца. Да је и држава била

---

[6] D. 2,4,5.: *„... mater semper certa est“*.

[7] D. 2,4,5... „*pater vero is est quem nuptiae demostrant* „

[8] Dionisiys, *Antiquitates Romane II*, 26,27.

[9] „Вид.“ Наташа Деретић, „Да ли је право излагања и продаје деце (ius exponendi) ванвременска категорија“. *Зборник радова Правног факултета у Косовској Митровици*, 2015, 475-486.

[10] Пјер Гримал, *Римска цивилизација*, Београд 1969, 109.

[11] Dionisius, II, 15, 2.

заинтересована за мушко потомство, гледајући у њима ратнике, доказ је и одредба, наводно донета у време краља Тула Хостилија**,** „којом се пружа државна помоћ оцу коме се роде три сина: помоћ се огледала у томе што је таквом оцу из јавних средстава издавана хранарина све до пунолетства деце“.[12]

1.2. Популациона политика Рима у периоду републике

Време републике, романисти уобичајено описују као период од пет векова у коме су се десиле најдубље промене у територији, друштвеној структури, државном уређењу, привреди и посебно моралу тадашњег друштва.[13] После великог територијалног ширења и унутрашњих сукоба, напушта се полако стара структура власти наслеђена из времена када је Рим био само *polis* (град). Политичари с почетка републике су били „Римљани старог кова, конзервативних погледа и строгих моралних начела“.[14] Они о држави брину као о својој породици. Заснивали су породице са честитим и моралним женама о чему сведоче записи о њиховим супругама, типа жене као Корнелија, мајка браће Граха, која када је трговац покушао да јој прода драго камење, показала на своје синове и рекла: „ово су моји драгуљи“. Таква честитост и морални живот угледних људи постаће од правила – изузетак, како је одмицао период републике. Римско друштво ће све више постајати корумпирано друштво.[15] Корупција је захватила све поре друштва, чиме су доведене у питање темељне вредности старог римског друштва.[16] Римско друштво доживљава корените промене и веома динамичне преображаје не само у економској, већ и у широј друштвеној структури; то је између осталог имало за последицу и промењене односе у породици. Уместо старог патријархалног начина живота, где се држало до „образа и части“ на сцену полако ступају друге вредности.

Временом се напушта старо поимање породице, која треба да буде стуб сваког друштва и у којој је требало да буде што више деце, јер су деца богатство једне државе. Сада се богатство тражи у материјалним стварима; оне чине људе моћним и утицајним, а не деца. Првобитна искључива и доминантна улога шефа породице према свим члановима своје породице, па и деци, временом се свела на равноправан, толерантан и изнад свега моралан однос. Слабљење власти шефа породице током републике, имало је за последицу

[12] Анте Ромац, *Извори римског права*, Загреб 1973, 14: Dionisiys, 3, 22, 10: *Lex lata est... iubens si cui trigemnini nascerentur filii, ei de publico alimenta ad pubertatem usque suppeditari.*

[13] О. Станојевић, 39.

[14] Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, Београд 1984, 560.

[15] „Вид.“ Наташа Деретић, „Суптилна и неодољива примамљивост корупције у политичким круговима Рима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2017, 767-790.

[16] Reinhard Cimmermann (Цимерман), *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilan Traditions*, Oxford – Kape Town 1995, 651.

да је најпре било ограничено право на одбацивање новорођенчади, да би на крају било и укинуто. Водило се рачуна и о томе да ли се дете родило у брачној заједници или у ванбрачној. Тако, закон не признаје да је дете зачето у законитом браку уколико се роди у једанаестом месецу након смрти свог оца, јер Закон XII таблица у ставу 4. стриктно прописује да се дете може родити у десетом али не у једанаестом месецу после мужевљеве смрти. Тиме се на њега није могло применити начело: „*Infans conceptus pro iam nato habetur*“, установа „зачетог, а нерођеног детета“ које се имало сматрати рођеним уколико се роди у десетом месецу после смрти оца.

1.3. Популациона политика Рима у принципату

Након дугогодишњих грађанских ратова с императором Августом отпочиње „период унутрашњег мира и просперитета“ („pax romana“ – римски мир у трајању од два века); то је период у знаку привредног и културног напретка. У време када Римљани постају господари света, дешавају се значајне промене у укупним друштвеним односима. Од града државе (полиса) створено је царство. Процес гомилања великог богатства и великог броја робова у рукама појединаца, започет крајем републике, окончан је у принципату. Породице се све више богате; прихватају се нови обичаји који ће временом потпуно заменити старе обичаје; нове навике све више воде у разват и неморал. Слаби породична чврстина и строгост породичног морала. Стара религија губи утицај, рађају се нови погледи на свет који је изнедрио до тада непознату религију која је била нова и није још загосподарила светом – хришћанство.

Римско становништво је у време Августа преполовљено, не само због минулог грађанског рата већ и због економске кризе. Људи су се нерадо одлучивали на заснивање породице, лишавали се свесно потомства, а тиме онемогућавали природну регенерацију друштва. „Читави делови Царства, нарочито они изложени упадима непријатеља су опустели. Опадање броја становника више је погодило град него село. Археолози су открили да су крајем трећег века неки градови спали на територију која није износила ни десети део некадашњег градског подручја.“[17] Посебно су биле угрожене породице најбогатијих Римљана, слободно рођених, који су плашећи се за своје богатство, нерадо закључивали бракове и тако остајали без легитимних наследника. Из тих виших слојева римског друштва регрутован је владајући кадар, помоћу кога је император Август обезбеђивао доминацију „чистокрвних“ Римљана над конгломератом различитих народа који су ушли у састав Римског царства. Управо тој Августовој „узданици“ претило је изумирање. Држава, односно император Август је приморан да интервенише јер се сма-

[17] О. Станојевић, 88.

трало да јавне послове не могу достојно обављати „морално пропала и окаљана лица“, а таква су она лица која се нису могла назвати нечијим мужем или оцем.[18] Август доноси законе којима је хтео да подстакне имућне становнике Рима на склапање бракова и рађање деце. То су тзв. „кадукарни закони“ у који улазе: *Lex Iulia de adulteriis* – Закон о прељуби*; Lex Iulia et Papia Poppaea* – Закон о рађању потомства и *Lex Iulia de maritandis ordinibus* који се бави превасходно браком. Август је тако законским путем санкционисао целибат (неженство) и бракове без деце (*orbi*) који су све више узимали маха. Доношењем наведених закона превасходно се желело подизање угледа и достојанства брака, па је у том смислу проглашено закључење брака за примарну обавезу сваког Римљанина из виших слојева друштва. Желео се морални препород друштва, али „римској морално пропалој и телесно деградираној нацији више није било лека“.[19]

Законом *Lex Iulia et Papia Poppaea*, Август је желео да повећа број брачне деце, али не број брачне деце „обичних смртника“ већ брачне деце припадника највиших слојева римског друштва. Зато њима упућује прекоре; без милости и сажаљења позива се на њихов недостатак патриотизма и њихов егоизам, тражећи чак да уколико не промене своје понашање, буду подведени под иста правила која важе за Весталке. Када апеловање на разум и срца богатих Римљана није уродило плодом, Август је законским путем наметнуо закључење брака и рађање легитимних наследника у што већем броју. Свестан да ће бити изигравања закона, фаворизовао је потказиваче, обећавајући им високе награде По тврђењу Тацита, ти нови чувари закона „потказивачи“, ревносно су пријављивали имања власника без наследника, имања људи који нису имали права родитеља зато што су остали без деце, тако да су многи имућни Римљани у Риму и у Италији, својим имањем платили њихову похлепу.[20]

Колико је Август био окупиран идејом да натера Римљане да се повинују одредбама наведеног закона, можда најсликовитије показује пример који је од Касија преузео историчар Омо. Император Август је у једном од својих говора на Форуму, окупљене Римљане претходно поделио на две групе: малобројне очеве породица с једне, и нежење у импозантном броју, с друге стране. Након хвалоспева очевима фамилија што су се покорили његовим законима и што су „увећали домовину нараштајем грађана, чиме су осигурали Римљанима дуги низ потомака“, обратио се прекорним речима, другој групи окупљених грађана: „Осећам чудну неугодност према вама које не

[18] Глигорије Гершић, *Систем римскога приватнога права*, Београд 1882, 214.

[19] Драгољуб Аранђеловић, *Расправе из приватног права – Један римски закон против матори́х момака*, Београд 1913, 159.

[20] Тацит, Анали, III, 28. (Publije Cornelije Tacit, *Ab excessu divi Augusti – Annales*), Превод, Љ. Црепајац, Београд, 1970).

знам како да назовем. Људи? Ви не чините ниједно људско дело. Грађани? Уколико би то било вама препуштено, ви би сте град оставили да пропадне. Римљани? Ви што се трудите да то уништите. Али ко год ви били, какво год било име којим бисте хтели да будете названи, мени се неће смањити једно изузетно осећање.. „.[21]

То задирање у личне слободе појединаца, наишло је на велики отпор. Владајући слој римског друштва тога доба није био дорастао задатку који је пред њим постављен. Сувише су били окренути себи и својим личним задовољствима, да би размишљали о општем интересу. Нова генерација Римљана битно се разликовала од Римљана из времена Републике који су суштину брака видели у потомству. Да је тако, јасно произилази из одговора римског грађанина који на питање цензора при закључењу брака, одговара „*Uxorem ne liberorum procreandorum habes*“ – женим се да бих имао деце; тек након добијања потврдног одговора, цензор је признавао брак легитимним (*matrimonium iustum*).[22]

Иако постоји од најранијих дана, „први пут на изричит законски начин, у интересу одржавања друштва, дефинише се *ius liberorum* (право по основу деце) које подразумева рађање деце у браку склопљеном према прописима закона“.[23] Очито је, да је циљ ове установе повећање наталитета уз фаворизовање законите заједнице. Ванбрачна заједница (*concubinat*), иако толерисана, није омогућавала ванбрачној деци да утичу на статус родитеља; само су изузетно мајци, уколико је спадала у категорију „часних“ либертинки (ослобођеница), која је била конкубина патрона, признаван *ius liberorum*. Ослобођеник Латин је могао да стекне римско грађанство, уколико би, уз друге услове доказао да се оженио ради деце и докаже пред патроном или управником провинције да има дете од године дана старости.[24]

Право по основу деце (*ius liberorum*) се у римској држави могло стећи, али је могло бити и додељено заслужним појединцима, од стране сената или императора. Са праксом доделе *ius liberorum*-а почело се већ у доба Августа. Стицање и додела *ius liberorum*-а је представљало изузетно велику привилегију из разлога што су права која су се стицала по основу родитељства, односно, по основу потомства, имала одраз на неколико области. У области *туторства* – с обзиром да је жена након пунолетства и даље била под туторством (*tutela mulierum*), од ње се захтевало да има децу како би била ослобођена од туторства.[25] Да би стекла ову привилегију слободно рођена жена

---

[21] „Нав. према“. Leon Homo (Омо), *Problems sociax de Judis ed d'a prezent*, Париз 1922, 250.

[22] Гај Светоније Транквил, *Дванаест римских царева – Јулије Цезар*, Београд 2003, 52.

[23] „Вид“. Мила Јовановић, *Августово брачно законодавство (кадукарни закони),* необјављена докторска дисертација, Београд, 1994.

[24] *Gaius*, *Inst*. I, 29.

[25] *Gaius*, *Inst*. I, 145.

(*ingenua*) морала је да роди троје деце, а ослобођеница (*libertina*) четворо деце.[26]

У области *наслеђивања* – као награду за ожењене људе и за очеве фамилија, *Lex Iulia et Papia Poppaea* је одредио да све што је у једном тестаменту завештано неожењеним и неудатим лицима – припада у тестаменту споменутим наследницима или легатарима који имају децу; а ако таквих нема, онда држави.[27] У погледу међусобног наслеђивања супружника, Улпијан у *Регулама* наводи да је једно заједничко дете било довољно супружницима за стицање пуне *capacitas* у међусобним односима.[28] Супружници који нису имали деце, могли су да наследе само половину наслеђа. У периоду принципата, мајке којима је било признато *ius liberorum*, нису само ослобађане туторства, већ су стицале и могућноост да наследе своју децу.[29]

И у области обављања државних функција – *ius liberorum* је био од значаја јер је омогућавао мушкарцима заузимање највиших јавних функција. Ко ће бити конзул или гувернер провинције, није зависило само од тога ко је старији или чувенији по пореклу, већ и од тога да ли спада у категорију *patres*; да ли је потенцијални претендент на високу функцију ожењен и има брачну децу. Многи римски писци, међу њима и Светоније, пружају доказе о томе да је Август очеве породица често хвалио и новчано награђивао.[30] При томе, предност су имали они са више деце над кандидатима са мањим бројем деце; односно, предност је давана оном са једним дететом од оног ко деце уопште нема.[31] Да се није увек тражио услов – већи број деце, може нам као доказ послужити често цитирана Гајева реченица: „да није без деце (*sine liberis*) онај ко једног сина или кћер има“.[32]

Отац са *ius liberorum* по Августовом брачном законодавству, могао се ослободити неких јавних обавеза (*excusatio*), укључивши и обављање туторства. Тако, римски грађанин који је живео у Риму, уколико је имао троје деце, ослобађан је од тзв. *munera publica* (јавне дужности да буде тутор); ако је живео у Италији или провинцији требало је да има четворо деце.[33]

---

[26] *Paulus, Sent.* 4, 9, 1

[27] Д. Аранђеловић, 157.

[28] *Ulpianus*, *Reg.* 16, 1a.

[29] У време владавине Хадријана донет је *Senatus consultum Tartulianum* који представља почетак реформи *ius liberorum*-а. Тиме је измењено дотадашње правило да је мајка могла да наследи своју децу само ако је између њих постојала агнатска веза, тј. ако су били подређени једној очинској власти. Јустинијан је на крају укинуо услов да мајка мора да има *ius liberorum* да би наследила своју децу. „Нав. према“. А. Ромац, *Речник римског права,* Загреб 1975, 507.

[30] Светоније, *Август,* 46.

[31] Гај Плиније Млађи, *Писма* (превод: А. Вилхар, Београд 1982, VII, 16).

[32] D. 59, 16, 148.

[33] А. Ромац, 507.

Ius liberorum као скуп привилегија могао је бити додељен и некоме ко нема деце или их нема у довољном броју (троје, односно четворо).[34] Прва особа којој је било дозвољено то право, претпоставља се, била је управо Августова супруга, Ливија која није имала са њим деце.[35] Сенат јој је доделио поменуто право не само због тога што су је уважавали, већ према неким тврдњама, више из жеље да се додворе Августу.

Августов наследник Тиберије (14-37. год. н.е.) видевши да су „поткази-вачи" из времена Августа право зло за државу, одлучује се да коцком изабере пет бивших конзула и исто толико цензора, са задатком да спрече исфорсирану примену закона. Уноси неке новине, али по тврђењу Тацита, Тиберије прекида са Августовом праксом помагања очева се више деце, који су му се обраћали за помоћ.[36] Као пример да је касније опет додељиван *ius liberorum*, у изворима се наводи Клаудијево награђивање жена које су градиле бродове; њима је додељивано поменуто право независно од тога да ли су удате или не.[37] Након владавине Клаудија нема поузданих података о индивидуалном додељивању *ius liberorum*-а. Плиније Млађи сведочи о доделі *ius liberorum*-а у доба владавине Трајана (98-17. год. н.е.). Као пример, да је привилегија права родитеља са троје деце (која је била основ за додељивање високих државних функција) могла бити и додељена, може да послужи и пракса цара Трајана: он је то право доделио Плинију Млађем и Светонију Транквилу који су заузимали високе положаје у држави.[38] У време владавине Хадријана (117-138. год. н. е.) донета је конституција (*SC Tertulianum*) којом се жени допушта, да под одређеним условима, уколико има троје, или четворо деце, може да буде интестатски наследник својој деци. Паул у вези са овим сенатским мишљењем каже да „*ius liberorum* има мајка која троје деце има, или их је имала, као и она која нити их је имала нити их има; има их ако су деца жива, нема их ако их је изгубила; а нема их нити их је имала она која је царском милошћу поменуто право стекла".[39]

---

[34] Dion Cassius, *Historia Romanum,* 55,2,5-6. – пружа податке из којих произилази да се *ius liberorum* могао доделити и мушкарцима и женама, појединoм лицу или групи лица, трајно или привремено, милошћу (*in via gratiosa*) сената, односно императора.

[35] Ливија је имала два сина из претходног брака; са Августом није имала деце (ако се изузме њихово заједничко дете које је рано умрло). Август је из претходног брака (са Скрибонијом) имао само једно дете, Јулију, коју је удавао три пута и при томе усвајао унуке. Август је уз једну законити кћер имао и два усвојеника, Гаја и Луција (децу Јулије и Агрипе). Тиме је био испуњен формални услов да има троје деце да би био на власти. Иако је то било без значаја с обзиром да је император био изнад закона. „Нав. према". Светоније, Август, 63.

[36] Тацит, *Анали*, III, 28.

[37] Светоније, *Клаудије*, 19.

[38] Плиније Млађи, *Писма,* 2,13,8.

[39] *Paulus, Sent*. 4,9,9.

1.4. Популациона политика Рима у доминату

Идеја „права по основу деце“ доживљава различиту трансформацију и у постклaсичном периоду. Први хришћански цар Константин, доласком на власт (324-337. год. н.е.) генерално укида санкције за неожењене и супружнике без деце и свим лицима признаје *ius liberorum*, без обзира који су статус та лица имала у друштву и без обзира на број деце.[40] Тиме и даље није било коначно решено питање *ius liberorum*-а, с обзиром на чињеницу да се у изворима могу пронаћи подаци који говоре о томе како су императору и након 320. године упућиване молбе за доделу *ius liberorum*-а. Тако су Хонорије и Теодосије, 410. године донели конституцију *De iure liberorum* којом су, између осталог, укинули *ius liberorum* у форми да га свима додељују.[41] Поменуту конституцију је преузео и Јустинијан,[42] који приступа укидању скоро свих преосталих ограничења у брачним односима, које су увели кадукарни закони. Тако, део Јустинијанове кодификације под називом *Codex*, садржи конституцију којом се укида обавеза давања одобрења од стране императора за брак са бившим глумицама.[43] Поменутом конституцијом Јустинијан већини жена ниског ранга допушта брак са припадницима виших слојева,[44] при чему забрана и даље важи за проститутке.[45] Уводни део *Novellae* садржи и две конституције које су у вези са брачним забранама: прва конституција допушта брак сенаторском реду оба пола са ослобођеницима (*Nov.* 78,3) и друга конституција женама ниског ранга допушта брак са припадницима виших слојева друштва (*Nov.* 117, 6).

2. РИМСКО *IUS LIBERORUM* У КОНТЕКСТУ ДАНАШЊЕ ПОПУЛАЦИОНЕ ПОЛИТИКЕ ДРЖАВЕ СРБИЈЕ

Моћне Римске империје нема одавно, али и данас свако озбиљан је свестан да је рађање деце и њихово подизање, темељ „материјалне и моралне трајности државе“. Рађање деце је и данас ланчани процес који повлачи за собом и питање опстанка брака и породице, а тиме и читавог друштва. Иако се зна да је репродукција становништва од великог значаја за демографски

[40] Посебном конституцијом из 320. године н. е. (*C. Th.VIII,,16,1: De infirmandis celibatus et orbitatus*) било је предвиђено да „они којима је по старом праву, као неожењенима закон претио казнама, да буду слободни и да тако живе и да се помогну убрајањем у оне који су брак склопили, те да сви једнако стекну положај какав заслужују“.

[41] C.Th.VIII,17,3.

[42] C.8,58(59),1,2.

[43] C. 1,4,33,2; C, 5, 4, 29).

[44] C. 1,4, 33, 2.

[45] C. 5, 4, 15.

развој једне земље, данас је рађање деце далеко испод потреба простог обнављања становништва (не обезбеђује се ни проста репродукција). С једне стране су људи који не желе брак, нису за никакво „везивање“, и с друге стране, све чешћа појава су бракови без деце, самохране мајке, очеви са децом без супруге, сурогат мајке. Такав тренд у свету налазимо и у сопственом окружењу.

Данашњи демографски развој Републике Србије има пуно аномалија, па питање смањења становништва и његовог интензивног старења прети да озбиљно угрози општи друштвени и економски развој садашњих и будућих генерација. Србија има негативни наталитет дуго година уназад. Према статистичким подацима у Србији је од 2007. до 2017. просечно рођено 66.900 беба, а умрло 102.500 људи. Разлози депопулизације државе су многобројни, почев од минулих ратова који су однели огроман број нашег становништва, у старосној доби када су могли да буду родитељи. Ових дана, на свим манифестацијама где се обележава сто година од завршетка Првог светског рата, истиче се поражавајући податак да је држава Србија тада изгубила 28% целе популације (1,2 милиона становника). Онда је уследио Други светски рат, па грађански рат и бомбардовање Србије деведесетих година прошлог века, што се завршило катастрофалним економским, социјалним и друштвеним стањем. Све то, уз стопу смртности од тридесет хиљада становника годишње, као и одсељених у „најбољим“ годинама – довело је до фрапантног смањења становништва државе Србије. И данас смо сведоци нових „ратова“ који се воде у главама потенцијалних родитеља, да ли засновати породицу или не и да ли у њој изродити децу. А разлози премишљања су материјалне невоље скопчане са „индивидуализмом“, незапосленошћу, незадовољавајућим економским стандардом, стамбеним проблемом, еманципацијом, неналажењем адекватног партнера итд.

У држави Србији су породица и односи у њој, доживели огромну трансформацију. Заосталу аграрну државу, каква је била пре Другог светског рата, сменила је индустријализована и урбанизована држава у којој је заживео нов, модеран начин живота, а тиме и нови погледи на свет. Урбанизација и индустријализација на овим просторима одиграла се у веома кратком року (за свега неколико деценија), за разлику од других европских држава где је тај процес трајао вековима. Последице свих тих дешавања трпи данас читаво друштво. Супротно устаљеним патријархалним обичајима – усталили су се туђи културно-уметнички садржаји, који имају и те како утицаја на формирање свести о значају породице и деце која треба да се роде у њој. Сведоци смо прихватања навика које све више воде у разврат и неморал. Грамзивост и богаћење преко ноћи је уништило поверење, поштење и остале врлине нашег патријархалног народа.

Демографски стручњаци свакодневно опомињу да је популациона политика државе Србије испод „црвене црте“, што значи, да нема ни просте репродукције становништва. Поређења ради, свакодневно се истиче алармантан податак да је стопа прираштаја била преко 20%, (педесетих година XX века), а данас је свега 2,2%. Већ је одавно констатовано да смо у самом врху држава које су сврстане у старачка друштва. Ситуација је толико алармантна да је питање није ли већ касно за било какав бољитак у погледу популационе политике државе Србије. О деци која би била круна једног успешног брака различито се размишља из више разлога: због различитих интелектуалних и образовних нивоа супружника који у брак ступају са различитим васпитањем и гледиштима; због незрелости једног или оба супружника за улогу родитеља; због стамбених и материјално-економских тешкоћа; због презапослености или незапослености родитеља…

Наше друштво се није најбоље снашло у овом времену транзиције и неолиберално идеологије која је, као савремени економско-политички правац, између осталог, против централистичког усмеравања државних органа. Држава, односно државни органи не могу да задиру у интимну сферу појединаца. Заснивање породице и рађање деце у њој зависи искључиво од воље појединаца. Општи интерес се негде загубио па сваки појединац ради оно што само њему одговара. Модеран начин живота је унео корените промене у доживљавању породице; млади људи одустају од заснивања породице јер у њој не виде „оазу мира, већ терет, а у деци виде окове“.

Кривити жене зато што не желе да буду мајке и да рађају потомство и тиме допринесу спасавању овог друштва од изумирања, је крајње некоректно. Жена на овим просторима је одавно еманципована и *Породични закон*[46] јој даје могућност да слободно одлучује о рађању (чл. 5), а ако већ одлучи да постане мајка, онда мајка и дете уживају посебну законску заштиту (чл. 5 ст.2). Тако пише у закону, али је чињеница да жене све касније постају мајке из више разлога: због стицања финансијске сигурности, каријере, недостатка одговарајућег партнера с којим ће поделити улогу родитеља. Управо због тога, не треба се чудити тзв. „уговорима о партнерству“, којима у последње време прибегавају егзистенцијално обезбеђене жене које, свесне да им откуцава биолошки сат, не могавши да нађу погодног партнера који би био родитељ њиховом детету, скалапају са дугогодишим пријатељем поменути уговор. У том, за наше прилике, несвакидашњем уговору, који је уредно оверен у суду, донатор (који је у већ у законитом браку) признаје да је биолошки отац детета, али да биолошкој мајци препушта старање о детету. „Донатор“ се одриче сваког родитељског права према том детету, јер иста права већ има у постојећем легитимном браку са другом женом.

[46] *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, br. 72/2011, br. 6/2015.

Држава неспорно, треба да има флексибилнији став и према тзв. „сурогат мајци“ односно жени која је пристала да роди дете брачном пару с којима је закључила уговор; пар добија дете свог генетског порекла, што природним путем није било могуће остварити.[47] Сурогат-мајка је по дефиницији пунолетна женска особа која без накнаде или стицања било какве имовинске или новчане или неке друге користи носи ембрион који је зачет биомедицински потпомогнутом оплодњом, а после девет месеци предаје дете биолошким родитељима.[48] Међутим, та почетна дефиниција сурогат-мајке се у последње време у свету претворила у своју супротност и полако налази плодно тле и на овим нашим просторима. Ради се о томе да имућни мушкарци, окупирани каријером и материјалним благостањем, у неким зрелим годинама пожеле да као самохрани родитељи, или у договору са својим партнером, имају децу. Траже сурогат мајке, које би им омогућиле да се остваре као родитељи, а они према њима не би имали никаквих обавеза, осим новчане накнаде за коју се договоре. Слично раде и имућни брачни парови који плаћају сурогат мајке да носе и рађају њихову децу и на тај начин поштеде себе свега онога што трудноћа и стварање породице и брак са другом особом носи.

Држава треба да помогне разним мерама социјалне заштите оним родитељима који из разлога беде, сиромаштва и болести не могу да се старају о својој деци. Да њихов положај побољшају и тако их ослободе егзистенцијалних проблема како би своју пажњу усмерили на рађање и подизање деце. Посебно, треба стати на пут пракси центара за социјални рад, који из горе наведених ралога, олако узимају децу од биолошких родитеља и дају их у хранитељске породице, које потом остварују много веће накнаде него што је социјална помоћ и дечји додатак. Центри за социјални рад требају да се потруде да нађу начин да угроженим породицама са више деце побољшају услове живота и тако децу оставе да расту уз биолошке родитеље.

Влада Републике Србије, односно њена надлежна министарства, суочени са тренутном алармантном ситуацијом по питању наталитета, одлучили су се на политику мера за подстицај наталитета. Једна од тих мера су најновије измене *Закона о финансијској подршци породице са децом* који важи од 1. јула 2018. године.[49] У овим мерама се може наћи линија повезивања са римским *ius liberorum* јер је крајњи циљ и кадукарних закона био демографски. Све остало је другачије, јер ове мере немају плутократски карактер као што

---

[47] „Вид.“ Гордана Ковачек-Станић, *Породично правни аспекти сурогат-мајке,* Правни живот, 9/2001, 91.

[48] Широм света све сурогат-мајке морају да испуњавају исте услове: треба да буду старе између 18 и 35 година, да имају једно или више своје деце, ако је удата – њен супруг мора да да писано одобрење за овакав поступак, не сме да има криминогену прошлост, мора да докаже моралну и психолошку зрелост, као и добро физичко здравље.

[49] *Службени гласник РС*, бр. 11/2017, бр. 50/2018.

су имали кадукарни закони из времена императора Августа, који је хтео да имућне људе натера на закључење брака у којима би се рађало потомство. Тадашње имућне људи, уколико би се оглушили о своју обавезу зарад вишег циља (очување државе), сустизале су санкције личне и имовинске природе.

Поменуте измене *Закона о финансијској подршци породице са децом* су донете с надом да се унесе више промена у популационој политици државе али и да би се унапредио систем социјалних давања за породице са децом. Закон је међутим наишао на лавину коментара и негодовања са више страна. Негодовале су мајке са троје и више деце која су рођена пре 2018. године, јер оне не добијају никакву надокнаду по основу родитељства.[50] Посебно је тежак положај мајки које имају болесно дете рођено пре јануара 2018.; оне нису овим законом обухваћене иако се годинама безуспешно боре да добију статус „родитељ – неговатељ“ и да се изједначе у правима која има хранитељ.[51]

Новина овог Закона је што је проширен круг жена које имају право на накнаду за време породиљског одсуства. Поред жена које су у радном односу, сада право на накнаду имају и жене које самостално обављају делатност, жене које су власнице пољопривредног газдинства; жене које су радно ангажоване по основу привремених и повремених послова, уговора о делу и ауторског уговора; незапослене жене које су у периоду од 18 месеци, пре рођења детета, остваривале приходе; жена која је усвојитељ, хранитељ или старатељ детета; запослене жене које су у радни однос ступиле након рођења детета; мајка која је у периоду од 24 месеци пре рођења детета била пољопривредни осигураник.

Реаговала је и Повереница за заштиту равноправности која је поднела предлог за оцену уставности одредаба Закона којима су умањена права жена које се баве пољопривредом. Оне су стављене у неједнак положај у односу на остале запослене жене које примају накнаду за породиљско одсуство. Њима се тражи дужи радни стаж (24 месеци) ради остваривања права на надокнаду, него другим категоријама (18 месеци). Врло брзо након тога, уследио је протест покрета *„Маме су закон“*, где је предложена измена закона, како би се решили проблеми са исплатом накнаде, која у неким случајевима иде од неколико стотина до пар хиљада динара.[52] Посебно је питање колика

[50] Право на родитељски додатак по овом закону имају деца рођена 1.јула 2018. и касније, а за друго, треће или четврто дете рођено од 25. XII 2017.

[51] То из разлога што болесно дете добија надокнаду од државе у висини од 27 000 динара на име туђе неге и помоћи, док хранитељи добијају плату од 40 000 динара, уплаћен стаж осигурања и пензију.

[52] Многе мајке, већ првих дана примене новог закона, увиделе су да породиљску накнаду неће добијати од послодавца, већ директно од државе и то скоро месец дана касније. То значи, да када добију решење о боловању, „породиље треба и да гладују са све децом пуна два месеца док им не стигне прва плата“, како је изјавила једна од мајки на протесту. Узалуд су мајке указивале на још једну аномалију овог закона. Уместо да им држава обезбеди бар минималну зараду (24.800 дин.) оне ће примати породиљску накнаду у зависности од

је шанса да млада мајка у Србији има сталан посао, редовна примања читавих 18 месеци и да у том периоду није било прекида или умањења плата. С правом се негодује, јер су овом одредбом закона угрожене: све мајке које немају везаних 18 месеци радног стажа, мајке које студирају, мајке које су радиле неко време па добиле отказ у тих 18 месеци... Највише су угрожене оне мајке које су тек почеле да раде, које немају шест месеци радног стажа пре отварања боловања, затим мајке које су радиле мање од 18 месеци, али и све мајке које имају веће плате од три просечне плате у Србији; те жене са високим примањима остају ускраћене за велики износ новца током породиљског одсуства, јер ће добијати мању накнаду од плате, током породиљског одсуства. То из разлога што по новом Закону, без обзира на висину зараде, ниједна мајка не може да добије већи износ од збира три просечне плате.

Законодавац је одредио фиксне износе који би требало да се исплаћују по основу родитељства. Тако родитељи за прво дете добијају једнократну помоћ од 100,000 динара, за друго дете 10. 000 динара месечно две године, а за треће дете по 12.000 динара месечно десет година, а за четврто дете 18.000 динара месечно, такође десет година. Пометњу је изазвала одредба којом је прописан услов који мора да се испуни да би родитељи добили новац који им по закону припада. Потребно је да им сва деца буду уредно вакцинисана, као и да редовно иду у предшколску установу или основну школу (ово важи за децу рођену пре 2012. године).[53] Ове новине су иницирале још једну иницијативу Уставном суду за покретање поступка оцене уставности чл. 25 ст. 1-6 Закона. Наведеним одредбама се укида право на родитељски додатак уколико макар једно од деце у породици није примило све обавезне вакцине или не похађа редовно школу или предшколски припремни програм. Овом одредбом су директно погођена деца из најугроженијих ромских породица. У вези са тиме у јавности има доста коментара у којима се та циљна група с правом осећа дискриминисаном.

тога колико су зарађивале у последњих 18 месеци пре одласка на породиљско одсуство, а не 12 месеци, колико је било предвиђено старим законом.. О надокнади која ће гарантовати пристојан живот мајки са децом, нема ни говора, па не чуде коментари: „Држава „стимулише“ рађање – смањењем накнада породиљама“. То из разлога што по новом закону, жена која затрудни после шест месеци на радном месту, а примала је плату 25.000 динара, на породиљском одсуству ће примати само 8000 динара месечно. То чак и није најгори пример јер су се огласиле породиље које ће примити само хиљаду динара породиљске надокнаде па сматрају овакву бригу државе понижавајућом.

[53] Наведена мера се с једне стране, тиче све рођене деце, а с друге стране, тиче се школа и установа здравствене заштите. Сенку на наведену меру баца једна доста чудна пракса: тражене потврде о вакцинацији и редовном похађању предшколске установе и школе, не могу се електронским путем прослеђивати између надлежних служби, већ њих морају родитељи лично да достављају. Обећана електронска повезаност надлежних служби која је требало да, између осталог, олакша родитељима да остваре своје право на накнаду по основу родитељства, остаје мртво слово на папиру, бар за сада.

ЗАКЉУЧАК

Породица и брак се данас, у целом свету, па и код нас, налази у великој кризи и суочена је са многим проблемима. У данашњој свеопштој кризи (економској, моралној, политичкој...) не треба само родитељима препустити бригу о потомству. Држава треба из јавних средстава да издваја новчана средства за ту намену, јер је опште позната ствар да је будућност сваког друштва које тежи опстанку и напретку – незамислива без деце. Узалуд економски успеси државе, ако нема људи.

Надлежни органи државе Србије, одавно нису препознали значај потомства за опстанак саме државе. То непоказивање посебне бриге за сопствене грађане, које траје годинама уназад, имало је за последицу незаинтересованост младих људи да закључују бракове или да у браку имају једно или двоје деце, а веома ретко више од тог броја. Уз велики пад наталитета, присутан је пораст исељавања становништва. И премда смо ми земља којој исељавање није страно, оно је последњих година попримило драматичне размере. Све више појединаца али и читавих породица се одлучује да потражи срећу у неком другом делу света.[54]

Имајући у виду данашње демографске (не)прилике у којима се нашла Република Србија, јасно је да се мере императора Августа не би „примиле“ на овим просторима. Народ је толико осиромашио и огроман број младих људи није финансијски обезбеђен, па држава и неби имала од кога да наплати казну за непоштовање законске одредбе о обавези закључења брака; уколико би се такав закон и донео. Право по основу родитељства, односно родитељски додатак, треба да буде исплаћиван без условљавања. Не може се родитељски додатак убудуће условљавати вакцинацијом детета, јер је то већ регулисано другим законом (*Законом о заштити становништва од заразних болести*). Све је више стручних људи који инсистирају на чињеници да је то то казнена мера, а она се може донети само у казненом поступку. Овде не постоји судски поступак, па је сходно томе ова мера законски неутемељена. Уместо овакве репресивне мере, држава треба да учини све да родитеље мотивише најпре да се одлуче да рађају децу, а потом да им олакша „цену родитељства“ како би они савесно и одговорно бринули о њима. Треба безрезервно наградити оне који желе и могу да рађају децу и не кажњавати оне који не виде

[54] У вези са тим проблемом, Влада Републике Србије је формирала „државни тим за спречавање исељавања“ у оквиру Координационог тела за економске миграције. На првој седници тима за спречавање исељавања констатовано је „да ће држава пружити све услове који су неопходни да би млади остајали и стварали породице у својој земљи“. Констатовано је и да је Србију у 21. веку напустило 654.000 људи, а само прошле године 60. 000, највише младих између 15 и 24. године

себе у улози родитеља.[55] Имајући у виду „новине“ које је донео горе наведени закон о финансијској подршци родитеља са децом, човек не може а да се не запита, зашто је мењана пракса која је важила до пре 15 година када су жене примале пуну плату за време породиљског одсуства.

Узалуд декларативно пропагирање политике рађања, ако се законима све више ограничавају права жена, и дозвољава се послодавцима да у интервјуима за посао поред интересовања за стручну спрему и радно искуство, жена буде обавезно питана „да ли планирате децу“, а да потом, ако жена прекрши дато обећање и роди дете, ти исти послодавци раскидају уговоре са породиљама. Држава мора да нађе начин да се престане са праксом где је запослена жена која хоће да рађа, само „трошак“. Нека држава тај „трошак“ послодавцу надомести на неки други начин (неком пореском олакшицом, на пример).

Држава се није озбиљно позабавила још једним проблемом. Сви знамо да нам села изумиру; да су опустела, да се гасе школе јер нема младог нараштаја. И уместо да се породице са села фаворизују, оне се још више деградирају. Да се којим случајем неки император Август појави у лику неког министра задуженог за питања популационе политике, он би нашао решење и за тај проблем. Он би наведене новчане износе које држава исплаћује по основу родитељства, удвостручио, ако су родитељи новорођенчета власници регистрованог пољопривредног газдинства на сеоском подручју. Не би им прописивао оштрије услове од осталих категортија које имају право на накнаду по основу родитељства.

Када већ говоримо о „бризи“ државе за децу која ће се родити, не можемо, а да се не осврнемо на изосталу бригу државе око деце разведених родитеља. Систем је затајио у потпуности, јер је оставио самохраном родитељу да натера свог дојучерашњег партнера да плати неки мизерни износ алиментације. Иако је неплаћање алиментације кривично дело, то није „уплашило“ несавесне родитеље, које суд,углавном само условно осуђује. Када би доиста неко од тих, назови родитеља, искусио казну затвора због тога, био би то наук осталима, да се мора поштовати оно што је закон прописао. И наша држава у овом случају треба да следи праксу већине европских земаља па да формира посебан алиментациони фонд, из кога се исплаћују износи за алиментацију, а потом надлежни државни органи наплаћују тај износ од несавесног родитеља.

---

[55] У налажењу решења проблема у вези са популационом политиком, треба се осврнути и на нека занимљива решења земаља у окружењу. Тако је премијер Мађарске изашао пред јавност са идејом како мисли да реши проблем недовољног броја рођене деце у својој држави. Он је најавио следећу меру: свака жена млађа од 40 година која се уда по први пут добиће кредит у висини од 31.417. евра који ће морати да отплати за три године. Ако роди још једно дете, мораће да отплати само трећину, а после трећег детета неће морати ништа да враћа држави.

Држава мора коначно да стави национални или општи интерес испред партикуларних интереса. Да створи услове да се у земљи Србији лепо и радо живи – тада ће се и рађати више деце. Ако се то не уради и ако се демографски не опорави нација и не зауставе негативни демографски трендови, процене су да ће за 50 година Срби нестати као народ са светске позорнице (као што су нестали до сада многи стари народи: Феничани, Стари Римљани, Хетити, Стари Грци, староперсијски народи...). С обзиром на то којом брзином се осипа становништво Србије, „неће бити још пуно простора за нове покушаје и промашаје“, упозоравају демографи.

Nataša Lj. Deretić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Deretic@pf.uns.ac.rs

Roman *Ius Liberorum* in the Context of current Population Policy of the Republic of Serbia[56]

Abstract: *The right based on childbirth (ius liberorum) which involves the obligation to bear children in marriages regulated by legal norms was first defined during the reign of Emperor Augustus. He passed a set of laws on marriage as a specific response of the Roman state to the general decline of morals and family values in Rome. The ultimate objective of the marriage laws introduced by Emperor Augustus was a demographic one and it could not be achieved without adopting a set of norms, which influenced numerous domains of law and life, restricting personal freedoms of individuals in the interest of higher goals.*

"The right based on childbirth" – at least as an idea – outlived the Roman Empire, experiencing various transformations. Although this right was formally abolished during the reign of Constantine, it exerted influence on the legal and social life of subsequent European states. The Government of the Republic of Serbia and its relevant ministry also opted for the measure of encouraging childbirth and granting privileges to mothers and families with several children. This has been meant to alleviate the demographic problem that Serbia is faced with. These measures can be seen as related to the Roman ius liberorum because the ultimate goal of the family laws was a demographic one. Nowadays, a very flexible view is taken regarding the regulations which restrict personal freedoms of the individual on account of higher interests (survival of the state). This should not come as a surprise when we know that today the parents' right based on childbirth has a different connotation. Instead of the phrasing 'the right based on childbirth' it is nowadays referred to as an 'allowance' granted to the parents who decide to have offspring. The allowance is granted by the state, whose goal is to stop negative demographic trends in the state of Serbia by encouraging childbirth. It is not just the term ius liberorum that now has a different connotation, but the very notion of a parent appears to be different as well. In the Roman society, only a father could be a parent, whereas today this concept encompasses both parents, the mother just as the father. A step further has even been taken, so that today the term 'parents' can also imply two men (to whom a child is born by a surrogate mother)

[56] The paper is dedicated to the project entitled *Biomedicine and Environmental Protection* financed by the Ministry of the Republic of Serbia

or two women (one of whom will undergo in vitro fertilisation in order to have a child).

***Keywords**: survival of the state, a higher cause, privilege, personal freedom, children, birth rate.*

Датум пријема рада: 20.11.2018.

Прегледни чланак 351.072.6(497.11)
doi:10.5937/zrpfns52-20176

Др Александар Л. Мартиновић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
A.Martinovic@pf.uns.ac.rs

„ПРИКРИВЕНА КУПОВИНА“ КАО ОБЛИК ИНСПЕКЦИЈСКОГ НАДЗОРА[1]

Сажетак: *„Прикривена куповина“ представља нови облик инспекцијског надзора, који је уведен у наш управно-правни систем Законом о изменама и допунама закона о инспекцијском надзору од децембра 2018. године. Ради се, заправо, о специфичном методу доказивања у поступку инспекцијског надзора, уколико постоји основана сумња да надзирани субјект нерегистровано обавља делатност или да не издаје рачун, под условом да се потребни докази не могу другачије обезбедити или уколико би то било значајно отежано. Специфичност овог метода доказивања састоји се у томе да инспектор непосредним опажањем прикупља доказе и податке корисне за утврђивање чињеничног стања, при чему се ова „куповина“ сматра прикривеном због тога што инспектор своју службену легитимацију и налог за инспекцијски надзор ставља на увид надзираном субјекту тек по обављеној „куповини“.*

Кључне речи: *државна управа, управни надзор, инспекцијски надзор, „прикривена куповина“.*

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Инспекцијски надзор представља једну врсту управног надзора. Управни надзор је битан елемент управне функције државне власти. Стога је овај вид управне активности детаљно законски регулисан. Такође, управном надзору су посвећене бројне странице наше управно-правне књижевности. То је и разлог што смо се определили да рад посветимо овој веома значајној теми, с посебним освртом на један нови облик инспекцијског надзора – „при-

[1] Чланак је настао као резултат рада на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“.

кривену куповину“. Циљ увођења „прикривене куповине“ у правни систем Републике Србије лежи у интенцији државе да применом овог метода инспекцијског надзора сузбије различите појавне облике нерегистроване привредне делатности (посебно у области трговине) и тзв. сиве економије. Сама примена овог метода подразумева одговарајуће доказне и оперативне технике, које су усмерене ка откривању нерегистрованих привредних субјеката, имајући у виду бројна ограничења и тешкоће које постоје у том погледу, а које произлазе из саме чињенице „невидљивости“ нерегистрованих субјеката за државу. Та „невидљивост“, пак, проузрокује држави огромну економску и финансијску штету. У томе се и састоји логика увођења овог вида инспекцијског надзора у раду надлежних инспекцијских органа и служби у Републици Србији.

ПОЈАМ И ОБЛИЦИ УПРАВНОГ НАДЗОРА

У српској теорији управног права појам управног надзора се углавном дефинише на сличан начин. Д. Милков сматра да управни надзор „представља врсту надзора, па за њега важе сва обележја која иначе важе за било који вид надзора. Поред тога, управни надзор има и одређене специфичности, по којима се разликује од других врста надзора.“ По његовом мишљењу, управни надзор се може дефинисати као „активност која се састоји у систематском посматрању и вредновању делатности других субјеката, на основу унапред утврђених критеријума. Међутим, надзор није сам себи сврха, односне не састоји се једино у простом посматрању и оцењивању рада других субјеката, него подразумева и вршење утицаја на њих. Надзор се не врши само зато да би се стекло сазнање о одређеним негативним појавама, него да би се оне отклониле и спречило њихово јављање у будућности.“[2] Р. Марковић истиче да је управни надзор „посебан посао управе, који се састоји од надзорних активности снабдевених посебним управним овлашћењима (овлашћењима управне власти) над неауторитативним поступањем различитих физичких и правних лица. Управни надзор је облик општег надзора. Надзор је трајно и систематско надгледање (праћење) нечијег (туђег) рада на основу утврђених мерила, а све у циљу ефективнијег утицаја на тај рад. То утицање на туђ рад обухвата и могућност примене санкција од стране оног ко врши надзор.“ Такође, овај аутор сматра да је управни надзор „облик правног надзора. При том је правни надзор правно регулисан надзор, чија је основна сврха произвођење правних ефеката. То је скуп правним нормама утврђених овлашћења и поступака којима се у оквиру надзорног односа обезбеђује

[2] Драган Милков, *Управно право II – управна делатност*, Нови Сад 2010, 261-262.

законитост рада органа и лица над којима се врши надзор. Према томе, циљ правног надзора је обезбеђивање законитости, а ефикасност правног надзора обезбеђује се могућношћу примене санкција од стране оног субјекта који врши надзор (према томе, правне санкције су елемент појма правног надзора).“[3] По мишљењу З. Томића, управни надзор је „правни надзор који остварују државни органи управе над различитим активностима (ауторитативним и неауторитативним) државних и недржавних органа и организација, као и над радом (понашањем) грађана.“[4] Томић истиче да се ауторитативни утицај надзорног органа, који је законски нормиран, у превентивном, корективном или репресивном смислу на надзираног субјекта приликом вршења управног надзора остварује у првом реду управним актима и управним радњама.[5] Н. Бачанин стоји на становишту да „управни надзор представља посебан облик правног надзора, тј. посебан облик правно уређене целине надзорних овлашћења и поступака проверавања правилности (законитости и/или целисходности) аката и радњи контролисаних субјеката.“[6] М. Влатковић и З. Јовановић управни надзор дефинишу као „посао органа државне управе, а изузетно и другог, недржавног органа, који се остварује управним (ауторитативним) овлашћењима и методама над неауторитативним активностима предузећа, установа и других правних субјеката. Управни надзор у материјалном смислу полази од чињенице да се облици управног надзора разликују по материјално-садржинским атрибутима. Наиме, управни надзор је посао државне управе или другог недржавног органа који се остварује управним овлашћењима и методама и то над неауторитативним активностима предузећа, установа и других правних субјеката. Овде је, дакле, орган који врши надзор у другом плану и секундарног значаја. С друге стране, надзор који се врши управним овлашћењима над управном (ауторитативном) делатношћу органа државне управе и с њима изједначеним органима јесте, у ствари, управна контрола управе, а не управни надзор.“[7]

Када је у питању позитивно-правно регулисање управног надзора, треба нагласити да важећи Закон о државној управи[8] само инспекцијски надзор дефинише као посао државне управе којим „органи државне управе испитују спровођење закона и других прописа непосредним увидом у пословање и поступање физичких и правних лица и, зависно од резултата надзора, изричу мере на које су овлашћени.“[9] Закон о државној управи, за разлику

[3] Ратко Марковић, *Управно право*, Београд 2002, 232-233.

[4] Зоран Томић, *Управно право – систем*, Београд 1998, 256.

[5] Зоран Томић, *Опште управно право*, Београд 2012, 234-235.

[6] Невенка Бачанин, *Управно право*, Крагујевац 2000, 520.

[7] Милан Влатковић, Зоран Јовановић, *Управни надзор*, Крагујевац 2016, 52.

[8] ЗДУ, „Службени гласник РС“, бр. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 30/2018 – др. закон и 47/2018.

[9] ЗДУ, чл. 18, ст. 1.

од истоименог прописа од 1992. године, уопше и не помиње и не уређује „управни надзор“, већ једино говори о „унутрашњем надзору“. Према Закону о државној управи, унутрашњи надзор „јесте надзор који органи државне управе врше над другим органима државне управе и имаоцима јавних овлашћења у вршењу поверених послова државне управе. Унутрашњи надзор састоји се од надзора над радом, од инспекцијског надзора преко управне инспекције и од других облика надзора уређених посебним законом.“[10] Што се тиче надзора над радом, он се састоји од „надзора над законитошћу рада и надзора над сврсисходношћу рада органа државне управе и ималаца јавних овлашћења у вршењу поверених послова државне управе. Надзором над законитошћу рада испитује се спровођење закона и других општих аката, а надзором над сврсисходношћу рада делотворност и економичност рада и сврховитост организације послова“, при чему министарство „не може вршити надзор над радом другог министарства.“[11] Општа овлашћења органа државне управе у вршењу надзора над радом систематизована су у неколико група. Наиме, орган државне управе овлашћен је да приликом вршења надзора над радом: „1) захтева извештаје и податке о раду; 2) утврди стање извршавања послова, упозори на уочене неправилности и одреди мере и рок за њихово отклањање; 3) издаје инструкције; 4) наложи предузимање послова које сматра потребним; 5) покрене поступак за утврђивање одговорности; 6) непосредно изврши неки посао ако оцени да се друкчије не може извршити закон или други општи акт; 7) предложи Влади да предузме мере на које је овлашћена.“[12] Инструкција је Законом дефинисана као акт којим се „усмерава организација послова и начин рада запослених у органу државне управе и имаоцу јавних овлашћења у вршењу поверених послова државне управе“, с тим што се њоме „не може одређивати начин поступања и решавања у управној ствари.“[13] Министарство врши надзор над радом органа управе у саставу.[14] Када је у питању надзор над радом посебне организације, прописано је да законом „може бити одређено министарство које врши надзор над радом посебне организације“, при чему је надлежно министарство „једино овлашћено да захтева извештаје и податке о раду посебне организације, утврди стање извршавања послова и упозори на уочене неправилности, издаје инструкције и предложи Влади да предузме мере на које је овлашћена.“[15]

Закон о државној управи посебно нормира надзор над радом ималаца јавних овлашћења приликом вршења поверених послова државне управе.

[10] ЗДУ, чл. 45.
[11] ЗДУ, чл. 46.
[12] ЗДУ, чл. 47.
[13] ЗДУ, чл. 48.
[14] ЗДУ, чл. 49.
[15] ЗДУ, чл. 50.

„Орган државне управе који врши надзор над радом ималаца јавних овлашћења у вршењу поверених послова државне управе одређује се законом (у даљем тексту: надзорни орган државне управе)“, а „надзорни орган државне управе има сва општа овлашћења у надзору над радом која су овим законом прописана.“[16] Посебна овлашћења надзорног органа састоје се у томе да је надзорни орган државне управе обавезан „да непосредно изврши поверени посао ако би неизвршење посла могло да изазове штетне последице по живот или здравље људи, животну средину, привреду или имовину веће вредности“, а у случају да „ималац јавних овлашћења и поред вишеструких упозорења не почне да врши поверени посао или не почне да га врши правилно или благовремено, надзорни орган државне управе преузима извршење посла, најдуже на 120 дана.“[17] Најзад, Закон о државној управи уређује и надзор над законитошћу прописа ималаца јавних овлашћења. „Ималац јавног овлашћења дужан је да пре објављивања прописа прибави од надлежног министарства мишљење о уставности и законитости прописа, а министарство да њему достави образложени предлог како да пропис усагласи са Уставом, законом, другим прописом или општим актом Народне скупштине и Владе. Ако ималац јавних овлашћења не поступи по предлогу министарства, министарство је дужно да Влади предложи доношење решења којим се поништава или укида пропис имаоца јавног овлашћења ако он није у сагласности с другим прописом или општим актом Народне скупштине или Владе, а ако он није у сагласности са Уставом или законом, министарство је дужно да предложи Влади да га обустави од извршења и да пред Уставним судом покрене поступак за оцену његове уставности или законитости“, с тим што Владино решење „о поништавању, укидању или обустави од извршења прописа ступа на снагу кад се објави у *Службеном гласнику Републике Србије*.“[18]

Коначно, важно је истаћи и то да, иако Закон о државној управи (системски за ову област) не користи израз „управни надзор“ већ говори искључиво о инспекцијском надзору и „унутрашњем надзору“, управни надзор није сасвим ишчезао из позитивног законодавства и управне праксе у Републици Србији. Како истиче Д. Милков, „генерално посматрано, не би се могло рећи да је данас широки појам управног надзора сведен само на инспекцијски надзор, без обзира на чињеницу да се у основним важећим прописима Србије о државној управи више не спомиње „управни надзор“. Још увек у пракси, а на основу бројних посебних прописа, има много видова надзора над радом и актима правних лица, предузећа, установа и других организација, а који не представљају инспекцијски надзор.“[19] Ни „унутрашњи надзор“, додали бисмо ми.

[16] ЗДУ, чл. 55.
[17] ЗДУ, чл. 56.
[18] ЗДУ, чл. 57.
[19] Д. Милков (2010), 264.

ИНСПЕКЦИЈСКИ НАДЗОР

„Инспекцијски надзор је посебна врста управног надзора, који се од других видова управног надзора разликује по извесним специфичностима. Основне разлике између инспекцијског надзора и других врста управног надзора тичу се субјеката који га врше, предмета надзора, метода рада и овлашћења и дужности.“[20] Овај аутор напомиње да инспекцијски надзор „не могу да врше сви субјекти“, те да „ова функција управе спада, начелно посматрано, у искључиву функцију државне управе. То значи да недржавни субјекти не могу да врше послове инспекцијског надзора, а не могу ни сви државни органи. Послове инспекцијског надзора врше искључиво органи управе. Зависно од нивоа организовања, послове инспекцијског надзора врше или посебни органи управе или инспектори у оквиру министарстава. Евентуално, ови послови могу бити поверени и другим овлашћеним лицима.“ Под предметом инспекцијског надзора, Д. Милков подразумева „законитост пословања и поступања физичких и правних лица“, напомињући да се инспекцијски надзор „врши у појединим областима друштвеног живота (нпр. у области просвете, здравства, тржишта, финансија, пољопривреде, саобраћаја, урбанизма, комуналног реда итд.)“, применом посебног метода рада – инспекцијског прегледа. „Под инспекцијским прегледом се подразумева непосредно опажање инспектора одређених објеката, просторија, документације, робе, уређаја и сл. Смисао инспекцијског прегледа је у личном упознавању инспектора са законитошћу рада и пословања појединаца и организација. Субјекти који врше инспекцијски надзор имају посебна овлашћења, која им омогућавају ефективно остваривање њихове основне улоге. Вршење инспекцијског надзора подразумева низ овлашћења ауторитативног карактера. Та овлашћења обезбеђују вршење инспекцијског надзора, а служе и отклањању уочених незаконитости, односно наметању одређених санкција.“ Д. Милков закључује, стога, да се инспекцијски надзор „може одредити као надзор инспектора над законитошћу пословања и поступања организација и појединаца, који се остварује непосредним увидом. Инспекцијским надзором органи државне управе испитују спровођење закона и других прописа непосредним увидом у пословање и поступање физичких и правних лица и, зависно од резултата надзора, изричу мере на које су овлашћени.“[21] На сличан начин појам и обележја инспекцијског надзора одређује и Р. Марковић. Он сматра да инспекцијски надзор „има следећа општа обележја: 1) врши се

[20] Д. Милков (2010), 265. О инспекцијском надзору видети и: Драган Милков, „Инспекцијски надзор и заштита животне средине“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)*, 4/2015, 1441-1458; Зоран Лончар, „Инспекцијски надзор у области заштите животне средине“, *Зборник радова ПФНС*, 4/2012, 257-276.

[21] Д. Милков, 266-267.

над уже одређеним областима друштвеног живота, односно на одређеном подручју неауторитативних активности; 2) врши се од стране специјализованих субјеката, посебно квалификованих за предузимање битних активности у току поступка надзора; 3) инспекцијски послови, будући да су искључиво државног карактера, не могу се начелно поверавати недржавним субјектима; 4) врши се путем посебних метода – инспекцијских прегледа, по чему се инспекцијски надзор разликује од других облика управног надзора. Инспекцијски преглед је непосредан увид у рад и пословање органа, предузећа, установе и других организација ради утврђивања поштовања закона, других прописа и општих аката; 5) вршиоци инспекцијског надзора располажу посебним овлашћењима и могу примењивати посебна средства."[22] З. Томић дефинише инспекцијски надзор као „специјализовани управни надзор, који се састоји у непосредном увиду у пословање и поступање недржавних субјеката, грађана, као и органа државне управе (искључиво управна инспекција), уз предузимање одговарајућих, законом прописаних мера. Предмет надзора су њихове махом *неауторитативне активности (осим код управне инспекције)*, у погледу којих се испитује придржавање закона, других прописа и општих аката. Инспекцијске послове непосредно обавља овлашћено службено лице – *инспектор*, који ужива самосталност у раду, има знатне прерогативе, али и појачану одговорност."[23] По мишљењу П. Димитријевића, инспекцијски надзор је „контролна делатност посебних за то надлежних органа управе, чија је улога да делују, пре свега ***превентивно***, ради подстицања друштвене и правне дисциплине у извршавању закона и других прописа. Инспекцијски надзор се врши над поступањем правних и физичких лица, као и над радом саме управе и других државних и недржавних органа, а у погледу придржавања закона, других прописа и општих аката", односно ради се о специфичном облику „*спољашњег управног надзора над актима и радњама државних и недржавних органа и организација, који врше инспектори непосредном контролом (надзором) аката, управних и других мера и радњи надзираних субјеката у погледу поштовања закона, других прописа и општих акта, са циљем да се утврђене незаконитости и неправилности у раду ускладе са важећим прописима.*"[24] М. Влатковић и З. Јовановић као основна обележја инспекцијског надзора наводе следећа: „да је инспекцијски надзор, у начелном смислу, основни облик управног надзора, уз законом дозвољено допуштање и могућност да се врши целисходно, циљано и прецизно одређено одступање у појединим инспекцијама, односно позитивно-правним текстовима; да га врше искључиво органи државне управе (министарства),

[22] Р. Марковић, 236-237.

[23] Зоран Томић, *Управно право – приручник за полагање правосудног испита*, Београд 2011, 221.

[24] Предраг Димитријевић, *Управно право – општи део*, књига друга, Ниш 2008, 204.

а само изузетно, по посебном законском овлашћењу, у појединим ситуацијама и специфичним областима и органи територијалне аутономије и јединице локалне самоуправе; да се врши ауторитативним методима, уз изрицање мера и предузимање других законом предвиђених радњи које могу ићи од указивања, налагања отклањања уочених неправилности, преко привремене обуставе до забране делатности правних субјеката, и да се врши над неауторитативним, а у неким областима и стручним активностима, поступања и пословања правних субјеката.“[25]

Позитивно-правно одређење инспекцијског надзора садржано је у Закону о инспекцијском надзору.[26] „Инспекцијски надзор је посао државне управе чија садржина и појам су утврђени законом којим се уређује рад државне управе, кога врше органи државне управе, органи аутономне покрајине и органи јединица локалне самоуправе, с циљем да се превентивним деловањем или налагањем мера обезбеди законитост и безбедност пословања и поступања надзираних субјеката и спрече или отклоне штетне последице по законом и другим прописом заштићена добра, права и интересе.“[27] Законодавац је инспекцијски надзор класификовао по врстама и облицима. Према врсти, инспекцијски надзор може да се јави као редован, ванредан, мешовити, контролни и допунски[28], док су облици инспекцијског надзора теренски и канцеларијски.[29] На овом месту важно је истаћи да су постојала бар два главна разлога за доношење овог прописа. Пре свега, доношење посебног закона којим се уређује инспекцијски надзор предвиђено је у члану 18. став 2. Закона о државној управи од 2005. године. Наиме, до доношења Закона о инспекцијском надзору на ову материју примењивале су се одредбе чланова 22-33, као и члан 92. Закона о државној управи од 1992. године, које одредбе су остале на снази и након доношења важећег Закона о државној управи.[30] Према одредби члана 68. Закона о инспекцијском надзору, предвиђено је да тек по истеку рока од 12 месеци од дана ступања на снагу овог закона пре-

---

[25] М. Влатковић, З. Јовановић, 114-115.

[26] ЗИН, „Службени гласник РС“, бр. 36/2015, 44/2018 – др. закон и 95/2018.

[27] ЗИН, чл. 2, ст. 1.

[28] ЗИН, чл. 6.

[29] ЗИН, чл. 7.

[30] Закон о државној управи од 1992. године користио је термин „управни надзор“ и нормативно га категоризовао у три облика: 1) надзор над законитошћу рада предузећа, установа и других организација; 2) надзор над законитошћу аката предузећа, установа и других организација када је то законом одређено, односно када они на основу закона решавају о правима, обавезама и правним интересима грађана и других правних субјеката; 3) инспекцијски надзор. Међутим, важећи Закон о државној управи од 2005. године, као што смо већ истакли, говори само о инспекцијском надзору и „унутрашњем надзору“, при чему у нашем правном систему још увек има прописа којима се нормира „управни надзор“ (нпр. Закон о високом образовању).

стају да важе поменуте одредбе Закона о државној управи од 1992. године, тако да је Закон о инспекцијском надзору у потпуности почео да се примењује 1. маја 2016. године. С друге стране, услед недостатка кровног, системског и јединственог прописа о инспекцијском надзору, у Републици Србији се дуги низ година инспекцијски надзор у различитим областима друштвеног живота уређивао са око хиљаду закона, уредби, правилника и других подзаконских прописа[31], што је у пракси органа државне управе изазивало бројне проблеме и недоумице.

„ПРИКРИВЕНА КУПОВИНА“ – НОВИ ИНСТРУМЕНТ ИНСПЕКЦИЈСКОГ НАДЗОРА

„Прикривена куповина“ уведена је као инструмент инспекцијског надзора чланом 21а Закона о изменама и допунама закона о инспекцијском надзору.[32] Одредбом овог члана, „прикривена куповина“ дефинисана је као специфично доказно средство у поступку инспекцијског надзора, које се може користити ако постоји основана сумња „да лице обавља делатност као нерегистровани субјект или да не издаје рачун“, под условом да се „на други начин не могу обезбедити потребни докази или би то било значајно отежано.“ Овај вид инспекцијског надзора „обавља се без претходног обавештавања и предочавања надзираном субјекту службене легитимације и налога за инспекцијски надзор, који садржи и навођење метода прикривене куповине и образложење основане сумње, са навођењем познатих и вероватних чињеница које поткрепљују основану сумњу у конкретном случају, као и образложење зашто се коришћењем других доказних радњи не могу извести, прикупити или обезбедити потребни докази или би то било значајно отежано“, при чему инспектор „путем непосредног опажања прикупља доказе и податке корисне за утврђивање чињеничног стања“, а тек по обављеној куповини „инспектор предочава надзираном субјекту службену легитимацију и налог за инспекцијски надзор.“

Шта је, заправо, „прикривена куповина“? Пре свега, треба напоменути да је доказивање на системски и општи начин уређено Законом о општем управном поступку.[33] ЗУП као једно од доказних средстава предвиђа и увиђај, који се изводи када је ради утврђивања неке чињенице потребно непосредно опажање овлашћеног службеног лица. „Прикривена куповина“, стога,

[31] М. Влатковић, З. Јовановић, 130.

[32] „Службени гласник РС“, бр. 95 од 8. децембра 2018. године.

[33] „Службени гласник РС“, бр. 18/2016. Примена ЗУП-а од стране инспектора, односно другог овлашћеног службеника у поступку вршења инспекцијског надзора изричито је предвиђена одредбом члана 4. став 2. Закона о инспекцијском надзору.

представља посебан, инспекцијски начин вршења увиђаја у случају основане сумње да лице обавља делатност као нерегистровани субјект или да не издаје рачун. Методом „прикривене куповине“ одступа се, у суштини, од општег процесног режима инспекцијског надзора, будући да инспектор без идентификације (прикривено) прикупља и обезбеђује потребне доказе, а легитимацију и налог показује и предочава надзираном субјекту тек по учињеној куповини, те прибављеним и обезбеђеним доказима. Због тога се с правом очекује да ће овај инструмент инспекцијског надзора представљати моћно средство у рукама државе у циљу сузбијања тзв. сиве економије у њеним најразличитијим појавним облицима. С друге стране, треба нагласити да је интенција законодавца приликом увођења института „прикривене куповине“ очигледно ишла за тим да овај метод доказивања треба да представља изузетак у односу на општи режим доказивања прописан Законом о општем управном поступку, као и Законом о инспекцијском надзору, будући да је предвиђено да се ово доказно средство примењује само ако се на други начин не могу обезбедити потребни докази или би то било значајно отежано. Имајући у виду битна обележја „прикривене куповине“, сматрамо да ће овај метод инспекцијског надзора бити примењив код претежног броја инспекцијских органа и служби у Републици Србији (нпр. пореска, тржишна, туристичка, саобраћајна, пољопривредна, просветна, инспекција социјалне заштите и сл.). Разуме се, најзначајнији ефекти примене овог метода очекују се, као што смо већ истакли, у области сузбијања сиве економије. Према резултатима анкете USAID-а у периоду од 2013. до 2017. године, порасло је поверење у инспекторе као својеврсне заштитнике привредника од нелојалне конкуренције. Сагласно томе, увођење института „прикривене куповине“ представљаће још један инструмент у обезбеђивању поштене тржишне конкуренције, будући да се њиме директно делује на нерегистроване субјекте који послују у сивој зони. Такође, према истраживању које је спровео IPSOS у мају 2018. године, за потребе праћења наградне игре „Узми рачун и победи“, чак 70% грађана је изјавило да не оправдава сиву економију, док је након завршетка наградне игре сваки други грађанин навео да тражи рачун зато што зна да је то законска обавеза трговца и потврда да је платио порез, што представља пораст од чак 44% у односу на фебруар 2017. године, када је организована прва наградна игра. И ови подаци говоре о томе да је потребно наставити са применом подстицајних мера спречавања и сузбијања сиве економије, те да – у склопу тога – правно регулисање метода „прикривене куповине“ има своје пуно економско оправдање.

ЗАКЉУЧАК

Управни надзор је, поред доношења управних аката, издавања јавних исправа и вршења материјалних радњи принуде, суштински елемент управне функције државне власти.[34] Из позитивно-правних прописа Републике Србије недвосмислено произлази да је најзначајнији облик управног надзора инспекцијски надзор. Овај облик управног надзора спроводи се у скоро свим областима друштвеног живота. Између осталог, и у области привреде, односно различитих привредних активности. Увођење „прикривене куповине" – као посебног инспекцијског метода и доказног средства – у позитивно-правни систем инспекцијског надзора у Републици Србији треба да допринесе стварању повољнијег привредног амбијента у нашој земљи, пре свега тако што ће да поспеши поштену тржишну конкуренцију и постане важан државни инструмент у сузбијању тзв. сиве економије. „Прикривена куповина" је још једна потврда чињенице да ефикасан и реалним друштвеним потребама прилагођен правни систем итекако може да буде у функцији економског развоја и јачања економских перформанси Републике Србије у оквирима европске и светске привреде и све снажније тржишне конкуренције.

[34] в. Драган Милков, *Управно право I – уводна и организациона питања*, Нови Сад 2010, 18.

Aleksandar L. Martinović, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
A.Martinovic@pf.uns.ac.rs

“Concealed Purchase” as a Form of Inspection Control

Abstract: *“Concealed purchase” is a new form of inspection control, introduced into our legal system in December 2018, by the Law on Amendments to the Law on Inspection Control. It is, actually, a specific method of proving during the inspection control process, used in the case of reasonable doubt regarding unregistered activity by the controlled subject. It can be also used when the controlled subject does not issue a receipt. In both cases, this method can only be used if necessary evidence can not be otherwise provided or if it would be significantly more difficult. This method is specific because of the fact that inspectors collect the relevant evidence and facts by direct observing. It is called “concealed purchase” because official identity card and the inspection control warrant are shown to the controlled subject, by the inspectors, only after the “purchase” is done.*

Keywords: *state administration, administrative control, inspection control, “concealed purchase”.*

Датум пријема рада: 14.01.2019.

Прегледни чланак 343.549-053.2/.6:342.7
doi:10.5937/zrpfns52-18593

Др Милица Д. Ковачевић, доцент
Универзитет у Београду
Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију
milica.kovacevic@fasper.bg.ac.rs

ОДУЗИМАЊЕ МАЛОЛЕТНОГ ЛИЦА И КРИВИЧНОПРАВНА РЕАКЦИЈА[1]

***Сажетак**: Кривично гоњење за кривично дело одузимање малолетног лица требало би додатно да заштити право детета на живот са родитељима, односно другим овлашћеним старатељима и на одржавање контакта како са родитељима, тако и са другим сродницима и блиским лицима. Поставља се питање да ли се права детета у овој области могу адекватно заштити применом кривичног права. Стога је рад концепиран тако да су у уводном делу у форми општих разматрања наведени одређени разлози који оправдавају постојање наведене инкриминације, уз осврт на релевантне међународноправне документе. Централни део рада посвећен је анализи позитивноправних решења из српског кривичног законодавства, уз посебно акцентовања међусобног односа кривичног дела отмице и кривичног дела одузимање малолетног лица, те указивање на спорна питања која се јављају у судској пракси. Циљ рада јесте да се укаже на реалне могућности кривичноправне заштите у овој сфери, као и да се нагласи потреба за поштовањем слова закона без одвећ екстензивног тумачења у практичној примени.*

***Кључне речи**: одузимање малолетног лица, отмица, права детета, право на контакт, најбољи интерес детета.*

1. ОПШТА РАЗМАТРАЊА

Сва питања у вези са правима, положајем и статусом деце треба решавати на начин који превасходно омогућава остваривање најбољег интереса

[1] Текст је настао као резултат рада на пројекту *Развој методологије евидентирања криминалитета као основа ефикасних мера за његово сузбијање и превенцију*, бр. 179044, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије, а имплементира Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију Универзитета у Београду.

детета. Наведено изричито прописује Конвенција УН о правима детета (Њујорк, 1989. година)[2] чијим се чланом 3 утврђује да су у свим активностима које се тичу деце, без обзира да ли их предузимају јавне или приватне институције социјалног старања, судови, административни органи или законодавна тела, најбољи интереси детета од првенственог значаја. С тим у вези, неспорно је да је у интересу детета да одраста са својим биолошким родитељима,[3] осим уколико не постоје оправдани разлози за одвајање од родитеља о чему се може решавати искључиво судском одлуком. Такође, дете има право да одржава личне односе са родитељем са којим не живи и са сродницима и другим лицима са којима га везује посебна блискост ако ово право није ограничено судском одлуком (чл. 61. ст. 1. и 5 Породичног закона). Отуда је посебно значајно онемогућавање самовољног одузимања малолетног лица од овлашћених старалаца, односно онемогућавање поступака који негативно утичу на одржавања контаката између малолетног лица и лица са којима је оно блиско.

Литература обилује истраживањима која говоре о томе колико је значајно за развој детета да одржи стабилне односе са родитељима и другим блиским сродницима у случају развода, престанка ванбрачне заједнице или у другим животним ситуацијама услед којих дете не живи са мајком и са оцем. Тако једно истраживање спроведено у Канади утврђује да најтеже последице сносе она деца која су пре развода имала блиске односе са оба родитеља, а после развода нередовно виђају или уопште не виђају оног родитеља са којим више не живе у истом домаћинству, те да се оне могу огледати у потиштености и губитку самопоуздања.[4] Занимљиво је и да одређена компаративна истраживања указују да развод погубније утиче на дечаке него на девојчице, те да би се то вероватно могло објаснити тиме што деца чешће остају у домаћинству са мајкама што потом умањује утицај очева као мушких узора.[5] Тако су истраживачи закључили да развод може лоше утицати на укупно понашање дечака, на остваривање њихових личних потенцијала и на успех у школи.[6]

Ипак, чињеница је да су развод и разврнгуће ванбрачне заједнице у савремено доба уобичајене појаве, те да компликованије процедуре за закључ-

---

[2] Конвенција је ратификована Законом о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 15/90 и *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/96 и 2/97.

[3] *Дете има право да живи са својим родитељима и право да се родитељи о њему старају пре свих других.* (чл. 60, ст. 1 Породичног закона, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015).

[4] Julien Payne, Kenneth Kallish, „A behavioural science and legal analysis of access to the child in the post-separation/divorce family“, *Ottawa Law Review* 2/1981, 224.

[5] Alfredo Eymann *et al.*, „Impact of divorce on the quality of life in school-age children“, *Jornal de Pediatria* 6/2009, 551.

[6] *Ibid.*

чење и развод брака и друга законодавна решења не могу значајније да утичу на дуговечност заједнице.[7] Истраживање спроведено под покровитељством Организације за економску сарадњу и развој (OECD) указује на то да се у великом броју земаља у свету смањује број закључених бракова, а повећава број развода. Такође, међу земљама чланицама ове организације[8] просечна стопа развода је порасла за готово 50% у периоду од 1970. године до 2012. године.[9] Тако се 1970. године на сваких 1000 становника бележило 1,3 развода, док је у 2012. години број развода на сваких хиљаду грађана износио 2,1.[10] Дакле, развод је прилично заступљена појава и треба тражити начине да се његове негативне последице максимално умање или елиминишу.[11] Уз то, развод не треба посматрати само као разврГавање једне породице и неповољан догађај, већ и као могући искорак у бољу перспективу за све оне који су инволвирани у дату ситуацију. Ова констатација посебно важи за заједнице у којима су разводом прекинути трајни конфликти или чак и психофизичко насиље између бивших супружника.

Како би се остварили најбољи интереси детета и осигурала могућност контакта између деце и родитеља и других сродника, Савет Европе је 15. маја 2003. године усвојио Конвенцију о контактима са децом.[12] Овом конвенцијом се гарантује право детета на одржавање веза са родитељима, сродницима и другим блиским лицима, при чему контакт подразумева боравак у посети код родитеља или другог сродника/блиског лица са којим дете иначе не живи, сваки облик комуникације између детета и наведених лица и упознавање наведених лица са информацијама од значаја за дете и обратно (чл. 2). Конвенција пледира за то да родитељи и други сродници, кад год је то могуће, у непосредном и пријатељском односу пронађу компромисно решење у погледу контакта са дететом, при чему је од кључног значаја то да све заинтересоване стране, а деца посебно, располажу свим неопходним информацијама. Предвиђене су казнене мере за лица која противправно отежавају или онемогућавају одржавање везе са дететом. Уз то, како би се права детета заиста и реализовала свака држава мора обезбедити унутар националног поретка бар три облика заштитних мера путем којих се гарантује одржавање

[7] Alison Clarke-Stewart, Cornelia Brentano, *Divorce: Causes and Consequences,* Yale University Press, New Haven – London 2006, 19,20.

[8] Неке од чланица ОЕЦД су Аустрија, Уједињено Краљевство, Данска, Канада, Нови Зеланд и Сједињене америчке државе.

[9] The Organisation for Economic Co-operation and Development, Marriage and Divorce Rates, *https://www.oecd.org/els/family/SF_3_1_Marriage_and_divorce_rates.pdf*, 9. август 2018. године.

[10] *Ibid*.

[11] Вид. Nicholas Wolfinger, *Understanding the Divorce Cycle,* Cambridge University Press, Cambridge – New York 2005, 4 и даље.

[12] Convention on Contact concerning Children, Strasbourg 2003, CETS no. 192.

веза са дететом за оно лице са којим дете не живи, односно путем којих се након посете гарантује повратак детета оном лицу са којим дете иначе живи у заједничком домаћинству (чл. 10).

Дакле, потребно је активирати различите механизме за заштиту права детета које не живи са мајком и са оцем чиме се посредно штите и одређена права родитеља. Један од таквих механизама у Србији јесте и гоњење за кривично дело одузимање малолетног лица. С обзиром да се кривична дела отмица и одузимање малолетног лица одликују одређеним истоветним елементима, потребно је прво међусобно разграничити ова два кривична дела.

2. ОТМИЦА И ОДУЗИМАЊЕ МАЛОЛЕТНОГ ЛИЦА, ПОЗИТИВНОПРАВНО РЕШЕЊЕ У СРБИЈИ

Иако и отмица и одузимање малолетног лица могу да подразумевају одвођење и задржавање малолетног лица ипак постоје суштинске разлике између наведених кривичних дела.

Отмица је предвиђена у чл. 134 Кривичног законика РС – КЗ РС[13] у групи кривичних дела против права и слобода човека и грађанина, док је одузимање малолетног лица инкриминисано у чл. 191 КЗ РС у групи кривичних дела против брака и породице. Дакле, у случају ових двају дела групни заштитни објекти су потпуно другачији. Тако се у случају отмице непосредно штити слобода кретања у случајевима када се једном лицу принудом, обманом или на други начин та слобода одузима или ограничава, а све у намери да се од пасивног субјекта или неког другог лица изнуди новац или друга имовинска корист, односно да се пасивни субјект или друго лице принуде да нешто учине, не учине или трпе. Код одузимања малолетног лица штити се право детета да живи са овлашћеним лицем или у одговарајућој установи и да се виђа са овлашћеним лицима, чиме се посредно штити право на породични живот.

Даље, пасивни субјект у случају кривичног дела отмице може бити било које лице, док ће у случају када је реч о малолетном лицу отмица попримити квалификовани облик. Када је реч о одузимању малолетног лица, као што и сам назив каже пасивни субјект може бити само лице млађе од 18 година.[14]

Када је реч о намери, за постојање кривичног дела одузимање малолетног лица није потребно постојање нити испољавање било какве посебне намере

[13] *Службени гласник РС,* бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

[14] У даљем тексту су термини „дете“ и „малолетно лице“ коришћени као синоними, при чему смо се руководили чланом 1 Конвенције УН о правима детета сходно коме је дете људско биће које није навршило 18 година живота, уколико се, по закону који се примењује на дете, пунолетство не стиче раније.

на страни учиниоца. Насупрот томе, у позадини вршења отмице најчешће стоји користољубље, јер се лице одузима или задржава пре свега у намери да се од пасивног субјекта или другог лица изнуди новац или каква друга имовинска корист, мада ова лица могу бити принуђавана и на друга чињења или трпљења. Стога се може рећи да отмица заправо у себи сублимира елементе кривичних дела противправно лишење слободе, принуда и изнуда.[15] Тако се инкриминисањем овог кривичног дела штите слободе грађана, али и имовина, док се инкриминацијом одузимање малолетног лица штите породичне вредности. Заправо, циљ вршења кривичног дела одузимање малолетног лица у суштини јесте да извршилац преузме старање о малолетном лицу уместо лица које је на то овлашћено.[16] Стога се у пракси као извршиоци овог дела против брака и породице најчешће јављају блиски сродници, а нарочито родитељи којима је, по неком основу, ускраћено право старања над малолетним лицем, односно особе које такав родитељ подстрекава.[17] Разуме се да и отмицу могу вршити лица блиска пасивном субјекту, али ће то у пракси ређе бити случај, јер ће се у улози отмичара чешће наћи лица која нису од раније позната пасивном субјекту.

Специфичности отмице изискују да њени квалификовани облици постоје онда када се отмица врши од стране групе, односно од стране организоване криминалне групе, као и у другим законом прописаним случајевима. Тако су током последњих деценија у Србији биле актуелне отмице богатих пословних људи или пак других појединаца за које се могло претпоставити да они или њима блиска лица располажу већим новчаним свотама.[18] За спровођење оваквих лукративних подухвата потребни су одговарајућа организациона структура и исцрпно планирање, па су они као такви грана бизниса организованог криминала,[19] а ризик који носе по живот и телесни интегритет пасивног субјекта је огроман. Објашњено је да је мотивација за одузимање малолетног лица потпуно другачије природе, па су и квалификовани облици овог кривичног дела битно другачији, уз акцентовање потребе да се заштите не само живот и телесни интегритет, већ и други интереси малолетног лица. Тако квалификовани облици одузимања малолетног лица постоје онда када је дело учињено из ниских побуда, међу њима и користољубља, или од стране организоване криминалне групе, али и онда

[15] Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика,* Службени гласник, Београд 2006, 372.

[16] *Ibid.*, 467.

[17] Вељко Делибашић, „Кривично дело отмица у кривичном законодавству Републике Србије“, *Култура полиса* 27/2015, 506.

[18] Вид., примера ради, пресуду Апелационог суда у Београду Кж1 По1 18/12 од 25. јануара 2013. године.

[19] Милан Милошевић, „Отмица уз претњу убиством или тешком телесном повредом“, *Безбедност* 3/2010, 95.

када је услед дела теже угрожено здравље, васпитање или школовање малолетног лица.

За разлику од отмице одузимање малолетног лица подразумева да се малолетно лице задржава или одузима од овлашћених лица или институција, при чему се задржавање и одузимање врше противправно, али без принуде и обмане. У суштини, битно је да није заступљена принуда, јер би се у том случају у начелу радило о кривичном делу отмице. Разуме се да код отмице нема помињања овлашћених лица и институција, јер, по правилу, пунолетна лица нису под контролом и заштитом других лица и установа.

Коначно, извршење кривичног дела одузимање малолетног лица не изискује постојање било какве посебне намере. Једноставно, дело је остварено самим чином задржавања или одузимања малолетног лица чиме су овлашћена лица и институције онемогућени у старању о малолетном лицу, што по природи ствари обично подразумева и повређивање најбољег интереса детета. Наиме, када суд доноси одлуку о томе коме се дете поверава на старање и како ће надаље контактирати са родитељима он се пре свега руководи оним што је најбоље за дете, па самим тим непоштовање овакве одлуке, све док је она на снази, значи и неостваривање дететових интереса.

3. ОДУЗИМАЊЕ МАЛОЛЕТНОГ ЛИЦА, РЕШЕЊЕ *DE LEGE LATA* И НЕКА СПОРНА ПИТАЊА

Иако се без сумње могу разумети криминалнополитички разлози због којих је одузимање малолетног лица инкриминисано као посебно кривично дело,[20] не треба губити из вида да ова инкриминација отвара значајна спорна питања у пракси.

Тако основни облик кривичног дела чини свако лице које малолетно лице противправно задржи или одузме од родитеља, усвојиоца, стараоца или другог лица, односно установе, којима је оно поверено или онемогућава извршење одлуке којом је малолетно лице поверено одређеном лицу.

[20] Тако и у Црној Гори и Хрватској такође постоје кривична дела која су пандан одузимању малолетног лица у српском кривичном праву. У Црној Гори је у чл. 217 Кривичног законика (*Службени лист РЦГ*, бр. 70/2003, 13/2004 – испр. и 47/2006 и *Службени лист ЦГ*, бр. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 – др. закон, 40/2013, 56/2013 – испр., 14/2015, 42/2015, 58/2015 – др. закон, 44/2017 и 49/2018) предвиђено кривично дело одузимање малољетног лица које се у свим елементима подудара са делом из КЗ РС. У Хрватској је у чл. 174 Kaznenog zakona (*Narodne novine,* br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15 – Ispravak i 101/17) инкриминисано одузимање дјетета на начин донекле другачији но у српском законодавству. Између осталог, одузимање детета поприма привилеговани облик уколико је учинилац родитељ или усвојилац, а квалификовани облик постоји и онда када услед извршења дела дете напусти територију Хрватске.

Извршилац ће пре свега бити родитељ са којим дете не живи, мада то може бити и свако друго лице коме дете није поверено на старање. Дакле, у погледу извршиоца и радње извршења практично нема значајнијих спорних питања, али веома спорна може бити сама противправност пре свега код задржавања детета.

Наиме, када је реч о радњи одузимања малолетног лица, мишљења смо да противправност у начелу неће бити спорна с обзиром да извршилац кривичног дела својим активним поступањем фактички мења ситуацију у којој је малолетно лице поверено овлашћеном лицу или установи. Учинилац тада одводи малолетно лице са одређеног места или га удаљава од одређеног лица.[21] Даље, није спорна противправност ни у одређеним случајевима када се дете задржава противно правноснажној судској одлуци. Тако су јасне ситуације када, примера ради, отац, обавести мајку која самостално врши родитељско право да неће вратити петогодишње дете које је са њим провело викенд у складу са одлуком суда зато што он сматра да је боље да дете надаље живи са њим. Али нејасноће се манифестују онда када је у питању старије дете које можда изражава жељу да остане са другим родитељем и мимо планиране посете или чак можда самостално долази на адресу где други родитељ живи. Спорне могу бити и ситуације када млађе дете очигледно изражава жељу да се не враћа код овлашћеног старатеља, што може бити пропраћено анксиозношћу, плакањем или другим непожељним понашањима. Тада се поставља питање да ли је такав родитељ који не располаже самосталним родитељским правом дужан да дете неодложно врати другом родитељу како би избегао кривични прогон, иако то може утицати неповољно на његов однос са дететом, па и на дететово самопоуздање и представу о сопственој вредности.

Уколико бисмо управо описане ситуације посматрали са формалноправног аспекта и ван ширег контекста, мишљења смо да би били испуњени сви елементи за постојање кривичног дела, с обзиром да воља малолетног лица да борави са другим родитељем не искључује противправност поступања оног родитеља који је свестан постојања судске одлуке о начину вршења родитељског права. Наиме, тешко би се могло оспорити да родитељ јесте свестан недозвољености сопственог поступања, па макар у питању било и само пропуштање. Но, са друге стране поставља се врло комплексно питање заштите најбољег интереса детета у датој ситуацији, посебно имајући у виду право детета да и његово мишљење буде узето у обзир, те да оно не буде третирано као лице у односу субординације.[22]

---

[21] Вид. Милан Милошевић, „Одузимање малолетника као врста отмице и самостално кривично дело“, *Наука, безбедност, полиција (НБП)* 3/2008, 16.

[22] Вид. Сандра Самарџић, „Регулатива породичног права на међународном и европском нивоу, са посебним освртом на право детета на здравље“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)* 2/2015, 815.

Чини се да у погледу наведених ситуација не постоји јединствен став ни у српској судској пракси. Тако је решењем Апелационог суда у Новом Саду, посл. бр. Кж.I 2522/13, од 22.08.2013. године, укинута пресуда Основног суда у Новом Саду, посл. бр. К.2977/11, од 10.05.2013. године, и истовремено констатовано да изражена жеља и иницијатива малолетног лица за задржавањем не искључују противправност кривичног дела одузимање малолетног лица и да оне евентуално могу бити цењене као олакшавајућа околност. У образложењу решења Апелационог суда у Новом Саду наводи се да за постојање кривичног дела одузимање малолетног лица из чл.191, ст.1 КЗ није значајно да ли се задржавање врши противно вољи малолетног лица, или са његовим пристанком, и када је евентуално сам малолетник изразио жељу, односно иницијативу за задржавање. Таква околност евентуално може бити цењена као олакшавајућа околност, приликом одмеравања казне извршиоцу кривичног дела, али никако не искључује противправност деловања, како је то првостепени суд погрешно закључио.

Но, насупрот наведеној судској одлуци постоје и оне судске одлуке у којима се констатује да је за постојање кривичног дела одузимање малолетног лица неопходно да је на несумњив начин утврђено постојање воље на страни извршиоца дела да задржи малолетно лице, те да таква воља мора да се испољи кроз одређене радње усмерене било према малолетном лицу, било према овлашћеном старатељу малолетног лица или према надлежном државном органу. Тако се у пресуди Апелационог суда у Новом Саду, посл. бр. Кж.1. 4103/13 од 10.04.2014. године, којом је потврђена пресуда Основног суда у Новом Саду, посл. бр. К.3173/13 од 02.10.2013. године, наводи да радња извршења кривичног дела одузимање малолетног лица из чл. 191 КЗ која се састоји од задржавања детета захтева више од обичног саглашавања са останком детета, те да воља о задржавању детета мора да се адекватно испољи. У образложењу наведене пресуде се наводи да је у конкретном случају очигледно да је малодобни оштећени самоиницијативно напустио мајку којој је поверен на чување и негу правноснажном судском одлуком и наставио да добровољно борави код оца и након протека времена одређеног у тој одлуци, те да нема доказа да се у радњама оптуженог стичу обележја кривичног дела из чл. 191, ст.1 КЗ, јер пре свега нема доказа да су радње оптуженог радње задржавања малодобног оштећеног, противно судској одлуци. Наиме, радња задржавања захтева више од обичног саглашавања, у конкретном случају оца, да син остане са њим, јер воља да се малодобно лице задржи мора да се испољи кроз одређене радње, о чему нема доказа у списима предмета.

Дакле, тешко ја наћи универзално решење за спорне случајеве. И даље стојимо при горе изнетом ставу да воља малолетног лица да борави са родитељем или другим лицима противно релевантној судској одлуци не може бити основ иксључења противправности и да манифестовање такве воље не

би смело по аутоматизму да аболира одговорно лице од кривичног прогона. Ипак, тешко да ће враћање детета у домаћинство овлашћеног старатеља између осталог и путем кривичног поступка бити одговарајуће решење и да ће погодовати интересима било којег од укључених лица, а понајмање интересима малолетног лица. Заправо, вероватно би пре контактирања полиције и тужилаштва и подношења кривичне пријаве требало на другом месту и уз помоћ стручних лица и институција потражити одговор на питање зашто малолетно лице (не)жели да борави са једним од родитеља, старатеља или других овлашћених лица. Покретање кривичног поступка остало би као средство за најургентније и најдрастичније ситуације. Сматрамо да је само у таквим изузетним околностима примерено гоњење за кривично дело, те да би тада слово закона требало да се примењује онако како је написано, што би значило да је кривично дело остварено онда када се поступа супротно правноснажној судској одлуци.

Тежи облик кривичног дела одузимање малолетног лица постоји уколико је дело учињено према новорођенчету, па је тада прописана казна затвора у трајању од шест месеци до пет година. Становиште Светске здравствене организације је да се новорођенчетом сматра дете у првих 28 дана свог живота.[23] Иста организација истиче да у свету чак 40% смрти деце млађе од 5 година наступа у првих 28 дана живота, те да је зато изузетно важно да дете у овом периоду има одговарајућу и континуирану негу.[24] Стога не треба посебно објашњавати зашто је у питању тежи облик кривичног дела. По логици ствари, новорођенче ће се превасходно одузимати од мајке или из овлашћене установе. Код овог облика кривичног дела не би требало да се појављују значајнија спорна питања, мада може бити практичних проблема изазваних хитним карактером кривичног поступка који би се водио у овом случају.

Следећи облик кривичног дела одузимање малолетног лица заправо се своди на онемогућавање одржавања личних односа малолетног лица са родитељем или другим сродником. Овај облик кривичног дела чини лице које онемогућава извршење одлуке надлежног органа којом је одређен начин одржавања личних односа малолетног лица са родитељем или другим сродником, а такво лице ће бити кажњено новчаном казном или затвором до две године. Инкриминација треба да заштити право малолетног лица на одржавање контаката са родитељем са којим не живи, односно са другим сродницима, што потом доприноси стабилности и јачању породичних односа. Код овог облика кривичног дела могу се у пракси појавити бројна комплексна питања.

---

[23] WHO/UNICEF, *Home visists for the newborn child: a strategy to improve survival*, World Health Organization, Geneva 2009, 2.

[24] *Ibid.*

Основни проблем у вези са одржавањем контакта између малолетног лица и родитеља и других сродника огледа се у томе што је са једне стране пре свега у питању право малолетног лица на одржавање контакта, с тим што се не може порећи да на другој страни фактички постоји овлашћење родитеља и других сродника да инсистирају на успостављању односа. Наиме, Породични закон у чл. 61, ст. 1 и 5 предвиђа да дете има право да одржава личне односе са родитељем са којим не живи, односно да одржава личне односе и са сродницима и другим лицима са којима га везује посебна блискост. Дакле, по слову закона у питању је право детета, односно дете нема никакву обавезу према родитељу или другом сроднику у погледу одржавања односа са њима. Поставља се питање шта чинити онда када малолетно лице не жели да користи своје право, а родитељ и те како жели контакт са њим.

У нормалним околностима важи претпоставка да остваривање најбољег интереса детета изискује да оно одржава контакт са родитељем са којим не живи, односно са другим сродницима које не виђа свакодневно. Путем одржавања блиских веза дете стиче потпору и сигурност коју даје припадност породици, а добија и прилику да формира одређену слику о сопственом идентитету и пореклу. Уколико одржавање таквих контаката није у сагласности са најбољим интересом детета онда ће право детета на виђање бити ограничено само судском одлуком, у складу са чл. 61. ст. 2 Породичног закона.[25] Међутим, у пракси лако може доћи до спорне ситуације у којој малолетно лице не жели контакт, иако постоји одговарајућа одлука на основу које родитељ покушава да одржава личне односе са својим дететом. У том случају једино решење се може пронаћи у измени судске одлуке о одржавању личних контаката, путем које ће се одлучити о евентуалној колизији различитих интереса. У противном, све док до измене судске одлуке не дође, лице које је овлашћено да се стара о малолетном лицу чини овај посебан облик кривичног дела одузимање малолетног лица самим тим што до контакта не долази. Једноставно, полази се од претпоставке да је у дететовом интересу да виђа другог родитеља, а противно ће, по логици ствари, морати да доказује онај родитељ са којим дете живи.[26]

Ипак, свакодневни живот се тешко може одвијати у складу са стриктно постављеним условима из судске одлуке, што треба имати у виду и када је у питању одржавање везе са малолетним лицем. Зато суд узима у обзир целокупан сплет околности при утврђивању постојања кривице за овај облик кривичног дела одузимање малолетног лица. Тако је решењем Апелационог суда у Крагујевцу, Кж1 бр. 6095/10 од 18.01.2011. године констатовано да усмени договор или писани пристанак родитеља коме је одређен начин одржа-

[25] *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.
[26] J. Payne, K. Kallish, 249.

вања личног односа, који мења одлуку надлежног органа о начину одржавања личних односа малолетног лица са родитељем, искључује противправност радњи другог родитеља који не поступа по одлуци надлежног органа, као општи елемент кривичног дела одузимање малолетног лица. Наиме, наведеним решењем је укинута пресуда Основног суда у Чачку К. бр. 8941/10 од 8. новембра 2010. године којом је мајка оглашена кривом што је онемогућила извршење правноснажне и извршне пресуде којом је одређен начин одржавања личних односа малолетног детета са оштећеним. Апелациони суд, пак, налази да када родитељ коме је одређен начин одржавања личних односа са малолетним дететом пристане мимо суда да се другачије одреди начин одржавања личних односа од оног у судској одлуци, наведена околност искључује противправност радњи другог родитеља који не поступа по одлуци надлежног органа.

Када је у питању одржавање личних односа, посебно спорно може бити одржавање односа са малолетним лицима старијим од 15 година. Наиме, сходно чл. 61. ст. 4 Породичног закона дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може одлучити о одржавању личних односа са родитељем са којим не живи. Поставља се питање да ли то значи да је искључена противправност у случају када родитељ петнаестогодишњег детета не предузме мере за одржавање контакта са другим родитељем, позивајући се на то да дете то једноставно не жели. И поред тога што малолетно лице може бити под јаким утицајем оног родитеља са којим живи и управо под тим утицајем формирати мишљење о другом родитељу, мишљења смо да би одбијање детета да контактира са родитељем ипак било основ за искључење противправности. Наиме, не видимо довољно добре разлоге да се дете које је у стању да изрази своју вољу „приморава“ на контакт, нити како би такво „приморавање“ могло допринети заштити његових најбољих интереса. Напротив, наметање родитељске воље по сваку цену може да указује на недостатак родитељских вештина.[27] Закључујемо да би и у том случају противправност била искључена, али да тада истовремено постоји и ургентна потреба за изменом одлуке о вршењу родитељског права, с обзиром да се право на контакт може и сме вршити једино на начин који погодује остваривању најбољег интереса детета.

Онемогућавање извршења релевантне одлуке када је у питању одржавање личних односа могло би бити заступљено и у случајевима када је реч о одржавању контакта са бабама, дедама, осталим сродницима и осталим блиским лицима,[28] мада су у пракси такве ситуације пропраћене низом

[27] Дарко Симовић, Биљана Симеуновић-Патић, „Прилог расправи о забрани физичког кажњавања детета“, *Зборник радова ПФНС* 4/2016, 1172.

[28] Вид. Зоран Поњавић, „Породична права деде и бабе према унуцима“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 70/2015, 536-539.

неразјашњених питања. Неспорно је да оно лице које онемогућава такав контакт може бити извршилац кривичног дела, при чему је неопходно само да постоји одговарајућа одлука надлежног органа. Како ће бабе, деде и друга лица која тврде да су у блиским односима са малолетним лицем издејствовати одлуку о одржавању личних односа, друго је и веома комплексно питање. Даље, треба имати у виду да је малолетно лице такође само титулар права, а не и носилац било каквих обавеза у погледу успостављања и одржавања контакта са сродницима и другим блиским лицима, као и да се примат даје односу између детета и родитеља са којим дете дели свакодневицу.[29] Дакле, бабе, деде, остали сродници и блиска лица могу инсистирати само на заштити дечијих права,[30] што значи да до контакта неће доћи уколико се оцени да то није у складу са најбољим интересом детета, без обзира на то што наведена лица вероватно заиста имају најбоље намере према свом малолетном сроднику.[31] Са друге стране, овде не треба губити из вида ни могућност заинтересованих сродника и других блиских лица да се обрате Европском суду за људска права са захтевом за заштиту њихових права на породични живот у складу са чл. 8 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода (Рим, 1950. година). Тако је у предмету Kopf & Liberda против Аустрије[32] суд утврдио да јесу повређена права хранитеља у случају када је суду у Бечу било потребно више од три године да одлучи о томе да контакт између хранитеља и дечака са којим су хранитељи претходно живели четири године није у најбољем интересу детета.

Даље, законодавац предвиђа да квалификовани облик дела постоји онда када је дело учињено из користољубља или других ниских побуда или је услед дела теже угрожено здравље, васпитање или школовање малолетног лица или је дело учињено од стране организоване криминалне групе, те да ће се тада учинилац казнити затвором од једне до десет година. Поставља се питање разграничења тежег облика кривичног дела одузимање малолетног лица од кривичног дела отмице, с обзиром да је отмица врло често мотивисана користољубљем. Као основ за разграничење у начелу остаје само одсуство принуде код тежег облика одузимања малолетног лица, с тим што смо мишљења да у случају одузимања малолетног лица уз постојање одређених

[29] Вид. пресуду Европског суда за људска права у предмету Sommerfeld против Немачке, представка број 31871/96, пресуда од 8. јула 2003. године.

[30] Начин на који сродници могу заштити права детета је такође споран, с обзиром да Породични закон у чл. 263. ст. 1 предвиђа да тужбу за заштиту права детета могу поднети: дете, родитељ детета, јавни тужилац и орган старатељства.

[31] Вид. решење Апелационог суда у Крагујевцу, ГЖ2 бр. 225/11 од 23. маја 2011. године. Вид. Олга Јовић, „Право детета на контакт са родитељем са којим не живи“, *Научни скуп са међународним учешћем, Права дјетета и равноправност полова – између нормативног и стварног*, 29. јун 2012, Универзитет у Источном Сарајеву-Правни факултет, Пале, 109-111.

[32] Представка број 1598/06, пресуда од 17. јануара 2012. године.

назнака обмане и уз присуство користољубља као побуде постоји проблем разграничења од отмице. Ово питање може бити од практичног значаја, с обзиром да могућност ослобођења од казне учиниоца који добровољно преда малолетно лице, лицу или установи којој је оно поверено или омогући извршење одлуке о поверавању постоји и у случају извршења квалификованог облика одузимања малолетног лица. С обзиром да постоје снажни криминалнополитички разлози за предвиђање могућности ослобођења од казне, сматрамо да је постојеће решење ипак примерено. Друге ниске побуде могу бити жеља да се напакости другом родитељу и томе слично.[33]

Законодавац је, такође из криминалнополитичких разлога, предвидео да уколико суд изрекне условну осуду за одузимање малолетног лица истовремено може одредити обавезу учиниоцу да у одређеном року преда малолетно лице, или омогући извршење одлуке којом је малолетно лице поверено одређеном лицу или установи, односно одлуке којом је одређен начин одржавања личних односа малолетног лица са родитељем или другим сродником. Овим путем би била створена још једна значајна могућност да дете буде предато овлашћеним лицима без директног и драматичног уплитања механизама државне принуде, што је неспорно у интересу детета.

4. ОДУЗИМАЊЕ МАЛОЛЕТНОГ ЛИЦА И СТАТИСТИЧКИ ПОДАЦИ, СТАЊЕ У СРБИЈИ

Када је реч о заступљености кривичног дела одузимање малолетног лица у Србији, срећом, можемо закључити да расположиви подаци не указују на значајнију распрострањеност овог кривичног дела.[34] Тако је у 2017. години кривична пријава због овог кривичног дела била поднета у укупно 303 случаја, што је, на пример, много мање у односу на број кривичних пријава за кривично дело недавање издржавања у истој години (2195) које се такође налази у групи кривичних дела против брака и породице. У току исте године је донето свега 50 осуђујућих пресуда, при чему је свега 3 пута изречена затворска казна, 7 пута новчана казна, а у чак 40 случајева стекли су се услови за изрицање условне осуде.

Током 2016. године је забележен потпуно исти број кривичних пријава као и у 2017 години (303), с тим што је број осуђујућих пресуда био нешто већи (56). Те године је седморо лица кажњено затворском казном, четворо новчаном, те је изречена једна судска опомена, док је четворо лица оглашено кривим и ослобођено од казне.

[33] М. Милошевић (2008), 10.

[34] Представљени су подаци Републичког завода за статистику и то: *Саопштење број 193 од 16.07.2018, Саопштење број 194 од 14.07.2017, Саопштење број 189 од 15.07.2016, Саопштење број 192 од 15.07.2015.* и *Саопштење број 191 од 15.07.2014.*

Нешто раније, у 2015. години прилике су биле сличне као и у 2016. и 2017. години (277 кривичних пријава и 44 осуђујуће пресуде), док је занимљиво то што је у 2014. и 2013. години забележен значајно мањи број кривичних пријава за кривично дело одузимање малолетног лица (214, односно 197 кривичних пријава), при чему је удео поступака окончаних осуђујућом пресудом у тим годинама био знатно већи (52 осуђујуће пресуде у 2014. години, односно 58 у 2013. години).

Статистички подаци се никако не могу тумачити мимо контекста у коме су забележени, тако да би и извлачење било каквих закључака изискивало комплексно истраживање. Уочавамо да се број кривичних пријава осетно увећао од почетка посматраног петогодишњег периода (303 пријаве у 2017. години, у односу на 197 пријава у 2013. години), а да се број осуђујућих пресуда незнатно мењао (50 осуђујућих пресуда у 2017. години, у односу на 58 у 2013. години). Сасвим је могуће и да родитељи, сродници и остала овлашћена лица временом постају све упућенији у дечија и сопствена права, те да и то утиче на већи број поднетих кривичних пријава.

Такође, било би потребно да се утврди из којих разлога је убедљиво најзаступљенија санкција условна осуда, док је ослобођење од казне спорадично примењивано иако законодавац предвиђа да учиниоца који добровољно преда малолетно лице суд може ослободити од казне.

5. ЗАКЉУЧАК

Све до сада наведено нас наводи на један сасвим логичан закључак: кривичноправна реакција није погодан механизам за успостављање и одржавање односа на релацији родитељ и дете, односно других породичних односа.[35] Стога би кривично право у овој сфери заиста требало користити тек као последње расположиво средство, настојећи истовремено да се и поред уплитања тужилаштва, полиције, суда и других институција убудуће односи ипак нормализују и одвијају мимо формализованог и принудног поступања. Чини се да су и оштећена лица свесна непримерености кривичноправне заштите у овој сфери, те да је то и разлог невеликог броја кривичних пријава за одузимање малолетног лица. Осим тога, при принудном спровођењу у живот одлука о поверавању детета и контактима са дететом примењују се одредбе Закона о извршењу и обезбеђењу[36] (чл. 368-379), тако

[35] Вид. Бранислав Ристивојевић, „Да ли је закон о спречавању насиља у породици заказао?“, *Зборник радова ПФНС* 1/2018, 138-9.

[36] *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење и 113/2017 – аутентично тумачење.

да кривичноправна репресија може послужити тек као додатно средство притиска према лицима која се упорно не повинују релевантној одлуци.

Познато је да питање односа између детета и родитеља може да буде испреплетано са конфликтом између родитеља, као и са, свесном или подсвесном, жељом родитеља да остваре надмоћ у односу са бившим супружником, иако би ово питање требало решавати имајући у виду пре свега најбољи интерес детета.[37] Када ови конфликти остану неразјашњени и када се ватра додатно потпирује, онда ни кривично право не може да помогне. Родитељи не би требало да се ослањају превасходно на суд при спровођењу у живот одлука о старатељству и остваривању контакта, јер је суд установа која се бави заштитом законитости и права и слобода, и као таква није подобна за разрешавање емотивних и психолошких проблема и тегоба.[38] Као помоћ у решавању конфликата и установљавању неких нових здравијих односа међу супружницима треба користити услуге професионалаца других струка. Чак и ако у суду постоје могућнсти за пружање одређених облика психолошке помоћи, то често неће бити довољно, с обзиром да успостављање стабилних односа између сукобљених страна неретко захтева континуирани рад.

Ипак, када се права детета, а тек потом и права родитеља, не могу остварити путем измене судске одлуке о вршењу родитељског права, нити путем примене породичног и извршног законодавства, у том случају може наступити потреба за применом кривичноправне репресије. Тада треба бити доследан у спровођењу у живот одлуке којом је правноснажно одлучено о правима детета. Но, чак и у том случају, не треба одустати од примене свих расположивих средстава која могу помоћи у превазилажењу конфликата и поправљању породичних односа. Оно што се ни у једном тренутку не сме сметнути с ума јесте да је остваривање најбољег интереса детета апсолутни приоритет.

[37] J. Payne, K. Kallish, 226.
[38] *Ibid*, 228.

Milica D. Kovačević, Assistant Professor
University of Belgrade
Faculty for special education and rehabilitation
milica.kovacevic@fasper.bg.ac.rs

Abduction of a Minor and Criminal Law Reaction

Abstract: *Criminal prosecution for the abduction of a minor should additionally protect the child's right to live with his parents, or other authorized caregivers, and also to maintain contact with parents or other relatives and close people. The paper is designed to explain the reasons justifying the existence of this incrimination. Some general considerations are given in the introductory part, with a review of the relevant international documents. The central part of the paper is devoted to the analysis of positive law in the Republic of Serbia, with particular emphasis on the mutual relationship between the criminal offense of abduction of the minor and the criminal offense of kidnapping, and to the analysis of controversial issues that arise in the judicial practice. The aim of the paper is to point out the real possibilities of criminal law protection in this sphere, as well as to emphasize the need to respect the letter of the law without loose and extensive interpretation in the judicial practice.*

Keywords: *abduction of a minor, kidnapping, rights of the child, access rights, best interests of the child.*

Датум пријема рада: 15.08.2018.

Оригинални научни рад 336.22:351.753(497.11)
doi:10.5937/zrpfns52-20267

Др Лука О. Батуран, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
L.Baturan@pf.uns.ac.rs

Др Горан Б. Милошевић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
G.Milosevic@pf.uns.ac.rs

Др Цвјетана М. Цвјетковић Иветић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
C.Cvjetkovic@pf.uns.ac.rs

ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА ФИСКАЛНИХ И НЕФИСКАЛНИХ ТРОШКОВА РЕГИСТРАЦИЈЕ ОРУЖЈА И ПРОБЛЕМ НЕРЕГИСТРОВАНОГ ОРУЖЈА[1]

***Сажетак**: Велика количина нерегистрованог (и неевидентираног) оружја у поседу грађана Србије представља значајан друштвени проблем. Рад посматра и анализира историјске и правне факторе који су довели до овог проблема, применом метода економске и правне теорије. Предмет изучавања овог рада пре свега су правне норме којима се регулише регистрација оружја (са посебним акцентом на нова решења Закона о оружју и муницији), као и фискални и нефискални трошкови грађана везани за регистрацију. Од нефискалних трошкова, издвајају се трошак за здравствени преглед, трошак за обуку у руковању оружјем, као и сложен правни поступак чије спровођење само по себи представља трансакциони трошак. Од фискалних трошкова, анализирају се такса на захтев за набавку оружја, такса на захтев за израду оружног листа и такса на захтев за дозволу за*

[1] Рад је резултат заједничког рада на пројекту Правног факултета у Новом Саду „Правна традиција и нови правни изазови“.

ношење оружја за личну безбедност, као и порез на регистровано оружје. Основна хипотеза је да правни оквир којим је држава регулисала третман регистрованог оружја дестимулишуће делује на грађане да преводе оружје из нелегалних у легалне токове.

Кључне речи: *нелегално оружје, легализација оружја, порез на оружје, таксе за регистрацију оружја.*

УВОД

Србија спада у ред европских земаља са највишом стопом поседовања оружја по глави становника. Највећим делом у питању је нерегистровано оружје, заостало из ратова вођених на овим просторима у XX веку. С обзиром на то да нерегистровано оружје представља потенцијалну претњу и опасност, задатак државних органа задужених за безбедност грађана је да овај **проблем** реше. Са друге стране, сама процедура за набављање оружја у Србији је изузетно сложена и скупа. Такође, власници појединих категорија регистрованог оружја плаћају и годишњи порез. Ово су фактори због којих велики број грађана одбија да своје оружје региструје.

Овај рад је део ширег истраживачког подухвата групе аутора, која има за циљ да са више аспеката осветли проблем нерегистрованог оружја у Србији, као и да помогне решавању овог проблема тако што ће указати на ефекте различитих правних и правноекономских инструмената који су везани за ово важно безбедносно питање. **Циљ** рада је да се покаже како компликована законска процедура, као и различите фискалне и економске обавезе, представљају један од основних фактора који демотивишу грађане да легализују оружје које имају. Тиме држава само доприноси нерешавању проблема.

У писању рада у првом реду је коришћен позитивистички правни **метод**, као и метод неоинституционе економске теорије, а у мањој мери и историјски метод. С обзиром да је рад мултидисциплинаран, у фуснотама ће бити дате дефиниције основних економских појмова коришћених у раду.

Када је **предмет рада** у питању, од пореских прописа највише пажње посвећено је Закону о порезу на употребу, држање и ношење оружја и Закону о републичким административним таксама. Такође, анализиране су и поједине одредбе Закона о оружју и муницији и подзаконски акти донети на основу њега. На крају, дат је и ценовник појединих услуга које пружа приватни сектор (агенције за безбедност и здравствене установе), које је неопходно платити да би се по законитој процедури набавило оружје.

Основна хипотеза рада је да високи трошкови регистрације оружја доводе до одбијања грађана да преведу оружје у легалне токове. Правни оквир

којим је држава уредила третман регистрованог оружја дестимулишуће делује на грађане да преводе оружје из нелегалних у легалне токове.

1. НЕРЕГИСТРОВАНО ОРУЖЈЕ У СРБИЈИ: ПРОБЛЕМ И КОРЕНИ ПРОБЛЕМА

У поседу грађана Републике Србије налазе се велике количине оружја.[2] Према званичним подацима, 2008. године у поседу грађана било је регистровано 1.172.468 комада оружја.[3] Међутим, много више забрињавају званичне процене Министарства да се у поседу грађана налази између 200.000 и чак 900.000 комада оружја које није регистровано.[4] Потврда да се у поседу грађана налази велика количина нерегистрпованог оружја је број комада предатог оружја на легализацију. У досадашњих седам кругова легализације и предаје оружја (1992, 1997, 1999, 2003, 2007, 2015. и 2016), према изјавама званичника МУП, грађани су предали око 100.000 комада оружја.[5]

---

[2] У смислу Закона о оружју и муницији, оружјем се сматра ручно преносива направа израђена или прилагођена да под притиском ваздуха, барутних и других гасова или другог потисног средства може избацити зрно, куглу, сачму или неки други пројектил, односно распршити гас или течност и друга направа која је намењена за самоодбрану или напад, лов или спорт. Ватрено оружје јесте оно оружје које, под притиском барутних гасова, из цеви избацује пројектил, а, с тим у вези, врсте ватреног оружја јесу – митраљез, пушкомитраљез, аутоматска пушка, аутомат, пиштољ, револвер, пушка са олученим цевима (једнометна, репетирајућа, полуаутоматска), пушка са глатким цевима (једнометна и двометна, репетирајућа, полуаутоматска), комбинована пушка (са олученим и неолученим цевима), пушке, пиштољи и револвери са ивичним пољењем (малокалибарско оружје). Закон о оружју и муницији, Сл. Гласник РС, бр. 20/2015 – ЗОМ (2015). Овде ваљда напоменути да се у српској литератури која се бави овом темом, енглески израз *small arms* врло често погрешно преводи као „малокалибарско оружје“. Видети: Кристина Радојевић, Вања Роквић & Жељко Иваниш: Контрола трговине и преноса малокалибарског и лаког оружја. *Војно дело*, јесен 2011, 138-156; Мирјана Докмановић, *Поседовање ватреног оружја и насиље у породици на Западном Балкану: компаративна студија законодавства и механизма за примену.* SEESAC, Београд.

[3] Стратегија контроле стрељачког и лаког оружја у Србији за период 2010-2015. године. *Сл. Гласник РС,* бр. 36/2010.

[4] Обраћање министра унутрашњих послова на седници Народне скупштине приликом образлагања Предлога Закона о оружју и муницији на Седмом ванредном заседању Народне скупштине Републике Србије, 18. фебруара 2015. Привремене стеногрмамске белешке, нередиговане и неауторизоване, 01 број:06-2/66–15, Отворени парламент: http://www.otvoreniparlament.rs/transkript/7221?page=1 (сајту приступљено 3. децембра 2018. године). Међутим, проблем је што није позната методологија по којој се дошло до ових података. Упитна је и вредност ове процене, с обзиром на велики распон у процењеним количинама.

[5] Марина Тадић, Поседовање ватреног оружја и људска безбедност: Да ли нас оружје штити или плаши? Центар за истраживање јавних политика, новембар,2016, стр. 3. и Јелена

Више је **фактора** који су довели до ове појаве. Корени проблема сежу у далеку прошлост, чак у време када су становници ових простора живели под османском влашћу. Слаба државна власт није била способна да на адекватан начин обезбеди пружање услуга безбедности као јавног добра, због чега је старање о безбедности било препуштено приватном сектору (племе, братство, породица, појединац). Како су у то време вребале различите опасности, поседовање оружја гарантовало је опстанак појединца. Још у то време ствара се култ оружја, који постоји и у другим ратничким културама.[6]

Ситуација се не поправља ни након стварања самосталне српске државе у XIX веку. У прво време, војно оружје трајно је чувано код припадника „народне војске“ (резервног састава). Не желећи да поступе по захтеву државних власти и оружје врате у војне магацине, у једном историјском моменту је чак избила и оружана побуна војних резервиста.[7]

У деценијама након Другог светског рата долази до појачане милитаризације друштва, која је спровођена кроз тзв. доктрину општенародне одбране и друштвене самозаштите. На основу искустава из НОБ-а, сматрало се да ће „наоружани народ“ најефикасније бранити државу од спољног непријатеља. Због тога је са једне стране пренаглашавана стална опасност по државу, а са друге одговорност грађана да је бране чак и у случају евентуалног слома њених оружаних снага. Толерисана је велика количина оружја у рукама грађана заостала из рата, а прописи који су регулисали држање и ношење оружја били су доста либерални.[8] На крају, ратови 90-их година, вођени у условима распада бивше Југославије, довели су до тога да се велика количина наоружања из војних складишта нађе у рукама грађана.[9]

Зорић, „Србија пуна оружја – у седам акција предате десетине хиљада”, 21.10.2016, *N1*, Званични интернет сајт http://rs.n1info.com/a202981/Vesti/Vesti/Predaja-oruzja-policiji.html.

[6] Чести ратови који су вођени на овим просторима, довели су до тога да је овај култ код српског народа још увек јак. Више о култу оружја код Срба: Vladimir Cvetković, Serbian Society and „Gun Culture“. *Социологија*, год. 48, бр. 1, 39-54. Више о култу оружја код Американаца: Glenn H. Utter, James L. True, The Evolving Gun Culture in America, *Journal of American & Comparative Cultures*, Vol. 23, No. 2, Summer 2000; Claire A. Cooke and John E. Puddifoot, Gun Culture and Symbolism Among U.K. and U.S. Women, *The Journal of Social Psychology*, Vol. 40, No. 4, August 2000.

[7] Догађај који је у историографији познат као Тимочка буна. Видети: Слободан Јовановић, *Влада Милана Обреновића*, књ. 3. Издавачко и књижарско предузеће Геце Кона, Београд, 1934, 111-145.

[8] Закон о оружју и муницији СР Србије (ЗОМ 1977), Сл. Гласник СРС, бр. 43/77, 28/91; Закон о оружју и муницији САП Војводине (ЗОМ 1976), Сл. лист САП Војводине бр. 2/76, 6/76, 8/82, 22/84, 27/89, 32/89.

[9] Мирјана Докмановић, *Поседовање ватреног оружја и насиље у породици на Западном Балкану: компаративна студија законодавства и механизма за примену.* SEESAC, Београд, 3.

2. ОРУЖЈЕ У ПРИВАТНОЈ СВОЈИНИ ГРАЂАНА: КОРИСТИ И ТРОШКОВИ

Постојање велике количине оружја међу становништвом има својих и добрих и лоших страна, односно користи и трошкова за друштво.[10] **Користи** се тичу повећаног осећаја сигурности код оних грађана који поседују оружје. Такође, ловачко, малокалибарско, ваздушно и тетивно оружје се користи у лову, стрељаштву, стреличарству и др., из чега индивидуалну корист црпе појединци који се баве тим спортовима.[11]

Неспорно је да у економској теорији безбедност грађана представља ***јавно добро***,[12] те да се оптимални ниво безбедности[13] не може постићи без ангажовања јавног сектора.[14] Међутим, друштвено оптималан ниво безбедности, на првом месту, не значи и максималан ниво безбедности.[15] Грађанима који се осећају недовољно безбедним чак и уколико је постигнут оптималан ниво безбедности на нивоу друштва, оправдано је дозволити да преостали ризик компензују додатним трошењем сопствених ресурса.

Повећани ниво безбедности лица и имовине може се постићи између осталог и држањем и ношењем оружја за личну безбедност у приватној својини грађана. Не треба занемарити ни постојање **позитивних екстерналија**[16]

[10] Користи представљају индивидуалну меру среће и задовољства појединца услед одређене активности, док трошкови представљају умањење индивидуалне користи.

[11] У ранијем периоду посебно се наглашавала важност неких спортова са оружјем (лов, стрељаштво) у функцији припрема појединаца за одбрану земље. Видети: Ловне организације у оквиру општенародне одбране и друштвене самозаштите, *Велика илустрована енциклопедија ловства,* књига 2, Грађевинска књига, Београд 1987, 22-25;

[12] Под појмом јавног добра економска теорија подразумева она добра и услуге код којих не постоји ривалитет у потрошњи, и код којих није могуће спречити појединца да ужива користи од потрошње тог добра. Класичан пример јавног добра је безбедност. Са једне стране, чињеница да се један грађанин осећа безбедним због присуства полиције у његовој улици, не лишава друге грађане повећаног осећаја безбедности. Такође, готово је немогуће искључити грађане који нису платили за коришћење јавног добра да то добро користе. Више о томе код: Борис Беговић, Александра Јовановић, Мирољуб Лабус, *Економија за правнике*. Правни факултет у Београду, 2017, 297-319.

[13] Оптималан ниво безбедности је она тачка у којој је друштвена корист од услуга безбедности у равнотежи са друштвеним трошковима који се за ту услугу издвајају.

[14] Безбедност грађана представља неопходан и приоритетан услов за нормално функционисање једног друштва, државе или било које друге заједнице. Светлана Станаревић, Механизми и начини развијања и унапређења безбедносне културе. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, год. LI, бр. 2, 2017, 371.

[15] Ниво апсолутне безбедности нису чак постигле ни државе са тоталитарним системима.

[16] Позитивне екстерналије су узгредни производ активности појединца којима се увећава благостање других лица, а за шта та лица не плаћају никакву надокнаду. Лука Батуран, Могућност примене Коузове теореме ради постизања интернализације еколошког трошка у правном систему Републике Србије. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* бр. 3, 2011, 781-783. Видети још: Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, 2017, *op.cit.,* 334-340

у ситуацији када је један број грађана снабдевен оружјем за личну безбедност. Само сазнање потенцијалних провалника или насилника да у случају да буду затечени у вршењу кривичног дела могу и сами бити изложени опасностима, деловаће превентивно на смањење опште стопе криминалитета.

Међутим, чињеница да један број неодговорних грађана поседује оружје, може произвести и **негативне екстерналије**[17] у виду повећаног ризика да ће власници оружја њиме угрозити безбедност других лица.[18] Посебно је велика опасност када се оружје нађе у рукама психички нестабилних појединаца, када може доћи до угрожавања живота већег броја лица.[19] Такође, постоји могућност да ће оружје бити коришћено ради вршења кривичних дела.

Слична је ситуација и када је **спортско и ловачко оружје** у питању. Повећан ниво користи власника ових врста оружја услед бављења наведеним спортовима не сме бити праћено губицима осталих чланова заједнице због нарушене безбедности, до које може доћи злоупотребом ових врста оружја.

У том смислу, одговорност је на држави да регулише ову област, како користи власника оружја не би изазивале трошак другим лицима у виду смањења њихове безбедности.[20]

Овде треба напоменути да власници неких врста регистрованог оружја у Србији плаћају и посебан порез, чија средства се сливају у државни буџет из кога се финансирају заједничке потребе грађана.

3. НЕФИСКАЛНИ ТРОШКОВИ РЕГИСТРАЦИЈЕ ОРУЖЈА

Као прва баријера регистрацији оружја јавља се сложена и скупа процедура за легално набављање (регистрацију) оружја.[21] Она представља трансак-

[17] Негативне екстерналије су узгредни производ активности појединца којима се умањује благостање других лица, а за шта та лица не примају никакву надокнаду. Л. Батуран, 2011, *op.cit.,* 781-783. Видети још: Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, 2017, *op.cit.,* 334-340

[18] Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law (hrv. Temelji ekonomske analize prava).* Mate doo, Zagreb, 2009, 55-56. Видети и: Небојша Теофиловић, Татјана Теофиловић, Оружје и безбедност грађана у Србији. *НБП*, год. 11, бр. 3, Београд, 2006, 153-166.

[19] Иако медији често извештавају о злоупотребама ватреног оружја (видети: Светлана Ђурђевић-Лукић, *Оружје на мети: злоупотреба ватреног оружја у Србији.* SEESAC, Београд, 2015). Ипак, два случаја су у јавности оставила јак печат пре свега због броја жртава. Видети: Јасмина Лазић, Масовно убиство у Јабуковцу: Лудило, враџбине или лош дан? *Време*, бр. 865, 1. август 2007; Јована Глигоријевић, Злочин у Житишту: Сезона лова на жене. *Време*, бр. 1331, 7. јул 2016.

[20] Љубомир Стајић, Превенција криминала са аспекта дизајнирања јавног простора и улоге приватног обезбеђења. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, год. XLIX, бр. 1, 2015, 75-87; Предраг Вукасовић, Наоружана демократија и контрола држања оружја у САД. *Страни правни живот,* бр. 2, 2011, 7-24.

[21] На почетку треба рећи да је према Закону о оружју и муницији, сво оружје разврстано у **четири категорије**. У **категорију А** спадају минско-експлозивна средства, ауто-

циони трошак који сносе лица која желе да дођу у легалан посед оружја. Овај трошак увећава цену коју плаћа лице које оружје набавља.

Да би лице прибавило оружје, потребно је на првом месту да прибави **одобрење за набављање оружја**. Уз захтев који се предаје надлежном органу, потребно је приложити доказе да је лице које тражи одобрење пунолетно, да је здравствено способно и да је обучено за руковање ватреним оружјем.[22]

Здравствена способност за држање и ношење оружја се према закону доказује **уверењем о здравственој способности**, коју могу издавати само здравствене установе које добију одобрење министарства здравља.[23] Лице које поседује регистровано оружје, дужно је сваких пет година доносити ново здравствено уверење.[24] Цена уверења која се на тржишту формирала тренутно износи око 4.000 динара.

Овај законски услов, уведен новим решењима 2015. године, има исти ефекат на благостање власника оружја као и порез.[25] С обзиром на то да је Законом предвиђено да ће сва лица која поседују регистровано оружје бити у обавези да прибављају здравствено уверење сваких пет година, у питању би био ефекат периодичних пореза.[26]

матско оружје, оружје у скривеним предметима и оружје са пригушивачем пуцња. С обзиром на његову офанзивну функцију, за ово оружје начелно није могуће добити дозволу за набављање, држање и ношење, па неће ни бити предмет овог рада. ЗОМ, чл. 4, ст. 1, тч. 1 и чл. 5, ст. 1.

У **категорију Б** спада свако ватрено оружје (кратко, дуго, полуаутоматско, репетирајуће, једнометно, двометно, са олученим или глатким цевима) и конвертибилно оружје. Оружје из ове категорије могуће је набављати на основу дозволе надлежног органа. ЗОМ, чл. 4, ст. 1, тч. 2 и чл. 5, ст. 2. Предмет овог рада биће оружје које спада у ову категорију.

У **категорију Ц** спада онеспособљено ватрено оружје, старо оружје, копије оружја, оружје са тетивом и опругом одређених карактеристика. Оно се може држати уз пријаву надлежном органу. ЗОМ, чл. 4, ст. 1, тч. 3, чл. 5, ст. 3. У категорију Д спадају хладно оружје, гасни спрејеви, ваздушно оружје, и оно се може набављати и држати без исправе и пријаве. ЗОМ, чл. 4, ст. 1, тч. 4 и чл. 5, ст. 4.

[22] ЗОМ, чл. 13. Иако закон имплицитно наводи да лице не доставља потврду да се против њега не води поступак и уверење о држављанству већ то чини надлежни орган на основу сагласности лица које одобрење тражи, пракса је показала да полицијски службеници неформално сугеришу тражиоцу да достави и ове потврде, изговарајући се ефикасношћу поступка. У условима када о давању одобрења полицијски службеник доноси дискрециону одлуку, ово се неформално претвара у још један обавезни услов.

[23] ЗОМ,чл. 12, ст. 1. и 2. Ово представља новину која је уведена важећим законом. Према претходном закону, лекарско уверење достављано је само у случају да се у поступку одобрења оправдано посумња да подносилац захтева није здравствено способан да рукује ватреним оружјем. Закон о оружју и муницији, Сл. Гласник РС, бр. 9/92, 53/93, 67/93, 48/94, 44/98, 39/03, 101/05, 85/05, 27/11 – у даљем тексту: ЗОМ (1992), чл. 8, ст. 3.

[24] ЗОМ, чл. 12 ст 4.

[25] Разлика је у томе што порези представљају јавне приходе, док накнаде за издавање уверења о зравственој способности увећају од оригинерних прихода које остваре те установе.

[26] Иначе, да је испитивање здравствених способности био једини циљ законодавца, онда би и здравствени преглед приликом издавања возачке дозволе био сасвим довољан доказ да власник оружја испуњава потребне здравствене услове.

Обуку да је лице обучено за руковање ватреним оружјем могу вршити правна лица и предузетници који су регистровани за ту делатност и који претходно прибаве одобрење од надлежног министарства за обављање те делатности.[27] Обавезна обука уведена је као услов Законом о оружју и муницији из 1992. године.[28] Обуке су ослобођени само запослени и пензионисани припадници државних органа који по службеној дужности носе или су раније носили оружје, професионална и пензионисана војна лица, резервне војне старешине и спортски стрелци који наступају у дисциплинама са ватреним оружјем.[29]

Програм обуке за руковање ватреним оружјем прописан је посебним правилником.[30] Обука се састоји од теоријског и практичног дела. Теоретски део обуке састоји се од 12 часова у трајању од 45 минута, и обухвата правни аспект, безбедно руковање оружјем и основе балистике и технике гађања. Овај део је исти за све врсте оружја. Практична обука траје 8 часова од 45 минута и обухвата безбедно руковање оружјем и практично гађање оружјем.[31]

Цене обуке варирају, у зависности од организације која спроводи обуку. У Табели бр. 1 је дат ценовник једног београдског стрељачког клуба.

Табела бр. 1: Ценовник обуке за руковање ватреним оружјем[32] [33]

	Врста оружја	Цена[100000]
1.	Пиштољ и револвер	6.900,00 дин
2.	Ловачки карабин (олучене цеви)	7.500,00 дин
3.	Ловачка пушка (неолучене цеви)	6.300,00 дин
4.	Малокалибарска пушка	6.300,00 дин

Обука за руковање оружјем многим лицима која желе да набаве оружје (а поготово оним који су оружје стекли пре 1992. године) представља класичан трансакциони трошак. Овај трансакциони трошак састоји се из цене која се плаћа за обуку, уз (опортунитетни) трошак времена проведеног на обуци.

[27] ЗОМ, чл. 38, ст. 1.

[28] ЗОМ (1992), чл. 8, ст. 4.

[29] ЗОМ, чл. 13 ст. 4.

[30] Правилник о обуци у руковању ватреним оружјем, условима за бављење поправљањем и преправљањем оружја и прометом оружја и муниције. Сл. Гласник РС, бр. 13/2016 и 88/2016.

[31] Правилник о обуци у руковању ватреним оружјем, условима за бављење поправљањем и преправљањем оружја и прометом оружја и муниције, чл. 3

[32] Ценовник Стрељачког клуба Партизан Practical Shooting, званични интернет сајт: http://www.kpsp.rs/cenovnik. Сајту приступљено 9. фебруара 2018. године.

[33] Цене су нешто ниже уколико лице већ има уверење да је обучено за руковање неком врстом ватреног оружја.

Чини се да је **превасходна намера законодавца** и овог пута била пре свега да повећа трошак власницима оружја, а мање да осигура безбедност грађана. То се види из неколико чињеница. Прво, обуке су ослобођене активне и резервне војне старешине, које су у току своје каријере изводиле обуку војника у руковању ватреним оружјем, што није спорно. Међутим, ово значи да уверење морају да прибаве и сва лица која су у току служења војног рока прошла обуку са оружјем, па чак и учесници ратова. Друго, обуке нису ослобођена лица која користе оружје већ више деценија, а стекли су га по ранијим прописима када се није тражила потврда о завршеној обуци. Треће, потпуно је бесмислено тражити посебно уверење за сваку врсту ватреног оружја, с обзиром на готово занемарљиве разлике у конструкцији тих оружја.[34] Смислен одговор је могуће дати једино ако се прихвати почетна хипотеза да се високим трошковима жели дестимулисати становништво од набављања оружја.

Код оружја за личну безбедност потребно је приликом предаје захтева да лице учини вероватним да би му могла бити угрожена безбедност због природе посла или других околности.[35] За ловачко оружје, потребно је доставити доказ да лице испуњава услове за поседовање ловне карте.[36] За спортско оружје, потребно је доставити уверење о активном чланству у спортској стрељачкој организацији.[37]

На крају, надлежни орган је дужан да изврши безбедносно-оперативну проверу лица,[38] да би утврдио да оно неће представљати опасност за себе и друге и јавни ред и мир,[39] као и да има услове за безбедан смештај и чување

---

[34] Најдрастичнији пример је раздвојено полагање за ловачки карабин и за малокалибарску пушку. У питању је оружје са олученом цеви које се разликује по намени (прво се користи за лов а друго за стрељаштво). Такође, разликује се муниција за ова оружја: карабин користи стандардни метак који има капислу, док малокалибарске пушке користе тзв. „флоберов“ метак који нема капислу већ се барутно пуњење активира директним ударом игле у дно чауре (зато се малокалибарско оружје назива још и оружје са ивичним паљењем). Међутим, конструкција оружја је идентична, као и начин употребе.

[35] ЗОМ, чл. 11, ст. 1, тч. 8(1). На основу ове одредбе, дозволу не могу добити лица којима не прети никаква конкретна и непосредна опасност већ хоће да се заштите од сваке евентуалности (нпр. провала ради крађе), лица која желе да наследе оружје као успомену на неког члана породице итд.

[36] ЗОМ, чл. 11, ст. 1, тч. 8(2). То је по правилу положен ловачки испит. Закон о дивљачи и ловству. Ово значи лица да чланови породице који желе да наследе ловачко оружје као успомену на неког члана породице, морају такође да полажу ловачки испит, што је нонсенс.

[37] ЗОМ, чл. 11, ст. 1, тч. 8(3). На основу ове одредбе, сва лица која желе да поседују спортско оружје, морају доживотно да плаћају чланарину спортским организацијама.

[38] Владан Мирковић, Мере тајног прикупљања података служби безбедности – упоредноправни приказ. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, год. LI, бр. 2, 2017, 465-483.

[39] ЗОМ, чл. 11, ст. 1, тч. 6. Видети: Данило Стевандић, Безбедносна провера у вези са поднетим захтевом за издавање одобрења за набављање ватреног оружја. *Безбедност*, год. 51, бр. 3, МУП Србије – Београд, 2009, 232-239.

оружја.[40] Када су услови за безбедан смештај и чување оружја у питању, надлежни полицијски органи у Србији (ако врше проверу у стану) по правилу инсистирају на металном сефу. Традиционалне дрвене витрине за држање ловачког оружја, као и специјалне челичне браве којима се закључава окидач и тиме оружје онемогућава за употребу сматрају се недовољним.[41] Цена најмањег сефа у који стају до три ловачке пушке, са најслабијим квалитетом челика и браве, на тржишту износи око 16.000 дин.[42]

Физичко лице, које је на основу одобрења надлежног органа набавило оружје, подноси захтев надлежном органу ради издавања оружног листа у року од осам дана од дана набавке. Уз захтев се подноси и доказ о пореклу оружја.[43]

На крају, уговор којим се врши пренос власништва над оружјем мора бити састављен у писаној форми и оверен.[44] Састављање писане исправе по правилу не представља значајан трошак уколико се ради о најједноставнијој форми уговора о купопродаји. Са друге стране, овера уговора (солемнизација) која се врши на основу Закона о јавном бележништву[45] представља још један додатни трошак уговорним странама. Према Јавнобележничкој тарифи[46], за солемнизацију уговора вредности до 600.000 динара, плаћа се 720 динара по примерку уговора.[47]

---

[40] ЗОМ, чл. 11, ст. 1, тч. 9.

[41] „Физичка лица која набављају оружје дужна су да обезбеде услове за безбедан смештај и чување оружја и муниције, тако да оно не може доћи у посед неовлашћених лица, односно да буде закључано и посебно одвојено у сефовима, касама или орманима који се не могу лако отворити. Лица која се баве колекционарством и за то имају издате исправе морају оружје чувати под истим условима, с тим да сефови, ормани и касе морају бити опремљени сигурносним механичким системом за закључавање.“ Бранко Лештанин, Закон о оружју и муницији Републике Србије – критички поглед. *Безбедност,* год. 59, бр. 2, 2017, 162. Видети и: Damir Juras, Diana jakšić, „Odobrenje za nabavu oružja“. *Pravni vjesnik*, god. 29, br. 2, 2013, 41.

[42] Магнум доо, Јагодина, званични интернет-сајт: http://www.magnumserbia.rs/sr/lovackaoprema/futrole-koferi-ormari-121. Сајту приступљено 16. фебруара 2017. године. Вероватно ће се у будућности тражити и атест за сваки сеф, што ће додатно повећати његову цену.

[43] ЗОМ, чл. 17, ст. 1.

[44] ЗОМ, чл. 19, ст. 1. Сличан члан није постојао у претходном Закону о оружју и муницији, мада су службеници МУП-а увек тражили писани уговор, који су они оверавали без накнаде приликом одјављивања оружја од претходног власника.

[45] Закон о јавном бележништву, *Сл. Гласник РС,* бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014, 93/2014, 121/2014, 6/2015,106/2015.

[46] Јавнобележничка тарифа, *Сл. Гласник РС,* бр. 91/2014, 103/2014, 138/2014, 12/2016, 17/2017, 67/2017, 98/2017.

[47] Јавнобележничка тарифа, чл. 21, тарифни бр. 8.

4. ФИСКАЛНИ ТРОШКОВИ РЕГИСТРАЦИЈЕ ОРУЖЈА

4.1. Порез на регистровано оружје

На регистровано оружје се плаћа порез према Закону о порезима на употребу, држање и ношење добара.[48] Обвезник пореза је лице коме је издат оружни лист. Уколико више лица поседује оружни лист за исти комад оружја, онда је порески обвезник власник оружја.[49]

Порез на регистровано оружје је **непосредни порез**. Он терети економску снагу пореског обвезника, директно умањујући његово богатство.[50]

Такође, у питању је **аналитички и објектни порез**. Законодавац не води рачуна о економској снази конкретног пореског обвезника, већ из неке објективне чињенице, у овом случају из чињенице да неко поседује одређену врсту оружја, сматра да је оправдано да то лице плаћа порез. Порез се плаћа само на аутоматску и полуаутоматску пушку и на оружје за личну безбедност (пиштољи и револвери). Међутим, то није одувек било тако. Према основној верзији Закона из 2001. године, порез се плаћао још и на ловачки карабин и комбиновано ловачко оружје, ловачку пушку, малокалибарски пиштољ, малокалибарски револвер, малокалибарску пушку, ваздушну пушку, ваздушни пиштољ, лук, самострел, свако трофејно оружје независно од врсте.[51]

Чињеница да неко поседује оружје само по себи није и не може бити показатељ економске снаге пореског обвезника која би оправдала појачано опорезивање. Највећи број пиштоља и револвера у поседу грађана је домаће производње или је произведено у бившим земљама Источног блока, и нема велику тржишну вредност. Поједини комад оружја наслеђен од предака најчешће има више емотивну него економску вредност. Зато овакво дефинисано пореско решење није утемељено на начелима пореског права, већ продукује негативне ефекте који се огледају у смањењу намере грађана да региструју оружје. Вероватно да је законодавац рачунао да ће један број грађана вратити оружје како би се ослободили пореске обавезе, што се управо и догађа последњих година.[52] Међутим, вероватно да приликом дефинисања пореза на регистровано оружје није вођено рачуна о чињеници да ће овај порез

[48] ЗПУДНД. *Сл. Гласник РС,* бр. 26/2001, 80/2002, 43/2004, 31/2009, 31/2009, 101/2010, 24/2011, 100/2011, 120/2012, 113/2013, 68/2014, 140/2014, 109/2015, 112/2015, 105/2016, 119/2017.

[49] ЗПУДНД, чл. 23.

[50] Дејан Поповић, *Пореско право.* Правни факултет Универзитета у Београду, 74.

[51] Видети Закон о изменама и допунама ЗПУДНД, *Сл. Гласник РС,* бр. 43/2004, чл. 9, а којим је измењен чл. 21 основне верзије ЗПУДНД из 2001. године.

[52] Следећи економску логику, то су власници оружја за личну безбедност којима је маргинални трошак држања тог оружја у висини годишњег пореза, већи од маргиналне користи које им то оружје доноси.

управо бити препрека да се власници нерегистрованог оружја одлуче за његову легализацију.[53]

Порез на регистровано оружје је **специфичан** и **периодичан порез**, јер се за сваки комад оружја плаћа одређена сума за сваку календарску годину. За аутоматску пушку плаћа се 13.280 дин годишње, за полуаутоматску пушку 5.330 дин, за оружје за личну безбедност за које је издат оружни лист за држање оружја, односно колекционарска дозвола 3.600 дин, и за оружје за личну безбедност за које је издат оружни лист и дозвола за држање и ношење оружја чак 17.940 дин.[54]

У савременој порескоправној теорији, објективни порези су изложени бројним критикама. Они се **сматрају мање правичним** од субјективних пореза јер њихова висина не зависи од економске снаге пореских обвезника. Зато у последњим деценијама долази до извесне „субјективизације" објективних пореза, на начин што се у њих уграђују субјективни елементи чиме се они прилагођавају економској снази пореског обвезника.[55] Када је порез на регистровано оружје у питању, такве субјективизације нема. Законодавац се није одлучио да лица са ниским примањима (нпр. пензионере са нижим пензијама) ослободи пореске обавезе.[56]

Питање је и да ли је оправдано да се уопште плаћа **порез на оружје за личну безбедност**. Наиме, ова дозвола се издаје лицу које „учини вероватним да му је лична безбедност битно угрожена или би могла бити угрожена у толикој мери да је за његову безбедност неопходно ношење оружја". Пружање услуга безбедности је примарни задатак јавног сектора. Право на безбедност држава Уставом гарантује свим грађанима.[57] Законодавац не само да није ослободио плаћања пореза лица која су добила дозволу за ношење оружја за личну безбедност јер су уверила надлежни државни орган „да би им могла бити угрожена лична безбедност због природе посла или других околности", већ је њих оптеретила посебно високим износом пореза од 17.940 дин који морају да плате (*sic!*).

---

[53] О илегалном поседовању оружја биће више речи у посебном раду који је у припреми, а који обрађује криминолошке и кривичноправне аспекте овог проблема.

[54] ЗПУДНД, чл. 24.

[55] Дејан Поповић, *Пореско право.* Правни факултет Универзитета у Београду, 75.

[56] Постоји законска одредба по којој се не плаћа порез на оружје које је обвезник добио на поклон као награду или приликом одласка у пензију, од Војске Србије, односно војске држава чији је правни следбеник Република Србија, или од органа надлежног за унутрашње послове Републике Србије, односно органа надлежног за унутрашње послове државе чији је правни следбеник Република Србија, а највише на једно од добијених регистрованих оружја за које је прописана најнижа висина пореза. Међутим, намера законодавца је да пореског обвезника ослободи поклона који му даје држава, независно од његове економске снаге.

[57] Устав РС, чл. 27, ст. 1.

4.2. Таксе на захтеве за одобрење за набавку оружја, за издавање оружног листа и за ношење оружја

Иако се порез на регистровано оружје плаћа само на одређене врсте оружја, он не представља једино оптерећење власника оружја. Приликом набавке оружја, прописано је плаћање неколико врста такси.

Прва дажбина која се плаћа код набавке оружја јесте **такса на захтев за одобрење за набавку оружја**, која се разликује у зависности од врсте оружја (Табела 2). За сваки комад оружја подноси се посебан захтев и плаћа се посебна такса.

Табела бр. 2: Тарифни бр. 32[58]

1.	Одобрења за набављање ватреног оружја са олученим цевима (пиштољи, револвери, ловачки карабини, малокалибарско оружје)	5.360,00
2.	Одобрења за набављање ватреног оружја са глатким цевима (ловачке пушке)	2.560,00
3.	Одобрења за набављање конвертибилног оружја	2.560,00
4.	Одобрења за набављање основних делова за оружје	1.140,00
5.	Одобрења за набављање дугог аутоматског оружја из категорије А	10.000,00
6.	Потврде о пријави држања оружја из категорије Ц	1.650,00
7.	Одобрења за набављање комбинованог оружја	2.560,00

Након што на основу одобрења набави оружје, лице подноси **захтев за издавање дозволе за издавање оружног листа**, регистрацију, односно унос података о оружју у већ издату исправу. Према решењима из ранијих закона, за сваки комад оружја издаван је посебан оружни лист на штампаном обрасцу. Законске измене из 2015. године увеле су новину – оружни лист са микроконтролер-чипом.[59] Уз захтев за издавање оружног листа такође се плаћа посебна такса. Износи таксе који се плаћају наведени су у Табели бр. 3. Оружни лист се од 2015. године издаје са ограниченим роком важења до десет година, након чега се мора тражити издавање новог,[60] док је према ранијим прописима оружни лист имао трајно важење. Лица која поседују више комада регистованог оружја исте врсте приликом подношења захтева за издавање оружног листа плаћају само једну таксу.

[58] Закон о републичким административним таксама.
[59] ЗОМ, чл. 17, ст. 3.
[60] ЗОМ, чл. 17, ст. 5.

Табела бр. 3: Тарифни бр. 33[61]

1.	Ватрено оружје са олученим цевима (пиштољи, револвери, ловачки карабини и малокалибарско оружје)	5.360,00
2.	Ватрено оружје са глатким цевима (ловачке пушке)	2.560,00
3.	Конвертибилно оружје	2.560,00
4.	Комбиновано оружје које има олучене и глатке цеви	5.360,00
5.	Основне делове за оружје	1.140,00
6.	Дуго аутоматско оружје из категорије А	10.000,00
7.	Случај изгубљеног, украденог, оштећеног или уништеног оружног листа	800,00

За издавање **дозволе за ношење оружја** плаћа се **посебна такса** у износу од 8.000 динара (Табела бр. 4).

Табела бр. 4: Тарифни бр. 33

1.	Издавање дозволе за ношење оружја	8.000,00
2.	Случај изгубљене, украдене, оштећене или уништене дозволе за ношење оружја	800,00

Такса је према дефиницији јавни приход који држава наплаћује од правних и физичких лица као новчани еквивалент за услуге које чине државни органи. У основи таксе је противнакнада за учињене услуге државних органа. Другим речима, таксе представљају новчани еквивалент за услуге које чине државни органи физичким и правним лицима.[62] Сличну дефиницију даје и Поповић: „Такса представља инструмент дажбинских (фискалних) прихода којим држава (…) од физичког или правног лица под њеном непосредном влашћу принудно узима новчана средства, као цену за конкретну, непосредно пружену јавну услугу, односно спроведен поступак и радњу, коју им пружају, односно спроводе њени органи. Таксе се наплаћују не да покрију опште државне расходе, него да послуже да се подмире трошкови проузроковани радњом јавних органа приликом пружања конкретних услуга заинтересованој страни.“[63] И Закон о буџетском систему прописује да „**висина таксе** мора бити примерена трошковима пружања јавне услуге, односно спровођења поступка или радње“.[64] Међутим, с обзиром на то да је те

[61] Закон о републичким административним таксама.

[62] Горан Милошевић, *Пореско право.* Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2015, 465.

[63] Дејан Поповић, *Пореско право,* Правни факултет Универзитета у Београду, 2013, 503.

[64] Закон о буџетском систему, *Сл. Гласник РС,* бр. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013, 108/2013, 142/2014, 68/2015, 103/2015, 99/2016, 113/2017), чл. 17. Штавише, „такса би, по правилу, макар једним делом требало да буде испод коштања услуге,

трошкове веома тешко утврдити, висина таксе се најчешће утврђује паушално – на основу неких претпостављених трошкова.[65]

Разликовање таксе од „пореза на употребу добара или дозволу да се употребљавају добра или обављају делатности[66] спроводи се на основу околности да ли је плаћени износ у сразмери са трошковима услуге државног органа (тада је у питању такса) или је износ дажбине знатно већи од тих трошкова.“[67] Већ из различитих износа такса види се да су **у питању већим делом прикривени порези**.

Код **захтева за одобрење за набавку оружја** надлежни орган спроводи идентичан поступак без обзира на врсту оружја за коју је тражена набавна дозвола, па не постоји ни један разлог да се прописују различите висине таксе. Ако се на захтев за одобрење за набављање ватреног оружја са глатким цевима плаћа 2.560 дин, онда нема оправдања да се на захтев за набавку оружја са олученим цевима плаћа 5.360 дин.[68] Посебно нема оправдања да се плаћају две таксе приликом предаје више захтева за набавку оружја, јер се у суштини врши једна провера.

Карактер прикривеног пореза имају и **такса на издавање оружног листа**, односно **такса на дозволу за ношење оружја**. Из Табела 3 и 4 види се да трошак ове услуге износи 800 динара. Висина дажбине преко тог износа у ствари представља (прикривени) порез, а не таксу у смислу Закона о буџетском систему. Такође, реч је о периодичном „порезу“ који ће се плаћати сваких десет година, због предвиђене обавезне замене оружног листа.

И овде се поставља питање да ли је оправдано да се уопште плаћа икаква такса код **дозволе за ношење оружја за личну безбедност**. Надлежне јавне службе би већ само на основу пријаве морале да провере и процене да ли постоји угроженост безбедности одређеног лица и како да се та угроженост превазиђе, те да сугеришу мере којима би се она минимизовала. Овде постоји потпуно обрнута ситуација: уместо да се угроженим лицима помаже, тражи им се да плате дозволу да сами себи заштите безбедност.

Још драстичнији случај је код пријаве држања оружја Ц категорије: лице које пријављује државном органу неку активност, мора за то још и да плати! Коју он услугу прима од државе за ту таксу – није јасно. Дакле, у

јер један део трошкова покривају порези, тј. пада на терет заједнице.“ Д. Поповић, 503. Исто и код: J. Ловчевић, *op.cit,* 67; Božidar Jelčić, *Nauka o financijama i financijsko pravo.* Informator, Zagreb, 1983, 268.

[65] B. Jelčić, *op.cit,* 268.

[66] У питању су порези из групе 5200 из *OECD* класификације пореза, односно из конта 714500 према GFS класификацији пореза, у које спада и српски порез на регистровано оружје из ЗПУДНД. Д. Поповић, *op.cit.,* 559.

[67] Д. Поповић, *op.cit.,* 559

[68] Под претпоставком да је 2.560 дин реалан трошак поступка, онда разлика 5.360–2.560 = 2.800 дин представља порез.

питању је класичан порез јер не постоји никаква противуслуга коју таксени (боље речено порески) обвезник добија од државе.

Дакле, и када су у питању наведене таксе, важи почетна претпоставка да је њихова основна функција одвраћање лица од регистрације оружја. Ово у теорији јавних финансија и пореског права није посебно чудно, а овај случај најбоље је објаснио Јелчић. „Понекад је висина утврђене таксе много виша од трошкова што их је потребно учинити да би се извршила услуга коју је затражио таксени обвезник или је висина таксе утврђена неовисно о користима које тражилац услуге има од учињене услуге. Таквим се регулирањем висине таксе жели спријечити или ограничити тражење одређених услуга од надлежних државних органа. Висока таксена обавеза требала би дестимулативно утјецати на (будуће) захтјеве таксених обвезника за одређеним услугама. Таксама је у том случају намијењена одређена, увјетно речено, одгојна улога. Високе таксе треба да имају неки превентивни карактер (нпр. плаћањем високих такса жели се смањити тражење неких судских услуга).“[69]

ЗАКЉУЧАК

На крају, можемо констатовати да је потврђена основна хипотеза. Процедура за регистрацију оружја је изузетно компликована и скупа. Она подразумева бар два одласка у полицијску станицу, два одласка у банку, један одлазак код јавног бележника, писање два захтева (захтев за набавку и захтев за издавање оружног листа). Пре тога, било је потребно извадити више докумената, међу којима је најпроблематичније уверење о здравственој способности и уверење о обучености за руковање оружјем. Уверење о здравственој способности захтева један одлазак у здравствену установу у трајању од више часова, док је за уверење о обучености за руковање оружјем потребно издвојити укупно 20 школских часова. Оба уверења је потребно претходно платити. Затим, потребно је платити већи број такси, у зависности од тога колико комада оружја се набавља. Карактеристично је да скоро све таксе имају облик прикривених пореза. На крају, власници одређене врсте оружја плаћају и непосредан, аналитички, објектан специфичан, периодичан порез на употребу, држање и ношење добара.

Фискално оптерећење власника регистрованог оружја, као и скупа и компликована процедура набављања оружја доводи до одбијања грађана да преведу оружје у легалне токове. На овај начин, држава овај безбедносни проблем само одржава, уместо да га решава. Повећаним оптерећењем се

[69] B. Jelčić, *op.cit*, 268.

неће смањити количина нерегистрованог оружја у поседу грађана, бар не у задовољавајућој мери. Поседовање регистрованог оружја се смањује, нерегистровано се не предаје.

Истраживање овог проблема од стране групе аутора са Правног факултета у Новом Саду ће се наставити, у правцу сагледавања и осталих аспеката овог безбедносног изазова, након чега ће бити дате препоруке за вођење безбедносне, пореске и казнене политике.

Luka O. Baturan, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
L.Baturan@pf.uns.ac.rs

Goran B. Milošević, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
G.Milosevic@pf.uns.ac.rs

Cvjetana M. Cvjetković Ivetić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
C.Cvjetkovic@pf.uns.ac.rs

Economic Analysis of Fiscal and Non-Fiscal Costs of Arms Registration and the Issue of Non-Registered Arms

Abstract: *Large number of unregistered arms that citizens of Serbia hold in possession represents a significant social problem. This paper observes and analyses historical and legal factors that contribute to this problem, using the methods of economic and legal theory. In the paper the authors deals with legal norms that regulate the registration of arms (with a special emphasis on new solutions prescribed by the Law on Arms and Ammunition), as well as the fiscal and non-fiscal costs of registration borne by the citizens of Serbia. In regard to non-fiscal costs, it is relevant to mention the costs for medical examination, the cost for training in handling the weapons, as well as the complex legal procedure whose implementation by definition is the transaction cost. In regard to fiscal costs, different fees, as well as tax on registered arms are under analysis here. The main hypothesis is that the legal frame that for regulation of registered arms has a destimulative effect on citizens to transfer arms from illegal to legal flows.*

Keywords: *unregistered arms, legalisation of unregistered arms, tax on registered arms.*

Датум пријема рада: 22.01.2019.

Прегледни чланак 349.3(497.11)"04/14"
doi:10.5937/zrpfns52-19114

Bojan V. Božović, Ph.D., Judge
Basic Court in Novi Sad
bojan.bozovic@ns.os.sud.rs

THE VERY BEGINNING OF THE SERBIAN SOCIAL SECURITY LAW IN THE SAINT SAVA'S NOMOCANON

Abstract: *Despite the fact that freedom of labor as an assumption of social public policy has emerged only in capitalist society, the article indicates that certain initial elements- seeds of social security law can be recognized even in ancient and middle ages. In accordance with that context, the subject of this research is the largest middle age codex in Serbia, the Saint Sava's Nomocanon, its provisions based on the idea of social justice, provisions aimed at fulfillment of social requirements and used as a response to social risks and social cases, as well as institutionalization of special protection of women, children and family. That said brings us to the conclusion that the observed provisions of the Saint Sava's Nomocanon, the very ones that promote Christian doctrine of social justice and that contain a line of ethical requirements which influence the process of moralization of social relations, are essentially identical with the idea of social justice of the modern state of welfare within the European social model, as well as with the emancipation role of social security law and that the legal institutions of the Saint Sava's Nomocanon are the very beginning of the Serbian social security law.*

Keywords: *medieval Serbia, Saint Sava, nomocanon, social security law.*

Individual freedoms, primarily the freedom to work, are preconditions for the emergence of labor and social security law, once these preconditions are fulfilled the very emergence of labor and social security law implies a particular interventionism by public bodies in labor and social security relations *in favorem laboratoris*, *i.e.*, the establishment of a social public order.[1] Although individual freedoms are the products of a capitalist society, certain initial elements – the seeds

[1] Бранко Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 156–159.

of labor and social security law, can be identified in the ancient and middle ages,[2] where it should be emphasized that social security law is a branch of law which encompasses legal norms, institutes, institutions and relations aimed at ensuring man's safe and dignified social position, from which follows that the reason for the existence of social security law lies in the social need of individuals and social groups, and society's interest in providing basic social security to all its members through the provision of social benefits[3]. It is also important to point out that human rights, as a complementary set of civil-political and socio-economic rights, are an expression of the unique need of society to provide people with a dignified life and work founded on the idea of justice, thus consequently social justice.[4] Within this context, the subject of this paper will be the most extensive Serbian medieval codex, the Nomocanon of Saint Sava,[5] which contains the seeds of social justice in the form of provisions based on the idea of social justice, norms aimed at meeting social needs, and provisions that address social risks and social cases. Of note is that the basis of the Nomocanon is the legislation of the church in Byzantium, and Byzantine civil law, which was adapted by the authors, in a diverse and loose form, to fit the socio-economic relations existing in the Serbian medieval state through expansion, removal and modification of adopted norms, as well as the introduction of new authentic provisions.[6]

2. THE IDEA OF SOCIAL JUSTICE IN THE NOMOCANON

At the very beginning, in the fourth introductory chapter of the St. Sava's Nomocanon, ideas of equality and solidarity are promoted, and oppression is prohibition, which in itself is a clear departure from slavery[7] which was, at the time

---

[2] *Ibid*.

[3] Сенад Јашаревић, *Социјално право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2010, 5–6; Боривоје Шундерић, *Социјално право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 143–166.

[4] Предраг Јовановић, „Радноправне димензије социјално-економских права у европском и нашем праву", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2006, 343–357; Предраг Јовановић, „Нормативна изградња људских и социјално-економских права", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2010, 103–115.

[5] *Nomocanon* is a literary Serbian word and the original name of the *St. Sava's Nomocanon*, unfoundedly called *Krmčija* in literature, due to the influence of Russian transcriptions of the St. Sava's Nomocanon;

[6] Миодраг Петровић, *Крмчија Светог Саве – о заштити обесправљених и социјално угрожених*, Београд 1990, 4 и 75.

[7] „Онај ко Бога Оцем назива, да буде праведан и да живи тако како се не би показао недостојним таквог сродства. А саветује и то да браћа иду на заједничку молитву, јер не рече Оче мој, већ Оче наш, узаконивши да молитве приносимо за опште црквено тело те никако да неко брине само о себи него увек и о ближњем, и да нико ни у чему не буде бољи

of the creation of the first Serbian codex, still a social reality.[8] In addition, many other diversified provisions disbursed throughout the codex emphasize Christian learning on social justice, the common good and social well-being, which norms emphasize the importance of man and family, as opposed to slave owners' norms in Byzantine legislation,[9] and thus, in a Church-specific, evolutionary manner, pressure is exerted towards humanizing social relations, those based on subordinate work, through the concept of humanity, while at the same time ensuring that revolutionary reactions of subordinates are not incited so as to maintain social peace and stability. Namely, the Nomocanon protects wage labor, primarily their right to receive financial compensation for their work, thus it orders the regular payment of wages and forbids late payments to wage laborers.[10] Additionally, forgiveness of debt is promoted in the spirit of humanity, as a social measure against the occurrence of debt slavery, primarily by limiting the period during which a debtor was required to work for a creditor on behalf of debt settlement, regardless of the debt amount,[11] which social measure should be taken into account in light of the fact that in production relations, which gravitated during the creation of the Nomocanon, factual slavery was widespread and represented a social reality, even in developed medieval cities like Dubrovnik[12].

It is also important to emphasize that the Nomocanon urges that, when interpreting regulations, priority be given to the spirit of the law over a formal expression of the norm, while at the same time emphasizing that while searching for meaning one should take into account the principle of humanity and the principle of special protection of the poor.[13] In this manner, the writer of the codex is essentially advocating for a targeted method of interpreting regulations which is, even today, often an inexhaustible ideal. It provides additional guidance to institutions in the form of stressing humanity, and the special protection of the poor, as social ideals, which should be among the guiding ideals while searching for the

од другога: ни богаташ од сиромаха, ни господар од слуге, ни кнез од подвлашћеног, ни цар од војника, ни мудар од неуког – јер свима је даровао једну благородност,…"; М. Петровић, Љ. Штављанин Ђорђевић, 41.

[8] М. Петровић (1990б), 7–8.

[9] *Ibid*, 4.

[10] „Да не пренећи плата твога надничара код тебе до јутра, нити пак да лишиш плате сиромаха…"; *Ibid*, 49.

[11] „Ако је сиромашан брат твој код тебе и прода ти се, да не ради послове роба, већ као најамник или дошљак да буде код тебе до краја оне године када одлазе најамници или радници који раде код тебе, тада и њега отпусти и нека оде отпуштен…"; *Ibid*, 50.

[12] Јелена Цвејић Даниловић, „О најамним односима у Дубровнику у XIII и XIV веку", *Анали Правног факултета у Београду* 4/1961, 724–734.

[13] „Да се нико не поводи за моћнима и богатима, већ сваки да узима у заштиту сиромашног кад му се суди", „…сиротима да се опрости осуда због неких погрешака"; М. Петровић (1990б), 9–12.

meaning of norms, thus influencing that the social relations that the Nomocanon regulates are significantly characterized by humanity and solidarity.

This regulation is along the line of a state structure founded, not only, on the principles of legal subordination, which is immanent to public law, and legal coordination, inherent to private law, but also on social integration, *i.e.*, social ties, which principle is an essential feature of social security law and a contemporary social state.[14] In this respect, it should be noted that the modern philosophy of building a European social model is founded on the values of solidarity and humanity, as well as the functioning of a production process while preserving social cohesion and social progress, *i.e.*, the incomprehensibility of economic development without complete social progress which includes a greater degree of social inclusion and the strengthening of social cohesion.[15]

In a word, it can be concluded that the legal institutes of the Nomocanon that promote Christian learning on social justice are fundamentally the same as social justice ideals prevalent in the contemporary welfare state, within the domain of the European social model, *i.e.*, that the subject institutes are the seeds of social justice in the Serbs. How well-founded and rooted these seeds were, or to what extent the writer had adjusted the legal norms to the spirit of the people, is best illustrated by the fact that the Nomocanon, as a code of regulations, was applied until the adoption of the Dushan's Code, and even after, thus it served as a source for Prota Matija Nenadovic and the first written law of the Serbian uprising.[16]

3. SOCIAL RISKS AND SOCIAL CASES IN THE NOMOCANON

The Nomocanon recognizes several social risks, namely: age, illness, incapacity for work, poverty and armed conflict, and answers these risks in an emancipated manner by introducing protective rules that protect persons in a state of social need, that is, persons for whom the danger of the occurrence of a harmful event, or state, has been transformed into reality by the emergence of a social case.

The risk of age is recognized by noting that this social risk, as a rule, involves the emergence of another social case.[17] In this respect, the codex governs the risks of age, illness and incapacity for work with related protective provisions, which emphasize the obligation of respecting the dignity of persons suffering these social

---

[14] Чедомир Богићевић, *Право социјалне интеграције – Социјална држава, Индустријска демократија, Слобода рада*, Цетиње 2004, 13–22.

[15] Brian Bercusson, *European Labour Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, 261–287; Д. Ђурић, *Европски социјални модел*, Београд 2013, 56–65.

[16] М. Петровић (1990б), 1–6; М. Петровић (1990а), 109–124.

[17] „Старост не долази сама"; М. Петровић (1990б), 21.

cases.[18] In addition to emphasizing the importance of respecting the protection of dignity, the St. Sava's Nomocanon addresses protecting the material security of persons who are in a state of social need, and foresees legal institutes entrusted with the protection of the property of persons undergoing social events of age, illness and incompetence to work.[19]

With respect to the risk of poverty, the Nomocanon foresaw the existence of various *honorable homes*, which were, as a rule, monasteries and churches, or connected thereto, and which institutions essentially fulfilled a social care, *i.e.*, social assistance, function.[20] Namely, in these *honorable homes* there were national kitchens, living rooms, temporary accommodations and shelters, as well as hospital – medical services, financed mostly from bequeathed funds,[21] which speaks greatly to the reputation these institutions enjoyed as well as a spirit of unity that prevailed in Serbian medieval society. The significance of these *honorable homes*, for the author of the Nomocanon, may be gleaned from a large number of protective norms, which protect these institutions from a reduction in property, inability for them to inherit the debts of the benefactors, making these institutions safer, but also preventive and repressive provisions aimed at preventing abuse by staff.[22]

In addition to *honorable homes*, Nomocanon standardized the institution of church *edicts*, representatives of the poor, chosen by the more prominent locals headed by the bishop and the clergy, to which the bishop transferred his powers related to protecting the poor from the violence of the rich.[23] It is also interesting to note that the poor could be excluded from testifying in order to prevent them from entering into greater difficulties related to testifying.[24]

Regarding the social risk of armed conflict, the codex primarily recognizes prisoners and wounded persons as individuals in a state of social need and, in addition to the obligation of the family to care for one of their own who has been captured or wounded, it instructs the entire community to care for them according to the principle of solidarity.[25] Within this context, the Nomocanon stipulates that captivity is the only social case which permits the sale or encumbrance of church property.

---

[18] „Нека се одлучи онај који се потсмева слепцу, глувом и хромом"; *Ibid.*

[19] *Ibid*, 22–23.

[20] *Ibid*, 15–19.

[21] *Ibid.*

[22] *Ibid.*

[23] *Ibid*, 9–14.

[24] „Сиромашни не сведоче, а сиромашан је онај који нема педесет златника имовине"; *Ibid*, 15.

[25] *Ibid*, 43.

4. SPECIAL PROTECTION OF WOMEN, CHILDREN AND FAMILY IN THE NOMOCANON

In the spirit of Christian philosophy, the Nomocanon attaches great importance to the family, as an institution which initiates, develops and implements high social awareness. Namely, a considerable number of provisions taken from Byzantine regulations speak of the mutual social obligations of parents and children,[26] while the significance attached to this social bond arises from the fact that parents and children are not allowed to leave one another uncared for, even under the excuse of piety and sacrifice.[27] A parent who was preparing to take tonsure must first ensure social security for a child who is unable to care for himself, and vice versa, when an adult child was in charge of caring for a helpless parent, he must first secure the material resources for that parent and only after would he be permitted to bequeath the remaining property to the church. Therefore, the protection of the family, as the basic building block of society, was placed before the interest of the church, which is a significant element in light of the role and power of the church in medieval Serbia.

The St. Sava's Nomocanon recognizes a woman as the object of protection from the aspect of her maternal role, but it also recognizes her as a socially endangered category because of her uncertainty in marriage or in connection with marriage.[28] Regarding maternity, a mother's special social awareness towards her child is emphasized, and specific rights are recognized, within this context, while in the domain of marriage, the woman's vulnerability, as a subordinate and economically weaker party in that legal relationship, is recognized, and certain protective standards are institutionalized. Thus, in the event of divorce, the husband is obliged to provide a dowry to the wife, so that she does not fall into social misfortunes, and such a dowry, as a claim, has priority for payment in relation to claims from other ordinary creditors as well as in relation to the debts of the husband towards the state.[29] The codex also has special protective norms for widows and *poor girls*,[30] where, in light of earlier Christian regulations, the Nomocanon recognized the state of the social need of widows and unmarried girls who did not

---

[26] „…једно је старање наше тихости – благости, то је – да спречимо срамоту одбачених од наслеђа родитеља и деце, јер родитељи су дужни да се присете како су и сами били деца и исто то имали од својих родитеља, а слично томе и они који су сада синови, дужни су да исправе схватања родитеља, јер и сами желе да постану родитељи и надају се да ће од своје деце бити поштовани"; М. Петровић (1990б), 27.

[27] *Ibid*, 27–29.

[28]

[29] *Ibid*, 37.

[30] „Не чините зло ниједној удовици и сиротама, а ако им нанесете зло те вапијући повичу к мени, чућу глас њихов и разгњевићу се јарошћу, и убићу вас мачем, и биће жене ваше удове и деца ваша сирота"; *Ibid*.

enjoy the protection of parents, obliging the church with their care while at the same time imposing strict criminal and civil sanctions for violence against widows and *virgins*, freeing girls and women marked by violence from any spiritual guilt.[31]

From the above presentation of the selected norms of the codex, it follows that the subject provisions were the first steps towards the emancipation of our women and children, as particularly sensitive social categories, thus influencing a higher degree of ethical social relations, which moralization of social relations is one of the most important Church functions, in addition to the religious one. In connection with this, it can be noted that such a social role of the church overlaps with the function of social law, *i.e.*, the role of social security institutions, to, while protecting persons in a state of social need, emancipate these individuals and groups and thus significantly affect the moralization of social relations.

5. CONCLUSION

According to the nature of things, the St. Sava's Nomocanon should be viewed as part of the Christian value system which is not only metaphysically oriented, in the sense of preaching faith, but contains a whole series of ethical requirements thereby contributing to the moralization of overall social relations, primarily through the concept of humanity. Additionally, Christianity also has a social domain which instructs in mutual help and solidarity, *i.e.*, people's reliance on people and joint action for the common good and for mutual benefit. Within the social domain, the Nomocanon promotes Christian learning on social justice, founded on the idea of equality and solidarity, and a ban on oppression, as well as the principles of humanity and the special protection of the poor. Namely, it recognizes several social risks: age, illness, incapacity for work, poverty and armed conflict, and answers these risks with protective rules that protect persons in a state of social need, that is, persons for whom the danger of the occurrence of a harmful event, or state, has been transformed into reality by the emergence of a social case. In addition, the observed medieval codex contains norms that, in particular, protect women, children and families, which social categories are recognized as vulnerable. In a word, the Nomocanon is the first domestic source of law that contains emancipatory norms from the sphere of social relations bearing in mind that it is our first codex which promotes the idea of social justice, recognizes social risks and provides provisions that respond to the same risks, as well as provisions which protect the most vulnerable social categories, which corroborates the thesis that the St. Sava's Nomocanon is the beginning of social justice in the Serbs, since the essential feature of social law is the emancipatory character

[31] *Ibid*, 37–42.

of provisions of that branch of law which pertain to persons and groups in a state of social need.

In keeping with all of the above, when the Nomocanon is placed in relation to social law in the modern welfare state, which law is founded on the principles of social security, solidarity and reciprocity, and the principles of humanism and social justice, all in order to ensure the safe and dignified position of man, and in particular within the framework of the European social model, which model insists on social inclusion and the strengthening of social cohesion, *i.e.*, on the structure of the state not only on the principle of legal subordination, which is immanent to public law, and the principle of legal coordination, inherent in private law, but also on the order of social integration, *i.e.*, social ties, as well as when taking into account that new social law recognizes age, illness, incapacity for work, poverty and armed conflict as a basic social risk, with the special protection of women, children and the family, it can be concluded that the legal institutes of the St. Sava's Nomocanon that promote Christian learning on social justice are basically the same as the idea of social justice of the modern welfare state, *i.e.*, it follows that the subject institutes of the Nomocanon are, by their very nature, the same with the modern norms of the social security system, and that they really represent the beginnings, seeds, of social rights in the Serbs.

Др Бојан В. Божовић, судија
Основни суд у Новом Саду
bojan.bozovic@ns.os.sud.rs

Зачеци српског социјалног права у Законоправилу Светога Саве

Сажетак: *Радом се указује да, иако се слобода рада као претпоставка социјалног јавног поретка јавља тек у капиталистичком друштву, одређени почетни елементи – клице социјалног права могу се препознати у старом и средњем веку. У наведеном контексту, предмет истраживања јесте најобимнији српски средњовековни кодекс, Законоправило Светога Саве, односно његове одредбе засноване на идеји социјалне правде, норме усмерене на задовољење социјалних потреба и одредбе којима се одговара на социјалне ризике и социјалне случајеве, као и институционализација посебне заштите жена, деце и породице. Одатле се изводи закључак да посматране норме Светосавског номоканона које промовишу хришћанско учење о социјалној правди и садрже низ етичких захтева, кроз које утичу на морализовање друштвених односа, у основи јесу исте са идејом социјалне правде савремене државе благостања у оквирима европског социјалног модела, као и са еманципаторском улогом социјалног права, односно да су ти институти Законоправила зачеци социјалног права у Срба.*

Кључне речи: *средњовековна Србија, Свети Сава, Законоправило, социјално право.*

Датум пријема рада: 09.10.2018.

Оригинални научни рад 349.44:347.235
doi:10.5937/zrpfns52-20231

Слобода Д. Мидоровић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
s.midorovic@pf.uns.ac.rs

Др Душан Ж. Николић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Nikolic@pf.uns.ac.rs

ПРАВО СВОЈИНЕ И ПРОСТОРНО ПЛАНИРАЊЕ: УТИЦАЈ ПРОСТОРНИХ ПЛАНОВА НА ВРЕДНОСТ НЕПОКРЕТНОСТИ[1]

Сажетак: *Просторно планирање је од посебног значаја за друштвену заједницу, јер уноси ред у суживот људи на одређеној територији и омогућује заштиту важних јавних интереса. Органи државне власти и локалне самоуправе су овлашћени међународним споразумима, уставом и законима да различитим планским документима одреде за које намене, под којим условима и на који начин се може користити простор у режиму јавне својине, али исто тако и простор који је у приватној својини. То значи да се просторним планирањем могу ограничити својинска овлашћења. Ефекти државног интервенционизма у таквим случајевима могу бити позитивни са становишта титулара права својине. На пример, када се мање квалитетно пољопривредно земљиште претвори у градско грађевинско земљиште, тржишна цена парцеле може бити вишеструко увећана. Међутим, постоје ситуације у којима просторни планови утичу на смањење вредности непокретности. На пример, уколико се одреди да ће у близини мирног стамбеног блока у предграђу бити изграђен аутопут. У савременим правним системима је широко заступљен став да је јавни интерес изнад приватног*

[1] У чланку су изложени резултати рада на научноистраживачком пројекту *Правна традиција и нови правни изазови*, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду. Проф. др Душан Николић је одредио радне хипотезе, пројектни задатак и структуру завршног рада. Прикупио је и обрадио део грађе. Написао је апстракт, увод и закључак. Асистенткиња Слобода Мидоровић је прикупила и обрадила део грађе. Написала је одељке 2-6.

и да право својине може бити ограничено или чак и одузето ако је то неопходно да би се задовољиле оправдане и важне потребе друштвене заједнице. У случају експропријације, власнику припада тзв. правична накнада. Међутим, када се ради о умањењу вредности непокретности услед промене планских докумената, постоје многа отворена питања и неслагања. У једној од одлука Европског суда за људска права у вези са просторним планирањем (Sporrong and Lönnroth v Sweden) изнето је мишљење да треба успоставити равнотежу између интереса друштвене заједнице који се остварују просторним планирањем и приватних интереса власника непокретности. На тој основи је настала доктрина равнотеже интереса. Она је од недавно добила место и у правној регулативи Републике Србије. Законом о планирању и изградњи је прописано да је ималац јавних овлашћења који измени услове из издатих локацијских услова одговоран за штету коју инвеститор претрпи услед предузимања активности на основу првобитно издатих локацијских услова. Наведено нормативно решење је несумњиво усвојено под притиском потреба за страним инвестицијама. Међутим, оно може допринети побољшању позиције у којој се налазе и други субјекти који трпе штетне последице услед промене просторних планова и са њима повезаних планских докумената.

Кључне речи: *просторно планирање, јавни интерес, својина, вредност непокретности.*

1. УВОД

Просторно планирање има посебан значај за сваку модерно организовану друштвену заједницу, јер уноси ред у суживот људи на одређеној територији и омогућује заштиту важних јавних интереса. Међутим, правна регулатива у тој области још увек није у довољној мери изграђена. То се може рећи и за правну науку и правно образовање. Нарочито када је у питању континентална Европа. Правне студије су остале у оквирима традиционалних грана права. У већини земаља недостају сложенија интердисциплинарна и мултидисциплинарна истраживања која повезују знања из различитих научних области, али и она која се стичу у оквиру различитих правних дисциплина. Врло често недостаје увид у то какав утицај има примена института једне гране права на примену института који припадају другим гранама. Недостаје интегрални, системски приступ.[2] Тај недостатак је по-

[2] Вид. више у: Душан Николић, „Однос људских права и грађанских приватних права у Европи“, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније, Тематски зборник Правног факултета у Новом Саду,* књига IV, 2016, 193-209.

себно наглашен у рубним подручјима управног и грађанског права и у нерегулисаном простору који постоји међу њима. Последице те неизграђености могу бити тешке и драматичне за појединце, јер не постоји одговарајући инструментаријум за заштиту њихових приватних интереса пред органима државне власти који просторним планирањем утврђују, спроводе и штите јавне интересе. Промена политике у сфери просторног планирања и измене планских докумената могу у врло кратком временском периоду драстично увећати, али и драстично смањити вредност приватне имовине.

Органи државне власти и локалне самоуправе су овлашћени међународним споразумима, уставом и законима да различитим планским документима одреде за које намене, под којим условима и на који начин се може користити простор у режиму јавне својине, али исто тако и простор који је у приватној својини. Са становишта грађанског права, то значи да се просторним планирањем могу ограничити својинска овлашћења. Ефекти државног интервенционизма[3] могу бити позитивни за титулара права својине. На пример, када се мање квалитетно пољопривредно земљиште претвори у градско грађевинско земљиште, тржишна цена парцеле може бити вишеструко увећана. До увећања вредности непокретности може доћи и када се урбанистичким планом одреди да ће у близини бити изграђен велики тржни центар, да се допушта градња објеката више спратности и сл. Међутим, постоје ситуације у којима просторни планови утичу на смањење вредности непокретности. На пример, уколико се одреди да ће у близини мирног стамбеног блока у предграђу бити изграђен аутопут. Још драстичнији пример представља одређивање сигурносних плавних зона за случај високог водостаја на рекама. Наиме, органи државне власти или органи локалне самоуправе могу одредити да ће се ризик од екстремних поплава[4] и од плављења великих урбаних центара смањити постепеним испуштањем воде из водотока или пробијањем насипа у близини неког мањег насељеног места. У складу са *Директивом 2007/60/ЕС Европског парламента и Савета о процени и управљању ризицима од поплава*[5] у земљама чланицама подаци о таквим зонама се евидентирају на посебним мапама управљања ризицима од екстремних поплава, доступни су свим лицима која су заинтересована за куповину и најдиректније утичу на цене некретнина, нарочито у епохи

[3] О државном интервенционизму вид. у: Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, XIV измењено и допуњено издање, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2017, 103 и др.

[4] Вид. Thomas Hartmann, *Clumsy Floodplains – Responsive Land Policy for Extreme Floods*, Ashgate 2011.

[5] *Directive 2007/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on the assessment and management of flood risks, Official Journal of the European Union, L 288/27, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32007L0060,* 24.12.2018.

све израженијих климатских промена и последица које оне изазивају.[6] За разлику од експропријације, код које је предвиђена тзв. правична накнада,[7] за случајеве умањења вредности услед просторног планирања није установљен ефикасан механизам заштите приватних интереса.

Очигледно је да треба успоставити равнотежу (баланс, *equilibrium*) између јавних интереса друштвене заједнице и приватних интереса власника непокретности. На страницама које следе биће размотрена нека од кључних питања у вези са том проблематиком.

2. О ПОРЕКЛУ, ЗНАЧАЈУ И ЦИЉЕВИМА ПРОСТОРНОГ ПЛАНИРАЊА

Просторно планирање (на енгл. *town and country planning*, на нем. *die Raumordnung*, на фр. *l'aménagement du territoire*) у смислу у којем данас постоји, почело је да се развија крајем XIX и почетком XX века.[8] Први прописи у тој области су представљали спорадичне реакције на спонтано ницање насеља и стихијску градњу.[9] Касније, паралелно са развојем савременог друштва, постепено је сазревала идеја о потреби за систематским планирањем и уређењем простора како би се омогућио функционалан и безбедан суживот људи на одређеном простору и задовољавање њихових потреба. Пуну афирмацију системско планирање је доживело у периоду реконструкције разорених градова након Другог светског рата.[10] Данас је оно неизбежан део дугорочних стратегија и планова свих савремених држава и представља делатност од јавног интереса[11] која даје легитимитет држави и нижим нивоима

[6] Вид. Душан Николић, „Климатске промене и грађанско право – Елементи за стратегију прилагођавања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2013, 61-80; Dušan Nikolić, „Climate change and property rights changes”, поглавље у књизи: *Property rights and climate change – Land use under changing environmental conditions,* (ed. Fennie van Straalen etc.), Routledge Complex Real Property Rights Series, London – New York 2018, 52-70.

[7] Правична накнада је, као средство за успостављање равнотеже између јавних и приватних интереса, један од битних елемената експропријације. Она је у савременом облику установљена француском *Декларацијом о правима човека и грађанина* из 1789. године и потом реципирана од стране многих држава. Опширније о томе вид. у: Душан Николић, „Апсолутност својине у француском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2014, 90 и др.

[8] Stehpen V. Ward, *Planning and Urban Change*, Sage Publications, London 2004, 9.

[9] Branislav Piha, *Prostorno planiranje*, Beograd 1973, 13, 43.

[10] Umberto Janin Rivolin, “Conforming and Performing Planning Systems in Europe: An Unbearable Cohabitation, Planning”, *Practice & Research* Vol. 23, No. 2, 2008, 167, 168.

[11] Вид. чл. 11 ст. 4 Закона о планирању и изградњи, *Службени гласник РС,* бр. 72/2009, 81/2009, 64/2010 (Одлука Уставног суда), 24/2011, 121/2012, 42/2013 (Одлука Уставног суда), 50/2013 (Одлука Уставног суда), 54/2013 (Решење Уставног суда), 98/2013 (Одлука Уставног суда), 132/2014, 145/2014, 83/2018.

организовања власти да интервенишу у приватну својину како би се обезбедио оптималан начин коришћења земљишта у оквиру њихових подручја.[12]

Значај просторног планирања првенствено проистиче из чињенице да територијални капацитети сваке државе представљају ограничени, а у неким земљама чак и оскудан ресурс.[13] С обзиром на то да је површина доступног земљишта константна и да се не може повећати,[14] нужно је употребу земљишта уредити на начин који ће обезбедити његово рационално коришћење и расподелу, те задовољавање најразличитијих потреба и интереса.

Циљеви које је потребно постићи израдом и спровођењем просторних планова су бројни и разноврсни. Неки од њих су: уравнотежени економски развој, потребе одбране земље, заштита животне средине и одрживо коришћење природних ресурса као и ефикасно коришћење и уштеда енергије,[15] полицентричан развој, задовољавање стамбених и других потреба становништва, а нарочито његових рањивих категорија, превенција и контрола појаве бесправне градње, развој руралног подручја, заштита споменика културе и места од културно-историјског значаја, спречавање поплава, ублажавање негативних демографских процеса, смањење буке и др.[16]

Иако просторна политика треба да буде осмишљена тако да доприноси остваривању друштвених интереса у што већој мери, неминовно је да се понекад поједини интереси остварују на уштрб других. Тако је, нарочито у транзиционим економијама, врло тешко помирити потребу за економским развојем, с једне, и очувањем животне средине, с друге стране.[17] Слично томе, у сиромашним земљама и земљама у развоју није лако ускладити интересе

---

[12] B. Piha, 33; Борис Беговић, Бошко Мијатовић, Драгор Хибер, *Приватизација државног земљишта у Србији*, Центар за либерално-демократске студије 2006, 13; Benjamin Davy, *Land Policy – Planning and the Spatial Consequences of Property*, Ashgate Publishing Limited, Farnham – Burlington 2012, 2.

[13] B. Davy, 34.

[14] W. O. Hart, C.M.G., "Control of the Use of Land in English Law" in: Charles M. Haar ed., *Law and Land, Anglo-American Planning Practice*, Harvard University Press and the M.I.T. Press, Cambridge – Massachusetts 1964, 23. Ипак, постоје земље које су оскудицу земљишта у извесној мери успеле да надоместе исушивањем језера и на рачун мора. Тако је на пример Холандија на овај начин успела да повећа део своје копнене повришне за чак 17%.

[15] Једна од новина која је уведена последњим изменама Закона о планирању и изградњи јесте управо Централни регистар енергетских пасоша који представља информациони систем преко кога се врши издавање сертификата о енергетским својствима зграда и води евиденција о издатим сертификатима (чл. 4). Овај регистар води Министарство надлежно за послове грађевинарства.

[16] Вид. део 3. *Основни циљеви* и део 4. *Оперативни циљеви* из Закона о просторном плану Републике Србије од 2010. до 2020. године, *Службени гласник РС,* бр. 88/2010, као и чл. 3–5 Закона о планирању и изгрдњи.

[17] Више о томе вид. у: Miloš Živković, Marko Milenković, „Značaj procene uticaja za urbanističko planiranje", Konferencija „Ekologija i pravo", Institut za uporedno pravo i Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd 2012, 5, 6.

становништва за задовољењем њихових стамбених потреба са спречавањем бесправне градње. Бројност циљева који се постављају пред просторну политику као и њихова честа конкуренција, па чак и колизија сведоче о комплексности ове проблематике. Она, између осталог, актуелизује и питање односа просторног планирања и права својине.

3. ОДНОС ПРОСТОРНОГ ПЛАНИРАЊА И ПРАВА СВОЈИНЕ

Мерама просторног планирања се штити јавни интерес и оне за последицу могу имати ограничење права својине.[18] Доношењем просторних и урбанистичких планова се може ограничити начин коришћења земљишта. Осим тога, постоји могућност да власник буде лишен права својине на непокретности уколико је то потребно због заштите и остварења јавног интереса.

Имплементирање просторних и урбанистичких планова који имају за последицу ограничење или лишење приватне својине је, под претпоставком да су испуњени одређени услови, у складу са чл. 1 *Првог протокола уз Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода* (надаље: ЕК).[19] У том члану направљена је дистинкција између мера које се предузимају у јавном интересу од мера које се предузимају у општем интересу. Наиме, док је експропријација дозвољена само у случају постојања јавног интереса, друге регулаторне мере, у које спадају и мере за спровођење просторне политике, могу бити уведене ради остварења општег интереса.[20] То, међутим, не значи да спровођење мера просторне политике може имати за последицу негацију права својине.[21]

Мере просторне политике могу да проузрокују опадање вредности непокретности, што уједно отвара питање права њихових власника на накнаду

[18] О разлозима који су условили то да се у Србији дуго времена на урбанистичко планирање није гледало као на својеврсно ограничење права својине видети у: M. Živković, M. Milenković, 2, 3.

[19] Члан 1. I Протокола уз ЕК, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, гласи: „Свако физичко и правно лице има право на неометано уживање своје имовине. Нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права. Претходне одредбе, међутим, ни на који начин не утичу на право државе да примењује законе које сматра потребним да би регулисала коришћење имовине у складу с општим интересима или да би обезбедила наплату пореза или других дажбина или казни.“ О примени ове одредбе у пракси ЕСЉП вид. у: Бернадет Бордаш, „Заштита имовине као људско право – основне напомене уз праксу Европског суда за људска права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1-2/2003, 165-176; Бојан Тубић, „Ограничења права на неометано уживање имовине у пракси Европског суда за људска права“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 4/2017, 1669-1683.

[20] Laurent Sermet, “The European Convention on Human Rights and property rights“, *Human rights files, No. 11 rev.*, Council of Europe Publishing 1998, 32.

[21] Више о томе вид. у: M. Živković, M. Milenković, 3, 4; U. J. Rivolin, 171.

штете коју су евентуално претрпели услед имплементирања планских докумената. Штавише, некада се мере просторне политике у својим ефектима практично могу изједначити са одузимањем права својине.[22] Са тим у вези је потребно утврдити до које границе сеже право државе да уређује просторну политику, односно колика су ограничења својине власници непокретности дужни да трпе зарад остварења општег интереса и да ли постоји одговорност државе, односно нижих нивоа организовања власти за накнаду штете у случају опадања вредности непокретности која је директно условљена спровођењем просторне политике.

О односу права на мирно уживање имовине и просторног планирања у неколико наврата се изјаснио Европски суд за људска права (надаље: ЕСЉП). Један од најстаријих, а у литератури и најчешће помињаних случајева је Споронг и Ленрот против Шведске (*Sporrong and Lönnroth v Sweden*).[23] У њему је ЕСЉП формулисао доктрину правичне равнотеже према којој надлежни орган крши људска права власника уколико пропусти да својим мерама успостави правичну равнотежу између општег интереса друштвене заједнице и потребе за заштитом појединачног људског права.[24]

У најкраћим цртама, у спору се поставило питање последица садејства двеју мера наметнутих приватним власницима непокретности од стране надлежних органа ради спровођења просторних планова који су се тицали дела града Стокхолма. Конкретно, радило се о одлуци којом је дозвољено спровођење експропријације у одређеном року, с једне, и мере забране грађења и извођења грађевинских радова без претходног одобрења надлежних органа, с друге стране. Суштина проблема се није огледала у наметнутим мерама које су по својој природи инхерентне имплементацији нових просторних планова, него у њиховом трајању. Према виђењу подносилаца представке трајање ових мера – у случају првог подносиоца 23 године, а у случају другог подносиоца 8 година, је било непримерено дуго. То их је последично довело у стање неизвесности у погледу будућег статуса њихових непокретноси као и у погледу развоја догађаја с обзиром на то да је трајање мера у неколико наврата продужавано и да су планови који су се односили на то подручје више пута мењани.

Овакво поступање надлежних органа је отворило питање граница до којих сеже право државе да власнике непокретности држи у стању неизвесности ради спровођења просторне политике. У представци, подносиоци су тврдили да је непримерено дуго трајање мера условило отежан промет, издавање, залагање, одржавање и преуређење непокретности погођених оспо-

[22] Вид. случај *Pennsylvania Coal Co. v Mahon*, 260 U.S. 393 (1922).
[23] Представка бр. 7151/75, 7152/75, пресуда од 23. септембра 1982. године.
[24] *Ibid*., пасус 69, став 2.

реним мерама. Иако није било спорно да су за све време трајања ових мера подносиоци представке могли да држе, користе и формално располажу својим непокретностима, тј. да нису у потпуности били лишени својинских овлашћења, наметнуте мере су значајно смањиле суштинску могућност њиховог ефективног располагања будући да готово нико није био вољан да купи, односно закупи непокретност чија је будућност неизвесна. Према мишљењу ЕСЉП трајање ових мера и њихово садејство је представљало прекомеран терет за подносиоце представке, који би иначе био легитиман да им је било признато право да захтевају скраћење њиховог трајања или, пак, исплату накнаде штете.[25] Због тога је ЕСЉП утврдио постојање повреде чл. 1 *Првог протокола уз ЕК*.

Ипак, важно је запазити да је наведена одлука донета са разликом од свега једног гласа за,[26] што указује на постојање крупних разлика у поимању оправданости и допуштености мера за спровођење просторне политике. Судије које су издвојиле своје мишљење нису спориле чињеницу да су власници непокретности на које су се односиле описане мере трпели негативне последице. Они су, међутим, своје негодовање због одлуке ЕСЉП бранили аргументом да се суштина просторног планирања огледа управо у контроли коришћења имовине у општем интересу и да конкретним мерама није нарушено право својине, него је само ограничена његова садржина. Штавише, према њиховом виђењу трајање оспорених мера није прекомерно, имајући у виду комплексност израде и спровођења просторних планова у урбаним срединама, као и време које је потребно за њихово свестрано сагледавање и процену.

Поводом оправданости оспорених мера просторне политике, своје мишљење је посебно издвојио и судија Волш (*Walsh*). Он је, наиме, истакао да гаранција права на имовину није апсолутна и да чл. 1 *Првог протокола* не јемчи заштиту од свих државних мера које могу утицати на тржишну вредност имовине. За њега, могућност снижавања вредности непокретности услед спровођења просторних планова на одређеном подручју представља природну последицу уживања имовине. Јер, када су супротстављени правичан и легитиман јавни интерес с једне, и приватни интерес, с друге стране, несумњиво је да приватни интерес испашта и да то, само по себи, није неправично.

У случају *Сторонг и Ленрот против Шведске*,[27] ЕСЉП је афирмисао једно правило, које је касније цитирано у низу случајева који су се тицали дозвољености ограничења права својине ради спровођења просторних планова.[28]

---

[25] *Ibid*., пасус 73.

[26] *Ibid*., став 1 изреке пресуде.

[27] *Ibid*., пасус 69, пара. 4 пресуде.

[28] Алан Џекобсон против Шведске (*Allan Jacobsson v. Sweden*), представка бр. 10842/84, пресуда од 25. октобра 1989. године, пасус 55; Фокас против Француске (*Phocas v France*), представка бр. 17869/91, пресуда од 23. априла 1996. године, пасус 55; Шаботи против

Наиме, ЕСЉП је заузео став да држава у погледу спровођења просторне политике ужива широка дискрециона овлашћења, односно да државе потписнице ЕК имају суверено право у погледу њиховог територијалног уређења. Ипак, ова дискрециона овлашћења, иако широко постављена, нису истовремено и неограничена. Због тога је потребно успоставити равнотежу између права градова да спроводе своју просторну политику, с једне, и права појединаца да мирно уживају своју имовину, с друге стране.[29]

4. ПРОСТОРНО ПЛАНИРАЊЕ У СРБИЈИ

Просторно и урбанистичко планирање у Србији су уређени Законом о планирању и изградњи из 2009. године (надаље: ЗПИ). Овим Законом се, између осталог уређују услови и начин уређења простора, уређивање и коришћење грађевинског земљишта и изградња објеката (чл. 1). Закон је претрпео бројне измене, а поједине његове одредбе су у више наврата биле проглашене неуставним. Последње измене, које су ступиле на снагу новембра 2018. године, садрже чак 110 чланова, а неке од њих се управо тичу материје просторног и урбанистичког планирања.

Иако је у раду већ истакнуто да просторно планирање представља делатност од јавног интереса, то је експлицитно наведено тек у последњим изменама ЗПИ (чл. 11). Измене се, између осталог, односе и на сам поступак израде докумената просторног и урбанистичког планирања (чл. 36), на њихову доступност и објављивање (чл. 41 и чл. 45 ст. 2), оснивање Централног регистра планских докумената у надлежности Републичког геодетског завода (надаље: РГЗ) (чл. 43), увођење нових фаза поступка за доношење планских докумената (рани јавни увид – чл. 45а; припрема и праћење израде планских докумената – чл. 47а, 47б, 47в), као и на поступак за измене и допуне планских докумената (чл. 51б).

Према важећем ЗПИ, у документе просторног и урбанистичког планирања спадају: 1) плански документи; 2) документи за спровођење просторних планова; 3) урбанистичко-технички документи; 4) Стратегија одрживог урбаног развоја Републике Србије, као и 5) Национална архитектонска стратегија (чл. 10 ЗПИ). Последње две врсте докумената представљају новине уведене изменама ЗПИ из 2018. године са циљем олакшаног аплицирања за средства међународних фондова намењених равномерном регионалном развоју.[30]

Француске (*Chabauty v. France*), представка бр. 57412/08, пресуда од 4. октобра 2012. године, пасус 50.

[29] Споронг и Ленрот против Шведске, пасус 69.

[30] Невенка Петровић, *Коментар Закона о планирању и изградњи са новелама из 2018. године*, Пословни биро доо, Београд 2018, 47.

Документи просторног и урбанистичког планирања се даље гранају на подврсте. Тако у планске документе спадају просторни и урбанистички планови, при чему постоје четири нивоа просторних планова и то: 1) Просторни план Републике Србије,[31] 2) Регионални просторни план;[32] 3) Просторни план јединице локалне самоуправе и 4) Просторни план подручја посебне намене. Осим тога, постоје три нивоа урбанистичких планова, и то: 1) Генерални урбанистички план; 2) План генералне регулације, и 3) План детаљне регулације (чл. 11).

Између планских докумената различитог нивоа постоји хијерархијски однос, тако да сваки документ ужег подручја мора бити усклађен са документом ширег подручја, при чему сви они морају бити у складу са Просторним планом Републике Србије (чл. 33 ЗПИ). Осим принципа хијерархије, просторно планирање се заснива и на тзв. принципу директиве. Његова суштина се огледа у томе да „просторни план веће територије чији административни орган има већу власт, одређује задатке и утврђује основне ставове развоја за план ниже административне јединице чија се територија планира.“[33]

Спрам врсте планских докумената ЗПИ одређује надлежност органа за њихово доношење, при чему су у усвајање планских докумената укључени сви нивои власти: републички, покрајински и локални (чл. 35). Национални плански документ карактерише висок степен општости. У њему треба да буду садржани начелни циљеви и принципи просторног планирања. На основу њега „се предузимају све даље мере које оживљавају у њему прокламовану стратегију и тактику о развоју просторних заједница.“[34] Као дугорочан план, он има „врло деликатан и сложен задатак предвиђања и трасирања будућег развоја и давања визије будућности.“[35] На нижем, регионалном нивоу се разрађују национални планови постављањем оквира за доношење конкретних одлука које се тичу просторног планирања. Најдетаљнији и за појединце најзначајнији јесу просторни планови које доносе јединице локалне самоуправе. Они прописују конкретне услове за уређење простора, намену и начин коришћења земљишта и друга питања од непосредног значаја за становништво.[36]

---

[31] Закон о просторном плану Републике Србије од 2010. до 2020. године.

[32] Постоје и документи за спровођење (имплементацију) Просторног плана Републике Србије и регионалног просторног плана (чл. 12 ЗПИ).

[33] B. Piha, 72.

[34] *Ibid*., 61.

[35] *Ibid*., 62.

[36] Commission for Territorial Cohesion Policy and EU Budget, Spatial Planning and governance within EU policies and legislation and their relevance to the New Urban Agenda 2018 – A report written by: Erich Dallhammer, Roland Gaugitsch, Wolfgang Neugebauer, Kai Böhme, 2, доступно на: *https://cor.europa.eu/en/engage/studies/Documents/Spatial-planning-new-urban-agenda.pdf*, 15.11.2018.

Из угла ограничења права својине најбитнији су просторни планови који садрже прецизна правила грађења (чл. 29), попут: врсте и намене објекта који се могу градити и чија је изградња забрањена у одређеним зонама, услове за парцелацију, препарцелацију и формирање грађевинске парцеле, прописивање минималне и максималне површине грађевинске парцеле, положај објеката, највећи дозвољени индекс заузетости или изграђености грађевинске парцеле, највећу дозвољену висину или спратност објеката, услове за изградњу других објеката на истој грађевинској парцели, као и услове и начин обезбеђивања приступа парцели и простора за паркирање возила (чл. 31).

5. ЗНАЧАЈ И МЕТОДИ ПРОЦЕНЕ ВРЕДНОСТИ НЕПОКРЕТНОСТИ

Вредност непокретности се може изразити на више начина. *Правилник о Националним стандардима, кодексу етике и правилима професионалног понашања лиценцираног проценитеља*[37] познаје чак шест могућих начина одређивања вредности непокретности, и то: тржишну, фер, специфичну, синергетску, инвестициону, вредност у случају алтернативне употребе и вредност у случају принудне продаје. У пракси се као релевантна најчешће узима тржишна вредност непокретности. Према поменутом Правилнику она се одређује као „износ за који би непокретност могла да се размени на датум процене вредности између вољног купца и вољног продавца, у трансакцији између независних и неповезаних страна, уз адекватан маркетинг, при чему су обе стране поседовале довољно сазнања, поступале разборито и нису биле под принудом.“[38]

Тржишну вредност непокретности је потребно одредити у низу случајева. Она је, на пример, кључна код одређивања накнаде која се има исплатити на име експроприсане непокретности.[39] Затим, у случају да титулар права пречe куповине жели да реализује право прекупа, он је истовремено са подношењем тужбе дужан да положи код надлежног суда износ у висини тржишне вредности непокретности на дан подношења тужбе.[40] Осим тога,

[37] *Службени гласник РС*, бр. 70/2017.

[38] Национални стандард за процену вредности 1 (НСП 1).

[39] Чл. 1 Закона о експропријацији, *Службени гласник РС*, бр. 53/95, *Службени лист СРЈ*, бр. 16/2001, *Службени гласник РС*, бр. 23/2001, 20/2009, 55/2013 (Одлука Уставног суда), 106/2016 (Аутентично тумачење).

[40] Чл. 10 ст. 5 Закона о промету непокретности, *Службени гласник РС*, бр. 93/2014, 121/2014, 6/2015. Ово решење је предвиђено са циљем да се спречи неосновано ангажовање суда у ситуацији када титулар права пречe куповине, иако жели, нема довољно средстава да постане власник непокретности на коју се односи његово право пречe куповине. О оправданости условљавања допуштености тужбе полагањем износа који одговара тржишној

тржишна, тј. прометна вредност непокретности игра улогу и приликом одмеравања накнаде коју, под одређеним условима, власник земљишта има право да потражује од градитеља у случају грађења на туђем земљишту.[41] Тржишна вредност земљишта је кључна и код одређивања накнаде која се има исплатити на име конверзије права коришћења у право својине на грађевинском земљишту, у оним случајевима када се она врши уз накнаду.[42] У поступку извршења на непокретности се такође полази од тржишне вредности непокретности,[43] а њу је потребно утврдити и пре заснивања хипотеке како би се утврдило да ли је она довољна за покриће обезбеђеног потраживања, као и у вансудском поступку намирења.[44] Она је релевантна приликом утврђивања основице за порез на наслеђе и поклон, као и у случају утврђивања основице пореза на пренос апсолутних права, под условом да је уговорена цена нижа од тржишне вредности.[45] У случају спровођења урбане комасације, тржишна вредност грађевинске парцеле након спроведеног поступка треба да одговара најмање вредности грађевинског земљишта које је унето у комасациону масу.[46]

Из наведених примера се види да је потреба за утврђивањем вредности непокретности широко распрострањена. Процена вредности непокретности може бити појединачна и масовна.[47] Док се појединачна процена односи на утврђивање вредности сваке непокретности понаособ, масовна процена вредности непокретности подразумева „процес одређивања тржишне вредности непокретности на одређени датум, који се врши за сваку непокретност уписану у катастар непокретности коришћењем уписаних података о непокретности, уз примену стандардизованих метода и статистичког тестирања.“[48]

вредности непокретности, уместо износа који одговара цени која је стварно за њу и плаћена видети у: Radenka Cvetić, *Pravo preče kupovine*, SCI, Novi Sad 2002, 201-206.

[41] Чл. 24-26 Закона о основама својинско-правних односа, *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80, 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96, *Службени гласник РС*, бр. 115/2005.

[42] Чл. 2 ст. 3 Закона о претварању права коришћења у право својине на грађевинском земљишту уз накнаду, *Службени гласник РС*, бр. 64/2015. Више о конверзији права коришћења у право својине на грађевинском земљишту вид. у: Sofija Nikolić, „Pretvaranje (konverzija) prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu u Srbiji“, *Nova pravna revija – Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo* 1/2016, 40-50.

[43] Чл. 165 Закона о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016 (Аутентично тумачење), 113/2017 (Аутентично тумачење).

[44] Чл. 34 Закона о хипотеци, *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – одлука УС и 83/2015.

[45] Чл. 16 и 27 Закона о порезима на имовину, *Службени гласник РС,* бр. 26/2001, 45/2002 (Одлука Савезног уставног суда), 80/2002, 135/2004, 61/2007, 5/2009, 101/2010, 24/2011, 78/2011, 57/2012 (Одлука Уставног суда), 47/2013, 68/2014, 95/2018, 99/2018 (Одлука Уставног суда).

[46] Чл. 108а ЗПИ.

[47] Branko Božić et. all, „Vrednovanje nepokretnosti u Republici Srbiji“, *Tehnika – Naše građevinarstvo* 4/2014, 572.

[48] Чл. 3 Правилника о процени вредности непокретности*, Службени гласник РС*, бр. 113/2014.

Законом о државном премеру и катастру је утврђено да процена вредности непокретности представља општи интерес за Републику Србију (чл. 6) и да спада у делокруг РГЗ-а (чл. 10 ст. 1 тачка 14). Под проценом се подразумева утврђивање тржишне вредности непокретности уписаних у катастар непокретности. Овај Закон прецизира да се у смислу његове примене, под тржишном вредношћу сматра вредност до које се дошло поступцима и методима масовне процене вредности непокретности (чл. 149). Она обухвата генералну процену вредности непокретности на основу које се одређује вредност појединачне непокретности која се уписује у базу података катастра непокретности. (чл. 150, 151). У сврху масовне процене вредности непокретности, РГЗ води регистар цена непокретности[49] у који су јавни бележници дужни да уносе цене и друге податке о непокретностима из уговора о купопродаји и закупу (чл. 152).

За разлику од масовне процене вредности непокретности која се првенствено врши из статистичких и фискалних разлога, појединачна вредност непокретности се одређује од стране вештака односно овлашћених проценитеља у сваком конкретном случају имајући у виду специфичности сваке непокретности.[50] За потребе појединачне процене се користи друга методологија. Тако, примера ради, *Правилник о Националним стандардима, кодексу етике и правилима професионалног понашања лиценцираног проценитеља* предвиђа три могуће методе процене вредности појединачне непокретности и то: компаративни, принудни и трошковни приступ.

6. ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ У ВЕЗИ СА (НЕ)СПРОВОЂЕЊЕМ ПРОСТОРНЕ ПОЛИТИКЕ

Одговорност државе у вези са спровођењем просторне политике се може посматрати из два угла. С једне стране се може поставити питање постојања одговорности државе тј. ималаца јавних овлашћења за штету коју власници непокретности могу да претрпе услед измене важећих просторних планова, док се, с друге стране може поставити питање одговорности државе за штету која је настала пропуштањем спровођења мера просторне политике од стране надлежних органа. О оба питања се до сада изјаснио ЕСЉП чији ће закључци укратко бити изложени. Осим тога, новину у погледу одговорности ималаца јавних овлашћења за штету коју претрпи инвеститор у случају измене услова на основу којих се издају локацијски услови садржи и домаћи ЗПИ.

[49] *http://katastar.rgz.gov.rs/RegistarCenaNepokretnosti/*, 27.11.2018. године.
[50] B. Božić et. all, 575.

О одговорности државе за штету која евентуално настане услед спровођења просторних планова сведочи већ приказана одлука ЕСЉП у случају *Сторонг и Ленрот против Шведске*. Мере које је град Стокхолм наметнуо власницима одређених непокретности, према виђењу ЕСЉП, задовољиле би захтеве који проистичу из доктрине правичне равнотеже да су уз њихово увођење биле предвиђене и могућности власника да захтевају скраћење њиховог трајања или, пак, накнаду претрпљене штете.[51]

Када је реч о праву Србије, основ одговорности носилаца јавних овлашћења за штету која настане услед спровођења просторне политике је први пут експлицитно предвиђен најновијим изменама ЗПИ из 2018. године. Наиме, чланом 57 ст. 12 ЗПИ је прописано следеће: „Ако након издавања локацијских услова неки од ималаца јавних овлашћења измени услове који су саставни део издатих локацијских услова, одговоран је за штету коју је инвеститор претрпео услед предузимања активности на основу првобитно издатих локацијских услова.“ Ова одредба је новум у домаћем законодавству и представља основ одговорности ималаца јавних овлашћења за случај да измене елементе који су саставни део локацијских услова у које се инвеститор поуздао и почео да предузима одређене активности. Она представља велики корак напред утолико што сада није спорно да овакав вид одговорности постоји и уједно даје сигурност инвеститору да неће трпети штету, тј. да ће му она бити надокнађена у случају да се, ослонцем на издате локацијске услове, упустио у реализацију своје инвестиције.

С друге стране, одговорност државе због неспровођења просторне политике илуструје случај Онерилдиз против Турске (*Öneryıldız v. Turkey*) који је вођен пред ЕСЉП. Он се тицао постојања одговорности државе за материјалну и нематеријалну штету насталу услед пропуштања државе да имплементира своју просторну политику.

Наиме, подносилац представке је заједно са својим рођацима живео у сиромашном крају Истамбула, у коме су подигнути објекти за живот, без дозволе надлежних органа и то у близини депоније. Испаравањем штетних гасова који су настали разградњом отпада на депонији је избила експлозија која је уништила неколико кућа, укључујући и објекат подносиоца захтева који је том приликом изгубио 9 чланова шире породице. У случају је ЕСЉП нашао да је држава одговорна за штету коју је претрпео подносилац представке због пропуштања да предузме превентивне мере и предупреди настанак штете. Упркос постојању забрана градње које су проистицале из прописа о просторном планирању, држава је, толеришући дивља насеља, охрабривала њихово укључивање у урбано окружење, чиме је посредно прихватила њихово постојање. Својим понашањем држава је практично

[51] Споронг и Ленрот против Шведске, пасус 73.

амнестирала кршење прописа из области просторног планирања, укључујући и незаконити окупацију државног земљишта. С обзиром на то да упркос постојању законског основа за рушење нелегално изграђеног објекта у државини подносиоца представке, нико од надлежних органа ништа није предузео, ЕСЉП је обавезао Турску да надокнади штету коју је он претрпео.[52]

7. ЗАКЉУЧАК

Просторно планирање има посебан значај за друштвену заједницу, јер омогућује заштиту важних јавних интереса. Органи државне власти и локалне самоуправе су овлашћени да различитим планским документима одреде за које намене, под којим условима и на који начин се може користити простор у режиму јавне својине, али исто тако и простор који је у приватној својини. То значи да се просторним планирањем могу ограничити својинска овлашћења. Такав вид државног интервенционизма може допринети увећању вредности некретнине, али може бити и разлог за њено драстично обезвређивање. Надлежни органи могу доношењем планских докумената битно изменити имовинску позицију титулара права својине. За разлику од експропријације, код које је предвиђена тзв. правична накнада, за случајеве умањења вредности непокретности услед просторног планирања није установљен ефикасан механизам заштите приватних интереса. Ипак, неколико судских одлука које су анализиране у овом раду указују на то да је дошло до одређеног помака у тој области на практичном плану.

Одлука Европског суда за људска права у случају *Сторонг и Ленрот против Шведске* и *доктрина равнотеже интереса*, наговештавају значајне промене у односима између државе и власника непокретности. Органи државне и локалне власти ће несумњиво морати да воде више рачуна о ефектима просторног планирања и планских докумената које доносе у оквиру своје надлежности. На то ће их приморати нови инструменти за заштиту универзалних људских права, попут уставне жалбе. Међутим, и за државу и за власнике непокретности би било боље да се таква питања не решавају пред домаћим и европским судовима, већ да се успостави механизам који ће омогућити да се равнотежа интереса остварује у ширем контексту. Једно од решења

[52] Онерилдиз против Турске (*Oneryildiz v. Turkey*), представка бр. 48939/99, пресуда Великог већа од 30. новембра 2004. године, пасуси 104, 105, 107, 109. Коментар пресуде Већа од 18. јуна 2002. године у случају Онерилдиз против Турске вид. у: Душан Николић, „Хармонизација стварног права на простору југоисточне Европе“, у књизи: *Будимпештански симпозијум – Допринос реформи стварног права у државама југоисточне Европе*, [*Das Budapester Symposium – Beitrage zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Sudosteuropas*], Edition Temmen, Бремен, 2003. стр. 211-212.

је да се формирају посебни фондови из којих би се исплаћивала накнада за умањење вредности некретнина, до којих долази услед негативних ефеката просторног планирања. Средства за те намене би се могла обезбедити увођењем виших пореских стопа на промет непокретности чија је вредност значајно увећана променом планских докумената.

У овом контексту је важно нагласити да је доктрина равнотеже интереса од недавно добила место и у правној регулативи Републике Србије. Законом о планирању и изградњи је прописано да је ималац јавних овлашћења који измени услове из издатих локацијских услова одговоран за штету коју инвеститор претрпи услед предузимања активности на основу првобитно издатих локацијских услова. Наведено нормативно решење је несумњиво усвојено под притиском потреба за страним инвестицијама. Међутим, оно може допринети побољшању позиције у којој се налазе и други субјекти који трпе штетне последице услед промене просторних планова и са њима повезаних планских докумената.

Sloboda D. Midorović, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
s.midorovic@pf.uns.ac.rs

Dušan Ž. Nikolić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Nikolic@pf.uns.ac.rs

Ownership Right and Spatial Planning: Influence of Spatial Plans on Immovable Property Value

Abstract: *Spatial planning is of a particular importance to the community given that it brings order to the coexistence of people within certain territory and enables protection of significant public interests. International agreements, constitutions and various acts entitle state and local authorities to determine, through various spatial plans, under what conditions and in which way public spaces and privately owned property can be used. This further implies that spatial plans may limit ownership entitlements. From the owner's perspective, effects of state intervention in such cases may prove to be positive. For instance, transformation of agricultural land of an insufficient quality in urban building land could lead to the increase of a lot's market price. Nevertheless, there are some situations in which spatial plans may cause decrease of immovable property value. This, for example, will happen in case when authorities decide that a highway will be built near a peaceful housing block in the suburb. Contemporary legal systems widely acknowledge that public interest supersedes the private one, and that ownership right could be limited and even taken away if that appears necessary for the sake of fulfilling justified and important community's needs. In case of expropriation, owner is entitled to the so-called fair remuneration. However, when it comes to the decrease of immovable property value due to the changes of spatial plans, numerous questions and disagreements exist. In one decision of the European Court of Human Rights that dealt with the issue of spatial planning (Sporrong and Lönnroth v Sweden), an opinion has been expressed that spatial planning must be devised in such a way so as to strike a balance between community interests and those of private owners. That gave birth to the fair balance doctrine. In the meantime, it was also incorporated in the regulation of the Republic of Serbia. Planning and Construction Act provides that a competent authority which changes conditions making an integral part of the issued location conditions, shall be liable*

for the damage caused to the investor provided that he already undertook some activities pursuant to the primarily issued location conditions. This solution was undoubtedly adopted under the pressure of foreign investments. However, it could also improve a position of other persons suffering damage due to the changes of spatial plans and documents connected to them.

Keywords*: spatial planning, public interest, ownership, immovable property value.*

Датум пријема рада: 18.01.2019.

ОДЕЉАК ЗА СТУДЕНТЕ

Прегледни чланак 347.74:336.77(497.11)
doi:10.5937/zrpfns52-19726

Марио И. Војнић Хајдук, студент докторских студија
Универзитет у Новом Саду
Правни Факултет у Новом Саду
mariovojnich@gmail.com

ПРАВНА ПРИРОДА УГОВОРА О АКЦЕПТНОМ КРЕДИТУ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ СА ОСВРТОМ НА УПОРЕДНО ПРАВО

Сажетак: *У домаћем праву не постоји посебна законска регулатива о уговору о акцептном кредиту. У раду се разматра правна природа овог уговора. Од утврђивања правне природе уговора у нашој земљи, зависи примена одговарајућих законских норми. Рад указује на проблеме са којима се суочавају различита схватања о појму и о правној природи уговора. Аутор полази од констатације, да је правна природа уговора о акцептном кредиту јединствена. Овакав став произлази из правне сигурности. Предметна анализа води закључку, да је у праву Републике Србије уговор о акцептном кредиту sui generis правни посао.*

Кључне речи: *правна природа уговора о акцептном кредиту, акцептни налог, кредит, банкарска услуга.*

УВОД

Правна природа уговора о акцептном кредиту је спорна, а како би се иста утврдила, мора се поћи од појма посла акцептног кредита и његових битних карактеристика.[1] Акцептни кредит је раније носио назив акцептни посао или акцепт[2], док се данас назива и трасираним кредитом. Назив акцептни кредит се јавља из разлога што се као учесник посла увек јавља кредитна институција.[3]

---

[1] Посао акцептног кредита настаје закључењем уговора о акцептном кредиту (у даљем тексту: уговор) између акцептне банке и корисника акцептног кредита.

[2] Walter Hofmann, *Handbuch des gesamten Kreditwesens,* Frankfurt A.M. 1941, 482.

[3] На немачком језику за овај посао се користи термин *Akzeptkredit*, а на енглеском *acceptance loan*.

Овај правни посао творевина је аутономног банкарског права, те посебна законска регулатива о њему не постоји.[4]

У раду се анализирају различита схватања о правној природи уговора о акцептном кредиту, како би се дошло до најцелисходнијег решења у нашем правном систему. Поменута схватања везана су и за иностране правне системе, те је пре њихове анализе, неопходно укратко објаснити правне послове у упоредном праву за које се претежно везује правна природа уговора. На основу анализе датих схватања и одговарајућих законских норми, заузеће се став о правној природи уговора о акцептном кредиту у нашој земљи. Од правне природе уговора, зависи примена меродавних законских норми.

1. ПОЈАМ И БИТНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ АКЦЕПТНОГ КРЕДИТА

Схватања о појму акцептног кредита деле се на две основне групе. Првој групи припадају аутори који овај посао дефинишу посредством неког ширег института, попут кредита одговорности (нем. *Haftungskredit, Kreditleih*). Код кредита одговорности банка је у обавези према својим клијентима да преузме одговорност за испуњење њихових обавеза према трећем лицу, те ако се одговорност преузима у форми гаранције (односно јемства) настаје авални кредит, а уколико се иста преузима у виду акцептирања менице настаје акцептни кредит.[5] Недостатак ових дефиниција је тај што не анализирају посебно појам акцептног кредита. Другој групи припадају посебне дефиниције акцептног кредита, које се деле на описне дефиниције (које у себи садрже разне карактеристике и значај посла) и садржинске дефиниције (које посао дефинишу путем обавеза учесника). У класичном примеру описне дефиниције наводи се да је акцептни кредит менични кредит, код кога корисник кредита вуче меницу на банку, која путем акцептирања менице ставља кориснику на располагање свој бонитет (кредит одговорности), а корисник кредита има могућност да употребом менице дође до готовог новца.[6] Ове дефиниције најчешће не обухватају обавезе корисника акцептног кредита и неодређено указују на неке карактеристике посла, којима често није место код одређивања

[4] Ретки су општи услови пословања банака који садрже посебне норме о уговору о акцептном кредиту, док се он посебно наводи у тарифама банака. Одредбе уговора о акцептном кредиту претежно су садржане у унапред припремљеним банкарским обрасцима уговора.

[5] Georg Graf, *Bankvertragsrecht,* Wien 2018, 68; Christian Butschek, Kaja Unger, *Bankvertragsrecht,* Wien 2010, 4.

[6] Herbert Schimansky, Herman-Jozef Bunte, Hans-Jürgen Lwowski, *Bankrechts-Handbuch Band II,* München 2001, 1874.

појма посла.[7] Садржинска дефиниција била би она по којој код акцептног кредита, корисник издаје меницу коју вуче на своју банку као трасата, а банка даје акцепт на меници, чиме прихвата обавезу да искупи меницу на дан њене доспелости.[8] Према потпунијој дефиницији, уговором о акцептном кредиту банка се обавезује на то да ће акцептирати меницу коју клијент буде издао и на њу вукао, чиме као акцептант, прихвата да меницу исплати о њеној доспелости, док се клијент обавезује да ће обезбедити покриће за исплату меничне суме најкасније у тренутку доспелости менице.[9] Основни недостатак садржинских дефиниција је да често не помињу обавезе корисника акцептног кредита.[10] Посебна категорија дефиниција су оне које поред обавезе банке да акцептира меницу наводе и обавезу банке да исплати меницу по њеној доспелости.[11]

Акцептни кредит има неке значајне карактеристике. То је кредит за који банка не уступа клијенту своја новчана средства, већ му ставља на располагање своју одговорност, кредибилитет, чиме му олакшава да дође до готовог новца или му омогућава да испуни новчане обавезе без употребе новца, а акцептни кредит је уједно и врста тзв. меничних кредита.[12] Банка код акцептног кредита не обезбеђује ликвидност корисника кредита, већ му обезбеђује могућност да уз помоћ акцепта менице он на други начин прибави куповну моћ (*Kaufkraft*).[13] Циљ овог посла често је да се посао уговори у страној валути, како би корисник могао продајом акцептиране менице доћи до одговарајуће валуте у иностранству, с обзиром на то да је отежано прибавити исту валуту у домаћој земљи, а меница се може есконтовати и у иностранству.[14] Поред продаје акцептиране менице банци (есконт), корисник акцептног кредита меницом може плаћати за робу и услуге, може је заложити и на други начин њоме располагати. Овај правни посао представља погодност за банку јер

---

[7] Вид. Raimund Bollenberger, Wilma Dehn, *Österreichisches Bankvertragsrecht-Band IV: Kreditgeschäft,* Wien 2012, 138; Hans-Peter Schwintowski, Frank A. Schäfer, *Bankrecht: Commercial Banking-Inwestment Banking,* Köln-Berlin 1997, 735.

[8] Hartmut Reeb, *Recht der Kreditfinanzierung,* Wien-München 1994, 44.

[9] Стеван Шогоров, *Банкарско право,* Београд-Сремска Каменица 2009, 125.

[10] Вид. Florian Klimscha, Carmen Redmann, *Der Kreditvertrag,* Wien 2018, 30; Siegfried Kümpel, *Bank- und Kapitalmarktrecht,* Köln 2000, 832; Славко Царић, *Банкарски послови и хартије од вредности,* Нови Сад 2000, 27; Мирко Васиљевић, *Компанијско и трговинско право,* Београд 2012, 349.

[11] Friedrich K. Feldbausch, *Handbuch der Bankpraxis,* Frankfurt A.M. 1968, 196; Erich Achterberg, Karl Lanz, *Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen,* Frankfurt Am Main 1967, 45; Carl Zimmerman, *Bankgeschäfte und Bankbuchungen,* Berlin. 1928, 263. У дефиницији се понегде наводи да овај кредит обично траје три месеца. Вид. Alfred Jährig, Hans Schuck, *Handbuch des Kreditgeschäfts,* Wiesbaden 1989, 126.

[12] С. Шогоров, *наведено дело*, 125-126.

[13] Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht,* Berlin-New York 1975, 886.

[14] Roland Erne, *Bank- und Börsenrecht,* München 2014, 289.

она није у обавези да ангажује своја новчана средства (тзв. пасивни кредит)[15] а код оваквог бескаматног кредита она остварује провизију.[16] Акцептна провизија је новчана накнада за ову посебну банкарску услугу. Значај акцептног кредита за корисника је тај да он готов новац јефтиније прибавља него код готовинског кредита.[17] Међутим, основни циљ акцептирања менице је да се повећа бонитет и квалитет клијентове менице.[18] Уговор о акцептном кредиту поред правила облигационог права, одређен је и правилима меничног права. Заједничка намера уговорних страна је пружање посебне банкарске услуге акцептирања менице у складу са налогом корисника.[19]

2. ПРАВНА ПРИРОДА УГОВОРА О АКЦЕПТНОМ КРЕДИТУ

2.1. Правни послови од значаја за утврђивање правне природе уговора о акцептном кредиту у упоредном праву[20]

Уговор о акцептном кредиту се најчешће одређује као подврста неког другог правног посла или се одређују елементи других правних послова, који егзистирају код овог уговора. За анализу различитих схватања о правној природи уговора, неопходна су сазнања о појму одговарајућих послова у упоредном праву.

У Аустрији посао налога се означава термином *Auftrag*.[21] За налог није прописана писана форма[22] и он представља посебну врсту *Geschäftsfuhrung*[23]

---

[15] Hans Kaeferlein, *Der Bankkredit und seine Sicherungen,* Stuttgart 1937, 364.

[16] С. Царић, *наведено дело*, 26.

[17] С. Zimmerman, *наведено дело*, 263; Friedrich Leitner, *Bankbetrieb und Bankgeschäfte,* Frankfurt A.M. 1923, 219. И други аутори наводе да је код овог посла акцептна провизија банке редовно мала. Вид. М. Васиљевић, *наведено дело*, 349.

[18] С. Царић, *наведено дело*, 27. Слично за спољнотрговинске односе и S. Kümpel, *наведено дело*, 833.

[19] Као и код других уговора, нпр. уговора о есконту и продаје са одложеним плаћањем, кредит се овде исказује као економска функција посла. За речено се везује и чињеница да се акцепт по правилу исказује у билансу стања банке као њена пасива, док се кредит исказује као њена актива. Вид. W. Hofmann, *наведено дело*, 482.

[20] Код анализе појма неког правног посла, мора се водити рачуна о чињеници да се често језички исти термини користе понекад да означе различите правне послове по својој природи, како међу различитим правним системима, тако и у оквирима истог правног система (нпр. *Darlehen* је кредит и/или зајам). Сазнања о овим пословима нам помажу приликом утврђивања правне природе уговора о акцептном кредиту, а код уговора са елементом иностраности, законске норме о њима могу представљати меродавно право.

[21] Stevan Perner, Martin Spitzer, Georg Kodek, *Bürgerliches Recht,* Wien 2016, 279-280; Peter Apathy, Andreas Riedler, *Bürgerliches Recht Band III-Schuldrecht Besonderer Teil,* Wien-New York 2010, 46; Wolfgang Zankl, *Bürgerliches Recht,* Wien 2017, 157.

[22] Helmut Koziol, Rudolf Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts,* Wien 2007, 210.

[23] *Geschäftsführung* се преводи као вођење послова (пословодство), а тај посао одговара нашем налогу. Постоје пословодство са налогом односно скраћено налог или оно што се

чији је синоним *Geschäftsbesorgung*[24]. Међутим, ABGB регулише налог (*Auftrag*) у члану 1002 ff под називом *Bevollmächtigungsvertrag.*[25] *Bevollmächtigungsvertrag (Vollmacht, Vertretungsmacht)* је различит од налога и он је најбижи нашем пуномоћју. Мешање налога и пуномоћја није успело, са обзиром да постоје налози и без пуномоћи, опуномоћеник није дужан да поступа, пуномоћ може бити садржана и у другим пословима, те налог представља уговор док *Vollmacht* претежно представља једнострану изјаву воље даваоца овлашћења.[26] Поред тога према ABGB-у, *Bevollmächtigungsvertrag* подразумева увек предузимање радње у туђе име.[27] Постоје и ставови да је *Bevollmächtigungsvertrag* општији уговор у оквиру кога су регулисани налог и пуномоћје.[28] Немачки BGB разликује *Auftrag* (чл.662-674.) и *Geschäftsbesorgungsvertrag* (чл. 675-675b).[29] Прихватањем *Auftraga* обавезује се прималац *Auftraga* да за рачун даваоца *Auftraga* обави одређени посао без накнаде.[30] *Geschäftsbesorgungsvertrag* је самостално предузимање радње привредног карактера у интересу другога и уз накнаду од другога (већина банкарских послова представљају ове уговоре).[31] На банкарске послове који нису посебно законом именовани превасходно се примењују норме о *Geschäftsbesorgungsvertrag,* а ту спада и посао акцептног кредита.[32] Швајцарски закон о облигационим односима разликује општи или једноставни налог (чл.394-406) и поједине посебне врсте налога, нпр. пословодство без налога (чл.419-424).[33] Предмет уговора о налогу (мандат) за који иначе није прописана писана форма, може бити правна или фактичка радња односно посао, као и пружање услуге (*Dienstleistung*).[34]

означава као *Geschäftsführung mit Auftrag* и пословодство без налога односно *Geschäftsführung ohne Auftrag* (чл. 1002-1044. *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*-ABGB, Stand am 1.1.2017. Вид. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht,* Zürich-Bern-Basel 1992, 1962.

[24] P. Apathy, A. Riedler, *наведено дело*, 46-49.

[25] S. Perner, M. Spitzer, G. Kodek, *наведено дело*, 279.

[26] Helmut Koziol, Peter Bydlinski, Raimund Bollenberger, *Kurzkommentar zum ABGB,* Wien 2017, 1199; S. Perner, M. Spitzer, G.Kodek, *наведено дело*, 280.

[27] Arthur Weilinger, *Privatrecht,* Wien 2013, 186.

[28] H. Koziol, R. Welser, *наведено дело*, 210; P. Apathy, A. Riedler, *наведено дело*, 46.

[29] *Bürgerliches Gesetzbuch*- BGB, Stand am 12.07.2018.

[30] Wolfgang Fikentscher, *Schuldrecht,* Berlin-New York 1997, 576.

[31] Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band IV, Schuldrecht-Besonderer Teil II,* München 2012, 2418-2419; W. Fikentscher, *наведено дело*, 580-581. BGB не садржи дефиницију овог посла већ је она теоријска и не прописује писану форму за уговор.

[32] F. J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker, *наведено дело*, 2435 и 2444.

[33] *Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches-Fünfter Teil: Obligationenrecht*, Stand am 1.4.2017. По овом закону *Auftrag* и *Geschäftsbesorgungsvertrag* и *Geschäftsführungsvertrag* су синоними.

[34] Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey, *Das Schweizerische Obligationenrecht,* Zürich 2000, 546.

И већина других законских извора садржи посебне норме о сродним пословима нашем уговору о налогу.[35]

Уговор о зајму у Аустрији се назива *Darlehensvertrag.*[36] Уговор о кредиту (*Kreditvertrag*) је уговор о зајму новца са накнадом (Zins-камата), а уговорне стране су давалац кредита (не стриктно банка) и корисник кредита.[37] *Darlehensvertrag* је у Немачкој назив за уговор о новчаном зајму (BGB од чл. 488), а уколико се као зајмодавац новца јавља банка, тада се овај уговор назива уговор о кредиту (*Bankkredit* или *Kreditvertrag*)[38]. Уговор о неновчаном зајму уређен је под посебним називом *Sachdarlehensvertrag* (BGB од чл. 607). Међутим, често се у ранијој немачкој теорији термином *Darlehensvertrag* означава зајам новца и зајам других замењивих ствари, што не одговара немачком позитивном законодавству.[39] BGB не користи термин кредит, већ је он обухваћен општим појмом *Gelddarlehen* (новчани зајам) односно *Darlehen*.[40] У Швајцарској посао кредита није посебно регулисан, те *Darlehensvertrag* обухвата наш уговор о зајму и уговор о кредиту.[41]

Уговор о акцептном кредиту често се одређује као подврста уговора о услугама (*Dienstleistungvertrag).*[42] Многи домаћи аутори сматрају да је један

---

[35] Тако: 1. италијански *Codice Civile* (edizione 2016) од чл. 1703. уређује,,*Del mandato*" код кога предмет уговора могу бити само правне радње, 2. шпански *Codico Civil* (стање на дан 29.6.2017) од чл. 1709. уређује,,*Del mandato*", 3. холандски *Burger lijk Boek 7.* (стање на дан 19.09.2018) од чл. 414. уређује,,*Lastgeving*", 4. мађарски *2013 évi V. törvény a Polgári Tőrvénykőnyvről* од чл. 6:272 уређује,,*Megbizási szerződés* ,,, који је по законској претпоставци уговор уз накнаду. У овим и у другим наведеним грађанским законицима и законима, као и у банкарским и меничним законима наведених правних система нису пронађене правне норме које посебно уређују уговор о акцептном кредиту.

[36] ABGB, чл. 983-984. Његов предмет може бити новац, али и друге замењиве ствари. Слична дефиниција садржана је и у ЗОО-у, са том разликом да само за уговоре у привреди важи претпоставка да су уз накнаду, ако није друкчије уговорено. Интересантно је да ЗОО уместо термина накнада за зајам користи термин камата (чл.557-558. ЗОО-а). У Аустрији зајам новца са накнадом је уговор о кредиту.

[37] ABGB, чл. 988. Уговор о кредиту је и уговор који обезбеђује готовинске трансакције по позиву. Ширим тумачењем ове норме овде би се могао подвести акцептни кредит. Међутим, претежно се прихвата уже тумачење по коме се под готовинске трансакције по позиву подводе неке друге врсте кредита као што су кредитно писмо и *Krediteröffnungsverträge*.

[38] W. Fikentscher, *наведено дело*, 527.

[39] Немачки *Darlehensvertrag* по свом појму одговара аустријском *Kreditvertrag.* Суштински ово одговара нашем појму уговора о кредиту, али се код нас као давалац кредита увек јавља банка.

[40] R. Erne, *наведено дело*, 289. Већина немачких аутора када говори о правној природи уговора о акцептном кредиту као *Darlehens*-у,они квалификују уговор као новчани зајам односно као кредит, а не као општи зајам, с обзиром на то да се као давалац акцепта овде појављује банка.

[41] *Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht),* Stand am 1. April 2017, чл.312-318.

[42] Нпр. руски *Гражданский кодекс Российской Федерации* (стање на дан 29.12.2017.) не садржи посебне норме о уговору о налогу. Међутим, од члана 779. он уређује посебно

од кључних проблема у процесу стварања права заправо употреба језика.[43] Уколико у овом раду није друкчије назначено, термини *Geschäftsbesorgungsvertrag* и *Auftrag* користе се у значењу које одговара нашем уговору о налогу, а термини *Darlehensvertrag* и *Kreditvertrag* у значењу које одговара нашем уговору о кредиту.

2.2. Схватања о правној природи уговора о акцептном кредиту

Аутори који се баве питањем правне природе уговора о акцептном кредиту деле се у две основне групе. Првој групи припадају аутори који одређују јединствену правну природу уговора, а другој они који одређују нејединствену правну природу уговора.

У оквиру прве групе, писци одређују уговор о акцептном кредиту као мешовити правни посао или као подврсту: кредита одговорности, гаранцијског посла, кредита односно зајма и налога. Аутори који заузимају став о мешовитој правној природи уговора о акцептном кредиту, одређују правне послове који доминирају код овог уговора, а по правилу су то кредит и налог. Недостатак ових схватања је тај да анализу правне природе уговора своде углавном на основни модалитет уговора о акцептном кредиту, те да не прецизирају који елементи кредита односно налога постоје код уговора.[44] Према једном схватању, код основног облика уговора ради се о кредиту одговорности.[45] Ако законом није друкчије прописано, кредит одговорности је економска категорија, те се ова правна квалификација уговора не може прихватити. Према другом схватању авални и акцептни кредит су према BWG-у гаранцијски послови.[46] Банка акцептирањем менице преузима само положај гаранта за менично плаћање.[47] Постоји и став да је акцептни посао јемство.[48] Јемство је акцесорно средство обезбеђења, што значи да уговор о јемству следи

уговор о услугама, а налог је по својој природи посебна врста уговора о услугама. Код нас није посебно регулисан општи уговор о услугама.

[43] Драгана М. Ђорић,,,Значај језика за право", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* 4/2017, 1573-1587, 1580.

[44] Самим тим је спорно које законске норме применити на конкретан уговор. Писци по правилу не објашњавају аргументовано како се може уговор о акцептном кредиту подвести под законску дефиницију кредита. Оваквом анализом, занемарују се елементи правних послова код других модалитета уговора.

[45] E. Achterberg, K. Lanz, *наведено дело*, 45.

[46] C. Butschek, K.Unger, *наведено дело*, 4.

[47] Hanns-Christoph Zahrnt, *Die Sicherheit der Scheckeinlösung,* Berlin 1971, 277.

[48] Friedrich Leitner, *Bankbetrieb und Bankgeschäfte,* Frankfurt A.M. 1923, 219-220. Према аутору банка може есконтовати меницу коју је акцептирала, али то не утиче на јединствену природу акцептног кредита.

правну судбину главног правног посла.[49] Међутим, уговор о акцептном кредиту није акцесоран правни посао, односно он је независан од основног правног посла на основу кога се издаје меница (нпр. посао продаје). Банкарски гаранцијски послови су банкарска гаранција, јемство и други послови преузимања одговорности за другога, под условом да се послови преузимају за новчану накнаду.[50] Овакви ставови се не могу прихватити из разлога што банка на основу уговора о акцептном кредиту постаје главни дужник по меници. Одређивањем акцептног кредита као посла преузимања одговорности за другога, не одређује се правна природа посла. Према трећем схватању уговор о акцептном кредиту је по својој правној природи кредит (зајам).[51] У кредитни посао убрајају се новчани зајам и други послови кредитне природе.[52] Предмет уговора о кредиту може бити новац и сурогати новца, тако да акцептирање менице (нем. *Akzeptkreditvertrag*) коју корисник кредита вуче на даваоца кредита је врста уговора о кредиту.[53] Често у мустрама уговора о акцептном кредиту стоји одредба по којој банка одобрава кредит у одређеној висини свом клијенту.[54] Поједини аутори сматрају да се ради о посебној врсти кредита полазећи од класификације банкарских послова у закону (KWG) по којој акцептни кредит спада у кредитне послове (нем. *Kreditgeschäft*).[55] Међутим, закон не садржи правну дефиницију кредитног посла, већ наводи само врсте кредитног посла, из чега логички произлази чињеница да је тешко утврдити правну природу посла.[56] Акцептни кредит је таква врста кредита који банка даје свом клијенту на тај начин што

---

[49] Вид. детаљније Бојан Пајтић,,,Правно уређење института јемства и његових деривата-Проблеми и предлози *de lege ferenda"*, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* 1/2018, 169-180.

[50] *Bundesgesetz über das Bankwesen*-BWG, верзија од 7.11.2018. године (Аустрија), чл.1. ст.1. тач.8. Одређивање правне природе послова по правилу не представља предмет систематских закона о банкама.

[51] Због терминолошких проблема, често је тешко утврдити да ли се говори о зајму или о кредиту. Разликовање може имати значајне последице у погледу норми о накнадама, о форми посла и слично.

[52] Rainer Borns, *Das österreichische Bankrecht,* Wien 2006, 8.

[53] H. Honsell, N. P. Vogt, W. Wiegand, *наведено дело,* 1535. Овај став се може прихватити, само ако се код кредита акцепт и новчано покриће акцепта одреде као истоврсне финансијске ствари и да је закон као предмет уговора о кредиту поред новца прописао изричито и сурогате новца.

[54] Wilhelm Schütz, *Bankgeschäftliches Formularbuch,* Köln 1966, 317.

[55] Th. Gabler, *Bankrecht,* Wiesbaden 1975, 557-558; H. P. Schwintowski, F. A. Schäfer, *наведено дело*, 530; S. Kümpel, *наведено дело*, 833. Последњи аутор сматра да се законска класификација банкарских послова мора поштовати, што не значи да је она квалитетна. Међутим, аутори не узимају у обзир да су код ове класификације кредитних послова претежно коришћени економски, а не правни критеријуми. Вид. *Gesetz über das Kreditwesen*-KWG (Kreditwesengesetz), верзија од 10.07.2018. године (Немачка), чл.1. ст.1. тач.2.

[56] C. W. Canaris, *наведено дело*, 864.

је прихватила да плати (акцептирала) меницу коју је он издао; то је један вид индиректног кредита.[57] Акцептни кредит (лат. *accipere*=прихватити) је форма зајма која се превасходно користи у међународним пословним односима за краткорочна и средњорочна финансирања.[58] Акцептни кредити су посебна врста банкарских краткорочних кредита.[59] Поједини аутори сматрају да се ради о кредиту у чекању, те да ако банка исплати меницу има право регресног захтева према кориснику, што би значило враћање кредита банци.[60] Недостатак схватања о уговору као подврсти посла кредита, је тај што се у већини земаља уговор о акцептном кредиту не може подвести под законски појам уговора о кредиту.[61]

Према четвртом схватању, акцептни кредит је по својој правној природи налог (*Auftrag*), јер се банка преузимањем одговорности обавезала на извршење неке правом уређене радње.[62] Битна основа банкарских уговора је *Geschäftsbedingungsvertrag*.[63] Иако, код уговора о акцептном кредиту доми-

---

[57] Ивица Јанковец, *Привредно право,* Београд 1999, 611. Према овом аутору, ако корисник кредита не исплати меничну своту о доспелости, па то буде морала да учини банка-акцептант, индиректни кредит се претвара у директни. Банка ће имати право да захтева од корисника кредита да јој врати износ који је морала да плати меничном повериоцу. Ситуација је иста као да је банка непосредно кориснику кредита исплатила тај износ. Чини се да би овде коришћени термин индиректни кредит одговарао напред описаном кредиту одговорности, менична свота покрићу меничног износа, а захтев банке регресном захтеву одређене природе.

[58] Andreas Fandrich, Ines Karper, *Bank- und Kapitalmarktrecht,* München 2012, 269.

[59] С. Царић, *наведено дело*, 27.

[60] Према нашем меничном праву, акцептант (банка) када исплати менични износ ремитенту нема право меничног регреса према трасанту, односно менична обавеза коначно престаје. Регрес исплаћеног новчаног износа ремитенту, у облигационо правном смислу не би се могао оквалификовати као банчин захтев за враћањем кредита, који је исплаћен трећем лицу, већ као захтев за испуњењем уговорне обавезе корисника акцептног кредита да плати покриће са чијим плаћањем је у доцњи, уз право банке на накнаду штете (нема елемената кредита ни код меничних права за плаћањем покрића). У облигационо правном смислу, ипак се може радити о захтеву за враћањем кредита, те плаћањем камате, само уколико је уговорена обавеза банке да кредитира корисника акцептног кредита (тј. да се исплата акцептне суме изврши из средстава банке) за случај да он не обезбеди благовремено покриће. У погледу обавезе акцептирања менице, уговор о акцептном кредиту и даље задржава елементе налога односно овде је он мешовити правни посао. Посебан је случај када акцептна банка исплати меницу ремитенту (другој банци) коју је прво акцептирала, затим есконтовала код себе, те реесконтовала банци ремитенту. Међутим, ту у правном смислу доминирају елементи посла налога и продаје (Вид. у даљем тексту).

[61] Закон о облигационим односима – ЗОО,„*Сл. лист СФРЈ*" бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, „*Сл. лист СРЈ*" бр. 31/93, чл.1065-1068. Детаљније о овоме биће речи у тексту који следи.

[62] G. Graf, *наведено дело*, 68.

[63] Hans-Ulrich Fuchs, *Zur Lehre vom allgemeinen Bankvertrag,* Bern 1982, 5. Ово произлази и из аустријских *Allgemaine Geschäftsbedingungen für Bankgeschäfte* –AGB (novembar 2015), у којима се за потребе банкарских послова уређује пружање банкарских услуга и налога клијената. За налоге клијента прописана је писана форма, односно одговарајући формулари. Исто и немачки *AGB der privaten Banken* (jul 2018).

нирају елементи налога, он се не може по својој правној природи одредити као подврста посла налога.[64]

У теорији се истиче да се акцептни кредит користи најчешће повезано са есконтним послом, односно да банка која је акцептирала меницу исту есконтује код себе.[65] Према писцима из прве основне групе, уговарање есконта не мења јединствену правну природу уговора.[66] Овде се есконт схвата или као кредитирање корисника акцептног кредита или као купопродаја менице. Уговорне стране у једном уговору комбинују дејства акцептног кредита и есконта односно закључују мешовити правни посао, што се пре свега види из разликовања акцептне и дисконтне провизије.[67] Ово не мора увек бити тачно с обзиром на то, да уколико није уговорено у којим аспектима ће се примењивати одређене правне норме ова два посла (тзв. комбинација правних норми), неће се радити о комбинованом (мешовитом) послу. Ту ће се пре радити о једном документу у коме су садржана два уговора: уговор о акцептном кредиту и уговор о есконту.[68] Ако банчин клијент жели да дође до готовог новца, он мора да добије два кредита; најпре акцептни а потом есконтни.[69] Писци из друге основне групе сматрају да уговарање есконта код банке која је акцептирала меницу, за своју последицу има нејединствену правну природу уговора о акцептном кредиту. У ситуацији када банка даје само свој акцепт, постоји правни однос уговора о налогу (*Geschäftsbesorgungsvertrag*), с обзиром на то да банка у овој ситуацији има обавезу да преузме одговорност за рачун клијента, док у другим ситуацијама, као што је есконтовање менице од стране банке која ју је акцептирала, постоји правни однос кредита (*Kreditvertrag-Darlehensvertrag*).[70] Акцептни кредит се квалификује и као посао са елементима *Darlehensvertrag* и *Geschäftsbesorgung*vertrag, али уколико акцептна банка акцептирану меницу есконтује код себе, тада је уговор између банке и њеног клијента *Darlehensvertrag*.[71] Ово последње важи само ако је сопствени есконт од почетка уго-

[64] Код одређивања правне природе општег уговора о акцептном кредиту, морају се анализирати сви његови модалитети који су устаљени у пракси и мора се водити рачуна о његовим другим специфичностима.

[65] S. Kümpel, *наведено дело*, 833; H. Reeb, *наведено дело*, 44.

[66] Karl-Joseph Gördel, Dietrich Ohlmeyer, *Das Kreditgeschäft,* Wiesbaden 1995, 20-21.

[67] W. Schütz, *наведено дело*, 317; E. Achterberg, K. Lanz, *наведено дело*, 46.

[68] Уколико уговорне стране нису искључиле примену неких диспозитивних норми, фактички је исто да ли су ова два посла садржана у једном или у два документа. Разлози за један документ леже у економичности и ефикасности банкарских послова. Поред тога банка одмах стиче право на две провизије.

[69] С. Шогоров, *наведено дело*, 126.

[70] R. Bollenberger, W. Dehn, *наведено дело*, 139; F. Klimscha, C. Redmann, *наведено дело*, 30; R. Erne, *наведено дело*, 289. У домаћој литератури *Darlehensvertrag* се преводи и као посао зајма и као посао кредита.

[71] F. J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker, *наведено дело*, 2444.

ворен.[72] Уколико банка поред акцепта обезбеђује клијенту и готов новац, претежну садржину уговора о акцептном кредиту тада представља кредит.[73] Међутим, правна природа акцептног кредита је сложенија од реченог и стога треба разликовати четири случаја.[74] Први случај је ситуација када клијент независно од банке располаже акцептираном меницом и тада се ради о *Geschäftsbesorgungsvertrag.*[75] Други случај је ситуација када банка сама есконтује меницу коју је акцептирала и тада је уговор по својој природи претежно кредит. Није јасно зашто аутори у другом случају есконт не квалификују као посао купопродаје, односно не наводе продају као елеменат уговора.[76] Ово није у супротности са објашњењем да се код сопственог есконта ради о послу купопродаје.[77] Према једном ставу, одлика кредита овде је садржана у регресном меничном захтеву банке према кориснику акцептног кредита.[78] Наиме, кредит може постојати код акцептног кредита само онда када банка даје своја новчана средства, а то је случај кад есконтује сопствену

[72] Jens Nielsen, *Das Bankrecht,* Hamburg 1966, 114. Аутор указује и на то да је корисник акцептног кредита дужан да у складу са AGB обезбеди акцептно покриће најкасније један радни дан пре доспелости менице; E. Achterberg, K. Lanz, *наведено дело*, 45. Вероватно се ту мисли, да истим послом морају да се уговоре акцептни кредит и есконт. Дакле, речено не важи ако се есконт накнадно уговори.

[73] H.Schimansky, H. J. Bunte, H. J. Lwowski, *наведено дело*, 1874.

[74] C. W. Canaris, *наведено дело*, 887-888.

[75] Слично и H. Reeb, *наведено дело*, 45. Овде аутор прецизира да се ради о *Geschäftsbesorgung* са карактером *Werkvertrag*-а, односно уговора о делу. Међутим, тешко би се уговор о акцептном кредиту могао подвести под појам уговора о делу, с обзиром да дело подразумева извођење неких радова, а акцептирање менице је посебна банкарска радња.

[76] У судској пракси у упоредном праву посао есконта се претежно квалификује као посао продаје. Вид. С. Шогоров, *наведено дело*, 147.

[77] H. Reeb, *наведено дело*, 46. Кредитирање се може схватити и као функција уговора.

[78] Речено се не би могло прихватити. Првенствено, када банка есконтује код себе меницу коју је акцептирала, код уговора и даље постоје елементи посла налога у делу уговора који се односи на акцептирање менице. Поред тога, посао есконта је по својој природи посао продаје, а не кредит. Превасходно недостаје камата и уговорна обавеза враћања новца. Овде се банка јавља у двоструком правном положају. Када индосира меницу на новог ремитента, она има положај и акцептанта и индосанта. Вероватно се елеменат кредита види у праву банке на регресни менични захтев према трасанту (кориснику акцептног кредита), кад она исплати меницу као индосант. Међутим, када ремитент жели да наплати меницу, он је мора прво презентовати на исплату банци као акцептанту. Као професионална финансијска организација, банка ће ретко одбити да исплати уредно презентовану меницу на исплату. Када је исплати као акцептант, она нема право регресног меничног захтева према трасанту. Уколико би банка изузетно одбила исплату менице у положају акцептанта, не види се разлог зашто би ремитент поново захтевао исплату према банци сада у положају индосанта (регресног меничног дужника). Једини разлог за то, може бити право банке као индосанта на регресни захтев према трасанту. Оваква ситуација ценила би се према околностима случаја, те би трасант имао евентуално право на одговарајуће приговоре (нпр. ако је већ платио покриће). Без обзира на наведено, не може се регресни захтев индосанта, тумачити као захтев за враћањем кредита (дисконтне-купопродајне цене или меничне суме).

меницу.[79] Посебно је објашњење по коме се у другом случају ради о мешавини *Geschäftsbesorgungsvertrag* и *Darlehensvertrag*.[80] Код другог случаја, не појашњавају се поменути елементи уговора и занемарују се елементи продаје. Трећи и четврти случај су ситуације када банка есконтује акцептирану меницу код друге банке. Уколико то чини у интересу свог клијента на основу одговарајућег споразума са клијентом ради се о *Geschäftsbesorgungsvertrag*. Аутори углавном не говоре о томе, да се ту ради о налогу поводом акцептирања менице и о налогу поводом есконтовања менице посредством банке акцептанта код друге банке.[81] У четвртом случају, код кога акцептна банка есконтује корисникову меницу код друге банке без одговарајућег споразума са корисником, односно, банка то учини за свој рачун, ради се о *Darlehensvertrag*. Недостатак оваквог схватања, је што занемарује елементе посла налога поводом акцептирања менице, док би се код есконтовања без налога корисника превасходно радило о пословодству без налога односно о неправом пословодству.[82]

Заједнички недостаци друге основне групе схватања су да: не разматрају и друге модалитете уговора о акцептном кредиту (нпр. када се уговори обавеза кредитирања корисника ако не обезбеди благовремено покриће); правну природу уговора за поједини случај своде искључиво на подврсту једног посла, занемарујући при томе уговорне елементе других послова који постоје; често правну природу уговора одређују уопштено, понекад и погрешно; негирају могућност утврђивања јединствене правне природе општег уговора о акцептном кредиту.[83]

2.3. Правна природа уговора о акцептном кредиту у праву Републике Србије

Код квалификације правне природе уговора о акцептном кредиту мора се поћи од дефиниције општег модела уговора.[84] Уговором о акцептном

Банка регрес остварује као преносилац менице. Из наведених разлога овде уговор има елемената налога и продаје.

[79] S. Kümpel, *наведено дело*, 833.

[80] H. Schimansky, H. J. Bunte, H. J. Lwowski, *наведено дело*, 1612.

[81] Наиме, поводом акцептирања менице имају се применити општа правила о послу налога, док се код есконтовања посредством акцептне банке, у зависности од правног система могу применити и посебне норме о правном послу који је по правилу по својој природи подврста посла налога (нпр. комисион, заступање и слично).

[82] ЗОО, чл.220-228.

[83] Иако је уговор о акцептном кредиту у великој мери у банкарској пракси европских земаља уједначен, заједнички став о правној природи уговора не постоји.

[84] У пракси се најчешће користе четири посебна модалитета овог уговора. Први модалитет егзистира и код других модалитета. Он је основни модалитет уговора, код кога се банка обавезује да акцептира корисникову меницу. Код другог модалитета, банка се обавезује и

кредиту обавезује се акцептна банка да у складу са њим акцептира меницу коју издаје и на банку вуче корисник акцептног кредита, те да меницу исплати о њеној доспелости, док се корисник обавезује да за ову услугу банци плати накнаду (акцептна провизија и трошкови), те да благовремено обезбеди покриће акцептне суме.[85] Уговором о акцептном кредиту у пракси се уговорају и друге обавезе, у зависности о ком модалитету уговора се у конкретном случају ради.[86] Значајна карактеристика овог уговора је и његов однос са правилима меничног права, као и посебан однос са издатом меницом.[87]

Три су могућа решења правне природе уговора о акцептном кредиту: уговор је подврста неког другог правног посла; уговор је мешовити правни посао; уговор је *sui generis* правни посао.[88] Уколико би се уговор одредио као подврста неког другог посла (нпр. налога), тиме правна природа уговора не би била у целости обухваћена.[89] У нашој земљи овај уговор не може се оквалификовати ни као уговор о кредиту.[90] Наиме, код кредита закон прописује да банка кориснику кредита стави на располагање одређени новчани износ, док код акцептног кредита, уколико друкчије није уговорено, банка нема ту обавезу.[91] По закону се код кредита дугује враћање примљеног новчаног износа и плаћање камате, док код акцептног кредита корисник плаћа акцептну провизију, по правилу у једнократном износу и обезбеђује покриће за исплату менице. Закони по правилу прописују највиши износ камате,

да акцептирану меницу есконтује код себе. Трећим модалитетом уговора она се обавезује и да акцептирану меницу есконтује код друге банке. Четвртим модалитетом, обавезује се банка и да изврши исплату акцептне суме из сопствених средстава, за случај да корисник благовремено не обезбеди новчано покриће акцептне суме. У односу на поменуте обавезе банке, корисник акцептног кредита има кореспондентне обавезе.

[85] Међу ауторима је спорно, да ли постоји уговорна обавеза банке према кориснику, да по правно ваљаном захтеву ремитента изврши исплату акцептне суме из покрића корисника. Чини се да је облигационо правни циљ уговорања плаћања покрића акцептне суме и уговарање поменуте обавезе банке. Ова обавеза је по својој правној природи налог. Питање показује свој нарочит значај у случају ништавости менице.

[86] Када се банка уговором обавеже да изврши исплату акцептне суме из сопствених средстава (да кредитира корисника), уколико корисник не обезбеди покриће до доспелости менице, корисник стиче право на посебан облигационо правни захтев према банци. Уговорене обавезе одређују правну природу уговора.

[87] То уговору даје и карактеристике јавно правне природе.

[88] Циљ овог рада је одређивање јединствене правне природе општег уговора о акцептном кредиту.

[89] Код овог уговора доминирају елементи налога, али постојање више његових врста у пракси, који имају елемената и других послова, не даје основа да се уговор оквалификује као посебна врста посла налога.

[90] Према Закону о банкама „Службени гласник РС“, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015, чл.4. ст.1. тач.2, кредитни послови су давање и узимање кредита, а према чл.2. закона кредит има значење одређено у Закону о облигационим односима. Наведени разлози због којих се уговор не може сматрати кредитом, сходно се односе и на зајам.

[91] ЗОО, чл. 1065.

док према правилима уговора о налогу, ако друкчије није уговорено, налогодавац дугује накнаду у уобичајеној висини, а ако о томе нема обичаја онда правичну накнаду.[92]

Код основног модалитета уговора о акцептном кредиту појављују се елементи налога у односу на обавезу акцептирања менице. Код другог модалитета код кога се банка обавезала да акцептира и есконтује код себе исту меницу, појављују се елементи налога и продаје (есконта).[93] Елеменат продаје огледа се у преносу менице на банку. Други модалитет уговора назива се у теорији и акцептни есконт или *Privatdiskontgeschäft* и његова природа се одређује или као налог односно кредит или као мешовити односно *sui generis* правни посао. Међутим, правна природа овог модалитета је спорна.[94] Ако се додатним одредбама банка обавеже да ће корисникову меницу не само акцептирати, већ и есконтовати у другој банци, тада се морају узети у обзир правила уговора о налогу, као и правила за уговор о комисиону и о заступању, ако банка за рачун или у име и за рачун корисника меницу, коју је акцептирала, есконтује у другој банци.[95] Тада се између акцептне и есконтне банке формира есконтни однос, међутим између акцептне банке и корисника акцептног кредита се у погледу есконтовања менице код друге банке, јавља заступнички односно комисиони однос. Ово је трећи модалитет уговора који у зависности од околности случаја може имати и елемената посредовања.[96] Код четвртог модалитета уговора појављују се поред елемената налога и елементи кредита. Елементи налога су исти као код основног модалитета уговора, док се елементи кредита јављају код коришћења новчаних

---

[92] На акцептну провизију примењују се норме о накнади код уговора о налогу, ЗОО, чл.761-762.

[93] Правна природа уговора о есконту је спорна и у вези са њом доминирају схватања да се ради о уговору о продаји потраживања или о посебној врсти уговора о кредиту. Вид. С. Шогоров, *наведено дело*, 146-147.

[94] Ако у уговору, уговарачи комбинују одређене законске норме о налогу и норме о есконту (продаји) радило би се о мешовитом правном послу, који је по својој природи претежно самосталан, односно није ни акцептни ни есконтни кредит, већ њихова мешавина. Уколико у једном документу егзистирају обавезе из уговора о акцептном кредиту и из уговора о есконту, тада ови уговори не губе своју правну самосталност, али се тада ради о основном модалитету акцептног кредита, а не о другом модалитету и о есконту садржаним у једном писмену. Ипак, ако би у уговору елементи поводом акцептирања менице били доминантни у зависности од околности случаја, радило би се о другом модалитету уговора о акцептном кредиту са посебном обавезом банке да есконтује код себе меницу коју је акцептирала.

[95] С. Шогоров, *наведено дело*, 129.

[96] У трећем случају ће се по неким ставовима уговор о акцептном кредиту оквалификовати као подврста уговора о налогу. Због различитих општих и посебних законских норми о налозима, исправније је прецизирати који се тачно правни послови јављају код трећег модалитета уговора о акцептном кредиту.

средстава банке у корист корисника, која банка исплаћује ремитенту.[97] Уговорне стране у складу са аутономијом воље и конкретним потребама могу да комбинују дејства више уговора. Ваља нагласити да оваква комбинована примена правила више врста уговора није изузетак за уговоре о привредним услугама.[98] Због наведених модалитета уговора, уговор се не може оквалификовати као мешовити правни посао.

Уколико се говори само о правним природама модалитета уговора о акцептном кредиту, негира се постојање општег уговора о акцептном кредиту. Из наведених модалитета уговора произлази да је правна природа општег модела уговора о акцептном кредиту сложена.

Квалификација правне природе општег уговора о акцептном кредиту по којој је он ***sui generis*** посао, показује се најсврсисходнијом. Према овом решењу ради се о уговору своје врсте, код кога увек егзистирају елементи уговора о налогу[99] (акцептирање и исплата менице), а у зависности од околности случаја, односно, поменутих уговорених обавеза, могу егзистирати и елементи других уговора (продаја, кредит, заступање, комисион, посредовање).[100] Питање правне природе уговора о акцептном кредиту је значајно, јер ће се у недостатку конкретних одредби у уговору о неком питању, примењивати законске норме о оним уговорима чији елементи егзистирају код уговора о акцептном кредиту. Уговор има и неке своје специфичности, те приликом примене појединих законских норми може се наићи на ситуације да оне нису примењиве на сам уговор о акцептном кредиту.[101] Такво је правило

---

[97] О намери за кредитирањем корисника може се између осталог просуђивати и на основу уговорних одредби о камати односно о уговорној казни (ЗОО, чл. 270-279. и чл. 399-400). У конкретном случају треба испитати да ли се ради о камати за случај доцње са давањем покрића или о камати за коришћење новчаних средстава банке односно о тзв. кредитној камати. Уколико постоје елементи посла кредита, уговор се према ЗОО-у мора закључити у писаној форми.

[98] С. Шогоров, *наведено дело*, 130.

[99] Једна од значајних обавеза акцептне банке, која не би постојала уколико се уговор оквалификује као кредит, јесте њена обавеза да одговори на понуђени налог (ЗОО, чл.750. и чл.42. ст.4-5).

[100] Код овог уговора, уговорне стране се јављају и у двоструком правном положају (нпр. банка се код сопственог есконта акцептиране менице налази у правном положају налогопримца и у положају купца).

[101] Право залоге, како је оно дефинисано у члану 763. ЗОО-а, не би било примењиво у погледу залоге банке на меници, из разлога што се тада не може остварити сврха посла. Иако постоје и друкчији ставови (Вид. F. Leitner, *наведено дело*, 219) акцептна банка не би имала право залоге на новчаним средствима које корисник акцептног кредита води код ње и то поводом обезбеђења накнада из уговора које јој дугује корисник. Банка би морала имати посебно овлашћење корисника, да наплати неку од накнада путем књижења са рачуна корисника. Отказ уговора од стране банке нема фактичког смисла, уколико је она већ акцептирала меницу, са обзиром на то да је меница независна од постојања уговора о акцептном кредиту. Треба водити рачуна о усклађености меничних рокова нпр. за предузимање радње

из члана 760. Закона о облигационим односима, по којем је налогодавац дужан накнадити налогопримцу штету коју је овај претрпео без своје кривице у вршењу налога, будући да је објективне ризике обављања стручног посла банкарских услуга банка дужна сама да сноси.[102] Уговор има и друге значајне карактеристике. Уговор је посебна врста уговора о услугама, код кога је аутономија воље уговорних страна ограничена императивним нормама меничног права. Уговор остварује и посебан однос са издатом меницом. На њега су примењива правила о уговору о преузимању испуњења.[103] Уговори о услугама су уговори код којих се једно лице обавезује на предузимање неког посла или радње, лично или посредством другог лица.[104] У раније важећем чл. 29. EGBGB-а, сви банкарски послови били су одређени као уговори о пружању услуга.[105] У уговоре о услугама спадају: уговор о делу, уговор о налогу и уговор о остави.[106] Одређивање уговора о акцептном кредиту као подврсте уговора о услугама, није само од теоријског значаја. Значај се огледа пре свега у томе што су могући правни системи који не именују посебно уговор о налогу, али као општији уговор регулишу уговор о услугама. Могуће је да банкарски општи услови пословања садрже неке обавезујуће норме у општем делу о пружању услуга. Често посебни закони превасходно статусног карактера (као што су закони о кредитним институцијама и о заштитама корисника услуга) садрже обавезујуће норме које се примењују на уговор о акцептном кредиту. За уговор о налогу није прописана писана форма, међутим уговор о акцептном кредиту мора се закључити у писаној форми.[107] Банкарска услуга је посебан однос поверења између банке и клијента, што се нарочито огледа у институту банкарске тајне, која није карактеристична за општи налог.[108] Постоје и одређени аутономни извори права који уређују послове пружања услуга, чију примену уговорне стране могу уговорити.[109]

подношења менице на акцепт, са роковима застарелости из ЗОО-а и о валутним законским нормама из облигационог и меничног права.

[102] С. Шогоров, *наведено дело*, 130.

[103] ЗОО, чл. 453. Међутим, ова законска правила не уређују ни једно питање од значаја за уговор.

[104] A. Weilinger, *наведено дело*, 183. Закони ретко садрже норме о општем уговору о пружању услуга. Нпр. холандски *Burger lijk Boek 7.* (стање на дан 19.09.2018.) од чл. 400. уређује„*Opdracht*" односно уговор у услугама.

[105] Anton K.Schnyder, *Europäisches Banken und Versicherungungsrecht,* Heidelberg 2005, 227. EGBGB је скраћеница од *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* од 18.08.1896. (последње измене од 20.7.2017).

[106] Младен Драшкић, *Основи привредног права,* Београд 1985, 70.

[107] Закон о заштитити корисника финансијских услуга„*Сл. гласник РС*" бр. 36/2011, 139/2014, 45/2018, чл.7.

[108] Andreas Wagner, *Unternehmensethik in Banken,* Wien 1999, 100.

[109] Нпр. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference – DCFR, *prepared by the Study Group on a European Civil Code and the*

На нека питања уговора о акцептном кредиту морају се применити норме Закона о меници.[110] То су превасходно питање битних елемената уговора[111] и правних дејстава уговора[112].

Постоје случајеви када издата меница има одређена дејства на уговор о акцептном кредиту, као што је ситуација када банка акцептира корисникову меницу, а да пре тога није закључен уговор у писаној форми. Два су могућа решења овог проблема.[113] Према првом решењу, уговор је закључен у усменој форми, али давањем акцепта и плаћањем акцептне накнаде (или када је то извесно) форма уговора је конвалидирана (док обавеза давања покрића произлази из строгих правила ЗОМ).[114] Према другом решењу, уговор о акцептном кредиту је садржан у меничном писмену које задовољава захтеве писане форме. Специфичност овог решења је да се у истом тренутку закључује уговор и испуњава обавеза акцептирања, из чега следи закључак да уговор о акцептном кредиту може имати елемената реалног уговора. Ипак се ради о ситуацији која је ретка у пракси, те стога општи модел уговора о акцептном кредиту треба посматрати као консенсуални, двострано обавезујући и теретни уговор. Други пример је менична клаузула о извештају, којом се конституише обавеза трасата (акцептна банка) да пре акцептирања или пре исплате менице, добије од трасанта (корисника акцептног кредита) одговарајући извештај. Како по меничним правилима условни акцепт није могућ, клаузула о извештају у погледу исплате менице (што би фактички значило акцепт дат под условом) не би могла производити менично правна дејства, већ само облигационо правна дејства. Тако би се клаузула о извештају могла правно оквалификовати као допуна уговора о акцептном кредиту.

Неки правни послови често се квалификују као подврста уговора о акцептном кредиту (нпр. рамбурсни кредит и акцептни акредитив), али се ипак

Research Group on EC Private Law, Book IV, *Specific contracts and the rights and obligations arising from them,* Part C, *Services*, Munich, 2009. Овај правни извор се код нас преводи као Заједнички референтни оквир за приватно право.

[110] Закон о меници – ЗОМ,,*Сл. лист ФНРЈ*" бр. 104/46,,*Сл. лист СФРЈ*" бр. 16/65, 54/70, 57/89,,*Сл. лист СРЈ*" бр. 46/96 и,,*Сл. лист СЦГ*" бр. 1/2003-Уставна повеља. Основ за примену ових норми може се наћи и у чл.26. ст.2, чл.47. и чл.99-102. Закона о облигационим односима. Нпр. није допуштено уговарање акцепта под условом и по природи посла могу се користити само трасирана вучена меница и трасирана меница по сопственој наредби. Посебно питање је питање дејства меничне способности на пуноважност уговора о акцептном кредиту.

[111] Битан елеменат овог уговора је обавеза акцептирања менице одређене садржине. Да ли акцептна сума представља битан елеменат уговора, зависи од тога да ли се у конкретном случају може претпоставити да су уговарачи имали у виду да је она по својој висини једнака меничној суми.

[112] Тако је радња акцептирања менице истовремено и уговорна и менично правна радња.

[113] Претпоставка је да постоји правно ваљан налог корисника акцептног кредита.

[114] ЗОО, чл. 73.

ради о пословима своје врсте, у оквиру којих уговор о акцептном кредиту губи своју самосталну правну природу.[115] Уговорне стране могу уговором утврдити и правни карактер уговора, тј. позвати се на примену правила одговарајућих послова.[116] Међутим, то не утиче на горе одређену општу правну квалификацију уговора као *sui generis* правног посла.[117] Значај правне квалификације уговора садржан је у једном интересантом примеру из праксе.[118] У спорним ситуацијама треба консултовати норме о неоснованом обогаћењу.

ЗАКЉУЧАК

У раду се заступа став да је правна природа општег уговора о акцептном кредиту јединствена. Приликом квалификације правне природе уговора мора се поћи од његовог појма, међутим при квалификацији се појављују одређени проблеми. Први проблем је непостојање законске дефиниције уговора о акцептном кредиту, те се решења морају тражити у теоријским схватањима. Теоријска схватања о појму и о правној природи уговора су подељена. Она често анализирају само основни модалитет уговора о акцептном кредиту, чиме изостаје анализа општег модела уговора.

Уговором о акцептном кредиту обавезује се акцептна банка да акцептира меницу корисника акцептног кредита и да је исплати о њеној доспелости из корисниковог покрића, те да испуни друге обавезе у зависности о ком модалитету уговора се ради, док се корисник обавезује да за ову услугу банци плати накнаду и обезбеди покриће акцептне суме, те да испуни друге уговорене обавезе.

У праву Републике Србије, по својој правној природи уговор о акцептном кредиту је *sui generis* правни посао. Код уговора се увек јављају елементи

---

[115] Акцептни акредитив постоји када је акредитивна банка у обавези да акцептира меницу коју изда корисник акредитива (*Akzeptierungsakkreditiv*). Вид. G. Graf, *наведено дело*, 92. Уговор о акцептном кредиту, може имати и карактеристике уговора у корист трећег лица, нпр. када се уговори обавеза акцептне банке да након акцептирања менице, исту преда трећем лицу, а у конкретном случају није отворен акредитив.

[116] С. Шогоров, *наведено дело*, 147.

[117] Схватање да је уговор *sui generis* правни посао, примењиво је и на уговор са елементом иностраности. Међутим, овде се морају узети у обзир и схватања из упоредног права о његовој правној природи. Наведена схватања показују свој значај и у ситуацији када се као меродавно право за уговор примењује страно право. Вид. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља„Сл. лист СФРЈ", бр. 43/82 и 72/82,„Сл. лист СРЈ", бр. 46/96 и,„Сл. гласник РС", бр. 46/2006, чл. 20. тач. 20.

[118] У Немачкој се на крају Другог светског рата, поставило питање, како разрешити односе између банака и клијената у вези са меницама које су пропале или из другог разлога нису презентиране на исплату, а корисник је дао банци покриће. Вид. детаљније С. Шогоров, *наведено дело*, 128-129.

посла налога, а могу егзистирати и елементи других правних послова. Он је подврста уговора о услугама и на њега се примењују облигационо правне и менично правне норме. Због својих посебних карактеристика, на уговор нису примењиве одређене норме из ЗОО-а.

Mario I. Vojnić Hajduk, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
mariovojnich@gmail.com

Legal Nature of the Acceptance Loan Contract in the Law of the Republic of Serbia with a Review to Comparative Law

Abstract: *In domestic law, there is no special legal regulation of the acceptance loan contract. This paper analyzes the legal nature of this contract. From the legal nature of the contract in our country, the application of the relevant legal norms depends. The paper points out the problems that various opinions about the concept and the legal nature of the contract are facing. The starting position of the author is that the legal nature of the acceptance loan contract is unique. Such an opinion derives from legal certainty. The subject analysis leads to the conclusion that in the law of the Republic of Serbia the acceptance loan contract is a sui generis legal transaction.*

Keywords: *the legal nature of the acceptance loan contract, acceptance order, loan, banking service.*

Mario I. Vojnić Hajduk, Student der Doktorstudien
Universität Novi Sad
Juristische Fakultät Novi Sad
mariovojnich@gmail.com

Rechtliche Natur des Akzeptkreditvertrags im Rechtswesen der Republik Serbien in Bezug auf vergleichendes Recht

Zusammenfassung: *Im nationalen Recht gibt es keine gesonderte gesetzliche Regelung für den Akzeptkreditvertrag. In der schriftlichen Arbeit wird die rechtliche Natur dieses Vertrags geprüft. Von der Feststellung der rechtlichen Natur dieses Vertrags in unserem Land, wird die Anwendung der entsprechenden gesetzlichen Normen abhängig sein. In der schriftlichen Arbeit werden die Probleme aufgezeigt, mit denen man sich durch das unterschiedliche Verständnis des Begriffes und durch die rechtliche Natur auseinandersetzt. Der Autor geht von der Feststellung aus, dass die rechtliche Natur des Akzeptkreditvertrags einmalig ist. Diese Haltung resultiert aus der Rechtssicherheit. Die gegenständliche Analyse führt zur Schlussfolgerung, dass der Akzeptkreditvertrag im serbischen Recht ein sui generis Rechtsgeschäft ist.*

Schlüsselwörter: *rechtliche Natur des Akzeptkreditvertrags, Akzeptauftrag, Kredit, Bankdienstleistung.*

Датум пријема рада: 30.11.2018.

Прегледни чланак 347.633(497.11)
doi:10.5937/zrpfns52-17547

Milena S Milošević, Ph.D. Student
University of Niš
Faculty of Law Niš
adv.mmilena@gmail.com

MATERIAL CONDITIONS FOR ESTABLISHING ADOPTION

Abstract: *In this essay we dealt with regulation of material conditions for establishing adoption, divided into three groups: those that refer to the adoptee, those that refer to adopters and those mutually obligatory. We applied comparative analysis, thus making the adoption rules of European countries included, aside from our own. We analyzed the solutions proposed in the Pre-draft of the Serbian Civil Code, from the perspective of numerous benefits that are gained by adoption. We concluded that the domestic regulations that define material conditions for establishing adoption mostly consist of satisfying the needs of modern society, but that certain improvements in the sphere of conditions regarding the adopter are necessary.*

Keywords: *adoption, adopter, adoptee, child, parents.*

1. INTRODUCTION

Adoption (lat. *adoptio*) represents a family law institution which establishes parental and other relations between two persons – adopter and an adoptee, via a legal act, therefore, artificially. It represents an ancient legal institution, facts of which have been changing throughout history. In the modern law, adoption represents an extremely humane institution, whose primary goal is protection of children without the guardianship by biological parents, but also gives a role of a parent to those who are unable to create progeny. Considering the fact that family relations similar to those which are based on the fact of birth are created between adopters and adoptees and their relatives, conditions for establishing adoption are numerous and pre-determined by imperative regulations. These can firstly be separated into material and formal. Material conditions are the minimal demands that must exist on the adopter's and adoptee's side so as to make adoption a legal act.

Besides, adoption will only be rendered legally complete if the completion of material conditions has been confirmed by a statutory authority, via a strictly regulated procedure. Some of the material conditions must be fulfilled by the adopter, others must exist on the adoptee's side, and third ones must be met by both parties.

In this essay we researched various approaches to meeting material conditions for establishing adoption. We have compared rules of domestic law to those of the most significant or those European countries closest to us, pointing out their advantages and disadvantages. We gave special attention to solutions proposed in the Pre-draft of the future Civil Code of the Republic of Serbia[1], assessing to what extent they contribute to the development of the institution of adoption. We displayed examples of court practice at particular spots, emphasizing conclusions from the most significant decisions of the European Court of Human Rights.

2. CONDITIONS FOR ESTABLISHING ADOPTION ON THE ADOPTEE'S SIDE

In positive Serbian law, complete adoption[2], as the only type regulated by law, may be established only if it is an adoptee – a child[3], and if there is an interest for his/her adoption, evaluated, generally, as well as via an estimate of whether the regulatory conditions regarding family-law status of the child are met and if an interested party is in consent about adoption. Therefore, only a minor[4] may be

[1] Further down: Pre-draft, text available on the site www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf, access: 01.04.2018.

[2] There were two distinct kinds of adoption in the age of Justinian: *adoptio plena* – complete adoption and *adoptio minus plena* – the incomplete adoption. Complete adoption had a complete integration into a family as a result (whether an illegitimate child or an adoptive grand child), along with a break up of ties to the previous family. An incomplete adoption did not lead to the break up in those ties, thus making adoptee's rights to the adopter and his kin weaker (Tanja Kitanović, Marija Ignjatović, „Evolucija ustanove usvojenja od rimskog do svaremenog prava", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (Zbornik radova PFNS) 4/2013, 165-168)). The same division exists in modern law. Complete adoption is equal as blood relation, and by its founding, relations between the adopter and his relatives and the adoptee and his descendants are established. Incomplete adoption does not lead to break up with ties to the previous family, making rights and obligations weaker and fewer when compared to a complete adoption. Following this line of thought, the adopter and his kin, by basic rule, may not inherit an adoptee, because the adoptee is being inherited by his/her blood relatives (Jelena Vidić, „Uticaj adoptivnog srodstva na zakonska nasledna prava", *Zbornik radova PFNS* 3/2006, 383).

[3] According to the Convention on the Rights of the Child (article 1), every human being that has not reached eighteen years of age is considered a child, unless the adulthood is reached earlier in the law by which the child is governed. (Convention text available on the site: www.unicef.org/serbia/Konvencijaipravimadeteta, access: 12.08.2017.).

[4] Nonage as one of the conditions by the adoptee is a logical consequence of the fact that adults, by definition, can take care of themselves, their rights and obligations, so they do not need

adopted, after it has reached an age of three months[5], under the condition that he/she has not achieved complete contractual capacity, whose biological parents died or can not parent the child because they have been stripped of parental rights or contractual capacity[6].[7] A child whose parents are unknown or can not be found

protection given by complete adoption. In the Pre-draft a possibility of adopting an adult was proposed, if there were particularly justified reasons for it, evaluated by the minister in charge of family protection (an Alternative from the article 2323). In Montenegrian law, complete adoption is only possible if the person in question is a child younger than ten (article 131 of the Family Code of the Republic of Montenegro (Porodični zakon Crne Gore, „*Službeni list Crne Gore*", br. 1/200, further referred to as FC RM, available on the site: www.sudovi.me/podaci/osul/informacije/info_doc/836.pdf, access: 29.06.2018.). An adoptee may be a child younger than eighteen when dealing with incomplete adoption, and must consent to the adoption if older than ten (article 133 FC RM). In French law, a child younger than fifteen may be adopted, provided that he/she spends six months with possible adopters. An exception exists in this case, when a child has been adopted prior to turning fifteen, and other conditions for adoption were not met, unlike the present moment. Same exception exists in the case that the adoptee was younger than fifteen, because later a complete adoption may be established, as long as an adoptee is a minor or up until after two years of reaching adulthood (article 345 section 2 Code Civil, further referred to as CC, available on the site: *www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/.../Code_22.pdf,* access: 29.06.2018). With regular adoption, however, no age limitations by the adoptee are stipulated (article 360 section 1 CC).

[5] A period of three months from the relevant event is needed for adoption of a child of unknown parents in Montenegrian and Croatian law (article 124 section 3 FC RM and article 181 section 2 of the Family Code of the Republic Croatia (Obiteljski zakon, „*Narodne novine*", br.. 103/15, hence referred to as FC RC, available on site: *www.zakon.hr/z/88/Obiteljski-zakon,* access: 29.06.2018.) The lower age limit is regulated with the interest of the adoptee and his parents in mind, mother firstly, who may make an ill-conceived decision consenting to the adoption, under stress induced by the act of deliverance (Tanja Kitanović, „Institut usvojenja u novom porodičnom zakonodavstvu Srbije", *Novine u porodičnom zakonodavstvu*, Niš 2006, 133, Slobodan Panov, *Porodično pravo*, Beograd 2010, 257, Zoran Ponjavić, *Porodično pravo*, Kragujevac 2007, 214). The rule about the minimum age is in accordance with the rules of parents giving consent in the process of adoption, because that may not be done before a child becomes of the age of two months, while the given consent may be withdrawn, and only once, within a timeframe of thirty days (article 95 section 4 of the Family Code of the Republic of Serbia, (Porodični zakon, „*Sl. glasnik RS",* br. 18/2005, 72/2011 – 2. zakon i 6/2015, hence referred to as FC RS, available on site *www.paragraf.rs/propisi/porodicni_zakon.html,* access: 29.06.2018.).

[6] Ponjavić remarks that the interests of the parents are jeopardized, because both deprivation of parental rights and contractual capacity are temporary (Z. Ponjavić, 215). There is danger to the interests of the adopters as well, because it is possible that the biological parents may disturb them. Consent of the adoptee should be, however, taken into consideration, due to which it may be expected that the fact that the child's parents are alive and known would not interfere with their relationship with the adopters.

[7] The interest of underage parents to remove the danger of their child getting adopted is protected by the rules of gaining contractual capacity before adulthood. Regulations from the article 11 section 2 and 3 FC RS stipulate that contractual capacity is gained by marriage before adulthood with the permission of the court, while an underage person who is over sixteen and has become a parent and reached physical and mental maturity required for independent care of one's own personality, rights and interests, court may allow the status of full contractual capacity.

because their residence is unknown may also be adopted. If there are none of the aforementioned obstacles to conduct parental rights, a child can still be adopted, in the case of his/her parents gave consent to establishing adoption.[8] All mentioned conditions are collectively labeled as general suitability of the adoptee.[9] In any case, establishing adoption must be in the best interest of the child – adoptee.[10]

From the perspective of the adopter, the most agreeable condition is adoption of a child whose biological parents have died or are unknown, or their residency is unknown, because the likelihood that the biological parents will at some point interfere with the relationship between the adoptee and the adopter is, in the first scenario – nonexistent, and in the second one – quite slim.

Parents must consent to adoption, or the guardian must. Consent may be given with or without marking out the adopter. Even in the latter case, we are talking about a unilateral and explicit abandonment of a child, not about a contract with future adopters.[11] As stated in the previous paragraphs, a parent may not consent to adoption before the child reaches the age of two months. Given consent may be withdrawn, but only once, within thirty days.[12] If the parent is complete-

---

[8] See article 91 FC RS.

[9] See Gordana Kovaček Stanić, *Porodično pravo*, Novi Sad 2005, 368.

[10] See article 89 FC RS. Kitanović questions the context of this legal standard, emphasizing that it might be criteria that contributes the preservation of the child's identity, national, ethnic, racial or religious belonging of the adoptee and the adopters, or his/her biological parents (T. Kitanović, 135). For example, Ponjavić considers that objecting adoption by the grandparents via a dead parent, may also be of significance in the process of adoption, exactly in the context of the best interest rule application (Z. Ponjavić, 216). We consider that keeping the child's best interest in mind during the process of establishing adoption should be considered an obligation of all of the participants in the process, mostly that of the organ upon which the adoption is decided, that in every specific case all of the circumstances are carefully considered and rated, thus making the decision of adoption based on an all-inclusive analysis of the factual state, not only on fulfillment of objective legal conditions. Moreover, we represent two examples from the practice of European court of human rights. In the case of *Pontes v. Portugal (Chamber Judgement)* the court has established that the applicants' rights of a private and family life were twice violated, because they were cut off from their child, which was later adopted. Even though we are talking about applicants who were relieved of their child due to drug abuse and regardless of the fact that it has nicely accepted it's adopters, according to the ruling of the European court, the established adoption was not in the child's best interest. Namely, the applicants enrolled in a rehab program, got employed, and the right of the parents and, before all else, the child, is to live together. A similar standpoint regarding the right of a child to live with its mother and maintain contact with her has been taken by the European court of human rights in the case *Zhou v. Italy (Judgement).* It was found that establishing complete adoption is not in the child's best interest, but a life with the mother or an open adoption rather is, with suitable support of social protection services. See aforementioned verdicts on the web site *hudoc.echr.coe.int,* access: 01.04.2018.

[11] Z. Ponjavić, 216.

[12] See article 91 and article 95 FC RS. In Russian law, parents' consent may be withdrawn until the conclusion of the adoption process, that is, up until the competent court's decision (article 129 section 2 *Семейный кодекс Россиской Федерации*, hence referred to as FC RF, available on

ly deprived of contractual capacity or parental rights, or the right to make decisions that impact a child's life, his consent to establish adoption will not be warranted.[13] The statement in which consent is given is a personal statement of will, which must be provided in writing, freely and seriously, or it may be rendered null and void.

Consent of the adoptee is another point of adoption being legally binding. If the child has reached the age of ten and is capable of deduction, his/her opinion regarding adoption must be taken into consideration.[14] This kind of solution is in accordance with the tendency of modern law to enable a child to express free will whenever possible. In Croatian law, consent to establish adoption must be given by a child who has reached twelve years of age[15], and thirteen in the French law[16]. As aforementioned, Family Code of RM regulates that consent to (incomplete) adoption must be given by a child older than ten.[17] According to the rules of BGB, required age is fourteen. When the nationality differs from the nationality of the adopter, consent from the family court must be acquired, unless the specific case

site: *www.semkod.ru,* access: 29.06.2018). According to the family law of Montenegro and Croatia, parents may withdraw consent within thirty days (article 139 FC RM and article 188 section 6 FC RC). However, the cases in which the Croatian law is applied to, general consent may be given when the child is six weeks old (article 194 section 3 FC RC). Consideration timeframe deadline in German law is eight weeks from the day of birth. If the child was entrusted to its mother's care, the father may consent to adoption even before the birth (§ 1747 section 2 and 3 *Bürgerliches Gesetzbuch,* hence referred to as BGB, available on site: *www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.pdf,* access: 29.06.2018.). In French law, consent may be withdrawn within two months. If the child is already entrusted to someone, the decision about the continuance of adoption will be made by the court, keeping the child's best interest in mind (see article 248-3 CC). The parents may consent to adoption of a child younger than two, only in the case of adoptee and the adopter being blood related or in-laws up to the sixth degree of kinship, or the child is entrusted to the service of child aid or an institution for adoption (article 348-5 CC).

[13] See article 96 FC RS. Russian law differs from Serbian in such a manner that it regulates that consent will not be asked from a parent who does not live with the child for unjustified reasons and neglects the parental duties for a period longer than six months (article 130 FC RF). In Montenegrian law, consent of the parents deprived of contractual capacity or parental rights is not required, but neither that of the one not living with the child for unjustified reasons, with an extra condition that in the period of three months has mostly neglected parental duties. Consent is not needed by a parent whose residence has been unknown for a period of six months, during which the child was neglected (article 129 FC RM). In French law, the opinion of a parent who shows no interest in a child to a point that shows that the child's health and morale are in danger will not be taken into consideration, thus rendering the ability of parental rights abuse possible (article 348-6 CC). In German law, a parent who is permanently unable to give any statement or is of unknown residence will not be asked for consent (§ 1747 section 2, 3, 4 BGB). In the event of rigid neglect of parental duties (permanent or particularly serious), family court consent will be necessary instead (§ 1747 BGB).

[14] See article 98 FC RS.

[15] See article 191 section 1 FC RC.

[16] See article 345 section 3 and article 360 section 3 CC.

[17] See article 131 and 133 section 2 FC RM.

is under the jurisdiction of German law. Still, the will of the adoptee has a stronger note for the outcome of the procedure of adoption.[18] Family code of RF gives that consent of the adoptee shall be deemed necessary, if the child has reached the age of ten, unless the child has lived with adopters that he/she considers to be his/her parents prior to the request being filed.[19]

In comparative law, a few more conditions may be found regarding passive adoptive capacity. For instance, Family code of RF gives that a written consent of the foster parents, that is, those in charge of the mentioned institution for adoption is required when the situation is about an adoptee currently being fostered or is institutionalized in some form of medical or social care. More attention to a child's interest has been given, therefore adoption will be allowed without the aforementioned consent, if this aligns with the adoptee's interests.[20] An additional assumption of passive adoptive capacity in German law is the absence of conflict of interest between an adoptee (and his/her descendants, if the person is of legal age) and the biological children of the adopter[21], and it may be considered as one of the elements of the "in the child's best interest" standard. When a person who is married is in the position of the adopter, the spouse must also give consent, considering the fact that he/she is able to provide it.[22] The final rule is the same as the one from French Civil Code.[23] In Croatian and Montenegrian law it is strictly regulated that the child of underage parents may be adopted, only explicitly if by the time a child turns one year old it becomes clear that the child will not be fostered by family or relatives of the parents.[24]

3. CONDITIONS ON THE ADOPTER'S SIDE

Family code of RS strictly regulates general assumptions of active adoptive capacity, which consider personal properties, marital status and citizenship of the adopter. It is deemed necessary that the future adopters attend a preparatory course for adoption which is conducted through a special program. Overall, lawful term for all mentioned conditions is general suitability of the adopter.[25]

---

[18] See § 1746 section 1 BGB.
[19] See article 132 FC RF.
[20] See article 131 FC RF.
[21] See §§ 1745 and 1769 BGB.
[22] See § 1749 section 2 BGB.
[23] See article 343-1 CC.
[24] See article 183 section 2 FC RC and article 124 FC RM.
[25] Aside from general, a special suitability for adoption is required so that the adopters and the child suit each other's needs, which purports an evaluation by the guardianship organ.

3.1. Personal properties and marital status of the adopter

A family that will not differ from a normal, functional family created by birth should be a product of complete adoption, thus making personal properties which include conscientiousness of the adopters necessary, and would imply that parental rights over the adoptee would be executed in accordance with his/her best interest. It is therefore regulated that general suitability for adoption should not go to a person that has been fully or partially deprived of parental rights, because he/she can not be expected to act in adoptee's best interest, if he/she has not treated his/her child in such a manner. Same goes for a person who is partially or fully deprived of contractual capacity, because he/she is in no condition to take care of him/herself, let alone adoptee. A person suffering from a disease that may cause harm to the adoptee and a person convicted for any felony against marriage and family, sexual freedom and against life and body, will also be deprived of adoptive rights.[26] In the first case we are talking about a person who is unable to take care of the child due to physical or mental problems, and in the second case about a person who was proven not to respect family values, and will abuse his/her adoptive rights.[27]

A child may be adopted by spouses or members of an extra-marital community. The goal is to form a complete family through adoption, as well as an ideal of modern society and law.[28] Adoption by a single person is still possible in two cases. Firstly, a child of one's spouse or extra-marital partner may be adopted, and secondly, a minister in charge of family protection may find that there are particularly good reasons for a child to be adopted by a person living alone.[29] For example,

---

[26] See article 100 FC RS.

[27] In FC RM (article 127 section 2), it is emphasized that right to adoption isn't that of the person whose spouse or an extra-marital partner has reached the necessary conditions, which is a consequence of the possibility that an incomplete adoption may be established with a single adopter.

[28] The Pre-draft contains a rule when an incomplete adoption is established, the status of an adopter may be achieved by only one of the spouses or extra-marital partners (article 2334 section 3).

[29] See article 101 section 2 and 3 FC RS. European Court of Human Rights has spoken about the right of a single person to adopt solely. In the verdict (*Chamber judgement) Gözüm v. Turkey* the court has determined that the applicant's right to a private and family life was violated (article 8 of the European Convention on Human Rights), because she was unable to have her personal name enlisted in the part of the form about the mother of the adopted child in his personal documents, because there was a legal void in the Turkish law when a single adopter is adopting. The right of a single adopter to adopt is protected by the verdict (*Chamber judgement) J. M. W. L v Luxemburg.* The court has taken the stance that the existance of a legal void for single adoption is not a sufficient enough reason not to acknowledge the validity of the Peruan court verdict to give the adoption to an applicant living alone. The court had valued the already existing family ties between the applicant and the adoptee, a generally accepted rule about single adoption, and the fact that the Peruan court decisions about establishing complete adoption had already been acknowledged and executed in Luxemburg, even those referring to single adopters. See mentioned verdicts on the web site *hudoc.echr.coe.int,* access: 01.04.2018.

establishing adoption may be possible when a person has already taken care of a child, and no other suitable adopters can be found – spouses or extra-marital community members.[30] In Montenegrian law, complete adoption is only possible when spouses or extra-marital partners adopt together, or a biological child of one of the spouses or a member of the extra-marital community is to be adopted.[31] A child may be adopted by a single person as aforementioned, only with consent of his/her spouse or extra-marital partner when dealing with a partial adoption. Adopter can also be a person living alone, considering there are reasons to establishing adoption.[32] According to the regulations of the FC RS, right to complete adoption, as regulated by law, may be established with no difference whatsoever to adopters who are married or are members of an extra-marital community.[33] German Civil Code stipulates that spouses may adopt a child together, unless one of the spouses adopts a child of the other or one of the spouses doesn't have the authority to make contracts or has not reached twenty one years of age. The decision of the family court may replace the statement of consent to the adoption of the other spouse in rare cases when a spouse is eligible as an adopter. The condition is that the intended adoption is in no conflict with family interests, or those of the other spouse.[34] A person who is not married may adopt a child independently.[35] The peculiarity of Russian law is reflected in the fact that a child may be adopted by a single spouse, but with consent of the other one, unless they live separately for a period longer than one year and uncertainty in regards to the adopter's spouse's residency.[36]

3.2. Citizenship, attendance in preparatory programs and other conditions by the adopter

Entrusting a child onto parental guardianship to a different person represents a delicate matter, that must be addressed with outmost responsibility, therefore, having additional protection of a child in mind, special conditions for a foreign citizen wishing to be an adopter are in place. He/she may only adopt a child that has been registered in the Unique adoption registry[37] longer than a year, since no suitable adopters of Serbian citizenship could have been found. A minister in charge of family protection must consent to this adoption, and also give permission to

[30] Gordana Kovaček Stanić, 317.
[31] See article 132 FC RM.
[32] See article 134 FC RM.
[33] See article 185 FC RC.
[34] See § 1741 section 2 BGB and § 1749 BGB.
[35] See 1741 section 2 BGB.
[36] See article 133 FC RF.
[37] It is about an unique record of persons with active and passive adoptive capacity on the territory of the Republic of Serbia, lead by the ministry in charge of family protection.

adoption before the time frame regulated by law, if he/she deems that course of action to be in the best interest of a child.[38]

A complex, multi-dimensional process as adoption is, adopters must be adaptable, ready for what lies ahead. Program of their preparation is given by the minister in charge of family protection and must be attended by all future adopters, except those who adopt the child of their spouse or an extra-marital partner.[39] It is conducted by an organ of guardianship in accordance with the future residence, that is, the future residence of the adopters.[40]

Specific conditions by the adopter exist in Russian law. A law exists for a case when siblings are being adopted, they must be adopted by the same person. Exceptions are allowed only in the case that they are in the best interest of the adoptee.[41] Range of persons that are deprived of adoptive rights is very broad. A child may not be adopted by persons partially/completely deprived of contractual capacity; spouses, if one of them is partially or completely incapable to contract; persons deprived of parental rights (fully or partially); persons that were discharged of parental duties due to unfulfilling the regulations; persons who lost the adopter status for reasons that they are guilty of; persons suffering from any disease from the list of the Government of RF and which disables them from taking care of a child; persons who don't have sufficient income to support a child; persons without permanent residency; persons convicted of willing acts against lives and health of other men, and lastly, persons whose residences are not up to sanitary and technical codes. Conditions related to income and residence may be disregarded if it is in the best interest of the adoptee. They certainly do not apply to the step mother and step father of the adoptee.[42] Persons who are not married may not adopt a child together.[43] If multiply

[38] See article 103 FC RS and G. Kovaček Stanić, 372-373. In the Pre-draft it was specified that a foreign citizen may adopt a child of Serbian nationality, if no adopters or fosters could have been found among the domestic citizens, that is, only when a child can not be provided any other suitable form of care in our country. An compendious solution was alternatively suggested by which the only conditions for this type of adoption is the fact that no adopters of domestic nature can be found and that the minister in charge is on board with the adoption (article 2336). We find the former suggestion, as more restrictive, more appropriate to the interests of domestic adoptees. Foreign adoption is also exclusively allowed in Croatian and Montenegrian law, only if it is of exquisite interest to the child and with approval of the minister in charge (see article 125 FC RM and article 186 FC RC). In Russian law, a foreigner or an appatrid may adopt a child if the adopters of domestic nationality, or the ones with permanent residence in RF, can not be found in the period longer than six months since the child was put on the federal adoptee database, but also in the case of child's kin (see article 124 section 4 FC RF).

[39] See article 102 FC RS.

[40] See article 11 of Rulebook about the adoption preparatory program (Pravilnik o programu pripreme za usvojenje,„*Sl. glasnik RS*", br. 18/05), available on site *www.zavodsz.gov.rs/PDF/podzak/7. Pravilnik%20o%20programu%20pripreme%20za%20usvojenje. pdf*, access: 05.04.2018.

[41] See article 124 section 3 FC RF.

[42] See article 127 section 1 FC RF.

[43] See article 127 section 2 FC RF.

parties are interested in adopting a single child, priority will be given to his/her relatives.[44]

3.3. Adopter structure in the Republic of Serbia

According to republic data provided by the Ministry of Labor, Employment and Veteran and Social Affairs for the period between 2006-2017. there were a total of one thousand four hundred and forty two adoptions, one hundred and seventy two of which were international. The most foreign adopters came from Sweden and the USA (see chart 1). In this entire timeframe there were only four individuals who adopted a child (see chart 2). In the Unique adoption registry there are seven hundred and forty three adopters. There are two hundred and sixty four children at some stage of the adoption process. General suitability has been acknowledged with two hundred and forty adoptees, while thirty four children were assigned to adaptation with potential adopters.

Republic average of established adoptions is one hundred and twenty eight per year. The international part in the total number of adoptions in the past twelve years is 11, 15%. Swedish part is 4,99%, while the American part being somewhat smaller, only 3,63%. For comparison, Canadians that are present on this list are on third place, with total of 0,58%. We were surprised by the small number of adoptions by the members of neighboring countries. They make a total of 0,26% of foreign adoptions, even though geographical, cultural, language and other barriers were minimal. It is our opinion that the main cause of this is of economic nature, that is, that the life standard in these countries is low, and they have a large number of abandoned children, and generally, those prone to adoption.

Year	Total adoptions	Domestic adoptions	International adoptions
2006.	97	88	9
2007.	138	126	12
2008.	149	137	12
2009.	134	119	15
2010.	106	92	14
2011.	101	89	12
2012.	110	102	8
2013.	155	142	13
2014.	195	174	21
2015.	156	138	18
2016.	128	108	20
2017.	73	55	18

Chart 1

[44] See article 127 section 3 FC RF.

Country	2006.	2007.	2008.	2009.	2010.	2011.	2012.	2013.	2014.	2015.	2016.	2017.	Укупно
Sweden	3	5	2	1	4	3	4	6	12	14	15	8	77
USA	4	3	8	7	8	6	1	6	4	3	3	3	56
Canada		1	1	1		2		1	1	1		1	9
Spain		1										5	6
Slovenia			1				2						3
France				2	1								3
Switzerland	2												2
Luxemburg		2											2
Great Britain				2									2
Spain – Serbia									2				2
Portugal – Germany									1		1		2
Izrael											1	1	2
Kazakhstan				1									1
Italy				1									1
Ireland					1								1
Croatia						1							1
Greece							1						1
Sweden – Greece									1				1

Chart 2

4. MUTUAL CONDITIONS FOR ESTABLISHING ADOPTION

So that the adoption could be based lawfully, certain negatively determined conditions must be met. This is about the facts of kin and guardianship, that represent impediments for establishing adoption, so they must not exist in the relationship between the adoptee and the adopter. On the other hand, there needs to be a certain age difference between them, so their relationship would reflect that of a parent – child even further.

4.1. Kinship and guardianship as an adoptive impediments

Family Code of RS stipulates that establishing adoption between blood relatives in a straight line is impossible and a diagonal line between siblings and step siblings.[45] Adoption creates family relations, which would culminate without

[45] See article 92 FC RS. As well as: article 182 section 1 FC RC and article 123 section 2 FC RM.

prior limitations.[46] Guardian, moreover, may not adopt his/her ward.[47] This is due to the fact that guardianship and adoption are two different forms of protection of children who do not have parental advisory. This problem is of temporary character, and the guardian who wishes to adopt his/her ward may cause the termination of guardianship, and initiate the process of adoption.[48] Pre-established adoption also represents an adoptive impediment, so the child may only be re-adopted by a spouse or an extra-marital partner of the adopter.[49] This condition comes from the parental relationship between the adopter and an adoptee, which is exclusive by nature. Kitanović reasonably points out a situation when adopters are deprived of parental rights, with the goal of proving that the previous rule is, still, disputable.[50] In French law, it is allowed to establish new adoption if the adopter has passed away, as well as when a spouse of the deceased is in the role of the adopter, or a new partner of the spouse of the deceased.[51] French Civil Code enables establishing ordinary adoption over an adoptee from complete adoption, if there are severe reasons to do so.[52] German Civil Code (§ 1742) stipulates that during the lifetime of the adopter, the only other person eligible is his/her spouse. In Swedish Family law, adoption of previous adoptee is allowed, but must be approved by the primary adopters who in this case possess the ground of biological parents.[53]

4.2. Age difference between the adoptee and the adopter as an assumption of adoption

In domestic family law, the position of adoptive parent may regularly be achieved by a person eighteen to sixty three years old, bearing in mind that adoptee can be a child of age between three months and eighteen years, while the age difference between the adopter and adoptee must be at least eighteen and at most forty five years.[54] This is not an absolute rule, because the minister in charge of family protection may allow adoption by a person who is less than eighteen years older than the adoptee, or older than forty five, but only if it is in the best interest of the

---

[46] Huseinspahić considers this interference a result of "in the child's best interest" criteria. (Ajdin Huseinspahić, „Usvojenje u službi najboljeg interesa deteta", *Zbornik radova Pravnog fakulteta „Džemal Bijedić"*, Mostar 2/2014, 204).

[47] See article 94 FC RS. As well as article 182 section 2 FC RC and article 123 section 3 FC RM.

[48] G. Kovaček Stanić, 373.

[49] See article 93 FC RS as well as G. Kovaček Stanić, 370.

[50] T. Kitanović, (2006), 134.

[51] See article 346 CC.

[52] See article 360 CC.

[53] Ana Čović, „Usvojenje u pravu Švedske", *Evropsko zakonodavstvo* 49/50, Beograd 2014, 394.

[54] See article 99 FC RS.

child-adoptee.[55] Age difference of over forty five years should not be an obstacle when a child of one's own spouse is in question.[56] Alleged age limitations are, by the way, regulated by the common age in which partners decide to become parents.

A solution has been proposed in the Pre-draft, without the upper age limit of the adopter.[57] In Montenegrian law, age limits of the adopter are regulated differently, so the person wishing to adopt must be at least thirty years old and fifty at most, but in such a way, so that the difference between them and the adoptee is never less than eighteen. These conditions must be met by at least one of the adopters, when there are two. If siblings are being adopted simultaneously, these conditions must be met with at least one child.[58] A person older than fifty may adopt, with the condition that he/she is not older by the same number of years from the adoptee and only with approval of a minister in charge of social care.[59] According to the regulations of Croatian law, a child may be adopted by a person who is at least twenty one years old, if he/she is eighteen years older than the adoptee. The status of an adopter may exclusively be given to a younger person, but in no case whatsoever may the adopter be older than the adoptee less than eighteen years[60]. We consider the solution from the Russian law to be adequate, in which the only condition related to age is the difference of at least sixteen years, which can be, with court approval, lesser than that.[60] A general regulation of the German law makes sense, and it says that the adopter must be twenty five years of age.[61] However, persons who adopt children of their spouses are privileged, as well as one of the spouses from the pair that adopts a child mutually, because in these cases an adopter can be twenty one.[62] French law has a particular condition that says that the adopters may be spouses, at least two years married or older than

[55] See article 99 FC RS. Considering the fact that the adopter must be able to work, so that he may take care of the child's interests as a parent, we conclude that establishing adoption could be exclusively be allowed to an emancipated minor, making the age difference between the adoptee and the adopter no less than sixteen years (As well as: Z. Ponjavić, 217-218).

[56] S. Panov, 248, Z. Ponjavić, 220.

[57] See article 2332 of the Pre-draft.

[58] In Croatian law, this rule applies to successive adoption of siblings (see article 126 FC RC).

[59] See article 126 FC RM. We think that age differences are more appropriate in Serbian law, because they fit the natural and social norms more adequately. Namely, in domestic law, adopter may be at least eighteen years old and at most sixty two, with the difference between the adoptee and the adopter never to be less than eighteen or bigger than forty five. The Montenegrian law solution in which a person younger than thirty may not adopt we consider to be illogical, especially if the adoptee is under ten years old, and the adopter at least twenty eight, because the minimum difference will certainly be the required eighteen years. On the other hand, we consider that adopting a person seventeen years of age by a person of thirty is generally justified as much as the adoption of a child less than a year old by a person of fifty.

[60] See article 184 FC RC. We don't find even this solution the best, because we see no reason why a person of eighteen should not be allowed to adopt a one year old or a two year old child.

[61] See article 128 section 1 FC RF.

[62] See 1743 BGB.

twenty eight.[63] The age difference between the adopter and the adoptee must regularly be at least fifteen years, ten if a child of the spouse is being adopted. If the reasons are sufficient, the court will allow adoption, even though the previous condition has not been met.[64] The French legislator has clearly bore in mind that maturity is necessary to enjoy parental rights. The legislator has also taken into consideration the most common natural age difference between a parent and a child. In the end it was up to the court to prevent the rigidity of regulations and norms from harming the best interest of the adoptee, so that it may detach from them in a satisfactory manner.

5. CONCLUSION

Adoption falls under those institutions of family law that have always enjoyed a high level of various theorists' attention, given how its functions are numerous and multidimensional. It merits a special level of attention in the present time, because it is noticeable that certain changes are taking place in family law, going along with contemporary needs of the modern society.

In this essay we have researched material conditions for establishing adoption, because it is the field in which the most advances may be achieved in the process of adoption rules development. We have analyzed three groups of regulations – those referring to the adoptee, those referring to the adopter, and, lastly, those mutually binding. As we have dealt with both domestic and foreign rules of comparative law, we have concluded that those solutions that affect the adoptee directly are the most similar. In every legislator's center of attention was obviously the interest of the adoptee, with the spirit of actual legal order or legally-technical reasons leading to certain nuances while actualizing certain norms. We single out the family status and citizenship out of all conditions relating to adopters. We emphasize, however, that the solution in which spouses and extra-marital partners adopt children together is logical and in no way degrading. Domestic children should be adopted by foreigners and apatrids only in special cases. We justify this point of view with the best interest of the adoptee and it should secure protection in a complete family, whenever possible, as well as certain guarantees that the adoptee will enjoy all the rights regulated by domestic law. To this end we support the proposed bill change in the Pre-draft, in the part where international adoption is only possible when no domestic adopters or guardians could have been found, nor could the child have been taken care of in any other way without parental guardianship. We also support the discontinuation of maximum age difference

[63] See article 343-1 CC.
[64] See article 344 CC.

between the adoptee and the adopter, keeping in mind the statistical data that indicate that the majority of the adopters are in their fifth, or even sixth decade of their lives, whilst respecting the fact that an ever bigger age difference is occurring between children and their biological parents. We have commended the Russian law regulation that stipulates that the only condition is for there to be at least sixteen years of age difference especially. According to this we quote the stance of Kovaček Stanić:„Revised European Convention on adoption determines the age of the adopter as a condition, not only as a minimum age. It is expected that the minimum age of the adopter should not be less than eighteen or greater than thirty years, with maximum age not being determined. The convention proclaims that there should be a certain age difference, keeping in mind the best interest of the child, the best being at least sixteen years (article 9). These kinds of solutions enable adoption for persons older than regulated, up to no limit, but under the condition that that adoption is in accordance with the child's best interest."[65]

The fact imposing as the final conclusion is the fact that domestic adoption rules are more than satisfactory, but certain legislative interventions are welcome, so that they may protect the interest of all parties even better, with the priority being given to the child – adoptee. This will extort extra efforts and commitment of all kinds of resources, but the institutions of adoption, by which the most humane goals are being achieved, deserves it most vividly.

[65] G. Kovaček Stanić, 374.

Милена С. Милошевић, студент докторских студија
Универзитет у Нишу
Правни факултет у Нишу
adv.mmilena@gmail.com

Материјални услови за заснивање усвојења

Сажетак: *У овом раду смо се бавили уређењем материјалних услова за заснивање усвојења, подељених у три групе: на оне који се односе на усвојеника, оне који обавезују усвојитеље и оне које морају испунити и једни и други. Примењивали смо упоредну анализу, па су нашим истраживањем, поред домаћих, била обухваћена и правила о усвојењу појединих европских земаља. Анализовали смо и решења предложена у Преднацрту будућег Грађанског законика Републике Србије са становишта бројних циљева који се установом усвојења остварују. Закључили смо да домаћа правила којима су прописани материјални услови за заснивање усвојења углавном погодују задовољавању извесних потреба савременог друштва, али и да су неопходна незнатна побољшања у сфери услова који се тичу усвојитеља.*

Кључне речи: *усвојење, усвојитељ, усвојеник, дете, родитељи.*

Датум пријема рада: 21.05.2018.

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ЗБОРНИК РАДОВА

Досадашњи главни уредници:

Проф. др Владимир Капор (1966), проф. др Никола Воргић (1967–1968),
проф. др Милош Стеванов (1969–1973), проф. др Боривоје Пупић (1974–1976),
проф. др Милијан Поповић (1977–1983), проф. др Станко Пихлер (1984–1988),
проф. др Момчило Грубач (1989–1990), проф. др Јован Мунћан (1991–1997),
проф. др Милијан Поповић (1998–2003), проф. др Родољуб Етински (2004–2006),
проф. др Драгиша Дракић (2006–2013).

Чланови Уредништва:

Проф. др Љубомир Стајић, prof. dr Damjan Korošec (Словенија),
prof. dr Wilhelm Brauneder (Аустрија), prof. dr Tamás Prugberger (Мађарска),
prof. dr Serge Regourd (Француска), prof. dr Heinz Mayer (Аустрија),
prof. dr Peter Mader (Аустрија), prof. dr Suphawatchara Malanond (Тајланд),
проф. др Бранислав Ристивојевић, проф. др Татјана Бугарски, доц. др Бојан Тубић.

Менаџер часописа
Др Лука Батуран

Секретаријат Уредништва

Проф. др Владимир Марјански, доц. др Драгана Ђорић,
доц. др Марко Кнежевић, доц. др Цвјетана Цвјетковић Иветић, др Урош Станковић,
др Милана Писарић, др Наташа Рајић, др Стефан Самарџић,
др Сандра Самарџић, др Ратко Радошевић, Милица Ковачевић, мр Радмила Дабановић.

Компјутерска обрада текста
Владимир Ватић, „Графит“

Штампа:
„Футура“, Петроварадин
Тираж: 200 примерака

2018

CIP - Каталогизација у публикацији
Библиотека Матице српске, Нови Сад

34(082)

ЗБОРНИК радова = Collected Papers / Правни факултет у Новом Саду ; главни и одговорни уредник Слободан Орловић. - 1966, 1- . - Нови Сад : Правни факултет, 1966-. - 24 cm

ISSN 0550-2179

COBISS.SR-ID 16397826

ISSN 0550-2179
eISSN 2406-1255