PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U NOVOM SADU

ZBORNIK RADOVA

Za izdavača
Prof. dr Branislav Ristivojević
dekan Pravnog fakulteta u Novom Sadu

Upravnik Centra za izdavačku delatnost
Prof. dr Ljubomir Stajić

Glavni i odgovorni urednik
Prof. dr Slobodan Orlović

Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu nalazi se u *HeinOnline* bazi: *International & Non-U. S. Law Journals* (http://www. heinonline. org).

Zbornik radova (sveske od 2007. godine) pod nazivom *Proceedings of Novi Sad Faculty of Law* dostupan je u *EBSCO* bazi *Academic Search Complete* (http://www. ebscohost. com).

Zbornik radova (sveske od 2005. godine) dostupan je na veb sajtu Pravnog fakulteta u Novom Sadu (http://www. pf.uns.ac.rs).

Zbornik izlazi neprekidno od 1966. godine.
Od 2012. godine Zbornik izlazi četiri puta godišnje.

Cena jedne sveske Zbornika je 5.000 dinara.

UNIVERZITET U NOVOM SADU
PRAVNI FAKULTET U NOVOM SADU
UNIVERSITY OF NOVI SAD
FACULTY OF LAW NOVI SAD
(SERBIA)

ZBORNIK RADOVA
COLLECTED PAPERS

LIII 3 (2019)

NOVI SAD, 2019.

ZRPFNS, godina LIII Novi Sad, br. 3 (2019)

UDK 3 ISSN 0550-2179 eISSN 2406-1255

SADRŽAJ

Dr Maja D. Stanivuković, redovni profesor
Neplaćanje predujma za arbitražne troškove u ICSID-ovoj arbitraži 757

Dr Senad R. Jašarević, redovni profesor
Darko M. Božičić, asistent
Zaštita od nasilja i uznemiravanja na radu u međunarodnim pravnim standardima . . 785

Dr Darko Z. Simović, redovni profesor
Da li je teritorijalna autonomija Vojvodine deo ustavnog identiteta Republike Srbije . 803

Dr Slobodan M. Marković, redovni profesor
Informaciono društvo između prava intelektualne svojine i javnog domena 833

Dr Dragan K. Nikolić, redovni profesor
Početak rada na građanskom zakoniku u Kneževini Srbiji 857

Dr Maša M. Kulauzov, vanredni profesor
Javna prodaja po odredbama građanskog procesnog zakonodavstva Srbije iz 1865. godine 867

Dr Jelena Đ. Vidić Trninić, vanredni profesor
Milica S. Kovačević, asistent
Zamena naslednika u savremenim pravima Evrope 881

Dr Vladimir Ž. Marjanski, vanredni profesor
Podobnost nenovčanog uloga kao predmeta obaveze unošenja uloga u društvo s ograničenom odgovornošću 909

Dr Petar M. Đundić, vanredni profesor
Procesne pretpostavke za primenu klauzule o uskraćivanju pogodnosti u investicionoj arbitraži: zašto je teško reći ne? 933

Dr Sandra S. Fišer Šobot, vanredni profesor
Da li je vreme za uvođenje samoprocene restriktivnih sporazuma u pravo konkurencije Republike Srbije? 955

Dr Atila I. Dudaš, vanredni profesor
Odgovorno kreditiranje u funkciji zaštite potrošača od prezaduživanja u pravu Evropske unije 975

Dr Ognjen B. Vujović, vanredni profesor
Posedi despota Đurđa Brankovića u Ugarskoj u kontekstu političkih odnosa Srbije i Ugarske 997

Dr Ivana S. Krstić-Mistridželović, vanredni profesor
Delegacija Kraljevine SHS u Versaju i Vojvodina 1011

Dr Marko S. Stanković, vanredni profesor
Teritorijalna organizacija Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca (Kraljevine Jugoslavije) 1033

Dr Marko S. Knežević, docent
Dr Radenka M. Cvetić, redovni profesor
Priroda rokova za sudsku državinsku zaštitu (čl. 77 ZOSPO) 1047

Dr Cvjetana M. Cvjetković Ivetić, docent
Dr Goran B. Milošević, redovni profesor
Dr Luka O. Baturan, asistent sa doktoratom
Amortizacija nepokretnosti za svrhu oporezivanja imovine 1065

Dr Saša M. Marković, docent
Strategija suprostavljanja nasilju u porodici 1081

Dr Dalibor B. Đukić, docent
Izazovi regulisanja pravnog položaja verskih organizacija u Srbiji i okruženju 1099

Nikolina B. Miščević, asistent
Forma obećanja poklona pokretne stvari 1119

Sloboda D. Midorović, asistent
Miloš B. Sekulić, student doktorskih studija
Nova funkcija ličnih podataka u svetlu ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga 1145

TABLE OF CONTENTS

Maja D. Stanivuković, Ph.D., Full Professor
Default in Payment of the Advance on Costs in ICSID Arbitration 757

Senad R. Jašarević, Ph.D., Full Professor
Darko M. Božičić, Assistant
Protection from Violence and Harassment at Work in International Legal Standards . 785

Darko Z. Simović, Ph.D., Full Professor
Is the Territorial Autonomy of Vojvodina a Part of the Constitutional Identity of the Republic of Serbia 803

Slobodan M. Marković, Ph.D., Full Professor
Information Society between the Intellectual Property Law and the Public Domain . 833

Dragan K. Nikolić, Ph.D., Full Professor
Early Civil Law Codification Efforts in the Principality of Serbia 857

Maša M. Kulauzov, Ph.D., Associate Professor
Public Execution Sale According to Provisions of Civil Procedure Legislation from 1865 867

Jelena Đ. Vidić Trninić, Ph.D., Associate Professor
Milica S. Kovačević, Assistant
Hereditary Substitution in Contemporary Legal Sistems in Europe 881

Vladimir Ž. Marjanski, Ph.D., Associate Professor
Eligibility of a Contributions in Kind as a Subject of an Obligation to Invest in a Limited Liability Company 909

Petar M. Đundić, Ph.D., Associate Professor
Procedural Requirements for the Application of the Denial of Benefits Clause in Investment Arbitration: Why is it Hard to Say no? 933

Sandra S. Fišer Šobot, Ph.D., Associate Professor
Is it Time for the Introduction of Self-Assesment of Restrictive Agreements into Serbian Competition Law? 955

Attila I. Dudás, Ph.D., Associate Professor
Responsible Lending as Means of Protecting Consumers in Credit Contracts in the Law of the European Union 975

Ognjen B. Vujović, Ph.D., Associate Professor
Estates of the Despot Đurađ Branković in Hungary in Context of Political Relationship of Serbia and Hungary 997

Ivana S. Krstić-Mistridželović, Ph.D., Associate Professor
Delegation of the Kingdom of SHS in Versailles and Vojvodina 1011

Marko S. Stanković, Ph.D., Associate Professor
Territorial Organization of Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes (Kingdom of Yugoslavia) 1033

Dr. Marko S. Kneževič, Dozent
Dr. Radenka M. Cvetić, ordentliche Professorin
Die Natur der Fristen zum gerichltichen Besitzschutz (Art. 77 EigentumsG) 1047

Cvjetana M. Cvjetković Ivetić, Ph.D., Assistant Professor
Goran B. Milošević, Ph.D., Full Professor
Luka O. Baturan, Assistant with Ph.D.
Depreciation of Real Estate for the Purpose of Property Tax 1065

Saša M. Marković, Ph. D., Assistant Professor
Strategy for Countering Domestic Violence 1081

Dalibor B. Đukić, Ph.D., Assistant Professor
Challenges of Regulating the Legal Status of Religious Organizations in Serbia and the Region 1099

Nikolina B. Miščević, Assistant
The Form of a Promise of the Gift (Gift Promise) of Movables 1119

Sloboda D. Midorović, Assistant
Miloš B. Sekulić, Ph.D. Student
A new Function of Personal Data in the Light of the Contract for the Supply of Digital Content and Digital Services 1145

Originalni naučni rad 341.63:347.921.6
doi:10.5937/zrpfns53-23556

Dr Maja D. Stanivuković, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs

NEPLAĆANJE PREDUJMA ZA ARBITRAŽNE TROŠKOVE U ICSID-OVOJ ARBITRAŽI*

***Sažetak**: Karakteristika je arbitraže da stranke unapred predujmljuju iznose potrebne za rešavanje svog spora. Dešava se ipak da tuženi u arbitražnom postupku ne plati svoj deo predujma za troškove spora, i tako stavi tužioca u situaciju da sam finansira arbitražu. Nešto je ređa pojava da tužilac koji je pokrenuo spor ne plati svoj deo predujma. Predmet ispitivanja u ovom radu su posledice propuštanja tuženog da položi svoj deo predujma za troškove spora u investicionoj arbitraži koju organizuje ICSID – Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova u Vašingtonu. Prvo je izloženo, poređenja radi, kakve su posledice propuštanja tuženog prema drugim arbitražnim pravilima koja se takođe koriste u investicionoj arbitraži. Zatim je razmotrena mogućnost da arbitražni sud u ICSID-ovom postupku tužiocu koji je položio celokupni predujam delimičnom arbitražnom odlukom dosudi onaj deo predujma koji je trebalo da plati tuženi ili da odredi privremenu meru kojom se tuženi obavezuje da vrati tužiocu iznos koji je uplatio umesto njega. Na kraju se ispituje mogućnost da se u konačnoj arbitražnoj odluci, pri odmeravanju nadoknadivih troškova u arbitraži, uzme u obzir i činjenica da tuženi nije položio predujam ili da ga nije blagovremeno ili u celosti položio.*

***Ključne reči**: arbitraža, ICSID, troškovi postupka.*

UVOD

Karakteristika je arbitraže da stranke unapred predujmljuju iznose potrebne za rešavanje svog spora. Dešava se ipak da tuženi u arbitražnom postupku ne

* Rad predstavlja rezultat istraživanja autora u toku 2019. godine u okviru projekta „Pravna tradicija inovi pravni izazovi“.

plati svoj deo predujma za troškove spora i tako primora tužioca da sam finansira arbitražu. Nešto je ređa pojava da tužilac koji je pokrenuo spor ne plati svoj deo predujma. Predujam za troškove služi cilju da se unapred obezbedi plaćanje honorara i troškova arbitara i troškova institucije u vezi sa organizacijom spora. Većina pravilnika o arbitraži predviđa da će stranke zajednički platiti predujam. Polaganje predujma je privremenog karaktera, jer se o obavezi nadoknađivanja troškova rešava tek konačnom arbitražnom odlukom.

Posebno nas interesuje u ovom radu, kakve posledice ima propuštanje tuženog da položi svoj deo predujma za troškove spora u investicionoj arbitraži koju organizuje ICSID – Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova u Vašingtonu (u daljem tekstu: ICSID ili Centar). Treba napomenuti da je neplaćanje tuženog u arbitraži pod okriljem Centra znatno ređa pojava nego u trgovinskoj arbitraži, jer su tu države tužene, a one retko sebi dopuštaju da se nađu u neugodnoj ulozi neplatiše.

Prvo ćemo izložiti, poređenja radi, kakve su posledice propuštanja tuženog da plati svoj deo predujma prema drugim arbitražnim pravilima koja se takođe koriste u investicionoj arbitraži. Zatim ćemo ispitati mogućnost da arbitražni sud u okviru ICSID-a tužiocu koji je platio celokupni predujam delimičnom arbitražnom odlukom dosudi onaj deo predujma koji je trebalo da plati tuženi ili da odredi privremenu meru kojom se tuženi obavezuje da vrati tužiocu iznos koji je uplatio umesto njega. Na kraju ćemo razmotriti mogućnost da se u konačnoj arbitražnoj odluci, pri odmeravanju nadoknadivih troškova u ICSID-ovoj arbitraži, uzme u obzir i činjenica da tuženi nije položio predujam ili da ga nije blagovremeno ili u celosti položio.

Hipoteze koje želimo da proverimo su sledeće: tužilac u ICSID-ovoj arbitraži treba da računa sa rizikom da će morati sam da finansira celu arbitražu, jer nema sankcije za propuštanje tuženog da učestvuje u finansiranju tokom postupka; pored toga, činjenica da tuženi nije platio svoj deo predujma za arbitražne troškove ne utiče na odmeravanje troškova ni u konačnoj odluci o troškovima spora u ICSID-ovoj arbitraži, jer drugi faktori imaju veći uticaj i obično odnose prevagu.

1. POSLEDICE PROPUŠTANJA TUŽENOG DA PLATI PREDUJAM ZA TROŠKOVE POSTUPKA PREMA ARBITRAŽNIM PRAVILNICIMA

Većina arbitražnih institucija koje se bave investicionom arbitražom, u svojim pravilnicima regulišu posledice neplaćanja predujma za arbitražne troškove.

To su ICSID (ICSID), Londonski sud međunarodne arbitraže (LCIA), Arbitražni institut Stokholmske privredne komore (SCC) i Međunarodni arbitražni sud Međunarodne trgovinske komore (ICC).[1] Biće uzeta u obzir i pravila UNCITRAL-a koja su takođe često korišćena u investicionoj arbitraži.

ICSID ima poseban Administrativni i finansijski pravilnik koji dopunjava pravila o troškovima postupka sadržana u drugim relevantnim izvorima: Vašingtonskoj konvenciji, Pravilniku o pokretanju postupka mirenja i arbitražnog postupka i Pravilniku o arbitraži. U trećem poglavlju Administrativnog i finansijskog pravilnika sadržane su finansijske odredbe, a temom koja nas interesuje bavi se član, odnosno pravilo 14.

Prema pravilu 14, stav 3, tačka (a), odmah po konstituisanju arbitražnog suda Generalni sekretar ICSID-a, uz konsultacije sa predsednikom arbitražnog suda, a ukoliko je to moguće i sa strankama, procenjuje troškove koje će Centar imati tokom sledećih meseci i zahteva od stranaka da polože predujam procenjenog iznosa. Po istom postupku Generalni sekretar ICSID-a može kasnije da traži dodatne iznose kao predujam za troškove koji će nastati u narednom periodu ako utvrdi da predujam koji je do tada položen neće moći da ih pokrije.

Prema pravilu 14, stav 3, tačka (d), ako se stranke nisu drukčije sporazumele ili ako arbitražni sud ne odluči drukčije, svaka strana plaća po jednu polovinu svakog predujma ili dodatnog predujma, čime se ne utiče na konačnu odluku o plaćanju troškova arbitražnog postupka koju će arbitražni sud doneti na osnovu člana 61, stav 2 Konvencije. Ako traženi iznosi nisu plaćeni u celosti u roku od 30 dana, Generalni sekretar ICSID-a obaveštava stranke o propuštanju i pruža priliku bilo kojoj od njih da izvrši potrebnu uplatu. Posle toga, ako po proteku dodatnih 15 dana zahtevani iznos nije uplaćen u celosti, Generalni sekretar ICSID-a može da predloži arbitražnom sudu da prekine postupak. Ako prekid postupka iz ovog razloga potraje duže od šest meseci, Generalni sekretar ICSID-a može da predloži arbitražnom sudu da okonča postupak, s tim da pre toga treba da obavesti stranke o tome i da sasluša njihovo mišljenje, ukoliko je to moguće.

Iz navedenog proističe da član 14 Administrativnog i finansijskog pravilnika ovlašćuje arbitražni sud da odredi da samo jedna stranka avansno plati sve arbitražne troškove. Potvrdu za to nalazimo u pravilu 28, stav 1, tačka (a) Pravilnika o arbitraži ICSID-a jer i ta odredba dozvoljava nejednaku raspodelu avansa. Doduše, navedeno ovlašćenje arbitražnog suda iskorišćeno je do sada samo jednom, u predmetu Korporacija RSM protiv Santa Lucije (*RSM Production Corpo-*

[1] Mada su azijske arbitražne institucije (Singapore International Arbitration Center – SIAC, China International Economic and Trade Arbitration Commission – CIETAC i Shenzhen Court of International Arbitration – SCIA) donele posebna arbitražna pravila za investicionu arbitražu, za sada nisu dobile na rešavanje investicione sporove, pa ih u ovom kratkom pregledu izostavljamo.

ration v Saint Lucia).[2] Arbitražni sud je naložio tužiocu da plati sve iznose predujma koje je Sekretarijat ICSID-a do tog trenutka tražio. Obrazlažući svoju odluku, arbitražni sud je naveo da nema presedana koji bi mu pomogli pri određivanju standarda koje treba primeniti da bi se donela odluka kojom se odstupa od principa da stranke predujmljuju troškove arbitražnog postupka na ravne delove. Naime, član 14 Administrativnog i finansijskog pravilnika sadrži prezumpciju da će se predujam snositi ravnopravno. Shodno tome, svako odstupanje od ove prezumpcije mora biti potkrepljeno dobrim razlozima, ali ti razlozi ne moraju dosegnuti nivo „izuzetnih okolnosti" koje se traže da bi arbitražni sud odredio privremenu meru na osnovu Pravilnika o arbitraži ICSID-a (član 39) i Vašingtonske konvencije (član 47). Raspodela plaćanja predujma predstavlja privremeni administrativni mehanizam koji je predviđen sa ciljem da se obezbede i plate tekući troškovi postupka. Kako član 14 Administrativnog i finansijskog pravilnika, tako i član 28, stav 1 Pravilnika o arbitraži jasno predviđaju da, bez obzira na to kakva raspodela plaćanja predujma bude određena, ona može biti izmenjena u konačnoj odluci Arbitražnog suda o troškovima, koja se donosi na osnovu člana 61, stav 2 Konvencije.[3]

Arbitražni sud u ovom predmetu imao je razloga da odstupi od prezumpcije o jednakom učešću u predujmu. Tužilac je imao iza sebe istoriju neplaćanja troškova u drugoj ICSID-ovoj arbitraži koju je vodio protiv Grenade, kao i u postupku za poništaj arbitražne odluke donete u toj arbitraži, a u predmetu koji je pokrenuo protiv Svete Lucije izjasnio se da nije siguran da li će biti u stanju da plati troškove tuženom u slučaju da izgubi spor.

Pozivanje na taj presedan u kasnijem sporu Transglobal protiv Paname (*Transglobal v Panama*) nije pomoglo Panami da izdejstvuje od arbitražnog suda odluku kojom bi se tužiocu naložilo da plati kompletan predujam za arbitražne troškove. Arbitražni sud je zaključio da se okolnosti u ovom sporu znatno razlikuju od okolnosti u predmetu RSM protiv Santa Lucije, te da bi prebacivanjem obaveze plaćanja predujma na tužioca njemu bio uskraćen pristup ICSID-ovoj arbitraži, a tuženom bi se omogućilo da arbitražu učini nepotrebno skupom za tužioca.[4] Ipak, na kraju se ispostavilo da je tužilac podnošenjem tužbe zloupotrebio postupak (*abuse of process*), te su tuženom (Panami) u konačnoj arbitražnoj odluci dosuđeni skoro svi arbitražni troškovi i troškovi zastupanja.

---

[2] RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Provisional Measures, 12 December 2013.

[3] Ibidem, pasus 49.

[4] Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Energy de Panama, S.A. v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/13/28, Decision on Respondent Request for Shifting the Costs of the Arbitration (Sureda, Schreuer, Paulsson), 4 March 2015, pasus 47.

Za razliku od prvostepenog postupka, u postupku za poništaj koji se vodi pred ICSID-om, podnosilac zahteva za poništaj jedini je odgovoran za plaćanje predujma za arbitražne troškove po zahtevu Generalnog sekretara ICSID-a, čime se ne utiče na pravo ad hok odbora koji odlučuje o poništaju arbitražne odluke, da u skladu sa članom 62, stav 4 Konvencije na kraju odluči ko će i kako će platiti troškove nastale u vezi sa postupkom poništaja (pravilo 14, stav 3, tačka (e) Administrativnog i finansijskog pravilnika).

Ukratko, Administrativni i finansijski pravilnik ICSID-a predviđa sledeće posledice neplaćanja celokupnog predujma za troškove: poziv strankama da ga plate, što u suštini znači poziv drugoj strani da plati iznos koji njen protivnik nije uplatio, mogućnost da arbitražni sud prekine postupak i konačno, mogućnost da arbitražni sud izda nalog o okončanju postupka. Moglo bi se reći da je polaganje predujma za arbitražne troškove neka vrsta finansijskog uslova za nastavak postupka.[5] Ukoliko želi da arbitraža nesmetano teče, tužilac po ovom pravilniku mora prevashodno da uplati svoj deo predujma, a ako plaćanje tuženog izostane, i deo predujma koji je bio dužan da plati tuženi.

Pravilnik LCIA uređuje pitanje predujma za troškove u članu 24. Odmah privlači pažnju nešto drukčiji pristup, jer nije predviđena prezumcija da obe stranke snose predujam za troškove spora na ravne delove, već „Sud“ londonskog centra (kao nadležno telo arbitražne institucije) može da uputi stranke da uplate na ime arbitražnih troškova jedan ili više iznosa u srazmeri i u vreme koje taj Sud smatra odgovarajućim (član 24.1.). Posledice nepostupanja tuženog po sugestijama Suda LCIA su predviđene u članovima 24.4-24.5:

„24.4. U slučaju da jedna od stranaka ne izvrši uplatu, ili odbije da izvrši uplatu na ime arbitražnih troškova u skladu sa nalogom Suda LCIA, taj organ može uputiti drugu stranku ili stranke da uplate zamenski iznos kako bi omogućile da se arbitraža nastavi (ako nije drukčije određeno nalogom ili arbitražnom odlukom o arbitražnim troškovima).

24.5. U takvim okolnostima, stranka koja je uplatila zamenski iznos može zahtevati od arbitražnog suda da donese nalog ili arbitražnu odluku kako bi od stranke koja nije platila taj iznos naplatila dug koji odmah dospeva za isplatu, uključujući i eventualno priraslu kamatu.“

Pravila Arbitražnog instituta Stokholmske privredne komore (SCC) iz 2017. g. regulišu predujam za troškove spora u članu 51. Prema stavu 3 ovog člana, svaka strana plaća polovinu predujma za troškove, osim u slučaju kada se za svaku od njih odredi poseban predujam. Ako je podneta protivtužba ili kompenzacioni prigovor, Odbor direktora SCC-a može da odredi da svaka stranka plaća predujam

[5] Burimi SRL and Eagle Games SH.A v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/18, Procedural Order No. 2, 3 May 2012, pasus 41.

za svoju tužbu odnosno protivtužbu ili kompenzacioni prigovor. Prema stavu 4, Odbor direktora ovlašćen je da na zahtev arbitražnog suda ili ako sam smatra za potrebno, naloži strankama da plate dodatne iznose predujma u toku arbitražnog postupka. Ukoliko jedna od stranaka ne izvrši potrebnu uplatu, Sekretarijat prema stavu 5, ostavlja drugoj stranci mogućnost da u određenom roku ona to učini, a ako ni tada ne bude uplaćen traženi iznos, Odbor direktora odbacuje tužbu u celosti ili delimično. Arbitražni sud može na zahtev stranke koja je izvršila uplatu umesto druge stranke, doneti posebnu arbitražnu odluku kojom se naređuje vraćanje uplaćenog iznosa.

Pravilnik ICC-a od 2019. godine predviđa u članu 37, stav 2 da će „Sud" ICC-a (nadležno telo arbitražne institucije) odrediti iznos predujma koji je potreban za pokrivanje honorara i troškova arbitara i administrativnih troškova ICC-a koji tužilac i tuženi plaćaju na ravne delove. Ako je podneta protivtužba Sud ICC-a može odrediti poseban predujam za tužbu, a poseban za protivtužbu, što znači da u tom slučaju svaka stranka, prema član 37, stav 4, plaća svoj predujam. Stav 5 istog člana predviđa da se iznos predujma može u toku arbitražnog postupka korigovati i da svaka stranka ima pravo da plati onaj deo predujma koji duguje druga stranka koja ga nije platila. U slučaju da stranke ne postupe po zahtevu za plaćanje predujma, Generalni sekretar ICC-a se savetuje sa arbitražnm sudom, a zatim može uputiti arbitražni sud da prekine postupak i da odredi rok od najmanje 15 dana posle koga će se smatrati (ako predujam ne bude plaćen) da je tužba ili protivtužba povučena. Stranka u tom roku može podneti Sudu ICC-a prigovor protiv takvog ishoda.

U predmetu BDS Limitid protiv Rafael Advansed Difens Sistems (*BDMS Limited v Rafael Advanced Defence Systems*)[6] tužilac je prvo pokrenuo arbitražni postupak u sporu za koji je bila ugovorena arbitraža ICC-a, ali tuženi nije platio svoj deo traženog predujma za troškove. Pošto nije hteo sam da finansira arbitražu, tužilac je povukao arbitražnu tužbu i zatim podneo tužbu Trgovinskom sudu u Londonu. Tuženi je pred sudom uložio prigovor da postoji arbitražni sporazum (*exceptio arbitrii*). U odgovoru na prigovor tužilac je naveo da je tuženi prekršio arbitražni sporazum (neplaćanjem predujma), da je povreda takvog značaja da može dovesti do raskida ugovora i da se stoga ima smatrati da je taj sporazum izgubio dejstvo (*that repudiatory breach rendered the arbitration agreement „inoperative"*). Prigovor tuženog je uspeo i sud je uputio stranke na arbitražu uprkos tome što je tuženi propustio da plati polovinu predujma za troškove arbi-

[6] BDMS Limited v Rafael Advance Defence Systems [2014] EWHC 451 (Comm). http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=3557&opac_view=2

traže ICC-a. Po shvatanju Trgovinskog suda, mada je reč o kršenju ugovorne obaveze, arbitražni sporazum ne može prestati na ovaj način.

Engleski sud je u ovom predmetu posebno uvažio činjenicu da tuženi nije odbio da učestvuje u arbitraži. Tuženi se upustio u arbitražni spor i bio je spreman da uplati svoj deo predujma, ali je uslovio uplatu polaganjem obezbeđenja za troškove. Nije verovao da će tužilac biti u stanju da mu nadoknadi troškove u slučaju da izgubi spor. Po mišljenju suda, tužilac je prema pravilniku ICC-a mogao da preda arbitražnom sudu bankarsku garanciju kojom bi obezbedio plaćanje dela predujma koji je dugovao tuženi, i da zatim traži donošenje delimične arbitražne odluke ili privremene mere kojom bi tuženi bio obavezan da plati svoj deo predujma. U krajnjoj liniji, mogao je tražiti od arbitražnog suda da obaveže tuženog u konačnoj arbitražnoj odluci da mu nadoknadi troškove. Prema tome, neplaćanje predujma za troškove arbitraže ne ostavlja arbitražni sporazum bez dejstva.

Dve verzije UNCITRAL-ovih pravila, iz 1976 i 2010, ne razlikuju se mnogo u regulisanju ovog pitanja. Prema obe verzije, arbitražni sud može od stranaka da zahteva da predujme jednake iznose na ime troškova arbitraže (član 41.1, odnosno, 43.1) i može naknadno tražiti polaganje dodatnog predujma (član 41.2, odnosno, 43.2).[7] Ukoliko predujam ne bude u celosti plaćen u roku od 30 dana od dana kada je zahtev za polaganje predujma postavljen arbitražni sud o tome obaveštava stranke kako bi pružio priliku jednoj od njih da uplati zahtevani iznos. Ukoliko ni tada ne bude izvršena uplata, arbitražni sud može izdati nalog o prekidu ili okončanju postupka (član 41.4, odnosno član 43.4).

2. MOGUĆNOST DA SE DONESE DELIMIČNA ARBITRAŽNA ODLUKA ILI PRIVREMENA MERA KOJOM SE OBAVEZUJE TUŽENI DA VRATI TUŽIOCU DEO PREDUJMA ZA ARBITRAŽNE TROŠKOVE KOJI JE OVAJ POLOŽIO UMESTO NJEGA

Posledica koju sva arbitražna pravila predviđaju kada tuženi ne položi svoj deo predujma za troškove spora, jeste zamena ili supstitucija. Pod supstitucijom se podrazumeva mogućnost da tužilac uplati taj deo predujma umesto tuženog. Tužilac može da računa sa tim da će mu se vratiti novac koji je uložio u arbitražu, ali tek na kraju postupka, ukoliko dobije spor. Međutim, finansiranje arbitraže postaje sve veći finansijski teret, postupci su sve dugotrajniji i sve skuplji, pa arbitri i arbitražne institucije uporno tragaju za rešenjima koja bi omogućila da

[7] O zahtevu za izdavanje privremene mere kojom bi se odredilo da tužena država snosi celokupni predujam za troškove spora videti predmet Ravat protiv Mauricijusa (Rawat v. Mauritius, UNCITRAL 1976).

ranije, već tokom trajanja postupka, tužioci dobiju nadoknadu za iznose koje su uplatili umesto druge strane.

Neplaćanje predujma tretira se ponekad i kao nesavesno ponašanje. Mnogi arbitri smatraju da je mahom reč o taktici, [8] o manevru tuženog [9] kojim nastoji da prolongira i oteža vođenje postupka. Imajući u vidu da su se stranke sporazumele o arbitraži kao načinu rešavanja eventualnog spora, nesaradljivo ponašanje tuženog nailazi na osudu.[10]

Kao što je rečeno, pravilnici SCC-a i LCIA-a sadrže odredbe koje ovlašćuju arbitražni sud da na zahtev stranke koja je izvršila uplatu umesto druge stranke, donese arbitražnu odluku kojom se nalaže vraćanje uplaćenog iznosa. Takva delimična arbitražna odluka (*partial award*) donosi se pre konačne arbitražne odluke. Odredbe o kojima je reč relativno su nove, unete su izmenama Pravilnika SCC iz 2007.g. i Pravilnika LCIA iz 2014. g.[11]

Prema Nilu Kaplanu, ovo pitanje je prvi put pokrenuto u praksi ICC-a 1996 godine u predmetu br. 7289. O zahtevu za povraćaj je arbitražni sud rešio delimičnom odlukom.[12] Druga mogućnost je da se o tome rešava privremenom merom.[13]

Po Pravilniku LCIA-a, arbitražni sud može da se opredeli između arbitražne odluke i naloga (*order*) slične sadržine, a po Pravilniku SCC-a, odgovarajući akt je arbitražna odluka.

Nesporazumi o tome da li se donosi delimična odluka ili privremena mera potiču od različitih teorija o izvoru ovlašćenja arbitražnog suda da rešava o zah-

---

[8] Niel Kaplan, Non-Payment of Advances on Costs, No Pay Can Play?, u knjizi: David D. Caron, Stephan W. Schill, Abbey Cohen Smutny, Epaminontas E. Triantafilou, Practicing Virtue: Instide International Arbitration, Oxford, 2015, 330.

[9] Micha Bühler, Non-payment of the advance on costs by the respondent party – is there really a remedy? 24 ASA Bulletin br. 2/2006, 290.

[10] Niel Kaplan, 330.

[11] Pravilnik LCIA iz 1998. g. imao je odredbu prema kojoj strana koja je platila predujam umesto druge ima pravo da od nje naplati taj iznos kao dospeo dug, ali nije bilo regulisano na koji način će se to pravo realizovati. U Vodiču za primenu te ranije verzije Pravilnika LCIA-a navodi se da je pravo na povraćaj zamenske uplate nezavisno od konačnog ishoda arbitraže (s tim da drukčije može biti predviđeno konačnom arbitražnom odlukom o troškovima). Reč je o iznosu koji jedna stranka u sporu duguje drugoj i koji dospeva odmah. Oni dalje dodaju da su arbitražni sudovi LCIA-a, kako bi olakšali naplatu takvog duga, na zahtev one stranke koja je izvršila isplatu, u nekoliko navrata donosili delimične arbitražne odluke u kojima su nalagali stranci koja je propustila da plati predujam, da isplati drugoj stranci ono što joj na ime toga duguje. Druga stranka je zatim mogla tražiti prinudno izvršenje ove delimične odluke, kako bi povratila zamenski iznos koji je uplatila umesto svog protivnika. Peter Turner i Reza Mohtashami, A Guide to the LCIA Arbitration Rules, Oxford University Press, 2009, pasus 8.50.

[12] Niel Kaplan, 331.

[13] Nil Kaplan, 345, se zalaže za pristup koji arbitražnom sudu daje nadležnost da donese arbitražnu odluku.

tevu tužioca da mu se dosudi iznos koji je platio umesto tuženog. Prva teorija oslanja se na arbitražni sporazum kao ugovor u kome je sadržana i obaveza svake ugovorne strane da plati svoj deo predujma kako bi se omogućio nesmetani tok arbitraže. U arbitražnom sporazumu inkorporisan je i određeni arbitražni pravilnik koji predviđa obavezu stranaka da uplate predviđeni predujam na jednake delove. Nepostupanje po zahtevu institucije da se uplati predujam definiše se kao kršenje ugovorne obaveze prema drugoj ugovornoj strani u arbitražnom sporazumu. Istovremeno iz toga se izvodi i nadležnost arbitražnog suda da rešava o tome. Budući da je reč o kršenju ugovorne obaveze koje daje drugoj strani pravo na naknadu ugovorne štete, o tome se rešava odlukom o meritumu koja mora biti delimična odluka jer glavni predmet spora na početku postupka još nije sazreo za rešavanje.[14]

Druga teorija tvrdi da je polaganje predujma samo procesna i administrativna obaveza stranaka, te kršenje te obaveze vidi kao procesnu neposlušnost stranke. Zastupnici ove teorije smatraju da arbitražni sud nije nadležan da donese meritornu odluku kojom bi naredio stranci plaćanje privremenog predujma. Odgovarajući lek za procesnu povredu je prema njima, donošenje privremene mere kojom se drugoj strani nalaže da svoju procesnu obavezu izvrši. Međutim, da bi privremena mera bila doneta u korist one strane koja je platila predujam umesto druge strane, ona mora da dokaže da postoje posebni razlozi koji je opravdavaju.[15]

Pravilnik ICSID-a o arbitraži, kao ni Pravilnik ICC ni Arbitražna pravila UNCITRAL-a, ne sadrži odredbu o tome da arbitražni sud može da donese arbitražnu odluku kojom bi odmah, dakle pre konačne arbitražne odluke, naložio tuženom da plati troškove koje je u njegovo ime platio tužilac. U ICSID-ovom sistemu koji čine Konvencija i Arbitražna pravila, nisu predviđene delimične i međuodluke. Sve odluke arbitražnog suda koje se donose pre arbitražne odluke nazivaju se prosto odlukama („*decisions*“), i nisu izvršne po Vašingtonskoj konvenciji. Zbog toga su tužioci koji su hteli da ostvare pravo na povraćaj zamenskog iznosa posezali za zahtevima za izdavanje privremene mere koji su predviđeni u članu 47 Vašingtonske konvencije. U predmetu Vale Verde protiv Venecuele (*Vale Verde v Venezuela*) tužilac je tražio da arbitražni sud donese privremenu meru kojom se nalaže tuženom:

„a) da plati svoj deo troškova koje je odredio sekretarijat ICSID-a;

b) da u razumnom roku vrati tužiocu iznos od 375 hiljada dolara koliko je tužilac bio primoran da plati usled neopravdanog propuštanja tuženog da plati;

[14] Vid. Micha Bühler, 291-293, sa pozivanjem na relevantnu doktrinu koja zastupa ovu teoriju. U istom smislu i Markus Altenkirch, Jan Frohloff, The Advance on Costs in Investment Arbitration, ICSID Review, volume 33, issue 3, Fall 2018, 725.

[15] Micha Bühler, 293-294.

c) u slučaju da tuženi tako ne postupi, da arbitražni sud po službenoj dužnosti i na osnovu pravila 39, stav 3, donese svaku drugu privremenu meru za koju smatra da je odgovarajuća."

Arbitražni sud je zahteve tužioca razmatrao u odluci o privremenim merama donetoj 25. januara 2016. godine.[16] Kao centralno odredio je pitanje polja primene i dejstava pravila 14, stav 3 tačka (d) Administrativnog i finansijskog pravilnika ICSID-a. Zatim je obrazložio zašto smatra da su tražene privremene mere nekompatibilne sa koncepcijom tog pravila i da se, stoga, zahtev za izdavanje privremenih mera mora odbaciti kao nedopušten.

Prvo, arbitražni sud smatra da je svrha privremenih mera koje se odnose na predujam da se Venecuela navede da izvrši svoju obavezu plaćanja polovine predujma koji je odredio Sekretarijat ICSID-a. Međutim, mogućnost da ta obaveza ne bude izvršena izričito je predviđena u pravilu 14, stav 3, tačka (d). Glavna svrha te odredbe jeste da se omogući zainteresovanoj stranci da pokrije neplaćeni deo predujma kako bi sprečila okončanje postupka, što ne znači da se druga strana oslobađa obaveze ako zainteresovana stranka plati nedostajući iznos. Ta odredba predviđa takođe da raspodela plaćanja predujma ne utiče na konačnu odluku o plaćanju troškova arbitražnog postupka koju arbitražni sud donosi na osnovu člana 61, stav 2 Konvencije. Prema tome, arbitražni sud može da popravi stvar u konačnoj odluci o troškovima spora tako što će troškove dosuditi stranci koja je finansirala postupak. S druge strane, arbitražni sud nije ovlašćen da menja koncepciju postavljenu u članu 14, stav 3, tačka (d) za slučaj neizvršenja obaveze. Ona je jednostavno deo „pravila igre".

Po mišljenju arbitražnog suda, stranka u postupku pred ICSID-om mora da uzme u obzir mogućnost neizvršenja obaveze od strane tuženog. Tužilac Vale Verde je od početka bio upoznat sa okolnošću da se od njega može zatražiti da pokrije i deo predujma koji tereti Venecuelu. Stoga ne može da tvrdi da su mu povređena procesna prava sada kada se ta mogućnost ostvarila. Arbitražni sud je istakao da je ovakvo shvatanje u skladu sa Odlukom u predmetu Hajberi protiv Venecuele (*Highbury International AVV et al. v Venezuela*) u kome je zahtev za određivanje privremene mere odbijen.[17] Delimičnu odluku u predmetu Krespo protiv Poljske (*Crespo et al. v. Poland*),[18] na koju se tužilac pozvao, arbitražni sud

[16] Valle Verde Sociedad Financiera S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/12/18, Decision on Provisional Measures (Enrique Barros, Franco Ferrari, Raúl E. Vinuesa), 25 January 2016, pasusi 83-85.

[17] Highbury International AVV, Compañía Minera de Bajo Caroní AVV, and Ramstein Trading Inc. v. Venezuela II, ICSID Case No. ARB/14/10, Decision on Provisional Measures, 24 September 2015, pasus 35 (odluka nije dostupna javnosti).

[18] Crespo and others v. Poland, ICC Case No. 113921KCA, Preliminary Award, 25 October, 2002 (odluka nije dostupna javnosti).

je uzeo u obzir, ali je smatrao da nije relevantna jer je doneta na osnovu drugih arbitražnih pravila (ICC-a) i drukčijih okolnosti slučaja. Altenkirh i Frolof ukazuju da je arbitražni sud tu pogrešio, jer su arbitražna pravila ICC-a relevantna, utoliko što, kao i pravila ICSID-a, ne predviđaju izričito mogućnost da se donese takva odluka, ali se većina arbitara i teoretičara slaže da tužilac u arbitraži ICC-a može da traži donošenje arbitražne odluke o povraćaju predujma koji je platio umesto tuženog.[19]

Na kraju je arbitražni sud podvukao da tuženi ima obavezu da plati svoj deo predujma za troškove i rezervisao pravo da uzme u obzir propuštanje tuženog kada bude donosio konačnu odluku o raspodeli troškova spora. Međutim, do toga nije došlo jer je postupak kasnije okončan zbog neplaćanja troškova nalogom arbitražnog suda donetim na osnovu člana 14, stav 3 tačka (d). Očigledno, tužilac nije bio u stanju da sam finansira celokupnu arbitražu.[20]

Još jedna arbitraža koja je vođena protiv Venecuele interesantna je za našu temu zvog toga što je u odluci kojom je odbio predlog tužene za izuzeće arbitra Iva Fortijea arbitražni sud u čiji su sastav u tom trenutku ulazila dvojica arbitara čije izuzeće nije traženo, obavezao tuženu da snosi troškove svog predloga za izuzeće arbitra.[21] U ICSID-ovoj arbitraži, odluka o troškovima se inače obično ostavlja za kraj i unosi se, po pravilu, u konačnu arbitražnu odluku.[22] Vrlo retko arbitražni sud koji odlučuje u nekoj ranijoj fazi postupka npr. o prigovoru nenadležnosti, zahtevu za izuzeće arbitra ili zahtevu za izdavanje privremene mere, u toj odluci odredi i to koja će strana snositi troškove prigovora odnosno zahteva.[23] Razumljivo je zbog čega su arbitri to ipak učinili u predmetu Fabrika protiv Venecuele (*Fabrica de Vidrios Los Andes et al. v. Venezuela*): tužena je četiri puta tražila izuzeće istog arbitra, što je ocenjeno kao neprimereno. U odlukama se navodi da će tuženi biti odgovoran za troškove vezane za njegov treći i četvrti zahtev za izuzeće, ali se ne pominje pravni osnov za odlučivanje o tome pre ko-

---

[19] Markus Altenkirch, Jan Frohloff, 732. Ovi autori kritikuju odluku u predmetu Vale Verde i iz drugih razloga.

[20] Generalni sekretar je pet puta predlagao arbitražnom sudu da razmotri prekid postupka. Postupak je po tim zahtevima bio prekinut u dva navrata u toku 2013-2014, ali je tužilac ipak uspevao da nadomesti predujam koji je Venecuela propustila da položi.

[21] Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/12/21, Reasoned Decision on the Proposal for Disqualification of Arbitrator L. Yves Fortier, Q.C., 28 March 2016, pasus 58.

[22] Jeffery Commission, Rahim Moloo, Procedural Issues in International Investment Arbitration, Investment Claims, Oxford International Arbitration Series, 2018, 198.

[23] Kao primer Jeffery Commission i Rahim Moloo navode sledeće odluke: Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania, ICSID Case No. ARB/10/13, Award, 2 March 2015, pasus 532 i Vladislav Kim and others v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/13/6, Decision on Jurisdiction, 8 March 2017, pasusi 638–9. Ibidem, 197.

načne arbitražne odluke. Pravni osnov bi se mogao naći u članu 28, stav 1, tačka (b) Pravilnika o arbitraži,[24] koji predviđa da arbitražni sud može, ako se stranke nisu drukčije sporazumele, odlučiti:

„(b) u odnosu na bilo koji deo postupka, da troškove u vezi sa njim (u iznosu koje utvrdi Generalni sekretar) snosi u celosti ili u određenom delu jedna od stranaka."

Mada ova odredba ima potencijal da bude iskorišćena kao pravni osnov i za donošenje odluke kojom bi se tuženom naložilo da nadoknadi tužiocu plaćeni predujam za troškove, za sada se u praksi ICSID-ovih arbitara ne koristi.[25] Treba napomenuti da takva odluka ne bi mogla da se smatra arbitražnom odlukom (*award*), pa bi se postavilo pitanje njene izvršivosti na osnovu odredaba Konvencije.

Nema izgleda da će u bliskoj budućnosti doći do značajnijih pomaka na ovom planu. Predlog za izmenu arbitražnih pravila ICSID-a ne sadrži odredbe koje bi ličile na član 24.5 Pravilnika LCIA-a ili član 51, stav 5 Pravilnika SCC-a.[26] Pored toga, u arbitražama zasnovanim na BIT-u kao dodatni problem mogla bi se pojaviti nadležnost arbitražnog suda da odlučuje o zahtevu za povraćaj, ukoliko je arbitražna klauzula u BIT-u usko formulisana, tako da predviđa nadležnost za odlučivanje samo o povredama odredaba BIT-a.[27]

Prema tome, tužilac se ne može nadati da će dobiti delimičnu arbitražnu odluku ili privremenu meru kojom će mu biti vraćeni iznosi koje tuženi nije uplatio. Mogućnost da nadomesti iznos predujma koji tužena država nije platila i da sam finansira arbitražu se nameće kao jedino rešenje koje je na raspolaganju tužiocu tokom trajanja arbitražnog postupka. Premda moraju da računaju sa tom mogućnošću,[28] tužioci u arbitražnom postupku po pravilima ICSID-a nisu u tako lošem položaju, jer države najčešće plaćaju predujam za arbitražne troškove da

---

[24] Vid. u tom smislu i Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, The ICSID Convention: A Commentary, 2nd edition, Cambridge University Press, 2009, 726; Jeffrey Sullivan, David Ingle, Interim Costs Orders: The Tribunal's Tool to Encourage Procedural Economy, u knjizi: Jean E. Kalicki, Anna Joubin-Bret, Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System, Brill, 2015, 746.

[25] U prethodno citiranoj odluci u predmetu Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Panama, S.A. v Republic of Panama arbitri su odlukom (Decision on Respondent's Request for Shifting the Costs of the Arbitration, 4 March 2015) obavezali tuženu da plati ICSID-u svoj deo predujma. Pri tom se nisu izričito pozvali na pravilo 28 Pravilnika o arbitraži, ali iz obrazloženja proističe da su verovatno imali u vidu to pravilo kao pravni osnov.

[26] ICSID Rules and Regulations Amendment Process, Working Paper #3: Proposals for Amendment of the ICSID Rules. https://icsid.worldbank.org/en/amendments [vebsajt posećen 9. oktobra 2019.]

[27] Markus Altenkirch, Jan Frohloff, 730.

[28] Micha Bühler, 301.

ne bi narušile svoj ugled. Takođe, tužiocima stoji na raspolaganju institut nazvan „*Third Party Financing*“, što znači da se oni mogu obratiti i trećem licu (privrednom društvu, banci) da finansira arbitražni postupak, kako u delu koji se odnosi na sopstvene troškove, tako i u delu koji se odnosi na troškove za koje je tuženi propustio da položi predujam.[29]

3. MOGUĆNOST DA SE PROPUŠTANJE TUŽENOG DA PLATI PREDUJAM ZA ARBITRAŽNE TROŠKOVE STAVI NA TERET TUŽENOM PRILIKOM ODLUČIVANJA O TROŠKOVIMA SPORA

3.1. Vladanje stranaka kao faktor u odlučivanju o troškovima spora prema arbitražnim pravilima

Vladanje stranaka[30] tokom arbitraže može se uzeti u obzir prilikom odlučivanja o troškovima spora. Elijana Fišer i Flavio Peter su opisali taj pristup kao „*costs follow conduct*“,[31] čime su povukli paralelu sa izrazom „*costs follow the event*“, koji se koristi za označavanje jednog od primarnih principa za odlučivanje o troškovima spora – da troškove snosi onaj ko gubi spor.

U arbitražnim pravilima većine institucija koje se bave investicionom arbitražom (osim LCIA) ne pominje se „vladanje stranaka“ kao kriterijum, ali se mogućnost da se ono uzme u obzir pri odlučivanju o troškovima spora izvodi iz drugih izraza koji su upotrebljeni.

Na primer, Pravila UNCITRAL-a iz 1976. i 2010. g. predviđaju da se prilikom odlučivanja o tome ko će na kraju snositi arbitražne troškove uzima u obzir uspeh u sporu, odnosno arbitražne troškove snosi „u principu“ (*in principle*) stranka koja je izgubila spor. Međutim, Pravila UNCITRAL-a dozvoljavaju da se troškovi i drukčije raspodele između stranaka, ako arbitražni sud odluči da je to razumno uzimajući u obzir okolnosti slučaja („*taking into account the circumstances of the case”*)[32]. Prema tome okolnosti slučaja u UNCITRAL-ovim pravilima služe kao korektiv za princip da se troškovi dosuđuju pobedniku u arbitražnom sporu.

---

[29] O finaniranju troškova arbitraže opširnije: Marko Jovanović, Ključne odlike finansiranja troškova arbitraže od trećih lica, Pravo i privreda, 2017, vol. 55, br. 4-6, pp. 493-509.

[30] Reči koje se najčešće koriste na engleskom jeziku su „conduct“ i „behavior“.

[31] Eliane Fischer, Flavio Peter, „Costs Follow Conduct” – A Musical Altercation, Kluwer Arbitration Blog, October 26, 2017 http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/10/26/costs-follow-conduct-musical-altercation/

[32] UNCITRAL Rules 1976, član 40.1. i UNCITRAL Rules 2010, član 42.1 Allocation of costs.

Pravila UNCITRAL-a ne preciziraju koje okolnosti slučaja se uzimaju u obzir prilikom odlučivanja da se troškove drukčije raspodele.[33] Tokom diskusija u Odboru UNCITRAL-a koji je sastavljao Pravila neki članovi pominjali su da treba dosuditi naknadu za troškove nastale usled neprimerenog vladanja stranke. Kao neprimereno vladanje navedene su taktike za odugovlačenje spora i propuštanje stranke da imenuje svog arbitra.[34] U arbitražnoj praksi nailazimo na sadržajnija tumačenja izraza „okolnosti slučaja". Između ostalog okolnosti slučaja obuhvatanju i vladanje stranaka u arbitražnom postupku.[35]

Pravilnik o arbitraži LCIA-a iz 2014. godine u članu 28, stav 4 predviđa da arbitražni sud odlučuje o arbitražnim troškovima i troškovima zastupanja sledeći opšte načelo da je bitan relativni uspeh ili neuspeh stranaka u arbitraži, arbitražnoj odluci ili po pojedinim pitanjima o kojima se rešavalo. Od ovog načela može se odstupiti ako arbitražni sud smatra da njegova primena u okviru datog arbitražnog sporazuma ili i inače ne bi bila celishodna u datim okolnostima. Zatim se izričito navodi da arbitražni sud može takođe uzeti u obzir i vladanje (conduct) stranaka u arbitraži. Posebno se uzima u obzir svaka saradnja u cilju ostvarivanja efikasnosti postupka kao i svaka nesaradnja koja ima za posledicu nepotrebno odugovlačenje ili troškove.[36]

Pravilnik o arbitraži ICC-a u članu 38, stav 3 predviđa da arbitražni sud može donositi odluke o troškovima u svako doba u toku arbitražnog postupka i nalagati da se izvrši plaćanje troškova. Prema stavu 4, konačnom arbitražnom odlukom odlučuje se koja od stranaka snosi troškove arbitraže, odnosno u kojoj srazmeri ih stranke snose. Kriterijumi za odlučivanje predviđeni su na opšti način u stavu 5: prilikom odlučivanja o troškovima, arbitražni sud može da uzme u obzir okolnosti koje smatra relevantnim, uključujući i to u kojoj meri je svaka od stranaka arbitražu vodila ekspeditivno i ekonomično.

Pravilnik o arbitraži SCC-a predviđa lakonski da će arbitražni sud na zahtev stranke odmeriti troškove arbitraže između stranaka imajući u vidu ishod spora i druge relevantne okolnosti (član 43, stav 5).

Vašingtonska konvencija uređuje troškove postupka (*cost of proceedings*) u čl. 59–61. Primenjuju se takođe odredbe sadržane u pravilu 28 Pravilnika o arbitraži, koje za razliku od konvencijskih odredaba, nisu imperativne i od kojih stranke mogu sporazumno odstupiti (na primer u arbitražnoj klauzuli sadržanoj u BIT-u). Ako se pojavi neko proceduralno pitanje koje nije obuhvaćeno ni kon-

---

[33] David Caron, Niel Caplan, The UNCITRAL Arbitration Rules, A Commentary, 2nd edition, Oxford University Press 2013, 796.

[34] Ibidem, 797, fusnota 157.

[35] Ibidem, str. 796.

[36] Ova odredba je u sličnom obliku našla svoj put u Praška pravila o efikasnom vođenju postupka u međunarodnoj arbitraži (2018), član 11. https://praguerules.com/

vencijskim odredbama ni odredbama Pravilnika o arbitraži, a ni stranke se nisu sporazumele o tome pitanju, njega će rešiti arbitražni sud koji rešava o sporu (član 44 Konvencije).[37]

Članom 61, stav 2 Konvencije predviđeno je da arbitražni sud ako se stranke drukčije ne sporazumeju, utvrđuje troškove koje su stranke imale u vezi s postupkom i rešava kako i ko plaća te troškove, nagrade i troškove članova suda i naknade za korišćenje usluga Centra. Tvorci Konvencije nisu postavili pravilo o snošenju troškova, kao što bi npr. bilo pravilo da svaka stranka snosi sopstvene troškove (*pay your own way*, *PYOW*, „američko pravilo), ili alternativno, da stranka koja gubi spor snosi troškove (*costs follow the event, CFTE*, „englesko pravilo", „*the loser pays*").[38] To je svesno učinjeno da bi se arbitražnom sudu ostavila široka sloboda (discretion) pri odlučivanju o troškovima.[39] Primenom američkog pravila stranke snose arbitražne troškove po pola, a troškove zastupanja svaka za sebe.[40] Primenom engleskog pravila, arbitražni sud dolazi u situaciju da mora odrediti koja je stranka izgubila spor, kako bi mogao toj stranci da dosudi troškove. Postoji i varijanta ovog pravila [41] kod koje se vodi računa ne samo o opštem ili apsolutnom uspehu u sporu, već i o relativnom uspehu. Dosuđivanje troškova *pro rata* ili „prema relativnom uspehu" znači da će troškove za pojedine procesne radnje dobiti onaj u čiju korist je doneta odluka po pojedinim pitanjima o kojima je arbitražni sud odlučivao[42]. Na primer, bez obzira na to što je tužilac izgubio u meritumu, dosuđuju mu se troškovi koji su nastali u fazi odlučivanja o nadležnosti arbitražnog suda u kojoj je on odneo prevagu.[43]

3.2. Vladanje stranaka kao faktor pri odlučivanju o troškovima prema praksi arbitražnih sudova ICSID-a

Primena diskrecionih ovlašćenja iz Konvencije nije dovela do dosledne i pouzdane arbitražne prakse. Autorka Katarina Diel-Gligor tvrdi da su odluke

---

[37] Katharina Diel- Gligor, Towards Consistency in International Investment Jurisprudence, A Preliminary Ruling System for ICSID Arbitration, Brill, 2017, 237.

[38] Ibidem, 245.

[39] Donald Francis Donovan, Allocation of Costs, u knjizi Meg Kinnear, Geraldine R. Fischer, et al. (eds), Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, Kluwer Law International 2015, 558-559, s pozivom na pripremne materijale Konvencije.

[40] Daniel Robert Kalderimis, Noah Rubins, et al., ICSID Convention, Chapter VI, Article 61, Apportionment of expenses, u knjizi: Loukas A. Mistelis (ed), Concise International Arbitration, Second Edition, Kluwer Law International, 2015, 163.

[41] Kateryna Bondar, Allocation of costs in investor-State and commercial arbitration: towards a harmonized approach, 32 Arbitration International 2016, 51. Autorka ističe da je široko prihvaćeno mišljenje da je reč o varijanti pravila CFTE.

[42] Katharina Diel- Gligor, 246. Kateryna Bondar, 51.

[43] Kateryna Bondar, 52.

arbitara ICSID-a o troškovima nepredvidljive i arbitrerne.[44] S druge strane, ista autorka ističe, pozivajući se na više studija koje su se bavile proučavanjem ovog pitanja, da se u dve trećine ICSID-ovih predmeta postupak okončava primenom američkog pravila, odnosno, bez dosuđivanja troškova.[45] Ova vrsta odluke o troškovima posebno je zastupljena u postupku poništaja arbitražne odluke.[46]

Radi celovitog sagledavanja situacije, treba dodati da je primena američkog pravila dominirala u periodu pre 2006. g.[47] Posle toga došlo je do preokreta u praksi tako da sada sve više arbitražnih odluka donetih u okviru ICSID-a, kako u prvostepenom tako i u postupku za poništaj, prihvata načelo da stranka koja je izgubila spor plaća sve troškove ili bar deo troškova spora.[48] Donald Donovan izdvaja odluku u predmetu Libananko protiv Turske (*Libananco Holdings Co. Limited v.Republic of Turkey*) kao prekretnicu. Bila je reč o prvoj od tri ICSID-ove arbitraže koje je pokrenula porodica Uzan protiv Turske zbog navodnog ugrožavanja njihovih ulaganja u dva turska društva za snabdevanje električnom energijom – CEAS i Kepez. U druge dve arbitraže[49] doneta je odluka o nenadležnosti, a arbitri su između ostalog konstatovali da su tužbeni zahtevi fraudolozni i zlonamerni, te su stoga tuženom dosudili sve troškove spora. Konačno su i u predmetu Libananko, u odluci donetoj 2011. g., arbitri zaključili da nisu nadležni jer tužilac nije uspeo da dokaže da je stvarno imao investiciju, odnosno, akcije u dva elektro-energetska privredna društva o kojima je bila reč. Stranke su podnele troškovnik koji je u zbiru premašivao 60 miliona dolara (24,4 miliona Libananko i 35,7 miliona Turska). Našavši se pred izborom između dva konkurentna principa za odlučivanje o troškovima, arbitražni sud odlučio se za princip da pobednik u arbitražnom sporu ima pravo da mu se nadoknade troškovi:[50]

> „Ovaj arbitražni sud smatra da pravilo po kome se troškovi dosuđuju pobedniku služi za sledeće svrhe: da se uspešnoj stranci nadoknade nužni troškovi zastupanja i drugi troškovi koje je imala, da se obeshrabre neosnovane tužbe i takođe, da se destimuliše preterano parničenje. Takođe, ovo pravilo

[44] Katharina Diel-Gligor, 246. Kako konstatuje autorka: „No uniform, generally accepted and hence reliable approach in awarding fees and expenses is perceivable so far." Ibidem, 249.

[45] Ibidem 247.

[46] Katharina Diel-Gligor, 247. Sa ovim se slaže i Katarina Bondar, koja je utvrdila da u 67 % postupaka poništaja, troškovi postupka ne budu dosuđeni pobedniku. Kateryna Bondar, 49.

[47] Donald Donovan, 558; Matthew Hodgson, Costs in Investment Treaty Arbitration: The Case for Reform, 11 Transnational Dispute Management Journal, 1/2014, 2.

[48] Donald Donovan, 555.

[49] Europe Cement v. Turkey, ICSID Case No.ARB(AF)/07/2, Award, 13 August 2009, i Cementownia „Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17 September 2009.

[50] Donald Donovan, 556.

ostavlja arbitražnom sudu dovoljno prostora da uzme u obzir i ona pitanja u kojima je stranka koja je izgubila spor ipak bila uspešna, kao i da uzme u obzir posledice koje su na troškove imali procesni prigovori koje je ulagala jedna ili druga stranka.“[51]

U odluci u predmetu Georg Gavrilović protiv Hrvatske (*Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia*) donetoj 2018.g., konstatuje se sledeće:

„Opšte je načelo u međunarodnoj arbitraži da stranka koja je po arbitražnoj odluci uspela u svom zahtevu ima pravo na povraćaj svojih troškova zastupanja.[...] Arbitražni sud konstatuje da je tradicionalni stav u investicionoj arbitraži bio da se ti troškovi dele ravnopravno. [...] Međutim, noviji trend je da se primeni pristup da „strana koja je izgubila spor plaća [troškove].““[52]

Bez obzira na nedavni preokret i novi trend, još uvek nema doslednog pristupa u odlučivanju o troškovima u ICSID-ovoj arbitraži.[53] Mnogi arbitri i dalje slede „tradicionalno“ američko pravilo.[54] Izvod iz jedne novije arbitražne odluke svedoči o tome da i dalje vlada neujednačenost arbitražne prakse kao i pre desetak godina:[55]

---

[51] Libananco Holdings Co. Limited v.Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Award, 2 September 2011, pasus 563.

[52] Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia, ICSID Case No. ARB/12/39, Award, 26 July 2018, pasus 1316. Isti trend se pominje i u sledećim odlukama: Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania, ICSID Case No. ARB/12/25, Award 18 April 2017, pasus 311 i OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/25, 10 March 2015, pasus 964.

[53] Kateryna Bondar, 48.

[54] Donald Donovan, 558, navodi sledeće novije predmete u kojima su se arbitri opredelili za „američko“ pravilo: Poštová and Istrokapital v. Hellenic Republic, ICSID Case No. ARB/13/8, Award 9 April 2015, PNG v. Papua New Guinea, ICSID Case No. ARB/13/33, Award, 5 May 2015, i Venoklim Holdigs B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/12/22, Award 3 April 2015. Tome se mogu dodati i predmeti Joseph Houben v. Republic of Burundi, ICSID Case No. ARB/13/7, Award 12 January 2012, Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium, ICSID Case No. ARB/12/29, Award, 30 April 2015, Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedöház Vagyonkezelö Zrt. v. Hungary, ICSID Case No. ARB/12/3, Award 17 April 2015, Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/12/2, Award, 16 April 2014, Vigotop Limited v. Hungary, ICSID Case No. ARB/11/22, Award 1 October 2014. U arbitražnoj odluci u predmetu PNG protiv Papue Nove Gvineje, arbitražni sud je detaljno obrazložio faktore koje treba uzeti u obzir prilikom odlučivanja, kao i svoju odluku da ne dodeli tuženoj državi troškove mada se oglasio nenadležnim po njenom prigovoru.

[55] Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, 1225.

„Mogu se razlikovati dva glavna pristupa prilikom odlučivanja o troškovima u investicionoj arbitraži. Neki arbitražni sudovi raspodeljuju troškove ICSID-a jednako tamo gde su i nastali i donose odluku da svaka stranka treba da snosi svoje troškove. Drugi primenjuju pravilo „*costs follow the event*", određujući da stranka koja je poražena snosi sve ili deo troškova postupka, uključujući i troškove stranke koja je pobedila. Nadalje, dodatni kriterijum koji je široko prihvaćen jeste opšte vladanje stranke, kao i ozbiljnija ili manje ozbiljna priroda tužbe od koje se branila."[56]

Poslednja rečenica ukazuje da su arbitražni sudovi ICSID-a u mnogim predmetima uzimali u obzir, između ostalog, i vladanje stranaka tokom arbitražnog postupka.[57] Ponekad su upravo ovaj kriterijum koristili kao razlog za odstupanje od principa da svaka stranka snosi svoje troškove: „praksa arbitražnih sudova jeste da podele troškove postupka između stranaka, izuzev kada je vladanje jedne od stranaka prouzrokovalo povećanje troškova."[58] S druge strane, često su isti kriterijum koristili i za korigovanje principa da pobednik ima pravo na punu nadoknadu troškova.[59]

U predlogu novog Pravilnika o arbitraži ICSID-a, vladanje stranaka zauzima isti rang kao i pobeda u sporu među kriterijumima za odlučivanje o troškovima.[60]

---

[56] Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/13/13, Award, 27 September 2017, pasus 1253.

[57] Donald Donovan, 563. Donovan kao primere navodi Burimi SRL and Eagle Games SH.A v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/18 Award, 29 May 2013 (nekoherentna argumentacija tužioca; navođenje potpuno neubedljivih osnova nadležnosti, pasusi 163-164) i SAUR International S.A. v.ArgentineRepublic, SAUR International SA v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/04/4, Award, 22 May 2014 (odugovlačenje postupka do koga je došlo usled pregovora i zaključenja poravnanja koje uglavnom Argentina nije poštovala, te je došlo do nastavka arbitraže i novih troškova, pasus 407).

[58] LESI v. Algeria, ICSID Case No ARB/03/8, Award, 12 November 2008, pasus 186; Donovan, 558.

[59] Tako npr. u predmetu İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/24, Award, 8 March 2016, pasus 409, usmena rasprava koja je bila zakazana morala je da se odloži na zahtev tuženog, što je izazvalo značajno odugovlačenje postupka i dodatne troškove s tim u vezi. Zbog toga je arbitražni sud većinom glasova dosudio tuženoj državi samo 20 % troškova arbitraže (odnosno, 1,75 miliona USD), uprkos tome što je dobila spor. U predmetu AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü v. Republic of Hungary, Award, September 23, 2010, pasus 15.3.3. arbitražni sud konstatuje da nije bilo očigledno neosnovanih zahteva niti su stranke postupale u lošoj veri, pa stoga zaključuje da svaka strana treba da snosi svoje troškove i da treba ravnopravno da podele troškove arbitražnog suda i sekretarijata ICSID-a.

[60] ICSID Rules and Regulations Amendment Process, Arbitration Rule 51. Working Paper #3: Proposals for Amendment of the ICSID Rules. https://icsid.worldbank.org/en/amendments [vebsajt posećen 9. oktobra 2019.].

U principu, dve vrste procesnog vladanja mogu dovesti do nepovoljne odluke o troškovima. Prvu čini postupanje stranke koje objektivno izaziva dodatni utrošak vremena i novca bez obzira na nameru stranke da odugovlači spor ili da otežа procesni položaj druge strane. Kao primer se može navesti predmet Telenor protiv Mađarske (*Telenor v. Hungary*) u kome je razlog za odstupanje od američkog pravila bila činjenica da su podnesci tužioca bili nedosledni i nedovoljno konkretni, što je otežalo razumevanje tužbenog zahteva arbitražnom sudu i odbranu tuženoj državi.[61] Drugu vrstu čini vladanje koje arbitražni sud ocenjuje kao fraudolozno ili zlonamerno (mala fide), a usmereno je ka ostvarivanju istih ciljeva.[62]

Jedan od prvih slučajeva kada je uzeto u obzir nesavesno postupanje stranke u praksi ICSID-a bio je predmet Letko protiv Liberije (*LETCO v. Liberia*). Tužiocu su dosuđeni arbitražni troškovi i troškovi zastupanja zbog procesne nesavesnosti (*procedural bad faith*) tužene države: ne samo što Liberija nije učestvovala u arbitraži već je protiv tužioca pokrenula u istoj stvari parnicu pred sopstvenim sudovima.[63]

Odluka o troškovima koristi se kao sankcija za procesno nesportsko ponašanje [64] i arbitražni sud je skloniji da dosudi troškove pobedničkoj strani ako se gubitnička strana loše ponela.[65] U većini slučajeva, arbitražni sudovi ICSID-a su vodili računa prvenstveno o prevarnim i nesavesnim postupcima (*fraud and procedural misconduct*) stranke koja je izgubila spor. Jedan autor navodi da je loše vladanje stranke uzeto u obzir u 21 % predmeta, dok je na primer relativni uspeh uzet u obzir u 45 % predmeta u ICSID-u.[66]

Na taj način se dodaje element nesavesnosti uz element štete koji treba istovremeno da budu prisutni da bi se ponašanje stranke uzelo u obzir i sankcionisalo odlukom o troškovima. Dilatorno i nekooperativno vladanje povećava troškove arbitraže i zastupanja, te se stoga mora sankcionisati.[67] To su arbitri izričito naveli u predmetu *Cementovnija protiv Turske* (*Cementownia „Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey*):

---

[61] Telenor v Hungary, pasus 107, sa pozivom na pasuse 33, 36-39, 41 i 71-75.

[62] O korišćenju načela dobre vere kao procesnog i supstancijalnog pravila međunarodnog investicionog prava videti opširnije: Sanja Đajić, Mapping the good faith principle in international investment arbitration: Assessment of its substantive and procedural value, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, 2012, vol. 46, br. 3, pp. 207-233.

[63] LETCO v. Liberia, Award, 31 March 1986; Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, 1230.

[64] Daniel Robert Kalderimis, Noah Rubins, et al., 163.

[65] Katharina Diel- Gligor, 248.

[66] Mathew Hodgson, 5.

[67] Noah Rubins, The Allocation of Costs and Attorney's Fees in Investor-State Arbitration, 18 ICSID Review – FILJ, 2003,126.

„Što se tiče sankcije za slučaj zloupotrebe prava, arbitražni sud ICSID-a može da dosudi troškove na teret stranaka kao sankciju za vladanje u postupku koje smatra dilatornim ili neprimerenim.[68]

U sklopu toga, pitanje je da li neplaćanje predujma za arbitražne troškove treba da se smatra nesavesnim ponašanjem tužioca koje treba sankcionisati i da li ono izaziva dodatne troškove koje treba naknaditi tužiocu.

3.3. Neplaćanje predujma kao faktor pri odlučivanju o troškovima spora prema praksi arbitražnih sudova ICSID-a

Neplaćanje predujma se retko eksplicitno pominje u odlukama arbitražnih sudova ICSID-a kao faktor u odlučivanju o troškovima spora, odnosno kao nepoželjno vladanje, a ni doktrina ga ne svrstava uvek u tu kategoriju.[69] Može se ponovo navesti odluka u predmetu Cementovnija protiv Turske,[70] ali uz dve ograde: prvo, da je bila reč o neplaćanju dva predujma koja je od tužioca tražio Sekretarijat ICSID-a, tako da je Turska kao tužena morala da finansira gro troškova arbitražnog postupka i drugo, da je neplaćanje predujma bio samo jedan od faktora koje je arbitražni sud uzeo u obzir da bi primenio princip da stranka koja gubi spor (tužilac) snosi sve troškove spora. U vreme donošenja odluke, još uvek se u ICSID-ovoj arbitraži dominanto primenjivalo američko pravilo[71], pa je arbitražni sud smatrao za potrebno da obrazloži zašto će odstupiti od prakse drugih arbitara i primeniti drugi princip. Na kraju, treba dodati da je ovo jedna od odluka u kojima je arbitražni sud našao da je tužilac zloupotrebio postupak ICSID-a (*abuse of process*), pa se tužiočevo neplaćanje predujma može posmatrati kao samo jedan od elemenata koji je doveo do odluke o troškovima spora koji padaju na njegov teret[72].

---

[68] Cementownia „Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17 September 2009, 158.

[69] Npr. autori Salivan i Ingl (Sullivan & Ingle), pri nabrajanju radnji koje spadaju u „procedural misconduct" na str. 734, ne navode neplaćanje predujma za troškove spora.

[70] Cementownia „Nova Huta" S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award 17 September 2009, pasus 177.

[71] Vid, opširnije Lucy Reed, Allocation of Costs in International Arbitration, 26 ICSID Review – FILJ 2011, 79.

[72] Pored arbitraže Cementovnija protiv Turske, Lusi Rid (Lucy Reed, 82) navodi još dva predmeta u kojima je arbitražni sud dosudio tuženom kompletne troškove spora zbog toga što je utvrdio postojanje zloupotebe postupka: Feniks Ekšn protiv Češke i Jurop Cement protiv Tuske. Jedan od novijih predmeta u kojem je tužilac morao da plati troškove tuženog zbog zloupotrebe postupka je Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/11/17, Award 9 January 2015.

U predmetu Sosiete civil imobilier de Gaeta protiv Republike Gvineje (*Société Civile Immobilière de Gaëta v. Republic of Guinea*)[73], arbitražni sud je naveo da je rezultat postupka primarni kriterijum o kome treba voditi računa pri odlučivanju o troškovima, ali da arbitražni sud može uzeti u obzir i druge okolnosti, a naročito vladanje stranke u toku postupka. U konkretnom slučaju arbitri su kao nekorektno ponašanje označili upravo neplaćanje predujma za troškove spora:

„Treba voditi računa o tome da je tužena država povredila i neke od svojih obaveza, a najflagrantnija povreda je to što je više puta odbila da položi deo predujma koji je Centar od nje tražio u skladu sa merodavnim pravilima; čineći tako ona je prisilila tužioca da stupi na njeno mesto za celokupni iznos predujma. To što je konačno pobedila u sporu tu ništa ne menja; obaveza polaganja predujma je sistematska i upravo nezavisna od šansi za uspeh u sporu.“[74]

Arbitri su takođe smatrali da je tužena, pored neplaćanja predujma, otežala postupak i sporošću sa kojom je svojim advokatima predala dokumentaciju koja je od nje tražena u dokaznom postpuku. Zbog ovih povreda procedure, arbitri su dosudili tuženoj samo 80 % arbitražnih troškova i troškova zastupanja, mada su se po njenom zahtevu oglasili nenadležnim.

Uverena da je arbitražni sud nenadležan, Venecuela je u predmetu koji je protiv nje pokrenula Fabrika Vidrios Los Andes odbila da plati svoj deo predujma za troškove. Arbitražni sud je konstatovao da je time „porastao finansijski teret za tužioce u vođenju arbitraže od samog početka, a za tuženu je to rezultiralo odgovarajućom koristi.“ Zatim je zaključio da je ta korist sasvim dovoljna kao priznanje za tuženu državu što je uspela da uveri arbitražni sud da nije nadležan za spor koji mu je poveren. Shodno tome, odlučio je da će tužilac u celosti snositi troškove arbitraže koje je već inače predujmio, a što se tiče troškova zastupanja, njih će svaka strana samostalno snositi.[75] Jedan od faktora zbog kojih nije dosudio Venecueli troškove zastupanja bilo je upravo njeno odbijanje da podeli teret avansnog plaćanja troškova postupka sa tužiocima.

Pomenimo još i predmet Eudoro protiv Paragvaja, u kome je arbitražni sud, uprkos tome što je odbio sve tužbene zahteve, podelio proceduralne troškove na jednake delove između stranaka i odredio da svaka snosi sopstvene troškove zastupanja, uz obrazloženje da je u prvoj fazi, u kojoj se odlučivalo o prigovoru nenadležnosti, postupak nekoliko puta bio odlagan zbog kršenja obaveze Para-

[73] Société Civile Immobilière de Gaëta v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/12/36, Award, 21 December 2015, pasusi 301-309.

[74] Ibidem, 307.

[75] Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/12/21, Award, 13 November 2017, pasus 319.

gvaja da uplati predujam na osnovu Pravila 14 Administrativnog i finansijskog pravilnika.[76]

Koliko god da povreda obaveze plaćanja predujma može izgledati ozbiljna, ona će vrlo retko dovesti do odgovornosti države za plaćanje dela troškova. Posebno kada je u pitanju nesavesnost, ona se retko pominje kao razlog za propuštanje da se uplati sopstveni deo predujma.

Kao primer se može navesti odluka arbitražnog suda u predmetu Union Fenosa protiv Egipta (*Union Fenosa Gas v Egypt*) koju su većinom glasova doneli arbitri Vider (Veeder), Rauli (Rowley) i Klodfelter (Clodfelter). Tužilac je u celosti platio predujam za arbitražne troškove koji je iznosio 700 hiljada dolara.[77] Arbitražni sud je uprkos tome konstatovo da su obe stranke, tužilac i tuženi, kao i njihovi advokati u dobroj veri vodili ovu složenu arbitražu, bez ikakvog neprikladnog vladanja.[78] Glavni princip na kome je arbitraži sud u ovom sporu zasnovao odluku o troškovim bio je „da gubitnik plaća". Arbitri su konstatovali da većina arbitražnih veća u ICSID-ovoj arbitraži primenjuje ovaj princip kao način da se naknadi šteta koju je tužilac koji je uspeo u zahtevu pretrpeo u arbitražnom postupku. Bez te naknade, tužilac bi uprkos uspeha u sporu, bio kažnjen što je posegao za ICSID-ovom arbitražom.

Slično je i u predmetu Lundin protiv Tunisa (*Lundin v. Tunisia*), arbitražni sud prvo konstatovao da je tužilac platio gotovo celokupne troškove spora, da bi zatim ocenio kako „stranke nisu dokazale da je bilo zloupotreba ili nesavesnog ponašanja, ni pre arbitražnog postupka, ni u toku postupka."[79] U predmetu Tenaris protiv Venecuele (*Tenaris v. Venezuela*), tužilac je platio u celosti treći predujam za troškove spora jer je Venecuela propustila da to učini.[80] Tužilac se nije pozvao na ovaj propust Venecuele kao ponašanje koje bi trebalo sankcionisati odlukom o troškovima, a arbitražni sud je u odluci konstatovao da nesavesno ponašanje Venecuele u postupku na koje se tužilac jeste generalno pozivao, nije doseglo onoliku težinu koja se tražila u odlukama prethodnih arbitražnih sudova kao uslov za sankcionisanje putem troškova.[81] Jedini deo troškova koji je arbitra-

---

[76] Eudoro v. Paraguay ICSID Case No ARB/98/5, Award, 26 July 2001, pasus 85.

[77] Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/14/4, Award, 31 August 2018, pasus 12.19.

[78] Ibidem, pasus 12.15.

[79] Lundin Tunisia B.V. v. Republic of Tunisia, ICSID Case No. ARB/12/30, Sentence, 22 décembre 2015, pasusi 393 i 398. Vid. takođe i predmet Société Industrielle des Boissons de Guinée v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/12/8, pasus 128. Tužiocu je određeno da plati Gvineji 70 % troškova spora, mada kao tužena nije platila predujam za troškove. Odluka takođe sadrži ocenu da su se stranke ponašale savesno u toku postupka.

[80] Tenaris S.A. and Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/26, pasus 624.

[81] Ibidem, pasus 618.

žni sud dosudio tužiocu koji je uspeo da dokaže eksproprijaciju u ovom sporu, bio je upravo deo trećeg predujma koji Venecuela nije uplatila i koji je tužilac uplatio umesto nje. Sve ostale troškove, stranke su snosile same.[82]

U sporu *Čerčil majning protiv Indonezije* (*Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*)[83] obe strane su tražile nadoknadu troškova spora. Kao jedna od stavki u troškovima koje je tužilac potraživao od tuženog javili su se troškovi koje je imao usled kašnjenja tuženog u plaćanju petog predujma za troškove.[84] Ukupni troškovi spora su bili pozamašni – 1,6 miliona dolara na ime troškova arbitara i ICSID-a, plus troškovi zastupanja koji su kod tužioca izneli 4,08 miliona dolara, a kod tuženog 12,32 miliona dolara.[85] Prilikom odlučivanja o tome ko će na kraju snositi te troškove arbitražni sud je uzeo u obzir pre svega uspeh u sporu koji je bio na strani tuženog. Mada je tužilac prevagnuo u prvoj fazi postupka, na pitanju nadležnosti, arbitražni sud mu nije dosudio troškove te faze postupka kao što se često radi, jer je arbitražna tužba bila zasnovan na falsifikovanim dokumentima, te shodno tome, po rečima arbitara „nije ni trebalo da bude podneta".[86] Pored toga, razlozi zbog kojih je Indonezija prigovorila nadležnosti arbitražnog suda bili su ozbiljni i mada nisu usvojeni, pokrenuli su legitimna pitanja o tumačenju BIT-ova. Drugi faktor koji je uzet u obzir bila je velika razlika u troškovima zastupanja koje su imali tužilac i tuženi. Usled ove razlike, naglašavajući da koristi svoje diskreciono pravo da odluči o odmeravanju troškova, arbitražni sud je odredio da tužilac ima da nadoknadi Indoneziji 75 % troškova zastupanja. Priznao je da taj rezultat može da izgleda nemilosrdan u odnosu tužioca („*may seem harsh to the Claimants*"), ali ga u vizuri arbitara opravdava postojanje prevare i falsifikata kojima se tužilac poslužio.[87] Tuženom je takođe priznato pravo na nadoknadu 100 % arbitražnih troškova koje je platio ICSID-u. Pri tom, arbitražni sud nije ni pomenuo zahtev tužioca koji se odnosio na kašnjenje tuženog u plaćanju petog predujma. Prema tome, ne samo što ovaj zahtev tužioca nije uvažen, već arbitražni sud, nije našao za shodno ni da se osvrne na taj deo argumentacije tužioca u pasusima 550-556 u kojima je obrazložio svoju odluku o troškovima.

Ponekad tuženi ima opravdan razlog za neplaćanje predujma. Kao takve, Miša Biler (*Mischa Bühler*) u kontekstu komercijalne arbitraže pominje, na primer,

---

[82] Ibidem, pasus 624.

[83] Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Award, 6 December 2016 (Michael Hwang, Albert van den Berg i Gabrielle Kaufman-Kohler).

[84] Ibidem, pasus 537.

[85] Ibidem, pasusi 551 i 556.

[86] Ibidem, pasus 550.

[87] Ibidem, pasus 552.

insolventnost ili stečaj tuženog, ali i nenadležnost arbitražnog suda[88]. Države obično navode neki objektivan razlog zašto nisu uplatile predujam, pa se u tom slučaju neplaćanje ne može tretirati kao zlonamerno. U predmetu Getma protiv Republike Gvineje (*Getma v. The Republic of Guinea*), arbitražni sud je ukorio Gvineju što nije platila nijedan predujam mada se obavezala u svom zakonodavstvu o investicijama da će sporove rešavati arbitražom u okviru ICSID-a. Arbitražni sud je posebno naglasio da tužena država nije ni pokušala da se opravda za neplaćanje. U navedenom postupku arbitražni sud je naložio da svaka stranka snosi svoje advokatske troškove, a arbitražne troškove je raspodelio u srazmeri 40 % Gvineja i 60 % tužilac (mada je tužilac po pojedinim tužbenim zahtevima dobio spor)[89].

Pitanje je kakvu štetu trpi strana koja je uplatila predujam umesto druge strane. Odgovor možemo naći u jednoj novijoj odluci u kojoj je ad hok odbor nadležan za poništaj odluke po Vašingtonskoj konvenciji razmatrao uticaj kašnjenja Venecuele sa uplatama predujma u postupku za poništaj arbitražne odluke koji je sama pokrenula:

> „Kašnjenje podnosioca zahteva imalo je za posledice brojne nepotrebne komunikacije i značajno ometanje postupka, uključujući i devetomesečno odlaganje usmene rasprave o poništaju, čiji je datum bio određen već u Procesnoj naredbi br. 1.”[90]

Ad hok odbor se pozvao na jednu raniju odluku ad hok odbora u sporu Repsol protiv Petroekvadora (*Repsol v. Petroecuador*).[91] Zbog izuzetno velikog kašnjenja podnosioca zahteva za poništaj, Petroekvadora, sa plaćanjem prvog predujma za troškove kao i odbijanja da plati kasnije tražene rate predujma, odbor je presudio da Petroekvador treba da plati sve arbitražne troškove i polovinu troškova zastupanja i drugih troškova koje je imao Repsol.

Može se konstatovati da su u oba pomenuta predmeta stranke koje su obavezane da plate troškove drugoj strani zbog kašnjenja sa plaćanjem predujma bile podnosioci zahteva za poništaj koji su izgubili spor. Neplaćanje predujma je samo dodatno opravdalo primenu principa da stranka koja gubi spor snosi i tro-

---

[88] Micha Bühler, 290. Ukoliko država tvrdi da arbitražni sud nije nadležan jer nije sklopljen arbitražni sporazum, onda takođe veruje da nema ugovornu obavezu prema tužiocu da plati predujam za troškove. Markus Altenkirch, Jan Frohloff, 726-727.

[89] Getma International and others v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/11/29, Sentence, 13 décembre 2016, pasus 476.

[90] OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/25, Decision on the Application for Annulment, 6 December 2018, pasus 390.

[91] Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/01/10, Decision on the Application for Annulment, 8 January 2007, pasus 88.

škove spora.[92] To umanjuje značaj neplaćanja predujma kao samostalnog faktora koji bi mogao da utiče na odmeravanje troškova u situaciji kada strana koja nije platila predujam na kraju dobije spor.

Mora se imati u vidu ipak još jedna konstatacija sa kojom se arbitražni sudovi slažu i većina je pominje u obrazloženju odluke o troškovima: po članu 61, stav 2 Vašingtonske konvencije, arbitražni sud uživa široku slobodu (*discretion*) da odmeri i raspodeli troškove. U sklopu toga mogao bi uzeti u obzir i činjenicu da tuženi nije na vreme ili nije uopšte platio svoj deo predujma za troškove spora. Za sada osim odluka u predmetima *Sosiete civil imobilier de Gaeta protiv Republike Gvineje, Eudoro protiv Paragvaja, i Fabrika Vidrios Los Andes protiv Venecuele*, nema drugih odluka koje bi posvedočile da je taj faktor relevantan u slučaju kada je neplatiša dobio spor, ali to ne znači da ih u budućnosti neće biti više.

ZAKLJUČAK

Posle proučavanja arbitražne prakse i pravilnika o arbitraži, pokazalo se da su početne hipoteze bile u najvećem delu tačne. Tužilac u ICSID-ovoj arbitraži treba da računa sa rizikom da će morati da finansira celu arbitražu, jer nema sankcije za propuštanje tuženog da učestvuje u finansiranju tokom postupka. Jedina posledica propuštanja tuženog predviđena odredbama Vašingtonske konvencije i merodavnih pravilnika ICSID-a jeste pravo tužioca da stupi na njegovo mesto i da plati umesto njega odgovarajući deo predujma. U ICSID-ovoj arbitraži nije predviđeno pravo arbitražnog suda da donese delimičnu odluku kojom bi već u toku postupka, pre konačne odluke o troškovima spora, dosudio vraćanje položenog predujma onoj stranci koja je stupila na mesto druge stranke i platila njen deo predujma. Takođe ni zahtev za izdavanje privremene mere slične sadržine nije uspeo u predmetu Vale Verde protiv Venecuele u kome je postavljen. Na kraju, činjenica da tuženi nije platio svoj deo predujma za arbitražne troškove ili da je kasnio u plaćanju predujma, s obzirom na široku diskreciju koju arbitri uživaju na osnovu merodavnih pravila, može uticati na konačnu odluku o troškovima spora u ICSID-ovoj arbitraži. Međutim, u praksi se ta činjenica retko uzima u obzir jer drugi faktori imaju veći uticaj i obično odnose prevagu. Osim toga, uko-

[92] U predmetu AHS Niger and Menzies Middle East and Africa S.A. v. Republic of Niger, ICSID Case No. ARB/11/11, Sentence, 15 July 2013, pasus 165, tužena Republika Niger takođe nije platila predujam za troškove, a kasnije je izgubila spor. Arbitražni sud je objasnio da je činjenica da je Niger propustio da izvrši svoju obavezu u arbitražnom postupku otežala postupak i da je bila izvor dodatnog posla za arbitražni sud. Na kraju je arbitražni sud dosudio tužiocima sve arbitražne troškove i 75 % troškova zastupanja.

liko se kao uslov za dosuđivanje troškova postavi savesnost i određena šteta koja je nastala za tužioca usled neprimerenog ponašanja tuženog, onda se ispunjenje tih uslova pokazuje kao teško ostvarivo kada je u pitanju neplaćanje predujma za troškove. Kao uteha za tužioce ostaje činjenica da je vrlo mali broj slučajeva u kojima tužene države ne plaćaju svoj deo predujma u ICSID-ovoj arbitraži. One bi time narušile svoj finansijski ugled i prekršile dvostruku ugovornu obavezu – na osnovu Vašingtonske konvencije i odgovarajućeg BIT-a.

LITERATURA I IZVORI

Niel Kaplan, Non-Payment of Advances on Costs, No Pay Can Play?, u knjizi: David D. Caron, Stephan W. Schill, Abbey Cohen Smutny, Epaminontas E. Triantafilou, Practicing Virtue: Instide International Arbitration, Oxford, 2015

Micha Bühler, Non-payment of the advance on costs by the respondent party – is there really a remedy? 24 *ASA Bulletin* br. 2/2006, 290

Peter Turner, Reza Mohtashami, A Guide to the LCIA Arbitration Rules, Oxford University Press, 2009

Markus Altenkirch, Jan Frohloff, The Advance on Costs in Investment Arbitration, ICSID Review, volume 33, issue 3, Fall 2018

Jeffery Commission, Rahim Moloo, Procedural Issues in International Investment Arbitration, Investment Claims, *Oxford International Arbitration Series*, 2018

Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd edition, Cambridge University Press, 2009

Jeffrey Sullivan, David Ingle, Interim Costs Orders: The Tribunal's Tool to Encourage Procedural Economy, u knjizi: Jean E. Kalicki, Anna Joubin-Bret, *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Brill, 2015

Marko Jovanović, Ključne odlike finansiranja troškova arbitraže od trećih lica, Pravo i privreda, 2017, vol. 55, br. 4-6, pp. 493-509

Eliane Fischer, Flavio Peter, „Costs Follow Conduct" – A Musical Altercation, *Kluwer Arbitration Blog*, October 26, 2017 http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/10/26/costs-follow-conduct-musical-altercation/

David Caron, Niel Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules, A Commentary*, 2nd edition, Oxford University Press 2013

Katharina Diel-Gligor, *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence, A Preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, Brill, 2017

Donald Francis Donovan, Allocation of Costs, u knjizi Meg Kinnear, Geraldine R. Fischer, et al. (eds), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International 2015, 558-559

Daniel Robert Kalderimis, Noah Rubins, et al., ICSID Convention, Chapter VI, Article 61, Apportionment of expenses, u knjizi: Loukas A. Mistelis (ed), *Concise International Arbitration*, Second Edition, Kluwer Law International, 2015, 163

Kateryna Bondar, Allocation of costs in investor-State and commercial arbitration: towards a harmonized approach, 32 *Arbitration International* 2016, 51

Matthew Hodgson, Costs in Investment Treaty Arbitration: The Case for Reform, 11 *Transnational Dispute Management Journal*, 1/2014, 2

Sanja Đajić, Mapping the good faith principle in international investment arbitration: Assessment of its substantive and procedural value, *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad,* 2012, vol. 46, br. 3, pp. 207-233

Noah Rubins, The Allocation of Costs and Attorney's Fees in Investor-State Arbitration, 18 *ICSID Review – FILJ,* 2003,126

Lucy Reed, Allocation of Costs in International Arbitration, 26 *ICSID Review – FILJ* 2011, 79

Maja D. Stanivuković, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs

Default in payment of the advance on costs in ICSID arbitration

***Abstract**: This paper examines the consequences of the respondent''s default in payment of the advance on costs in investment arbitration administered by the ICSID. First, it explores the consequences of the respondent's default pursuant to other arbitration rules also used in investment arbitration. Then it examines the possibilities for an arbitral tribunal in ICSID proceedings to award the claimant the substitute payment it made for the respondent in a decision or order prior to the final award. Finally, the paper discusses the possibility for the tribunal to take into account the respondent's default by apportioning costs in the final award.*

***Keywords**: arbitration, ICSID, costs of the proceedings*

Datum prijema rada: 10.11.2019.

Pregledni članak 658.310.42:342.734]:006.3(100)
doi:10.5937/zrpfns53-23616

Dr Senad R. Jašarević, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
S.Jasarevic@pf.uns.ac.rs

Darko M. Božičić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
d.bozicic@pf.uns.ac.rs

ZAŠTITA OD NASILJA I UZNEMIRAVANJA NA RADU U MEĐUNARODNIM PRAVNIM STANDARDIMA*

***Sažetak**: Nove okolnosti u svetu dovele su do porasta nasilja u društvu i nasilja na radu. Borba protiv različitih oblika nasilja na radu poslednjih godina je u fokusu mnogih zemalja, a ove godine Međunarodna organizacija rada (MOR) donela je specijalne dokumente o tome. To su prvi međunarodni akti koji se integralno bave problemom nasilja u oblasti rada. Uz prikaz međunarodne regulative, u radu se govori o oblicima, karakteristikama i specifičnostima nasilja na radu.*

***Ključne reči**: rad, radni odnosi, nasilje, uznemiravanje, međunarodna regulativa.*

1) UVOD

Iako bi sa civilizacijskim razvojem društva i ljudskih prava u svetu bilo logično da se nasilje u društvu smanjuje, ono je u porastu u svim oblastima života. Tako je i u domenu rada, koji predstavlja jednu od najsloženijih i najkonfliktnijih socijalnih aktivnosti.

* Ovaj rad rezultat je istraživanja na projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ koji sprovodi Pravni fakultet u Novom Sadu.

Prema izveštaju Svetske zdravstvene organizacije (SZO), svake godine 1,6 miliona ljudi izgubi život usled nasilja.[1] Na ovaj problem često se uopšte ili neadekvatno reaguje jer se zanemaruju posledice nasilja ili se ono toleriše. Uz svaku osobu koja umre usled posledica nasilja, mnogi više ima povređenih ili lica koja trpe raznolike, fizičke, seksualne, reproduktivne ili mentalne zdravstvene probleme. Tu su i problemi na nivou društva. Nasilje izaziva milionske troškove, zbog potrebe lečenja, pravne zaštite žrtava i umanjenja produktivnosti.[2]

Jedan od razloga zašto se nasilje nedovoljno ozbiljno tretira je i to što pored vidljivog (očiglednog nasilja), postoji i manje vidljivi oblici nasilja. Oni obuhvataju širok spektar postupaka, koji prevazilaze fizičke radnje (mentalno – psihološko nasilje).[3]

U domenu rada nasilje i uznemiravanje je u porastu u poslednje dve decenije i predstavlja narastajući problem.[4] Razlozi za to su brojni i razlikuju se od društva do društva, a mogli bi se svrstati u „tradicionalne" i „aktuelne uzroke nasilja". U tradicionalne spadaju: odsustvo tolerancije, nizak kulturni nivo, tolerisanje eksploatacije, „patrijahalni" pogled na svet i ulogu pojedinaca i polova,[5] tradicionalno nepovoljniji tretman „ranjivih" grupa, klasna i druga raslojenost, rasna, nacionalna i druga netrpeljivost. Aktuelni uzroci nasilja su: globalna ekonomska kriza, siromaštvo radne populacije, masovno gubljenje poslova, opadanje radnih standarda, socijalna nesigurnost, smanjenje društvene solidarnosti, konflikti u društvu.

Među naročito osetljivim grupama, koje su masovno izložene nasilju nalaze se žene.[6] Generalno, nasilju nad ženama – tzv. rodnom nasilju, se poklanja nedo-

---

[1] World report on violence and health, World Health Organisation, 2002, https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/abstract_en.pdf, uvodni deo.

[2] Ibidem.

[3] World report on violence and health, 3.

[4] Vid: Jane Pillinger, Violence and Harassment Against Women and Men in the World of Work, International Labour Organization 2017, Geneva, XII i 9; Workplace violence and harassment: A European Picture, EU-OSHA, 2011, https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/publications/reports/violence-harassment-TERO09010ENC/view; Violence and harassment in European workplaces: Causes, impacts and policies, EUROFOUND, 2015, Dublin, https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_comparative_analytical_report/field_ef_documents/ef1473en.pdf

[5] U tom smislu npr. Istambulska konvencija (Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici – 2011), u čl. 42, st. 1, predviđa: „Strane se obavezuju da preduzmu neophodne zakonodavne ili druge mere i obezbede da se u krivičnim postupcima, pokrenutim na osnovu svakog dela nasilja obuhvaćenog Konvencijom, kultura, običaji, religija, tradicija ili takozvana „čast" ne smatraju opravdanjem za takva dela. Tu posebno spadaju tvrdnje da je žrtva prekršila kulturne, verske, društvene ili tradicionalne norme ili običaje prikladnog ponašanja.„

[6] Prema podacima Globalne industrijske unije, više od 800 miliona žena iskusilo je neku formu nasilja ili zlostavljanja, počev od fizičkih napada ili nekog vida verbalnog zlostavljanja, maltretiranja ili zastrašivanja. Prohibiting violence in the world of work, Industrial Global Union,

voljna pažnja. Ono često ostaje skriveno od očiju javnosti. Žene nerado govore o tome i ne prijavljuju nasilje jer je to skopčano sa raznim neprijatnostima.

Narastajući problem nasilja u društvu i u oblasti rada uočile su i međunarodne organizacije. Međunarodna organizacija rada (MOR), najznačajnija organizacija u svetu za pitanje rada, donela je ove godine specijalne dokumente o tome – *Konvenciju br. 190 o eliminisanju nasilja i uznemiravanja u svetu rada* (od juna 2019), i *Preporuku br. 206 o eliminisanju nasilja i uznemiravanja u svetu rada (2019)*.[7] Konvencija i preporuka predstavljaju prve globalne akte koji se integralno bave nasiljem u oblasti rada.[8]

2) POJAM I OBLICI NASILNOG PONAŠANJA U OBLASTI RADA

Svetska zdravstvena organizacija smatra da je jedan od osnovnih razloga zašto se nasilje masovno ignoriše nedostatak jasne definicije ovog problema i određenja šta predstavlja prihvatljivo ponašanje (odnosno šta predstavlja povredu). Uz to postoji i uticaj kulturno prihvatljivih obrazaca i konstantno potcenjivanje ovog problema, usled neadekvatnih socijalnih normi i obrazaca.[9]

U Izveštaju o nasilju i zdravlju Svetske zdravstvene organizacije, iz 2002. godine, nasilje se definiše kao: „Namerna upotreba fizičke sile ili moći, u vidu ugrožavanja ili kao stvarna radnja, protiv sebe, druge osobe ili prema grupi ili zajednici, koja rezultira ili postoji velika verovatnoća da dovede do povrede, smrti, psihološkog oštećenja, nerazvijenosti ili uskraćivanja."[10] Obuhvata interpersonalno nasilje, kao i samoubilačko ponašanje i oružane sukobe. Nasilje može biti individualno (interpersonalno), grupno ili kolektivno. Uključuje širok spektar postupaka, koji prevazilaze fizičke radnje, uključujući pretnje i zastrašivanje.[11]

---

http://www.industriall-union.org/prohibiting-violence-and-harassment-in-the-world-of-work (3. 9. 2019). U Srbiji je očigledan porast nasilja nad ženama. Trideset žena je ubijeno 2018. godine, a u prvoj polovini 2019. godine – 14 žena. Vid: Za 10 godina u porodičnom nasilju u Srbiji stradalo 350 žena, Miroslava Brkić, Blic, 09.12.2018. https://www.blic.rs/vesti/drustvo/za-10-godina-u-porodicnom-nasilju-u-srbiji-stradalo-350-zena/86cjy17 i: Ove godine ubijeno 14 žena, Autonomni ženski centar 13. 07. 2019, Informativni portal: Ekspres, https://www.ekspres.net/brejking/hronika/autonomni-zenski-centar-ove-godine-ubijeno-14-zena

[7] Konvencija nije ratifikovana u Srbiji. Preporuka takođe nije prihvaćena (inače predstavlja neobavezujući akt).

[8] Vid: ILO Adopts Convention on Violence and Harassment at Work at the Centenary Meeting, International Labour Organization, Geneva, https://www.ilo.org/ankara/media-centre/statements-and-speeches/WCMS_712050/lang--en/index.htm

[9] Vid: World report on violence and health, 3.

[10] Ibidem.

[11] Ibidem.

Kada se radi o oblasti rada, može se reći da je navedena definicija samo prikazala „vrh ledenog brega". Naime, oblici nasilja u vezi sa radom su znatno raznovrsniji nego što bi se može zaključiti na osnovu definicije SZO.[12] Smatramo da ni u literaturi, zakonodavstvu, ni praksi oblici nasilja na radu nisu dovoljno razjašnjeni, te se zato i zanemaruju ili prikrivaju (od strane poslodavaca – da ne bi bili izloženi neadekvatnoj primeni zakonskih propisa; od strane države – da bi zajednica odavala bolju sliku socijalnih odnosa).

Nasilje na radu, i uopšte, može biti: *fizičko, seksualno, psihološko i ekonomsko* ili kombinovano. Oblici nasilnog ponašanja na radu kreću se od blažih vidova (psihičkog) uznemiravanja, do teškog telesnog nasilja i krivičnih dela i često se prepliću. U međunarodnim i uporednim pravnim standardima najčešće se sreću tri osnovna oblika nasilnog ponašanja na radu: 1) nasilje *(violence)*, 2) uznemiravanje *(harassment)* i 3) seksualno uznemiravanje *(sexual harassment).*

Iako se engleska reč – „*harassment",* po pravilu prevodi kao „uznemiravanje", što može da zvuči kao relativno bezazleno ponašanje, radi se neretko o mnogo težem i raznovrsnijem obliku nasilja na radu. Naime, u praksi ovaj vid nasilnog ponašanja može da podrazumeva maltretiranje – tzv. buling (engl. *bullying*), zlostavljanje – tzv. mobing (*mobbing)*, diskriminaciju (*discrimination),* kao i kinjenje *(whine)*, šikaniranje,[13] pretnje *(threats)*, zastrašivanje *(intimidation)*.[14] Ipak, kada se prevode međunarodni dokumenti o ovom obliku ponašanja (harassment), po pravilu se koristi samo termin – uznemiravanje, te ćemo ga i mi ovde upotrebljavati kao genusni pojam za sve navedene oblike ponašanja.[15]

---

[12] Tako npr. prema pomenutoj studiji OSHA (Workplace violence and harassment: A European Picture, 16): „Nasilje je generički pojam koji obuhvata sve vrste zloupotreba. Većina definicija oblika nasilja na poslu uključuje ubistva, napade, pretnje, mobing i maltretiranje; i fizičko i psihičko nasilje usmereno na zaposlene spolja ili unutar radnog mesta." Videti i na str. 25 studije (definicija nasilja na radu).

[13] „Šikaniranje" predstavlja izraz koji se za ovaj oblik ponašanja dosta koristio u sudskoj praksi kod nas, veoma sličan „mobingu" ili kontinuiranom „bulingu". Pri tome, trba imati u vidu da mobing može postojati i onda kad nema šikanoznog vršenja poslodavčevih ovlašćenja ili drugih slučajeva zloupotrebe njegovih prava. Šire o razlikovanju ovih pojmova kod: Ljubinka Kovačević, „Pojam zlostavljanja na radu u zakonodavstvu i sudskoj praksi Republike Srbije", Kaznena reakcija u Srbiji. VI deo, (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, str. 214-242.

[14] O ovim pojmovima vid: J. Pillinger, 55; Workplace violence and harassment: A European Picture, 16, 19; Violence and harassment in European workplaces: Causes, impacts and policies, Eurofound, Dublin, 2015, https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_comparative_analytical_report/field_ef_documents/ef1473en.pdf, 6.

[15] Vid: James Q. Whitman, Gabrielle S. Friedman, The European Transformation of Harassment Law, Columbia Journal of European Law, L. 241 2002-2003, 246 (navodi se npr. 14 oblika „moralnog zlostavljanja").

Pošto se o mnogim navedenim oblicima ponašanja (mobing, diskriminacija, seksualno uznemiravanje) dosta pisalo, mi ćemo se ovde osvrnuti na neke njihove aspekte ili specifičnosti na koje bi trebalo skrenuti pažnju.

Često se npr. ne razlikuju maltretiranje (bullying) i zlostavljanje (mobbing) na radu.[16] Pojam „mobinga" je inače najpre uočen na osnovu „bulinga" – maltretiranja među decom u školama i u životinjskom svetu.[17]

„Bullying" je, uslovno rečeno, manje težak oblik nasilja na radu. Predstavlja uvredljivo ponašanje – kinjenje, koje se spontano javlja u radnim organizacijama, između pojedinaca. Usmeren je ka slabijim osobama i uglavnom se vrši da bi se stekla nadmoć nad njima. *„Mobbing"* se smatra štetnijom pojavom od „bulinga", zato što se sprovodi sistematski, na kompleksniji i suptilniji način, indirektnije i traje duže. Takođe, mobing se vrši od strane većeg broja lica, ima za posledicu intenzivniji stepen ugrožavanja dostojanstva i zdravlja pojedinca, često se završava napuštanjem posla, a nekad i samoubistvima. Nije retkost da je usmeren prema odgovornim, savesnim (npr. uzbunjivačima) i sposobnijim radnicima.[18]

Termin mobing se u mnogim zemljama prihvata bez prevođenja (npr. u švedskoj, nemačkoj i italijanskoj stručnoj literaturi), a na našem jeziku nemamo još uvek opšteprihvaćen izraz (Zakon koristi izraz „zlostavljanje na radu", a u praksi se često govori o „mobingu").[19]

Definicija mobinga ima mnogo i nećemo ih ovde citirati u većem broju, pošto se o tome već dosta pisalo. Primera radi, prema Evropskom rečniku industrijskih odnosa, mobing na radu karakteriše sistematsko psihološko zlostavljanje ili ponižavanje osobe od strane drugog pojedinca ili grupe, sa ciljem da se naruši njegova ili njena

---

[16] Npr. vid: Bullyng at Work, European Agency for Safety and Health at Work, Luxembourg, 2002, 1.

[17] Prvi ga je zapazio švedski psiholog nemačkog porekla Hans Lejman (Leymann). Pre nego što je Lejman uočio mobing u radnoj sredini, terminom mobing označavalo se ponašanje nekih vrsta životinja koje se udružuju protiv jednog svog člana, napadaju ga i isteruju iz zajednice, terajući ga ponekad i u smrt (Tonrad Lorenz). Lejman je svoje ideje prvi put izložio 1995. godine, na Sedmom evropskom kongresu organizacionih i psihologa na radu (Goyr, Mađarska). Vid: Dieter Zapf, Heinz Leymann, Mobbing and Victimization at Work, European Journal of Work and Organiyational Psichology, Izdanje 1996, 196.; S. Jašarević, Mobing u praksi i dokumentima EU i Srbije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1-2/2008, str. 543-544.

[18] O razlici ove dve pojave videti više: C. Bultena, R. B. Whatcott, Bushwhacked at Work: Comparative Analysis of Mobbing and Bullying at Work, Proceedings of ASBBS; 2008, Vol. 15, No. 1, Internet: http://asbbs.org/files/2008/PDF/B/Bultena.pdf/, 653. i 661; Workplace violence and harassment: A European Picture, 20. Na str. 21 se mogu videti i najpoznatije definicije mobinga (Brodsky, Leyman...).

[19] Videti: Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu, Sl. glasnik RS, br. 36/2010; S. Jašarević, Mobing u praksi i dokumentima EU i Srbije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1-2/2008, str. 545.

reputacija, ugled, ljudsko dostojansto, interitegritet, sa konačnim ciljem da se žrtva navede da napusti posao.[20] Prema našem Zakonu o sprečavanju zlostavljanja na radu (čl. 6): „Zlostavljanje, u smislu ovog zakona, jeste svako aktivno ili pasivno ponašanje prema zaposlenom ili grupi zaposlenih kod poslodavca koje se ponavlja, a koje za cilj ima ili predstavlja povredu dostojanstva, ugleda, ličnog i profesionalnog integriteta, zdravlja, položaja zaposlenog i koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje, pogoršava uslove rada ili dovodi do toga da se zaposleni izoluje ili navede da na sopstvenu inicijativu raskine radni odnos ili otkaže ugovor o radu ili drugi ugovor.“ [21]

Mobing se često meša sa sličnim oblicima ponašanja i drugim oblicima ugrožavanja zaposlenih. Porede ga sa diskriminacijom i uznemiravanjem povezanim sa diskriminacijom. Kao njegova specifičnost ističe se da je to „nespecifičan vid uznemiravanja“, koji se za razliku od diskriminacije, obično ne zasniva na nekom od diskriminacionih osnova, vrši se na drugačiji način (predstavlja agresivniji vid ponašanja), sa drugačijim ciljevima (diskreditovanje ili dobrovoljni otkaz).[22]

Diskriminaciju na radu obično ne prati nasilje, već suptilniji oblici ponašanja i ugrožavanja prava zaposlenih, ali je moguće da se ona vrši i na nasilan način ili u kombinaciji sa oblicima nasilja ili pritisaka. Takva diskriminacije veoma je česta prema ženama, pripadnicima LGBT populacije, na rasnoj osnovi.[23] Zato se danas prema mnogim međunarodnim dokumentima u diskriminaciju svrstavaju i uznemiravanje i seksualno uznemiravanje (npr. u aktima EU, MOR).[24] Inače, u odnosu na „klasičnu diskriminaciju“ na radu, ovi oblici ponašanja češće podrazumevaju upotrebu nasilja, pritisaka ili zlostavljanja, naročito „seksualno uznemiravanje.“

---

[20] Vid: Mobbing, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/mobbing (2007), kao i: Violence at work, World of Work, ILO, Geneva, 2018, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_630276.pdf i S. Jašarević, Mobing u praksi i dokumentima EU i Srbije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2008, br. 1-2, 543-548.

[21] Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu.

[22] Vid: K. Hartig and J. Frosch, Wokplace Mobbing Syndrome: The ‘Silent and Unseen’ Occupational Hazard, (konferencija: Our Work…Our Lives: National Conference on Women and Industrial Relations), Queensland Working Women’s service and Griffith Business School Griffith University, Brisbane 12-14 July, 2006; S. Jašarević, Mobing u praksi i dokumentima EU i Srbije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1-2/2008, str. 546.

[23] Vid: J. Pillinger, 5-6.

[24] Diskriminacija se može definisati kao neopravdan (neobjektivan i neumesan) i nepravedan nejednak tretman pojedinaca ili grupa u društvu, što ih dovodi u neravnopravan i nepovoljniji položaj u odnosu na druge. Vid: S. Jašarević, Zaštita od diskriminacije na radu, Radno i socijalno pravo, Udruženje za radno pravo i socijalno osiguranje Srbije, Beograd, 2012, 59.

Seksualno uznemiravanje predstavlja jedan od najzastupljenijih oblika zlostavljanja u radnoj sredini. Primarno se odnosi na žene. Pojam seksualnog uznemiravanja je novijeg datuma. Dugo se smatralo da nije u pitanju posebna pojava, već samo specifičan vid uznemiravanja, odnosno diskriminacije – zasnovan na polu. Kako su se produbljivala saznanja o ovoj temi (o žrtvama, počiniocima, posledicama, ciljevima), tako je postepeno sazrevala svest da se radi o socijalnom fenomenu koji treba posebno tretirati.

Kao i kod mobinga i diskriminacije, postoje brojne definicije ove pojave. Komitet eksperata za primenu konvencija i preporuka MOR, u svom generalnom izveštaju o Konvenciji br. 111 iz 2003. godine, navodi da je seksualno uznemiravanje: „Svaka uvreda ili neprikladna primedba, šala, insinuacija ili komentar o oblačenju osobe, o fizičkom izgledu, starosti, porodičnoj situaciji, itd; snishodljiv ili pokroviteljski odnos sa seksualnim implikacijama kojim se podriva dostojanstvo, svaki nedobrodošao poziv ili zahtev, direktan ili prećutan, koji prate ili ne prate pretnje, svaki lascivan pogled ili drugi gest povezan sa seksualnošću, i drugi nepotreban fizički kontakt, kao što je dodirivanje, milovanje, štipanje ili napad.“[25]

Svetska zdravstvena organizacija razlikuje „seksualno uznemiravanje“ i „seksualno nasilje“. *Seksualno nasilje* SZO definiše kao: „upotrebu sile, prisiljavanje ili fizičku intimizaciju od strane jedne osobe da bi prisilila drugu osobu na seksualne aktivnosti protiv njene volje, bez obzira da li je taj čin završen“.[26]

Seksualno uznemiravanje je naročito rasprostranjeno u delatnostima u kojima dominiraju muškarci, zanimanjima u kojima se obavljaju grubi poslovi i gde je radna snaga manje obrazovana. Tri osnovna tipa seksualnog uznemiravanja su: 1) rodno uznemiravanje *(gender harassment)*, 2) neželjena seksualna pažnja *(unwanted sexual attention)*, 3) seksualna prinuda *(sexual coercion)*.[27]

---

[25] Vid: Equality at work: Tackling the challenges, International Labour Conference, ILO, 2007, Geneva, str. 13; Guidelines on Sexual Harassment – Prevention at the Workplace, Minister of Manpower and Transmigration – Indonesia & International Labour Organization, Indonesia, 2011, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---ilo jakarta/documents/publication/wcms_171329.pdf, 5; S. Jašarević: Seksualno uznemiravanje i zdrava radna sredina, Radno i socijalno pravo, Udruženje za radno pravo i socijalno osiguranje Srbije, Udruženje za radno pravo i socijalno osiguranje Srbije, Beograd, 2013, br. 2, 1.

[26] Vid: Posebni protokol Ministarstva zdravlja Republike Srbije za zaštitu i postupanje sa ženama koje su izložene nasilju, Ministarstvo Zdravlja RS, Beograd, 2011, 7.

[27] Vid: S. Welsh, Gender and Sexual Harassment, Annual Review of Sociology, 1999, 170. Takođe, kao noviji oblik seksualnog uznemiravanja javlja se i seksualno ucenjivanje (quid pro quo seksualno uznemiravanje).

Pošto smo naveli i ukratko objasnili osnovne oblike nasilja i uznemiravanja na radu,[28] treba reći nešto i o efektima, mestu vršenja i drugim aspektima ovog problema.

Nasilje i uznemiravanje na radu imaju niz negativnih *efekata*. Neki su jasno vidljivi, a neki manje. Kao prvo, trpi sam radnik (narušavanje fizičkog zdravlja, mentalnog zdravlja, bolesti, povrede na radu). Zatim, negativne posledice ima preduzeće ili organizacija u kojoj se radi (štetan uticaj na radnu atmosferu, opadanje radnog učinka, produktivnosti, motivacije, međusobni konflikti zaposlenih). Uočljivi su i negativni efekti po radnikovu porodicu, kao i celo društvo.[29] Istorijsko iskustvo pokazuje da društvo u kojem se tolerišu oblici nasilja na radu ne može biti demokratsko, napredno i efikasno.

Do nedavno je osnovno *mesto vršenja* nasilja na radu bilo fizičko mesto rada – preduzeće (ustanova, gradilište). Danas je, usled razvoja moderne tehnologije, mesto vršenja nasilja na radu prošireno. Nasilje i uznemiravanje mogu biti izvršeni i preko Interneta („on-line“ nasilje), i taj oblik nasilja je u velikom porastu. Takođe, nasilje se može dešavati na socijalnim događajima u vezi sa radom, konferencijama, kursevima, obuci, sastancima, u domu klijenata ili tamo gde se rad odvija izvan radnog mesta i uključuje kontakt sa javnošću. Takođe, moguće je i nasilje na putovanjima u vezi sa obavljanjem posla, dolaskom ili odlaskom sa rada.

Počinioci nasilja na radu mogu takođe biti mnogobrojni: poslodavac, drugi zaposleni, treća lica (klijenti, kupci, pacijenti, korisnici usluga, učenici i roditelji učenika, pripadnici javnosti ili lica koja vrše usluge).[30]

Prema MOR, *problematične delatnosti i karakteristični vidovi nasilja* na radu su: 1) nasilje u vezi sa prinudnim radom i trgovinom ljudima (tzv. trafikingom),[31] 2) nasilje prema radnicima migrantima, 3) nasilje nad ženama, 4) nasilje na rasnoj osno-

---

[28] Kako ne bismo stalno ponavljali „nasilje i uznemiravanje“, dalje ćemo uglavnom samo skraćeno koristiti „nasilje“ (osim kada se govori direktno o uznemiravanju), pri čemu se podrazumevaju oba pojma.

[29] Vid: Workplace violence and harassment: A European Picture, 75-84.

[30] Nasilje na radu od strane trećih lica je u porastu, pa su doneti i posebni dokumenti o tome. Vid: European social dialogue: Multi-sectoral guidelines to takle third-party violence and harassment related to the work, EPSU, UNI Europa, ETUCE, HOSPEEM, CEMR, EFEE, EuroCommerce, CoESS 16 July 2010, https://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/Final_Multi_sectoral_guidelines_-_20_07_10.pdf); Guidelines on prevention of third-party violence and harassment at work signed by central governments social partners, (19 December 2018), 2018, https://www.epsu.org/article/guidelines-prevention-third-party-violence-and-harassment-work-signed-central-governments

[31] Trefiking je pojam nastao od engleske reči 'trafficking' i podrazumeva nezakonitu „trgovinu ljudima“ radi njihovog korišćenja u svrhu prinudnog rada, eksploatacije, seksualnog ropstva ili seksualne eksploatacije.

vi, 5) nasilje u neformalnom sektoru ekonomije, novim i skrivenim formama rada, 6) nasilje u vezi sa novim oblicima organizacije rada, 7) nasilje od strane trećih lica (klijenata, korisnika usluga, kupaca), 8) nasilje na putu na posao, 9) nasilje u oblasti transporta, 10) nasilje u porodici i radu kod kuće, 11) nasilje u uslužnom sektoru, 12) nasilje u zdravstvu, 13) nasilje u radno intenzivnim industrijama.[32]

Jedan od najzastupljenijih i društveno najopasnijih vidova nasilja na radu, prema MOR, je nasilje prema ženama (tzv. rodno nasilje). Ono se često zanemaruje, te je zbog toga ova organizacija u svojoj najnovijoj konvencije i preporuci (koje smo ranije pomenuli), naglasila borbu protiv ovog vida nasilja. Sve veću pažnju rodnom nasilju na radu poklanjaju i druge međunarodne oganizacije (UN, SE, EU).

Utvrđeno je da je nasilje na radu povezano sa lošim i nedemokratskim uslovima rada, odnosno, da poboljšanje uslova rada i dostojanstva zaposlenih doprinosi smanjivanju nasilja.

Najzastupljeniji načini *borbe* protiv nasilja na radu su: 1) borba putem sindikata, 2) donošenjem propisa, 3) borba na mestu rada (u okviru zaštite zdravlja i bezbednosti na radu).[33]

Sindikati ulažu veliki trud i energiju u borbi protiv nasilja na radu i svakako predstavljaju najveće „zaštitnike radnika“ u tom pogledu. Zaštita od nasilja na radu vrši se najčešće putem zaključivanja posebnih sporazuma ili kolektivnih ugovora (kao i istraživanja, kampanja). Tim aktima se predviđa poseban postupak zaštite zaposlenih od nasilja i uznemiravanja na radu. Brojni su primeri takvih sporazuma na lokalnom i nacionalnom nivou. Godine 2007. na nivou Evropske unije između reprezentativnih organizacija zaposlenih i poslodavaca zaključen je *Okvirni sporazum o uznemiravanju i nasilju na radu*.[34]

Neke od mera sindikalne borbe protiv nasilja su i kampanje za podizanje svesti, informisanje o štetnosti nasilja na radu, organizovanje tribina, utvrđivanje procedure za prijavljivanje nasilja, posebnih mehanizama za rešavanje sporova (uz pomoć miritelja ili medijatora), te uvođenje posebnih „savetnika“ na mestu rada za borbu protiv nasilja.[35]

Negde se borba protiv nasilja vodi unutar politike zaštite bezbednosti i zdravlje na radu. Da bi se sprečilo i umanjilo nasilje na radu vrši se sprovođenjem

---

[32] O specifičnostima nasilja u navedenim aktivnostima i delatnostima vid: J. Pillinger, 18, 41-78.

[33] J. Pillinger, X.

[34] Framework agreement on harassment and violence at work, 2007, Brussels, https://drive.google.com/file/d/0B9RTV08-rjErYURTckhMZzFETEk/view

[35] Vid: Violence and harassment in European workplaces: Causes, impacts and policies, 49.

aktivnosti kao što su: 1) posebna obuka predstavnika zaposlenih za zaštitu i zdravlje na radu, 2) formiraju se specijalni komiteti za zdravlje i bezbednost koji će se baviti ovom problematikom, 3) donose se programi na mestu rada koji se bave problemom nasilja kao bezbednosno-zdravstvenim pitanjem.[36]

Jedan od vidova borbe protiv nasilja na radu je i zaštita putem donošenja specijalne legislative. Tom regulativom se uvodi pravni okvir za zaštitu od nasilja na radu. Predviđaju se obaveze na strani poslodavaca i vlasti u vezi sa time. Najrasprostranjeniji u ovom pogledu su propisi o seksualnom uznemiravanju, diskriminaciji i uznemiravanju.[37] Npr. prema podacima „UN Women", iz 2014. godine, 125 zemalja usvojilo je propise o zaštiti od seksualnog uznemiravanja na radu.[38]

3) MEĐUNARODNI PRAVNI STANDARDI O ZAŠTITI OD NASILJA NA RADU

Specijalni akti u međunarodnom pravu na temu nasilja na radu su relativno retki. U poslednje vreme dolazi do većeg interesovanja za ovu problematiku, naročito kada je u pitanju „psihičko" nasilje na radu. Najznačajnije pravne standarde o suzbijanju nasilja i uznemiravanja na radu donela je MOR, nešto regulative imaju i Evropska unija (EU) i Savet Evrope (SE). Ujedinjene nacije uglavnom se nisu bavile ovim pitanjem, ali se pojedini dokumenti ove organizacije mogu iskoristi pravni kao okvir za zaštitu od uznemiravanja,[39] odnosno donošenje nacionalne regulative.[40]

---

[36] U tom smislu u: J. Pillinger, X i 3, navode se specifični sindikalni programi u Argenini, Južnoj Africi, Filipinima i Švedskoj.

[37] Vid: J. Pillinger, X i 3.

[38] Vid: UN Women. (2015), Progress of the World's Women. Transforming Economies, Realizing Rights: http://progress.unwomen. org/en/2015 – citirano prema: J. Pillinger, 38.

[39] Vid: P. Jovanović, Radno pravo, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2018, 268.

[40] Opšta deklaracija o pravima čoveka UN (1948) u čl. 1 garantuje slobodu, jednakost i dostojanstvo čoveka; u čl. 2 – jednakost, čl. 23 – pravo na pravične i zadovoljavajuće uslove rada. Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, iz 1966. godine, garantuje pravo na pravične i pristojne (dostojanstvene) uslove rada (Preambula, čl. 13). Pakt o građanskim i političkim pravima, iz 1966, garantuje ljudsko dostojanstvo (Preambula, čl. 10), zaštitu od prinudnog i obaveznog rada (čl. 8) (oba pomenuta pakta ratifikovana su kod nas u Dodatku sl. lista SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 7/1971). Tu su i posebni dokumenti koji garantuju jednakost (Konvencija o eliminaciji svih formi rasne diskriminacije – 1965 (ratifikovana u Sl. listu SFRJ, br. 31/1967), Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena iz 1979. godine (ratifikovana u Dodatku sl. lista SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 11/1987); dokumenti koji regulišu zabranu trgovine ljudima (Konvencija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala iz 2000. godine i protokoli uz Konvenciju (Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori, br. 6/2001).

Kao što smo naveli, *Međunarodna organizacija rada* uređuje pitanje nasilja na radu u svojim najnovijim dokumentima: Konvenciji br. 190 o eliminisanju nasilja i uznemiravanja u svetu rada (od juna 2019), i istoimenoj Preporuci br 206. Problem „nasilja" pominje se i u Stogodišnjoj deklaraciji MOR o budućnosti rada – iz 2019. godine.[41] Značajna za ovu oblast je i Konvencija MOR br. 111 o zabrani diskriminacije u zaposlenju i zanimanju, iz 1958. godine.[42] MOR je usvojila i dva kodeksa: Kodeks prakse o nasilju na radu u uslužnom sektoru i mere za borbu protiv ovog fenomena, iz 2003. i Kodeks prakse o bezbednosti i zdravlju u poljoprivredi, iz 2010. godine, koji uključuje i mere protiv seksualnog uznemiravanja.[43] Borbu protiv nasilja na radu indirektno omogućavaju još neki dokumenti MOR, koji uređuju druge oblasti.[44]

Osvrnućemo se ukratko na nove standarde MOR. Prema ovogodišnjoj *Stogodišnjoj deklaraciji MOR o budućnosti rada* – ova organizacija „zalaže se za rad oslobođen od nasilja i uznemiravanja" (preambula), kao i za iskorenjivanje prinudnog rada i obezbeđivanje „pristojnog rada" (pristojnih uslova rada), uz adekvatnu zaštitu za sve radnike (uključujući bezbednost na radu).[45]

Konvencija br. 190 i Preporuka 206 posvećene su u potpunosti eliminisanju nasilja i uznemiravanju u svetu rada. U Konvenciji se, između ostalog, govori o negativnosti ovog ponašanja, korelaciji sa radnom kulturom – koja podrazumeva međusobni respekt i dostojanstvo (preambula). Definiše se nasilje i uznemiravanje na radu, kao i rodno zasnovano nasilje i uznemiravanje. Prema čl. 1 Konvencije: „U svrhu ove konvencije: „(a) izraz *„nasilje i uznemiravanje"* u svetu rada odnosi se na niz neprihvatljivih ponašanja i praksi, ili pretnji, bilo da se radi o jedinstvenoj ili pojavi koja se ponavlja, a koja ima za cilj, rezultira ili može izazvati fizičku, psihološku, seksualnu ili ekonomsku štetu i uključuje rodno zasnovano nasilje i uznemiravanje."[46]

Konvencijom se utvrđuje da se zaštita od nasilja mora odnositi na sve radnike i ostale osobe u svetu rada, u svim sektorima, i to na mestima rada, kao i na mestima za odmor i ishranu radnika, putu na rad, radničkom smeštaju, (čl. 2 i 3). Naglašava se neophodnost prevencije nasilja i unapređivanja fundamentalnih principa i prava na radu, kao i prava žena i ranjivih grupa radnika (čl. 5).

---

[41] ILO Centenary Declaration for the Future of Work (2019), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711674.pdf

[42] Konvencija je ratifikovana i kod nas: Dodatak sl. lista SFRJ, br. 3/1961.

[43] Ovi kodeksi su neobavezujući. Vid: J. Pillinger, 4.

[44] Vid: J. Pillinger, 3.

[45] Vid: deo drugi, alineja 13 Deklaracije i deo treći , B, al. četvrta.

[46] Prema istom članu, „termin rodno zasnovano nasilje i uznemiravanje znači nasilje i uznemiravanje usmereno prema osobama zbog njihovog pola ili roda, ili neproporcionalan tretman osoba određenog pola ili roda i uključuje i seksualno uznemiravanje."

Utvrđuju se i detaljni mehanizmi za prevenciju, identifikovanje i borbu protiv nasilja (čl. 7-9), obuku za suzbijanje nasilja (čl. 9), kao i mere, mehanizmi i sredstva na nivou države za borbu protiv nasilja na radu (žalbene i istražne procedure, mirno rešavanje sporova na radnom mestu, sudska zaštita, zaštita od odmazde i osvete, zaštita privatnosti žrtve, zaštita uzbunjivača, pravna, socijalna, medicinska i administrativna podrška žrtvama, sankcije prema izvršiocima (čl. 10); mere za podizanje svesti (konsultacije, kampanje, obuka, integrisanje u nacionalnu politiku – čl. 11).

Preporukom (koja je neobavezujući akt), se sve što je propisano u Konvenciji dodatno razrađuje. Između ostalog, naglašava se uloga kolektivnog pregovaranja kao sredstva prevencije i borbe protiv nasilja, potreba vođenja adekvatne statistike (tač. 4), značaj odgovarajuće politike zaštite zdravlja i bezbednosti na radu u borbi protiv nasilja (tač. 5). Takođe, precizira se pravni pristup u regulisanju zabrane nasilja (prevencija, regulisanje prava, informisanja, zaštite privatnosti – tač. 7), ukazuje na „faktore rizika" koji predstavljaju pogodno tlo za podsticanje nasilja na radu (diskriminacija, loši uslovi rada, organizacija rada, prisustvo trećih lica na radu – tač. 8), navode osetljivi sektori (čl. 9),[47] ranjive kategorije (žene, migranti, radnici u neformalnoj ekonomiji – tač. 10-11), preciziraju moguća sredstva zaštite žrtava (npr. pravo na naupuštanje posla uz naknadu, vraćanje na rad, naknada štete – tač. 14). Razrađeni su i zaštitni mehanizmi (sudski i drugi – tač. 16), podrška žrtvama (tač. 18). Posebna pažnja posvećuje se borbi protiv „domaćeg nasilja" i u tom smislu podrška žrtvama na radu (tolerisanje odsustvovanja, fleksibilni režim rada, zaštita od otkaza u određenom periodu, podizanje svesti o toj vrsti nasilja – tač. 18). Definišu se i mere i sankcije prema počiniocima (od savetovanja, kasnije reintegracije u rad – tač. 19), uloga ispekcije rada i državnih službenika (tač. 20). Uređuje se i „vođenje" zainteresovanih subjekata, obuka i podizanje svesti (kampanje, donošenje model kodeksa, uputstava, programa, unošenje u nastavne programe, sačinjavanje materijala za novinare – tač. 23).

Evropska unija je najviše pažnje posvetila uznemiravanju i seksualnom uznemiravanju na radu.[48] Odredbe o poštovanju dostojanstva i jednakosti, kojima se generalno pokriva ova problematika, ugrađene su u oba konstitutivna akta ove organizacije: Sporazum o Evropskoj uniji,[49] iz 2010. godine i Sporazum o funk-

[47] Ranije smo ih naveli, npr. rad noću, u izolaciji, u zdravstvu, turizmu, kućni rad, rad u transportu, obrazovanju.

[48] O izvorima prava EU u ovoj oblasti videti detaljnije: Autonomous Framework Agreement on Harassment and Violence at Work, An ETUC interpretation guide, European Trade Union Confederation, Brussels, 2019, 20.

[49] Videti npr. čl. 2, 3. Sporazuma.

cionisanju Evropske unije,[50] iz 2010.[51] Okvire za poštovanje dostojanstva (na radu) i jednakosti postavlja i Povelja o fundamentalnim pravima u Evropskoj uniji – iz 2000.[52] Prema čl. 31 Povelje (Fer i pravedni uslovi rada): „Svaki radnik ima pravo na uslove rada kojima se uvažava njegovo ili njeno zdravlje, bezbednost i dostojanstvo". Iz toga se izvodi opšte pravo na zaštitu od nasilja na radu.[53]

Ova problematika uređuje se i u okviru zabrane diskriminacije, koju detaljno regulišu antidiskriminacione direktive (uputstva) EU i to: Direktiva 2000/78/EZ o ustanovljavanju opštih uslova za jednak tretman u zaposlenju i zanimanju, iz 2000. godine;[54] Direktiva 2000/43/EZ o rasnoj jednakosti, iz 2000. godine;[55] Direktiva 2002/73/EC2002 iz 2002 godine, o izmenama Direktive 76/207 o primeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena u pogledu pristupa zaposlenju, stručne obuke i unapređenja i uslova rada,[56] i Direktiva 2006/54/EZ o primeni principa jednakih mogućnosti i jednakom tretmanu muškaraca i žena u oblasti zaposlenja i zanimanja, iz 2006. godine.[57] Značajna za ovu oblast je i Okvirna direktiva br. 89/391/EEZ o uvođenju mera za podsticanje poboljšanja bezbednosti i zdravlja radnika na radu, iz 1989, iz koje se izvodi zaštita od zlostavljanja na radu.[58] Direktiva predviđa obavezu poslodavaca da se staraju o zdravlju i bezbednosti „u svakom aspektu koji se odnosi na rad".

---

[50] Videti čl. 8, 10, 153, 157 ovog sporazuma. Vid: S. Jašarević, Zaštita jednakosti zaposlenih u pravu Evropske unije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2010, br. 3, 257-273.

[51] Navedeni sporazumi objavljeni su u: Official Journal of the European Communities (dalje: OJ), C 83, od 30. marta 2010.

[52] Povelja je, kao pravno obavezujući dokument EU ponovo objavljena u istom službenom listu u kojem su objavljeni i Sporazumi Unije.

[53] Pored ovoga, prvim delom Povelje štiti se dostojanstvo (čl. 4 predviđa se zabrana torture, nehumanog i degradirajućeg tretmana i kažnjavanja; čl. 5 – zabrana prinudnog rada), delom III – Jednakost (čl. 21 previđa se zabrana diskriminacije, čl. 23 – „Jednakost između muškaraca i žena"). Značajan je i deo IV Povelje – Solidarnost (koji sadrži gore citirani čl. 31).

[54] OJ, L 303, 02/12/2000. Direktivom se propisuje „princip jednakog tretmana" (čl. 2) i zabranjuje diskriminacija i uznemiravanje na osnovu religije, verovanja, invalidnosti, godina starosti ili seksualne orijentacije u pogledu zapošljavanja i profesije, a članom 3 propisuje da se ova zabrana odnosi na sve aspekte organizovanog rada i zapošljavanja (u privatnom i javnom sektoru).

[55] Objavljena u: OJ L 180, 19/07/2000. Direktiva u čl. 2 zabranjuje diskriminaciju i uznemiravanje po rasnoj ili etničkoj osnovi, a članom 3 propisuje da se ova zabrana odnosi na sve aspekte organizovanog rada i zapošljavanja (u privatnom i javnom sektoru)..

[56] OJ, br. L 269/15, 5. 10. 2002. U Direktivi se u zakonodavstvo EU prvi put se uvodi pojam „seksualnog uznemiravanja" na radu (čl. 2, tač. 3).

[57] Direktiva je objavljena u OJ, br. 204/23, 05/7/2006. Napomena: ovde smo naveli samo najnovije – aktuelne direktive EU iz ove oblasti, inače, one su počele da se donose još osamdesetih godina prošlog veka.

[58] OJ L 183, 29/06/1989, p. 1-8.

Za suzbijanje nasilja i uznemiravanja na radu u EU naročito je značajan pomenuti – *Evropski okvirni sporazum o uznemiravanju i nasilju na radu* (2007).[59] Prema uvodnom delu ovog dokumenta: „Uzajamno poštovanje tuđeg dostojanstva na svim nivoima unutar radnog okruženja jedna je od temeljnih karakteristika uspešnih organizacija. Zbog toga su uznemiravanje i nasilje na poslu neprihvatljivi." Navode se i oblici nasilja na radu: „Razni oblici uznemiravanja i nasilja mogu uticati na radno mesto. Oni mogu biti: fizički, psihološki i/ili polne prirode; incidenti koji se dogode jednom ili su deo sistematskog ponašanja; između kolega, između nadređenih i podređenih ili od strane trećih strana, npr. klijenata, kupaca, pacijenata, učenika itd; u rasponu od manjih slučajeva nepoštovanja sve do ozbiljnijih postupaka, uključujući krivična dela koja zahtevaju intervenciju javnih vlasti."[60]

Okvirnim sporazumom EU se definiše zabranjeno ponašanje. *Uznemiravanje* postoji: „kada se jedan ili više zaposlenih ili direktora učestalo i namerno zlostavljaju, preti im se i/ili se ponižavaju u uslovima vezanim za posao. *Nasilje* postoji kada se jedan ili više zaposlenih napadne u uslovima vezanim za posao."

Poseban deo Okvirnog sporazuma posvećuje se sprečavanju i borbi protiv nasilja (podizanje svesti, obuka, uređenje aktom poslodavca, postupak prijavljivanja i istaživanja slučaja, pomoć – iznutra i spolja, podrška žrtvama, kažnjavanje počinilaca – disciplinske mere i mogućnost otkaza).

Uz pomenute akte EU, treba pomenuti i Sud pravde EU. Ovo telo ima korisnu ulogu u zaštiti od uznemiravanja i zlostavljanja na radu u praksi. Sud je doneo veći broj odluka u ovoj oblasti, mada se još uvek ne može reći da je sudska praksa u ovom domenu postala dovoljno definisana, kako bi se uočila neka značajnija pravila i stavovi.[61]

Zaštita od nasilja na radu u okviru *Saveta Evrope* obuhvaćena je mahom indirektno. Prvo, na bazi odredaba Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, iz 1950. godine (Zabrana mučenja, Zabrana ropstva i prinudnog rada, Zabrana diskriminacije).[62] Drugi značajan dokument SE predstavlja revidira-

---

[59] Videti detaljnije: Autonomous Framework Agreement on Harassment and Violence at Work, An ETUC interpretation guide.

[60] Uvod dokumenta.

[61] Vid: Autonomous Framework Agreement on Harassment and Violence at Work, An ETUC interpretation guide, 22.

[62] Relevantni za suzbijanje nasilja na radu su članovi 3. „Zabrana mučenja" (Niko ne sme biti podvrgnut mučenju, ili nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju."), čl. 4 (Zabrana ropstva i prinudnog rada), čl. 14 (Zabrana diskriminacije). Uz Konvenciju je 2000. godine prihvaćen Protokol br. 12 o diskriminaciji. Konvencija je kod nas ratifikovana u: Sl. glasniku SCG, Međunarodni ugovori br 9/2003, 5/2005, 7/2005. i Sl. glasniku RS, Međunarodni ugovori, br. 12/2010.

na Evropske socijalna povelja od 1961. godine (dopunjena 1996).[63] Čl. 3 Povelje predviđa „Pravo na bezbedne i zdrave uslove rada" (što uključuje i zaštitu od nasilja). Značajan je i čl. 26 – kojim se utvrđuje „Pravo na dostojanstvo na poslu". Ovaj član se bavi primarno seksualnim uznemiravanjem (ne pominje uznemiravanje uopšte). Prema toj odredbi: „Kako bi se osiguralo delotvorno uživanje prava svih radnika na zaštitu njihovog dostojanstva na poslu, strane ugovornice preuzimaju obavezu da, u konsultacijama sa organizacijama poslodavaca i radnika: 1) unaprede svest, informisanost i da sprečavaju seksualno zlostavljanje na radnom mestu ili u vezi sa poslom i da preduzmu sve odgovarajuće mere kako bi zaštitile radnike od takvog ponašanja; 2) unaprede svest, informisanost i da sprečavaju takvo ponašanje koje je za osudu ili je izrazito negativno i ofanzivno protiv pojedinog radnika na radnom mestu ili u vezi sa poslom, kao i da preduzmu sve mere da zaštite radnike od takvog ponašanja." Takođe, zabrana seksualnog uznemiravanja u okviru regulative SE obezbeđuje se na osnovu zaštite od diskriminacije (čl. 14), koju garantuje Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Zaštita se pruža i na osnovu čl. 8 iste konvencije (poštovanje privatnog i porodičnog života) i pomenutog čl. 3 (zabrana nečovečnog i ponižavajućeg postupanja).[64]

Za zaštitu nasilja prema ženama u okviru SE veoma je značajna tzv. Istambulska konvencija (*Konvencija o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici* – iz 2011. godine).[65] Ovaj dokument postavlja celovite, inovativne i efikasne okvire za borbu protiv ove vrste nasilja. Zabranjuje se nasilje nad ženama kako u javnom, tako i privatnom sektoru, što znači da važi i za sve poslodavce.[66] Konvencijom su obuhvaćeni oblici ponašanja koji mogu predstavljati uznemiravanje i nasilje na radu (psihičko nasilje, proganjanje, fizičko nasilje, seksualno nasilje, seksualno uznemiravanje).[67]

---

[63] Revidirana Evropska socijalna povelja ratifikovana je kod nas 2009. godine. Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 42/2009.

[64] Vid: Priručnik o europskom antidiskriminacijskom pravu, Agencija Europske unije za temeljna prava, 2010, Vijeće Europe, 2010, Luksemburg, 34.

[65] Srbija ju Konvenciju ratifikovala 2013. godine (Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 012/2013). Pored ove konvencije, za ovu oblast značajne su i Konvencija SE o borbi protiv trgovine ljudima (ETS br.197, 2005) i Konvencija SE o zaštiti dece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja (ETS br.201, 2007).

[66] Videti čl. 4, st. 1 Konvencije.

[67] Videti npr. članove 33 (Psihičko nasilje), čl. 34 (Proganjanje), čl. 35 (Fizičko nasilje), čl. 36 (Seksualno nasilje), čl. 40 (Seksualno uznemiravanje).

4) ZAKLJUČAK

Na osnovu uvida u uporednu i međunarodnu praksu stiče se utisak da je nasilje na radu (uključujući i uznemiravanje), još uvek nedovoljno uređena i zapostavljena pojava. Kada se radi o međunarodnim pravnim standardima, može se uočiti da nije sistematično uređeno – osim kada je u pitanju Međunarodna organizacija rada. I sama MOR je tek ove godine postavila jasne, precizne i potpune okvire za borbu protiv na nasilja u vezi sa radom, u najnovijoj Konvenciji br. 190 i Preporuci br. 206. Ovi dokumenti trebalo bi da postave temelje za sistematično uređenje borbe protiv nasilja na radu u zemljama članicama, pa i Srbiji. Slično bi trebalo da postupe i Evropska unija i Savet Evrope – budući da je i u njihovoj regulativi pitanje nasilja na radu i uznemiravanja uređeno fragmentarno (nema opšteg, potpunog i celovitog dokumenta o ovoj poblematici). Kao ozbiljan i narastajući društveni problem nasilje na radu to zaslužuje.

LITERATURA I IZVORI[68]

World report on violence and health, World Health Organisation, 2002, https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/abstract_en.pdf

Pillinger, Jane, *Violence and Harassment Against Women and Men in the World of Work,* International Labour Organization, Geneva, 2017.

Workplace violence and harassment: A European Picture, EU-OSHA, 2011, https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/ publications/reports/violence-harassment-TERO09010ENC/view

Violence and harassment in European workplaces: Causes, impacts and policies, Eurofound, 2015, Dublin, https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_comparative_analytical_report/field_ef_documents/ef1473en.pdf

Whitman, James Q. & Friedman, Gabrielle S. *The European Transformation of Harassment Law,* Columbia Journal of European Law, L. 241 2002-2003, 241.

Dieter Zapf, Heinz Leymann, *Mobbing and Victimization at Work,* European Journal of Work and Organizational Psichology, 1996, 196.

Prohibiting violence in the world of work, Industrial Global Union, http://www.industriall-union.org/prohibiting-violence-and-harassment-in-the-world-of-work (3. 9. 2019)

Brkić, Miroslava, *Za 10 godina u porodičnom nasilju u Srbiji stradalo 350 žena,* Blic, 09.12.2018. https://www.blic.rs/vesti/drustvo/za-10-godina-u-porodicnom-nasilju-u-srbiji-stradalo-350-zena/86cjy17

Ove godine ubijeno 14 žena, Autonomni ženski centar 13. 07. 2019, Informativni portal: Ekspres, https://www.ekspres.net/brejking/hronika/autonomni-zenski-centar-ove-godine-ubijeno-14-zena

Bullyng at Work, European Agency for Safety and Health at Work, Luxembourg, 2002.

[68] Odrednice se navode prema redosledu izlaganja u tekstu.

Bultena, C, Whatcott, R. B, *Bushwhacked at Work: Comparative Analysis of Mobbing and Bullying at Work,* Proceedings of ASBBS; 2008, Vol. 15, No. 1, http://asbbs.org/files/2008/PDF/B/Bultena.pdf/,

Mobbing, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/mobbing (2007)

Violence at work, World of Work, ILO, Geneva, 2018, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_630276.pdf

Jašarević, Senad, *Mobing u praksi i dokumentima EU i Srbije,* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2008, br. 1-2, 543

Hartig K. & Frosch, J, *Wokplace Mobbing Syndrome: The 'Silent and Unseen' Occupational Hazard,* (konferencija: Our Work…Our Lives: National Conference on Women and Industrial Relations), Queensland Working Women's service and Griffith Business School Griffith University, Brisbane 12-14 July, 2006.

S. Jašarević: *Zaštita od diskriminacije na radu,* Radno i socijalno pravo, Udruženje za radno pravo i socijalno osiguranje Srbije, Beograd, 2012, 59.

Equality at work: Tackling the challenges, International Labour Conference, ILO, 2007, Geneva.

Guidelines on Sexual Harassment – Prevention at the Workplace, Minister of Manpower and Transmigration – Indonesia & International Labour Organization, Indonesia, 2011, <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---ilo jakarta/documents/publication/wcms_171329.pdf>

S. Jašarević: *Seksualno uznemiravanje i zdrava radna sredina,* Radno i socijalno pravo, Udruženje za radno pravo i socijalno osiguranje Srbije, Udruženje za radno pravo i socijalno osiguranje Srbije, Beograd, 2013, br. 2, str. 1.

Posebni protokol Ministarstva zdravlja Republike Srbije za zaštitu i postupanje sa ženama koje su izložene nasilju, Ministarstvo Zdravlja RS, Beograd, 2011.

European social dialogue: Multi-sectoral guidelines to takle third-party violence and harassment related to the work, EPSU, UNI Europa, ETUCE, HOSPEEM, CEMR, EFEE, EuroCommerce, CoESS 16 July 2010, https://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/Final_Multi_sectoral_guidelines_-_20_07_10.pdf)

Guidelines on prevention of third-party violence and harassment at work signed by central governments social partners, (19 December 2018) On 17 December 2018, https://www.epsu.org/article/guidelines-prevention-third-party-violence-and-harassment-work-signed-central-governments

Framework agreement on harassment and violence at work, 2007, Brussels, https://drive.google.com/file/d/0B9RTV08-rjErYURTckhMZzFETEk/view

Jovanović, Predrag, Radno pravo, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2018,

S. Jašarević, *Zaštita jednakosti zaposlenih u pravu Evropske unije,* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2010, br. 3, 257

ILO Centenary Declaration for the Future of Work (2019), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711674.pdf

Autonomous Framework Agreement on Harassment and Violence at Work, An ETUC interpretation guide, European Trade Union Confederation, Brussels.

Priručnik o europskom antidiskriminacijskom pravu, Agencija Europske unije za temeljna prava, 2010, Vijeće Europe, 2010, Luksemburg.

Senad R. Jašarević, Ph.D., Full Professor

University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Jasarevic@pf.uns.ac.rs

Darko M. Božičić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
d.bozicic@pf.uns.ac.rs

Protection from Violence and Harassment at Work in International Legal Standards

Abstract: *New circumstances in the world have led to an increase in social violence and violence at work. Combating against various forms of workplace violence in recent years has been the focus of many countries. This year the International Labor Organization (ILO) has issued special documents on this (Convention 190 and Reccomendation 206). These are the first international standards that integrally address the problem of work-related violence. In addition to presenting international regulations on violence and harassment at work, the paper deals with the forms, characteristics and specificities of violence at work.*

Keywords: *labour, employment relationship, violence, harassment, international regulation.*

Datum prijema rada: 15.10.2019.

Originalni naučni rad 342.25(497.113)
doi:10.5937/zrpfns53-23048

Dr Darko Z. Simović, redovni profesor
Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd
darko.simovic@kpu.edu.rs

DA LI JE TERITORIJALNA AUTONOMIJA VOJVODINE DEO USTAVNOG IDENTITETA REPUBLIKE SRBIJE*

***Sažetak**: Republika Srbija još uvek nema jasno definisan ustavni identitet. Jedno od delikatnih pitanja iz te sfere je i to da li je teritorijalna autonomija Vojvodine postala deo ustavnog identiteta Republike Srbije. Afirmativan odgovor bi mogao da se zasnuje na uverenju da je teritorijalna autonomija neprekidan oblik decentralizacije državne vlasti već više od sedam decenija. Međutim, ukoliko se ima u vidu činjenica da se teritorijalna autonomija sve vreme menjala i kretala između ekstremnih modela, koji pri tom ne odgovaraju teorijskom pojmu teritorijalne autonomije, može se zaključiti da je Autonomna pokrajina Vojvodina postojan element ustavnog sistema Republike Srbije samo nominalno i to po formi, ali ne i po sadržini. Ujedno, postojeći model teritorijalne autonomije se osporava uz kritiku da je njen nivo nizak, a da su ustavna jemstva slaba i nedelotvorna. Takve reči jasno sugerišu da ustavni model teritorijalne autonomije još uvek nije dobio svoj konačan oblik. Imajući u vidu da je teritorijalna autonomija često bila dezintegrišući faktor, kao i da izuzev tradicije koja je takođe upitna, ne postoje drugi uverljivi razlozi za opstajanje Autonomne pokrajine Vojvodina, Republika Srbija treba da se okrene nekom drugom modelu teritorijalne decentralizacije državne vlasti.*

***Ključne reči**: ustav, ustavni identitet, teritorijalna autonomija, nacionalne manjine, Republika Srbija, Vojvodina.*

---

* Rad je prezentovan na Naučnom skupu Prvi vek od prisajedinjenja: društveni, politički i pravni značaj, održanom 14. decembra 2018. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu.

UVOD

Značajan jubilej od jednog stoleća prisajedinjenja, pored slavodobitnog osećaja, osvetljava i čitav niz dilema u vezi sa postojećim ustavnopravnim položajem Autonomne pokrajine Vojvodina. Jedno od tih otvorenih pitanja glasi: da li je teritorijalna autonomija Vojvodine postala deo ustavnog identiteta Republike Srbije? Na ovo pitanje nije jednostavno odgovoriti iz više razloga. Najpre, o teritorijalnoj autonomiji Vojvodine se najčešće govori sa povišenim emotivnim nabojem, dok u stručnim raspravama dominiraju vrednosni sudovi potkrepljeni poluistinama. S druge strane, odabir optimalnog modela teritorijalne organizacije vlasti u Srbiji jeste „realno najkontroverznije i potencijalno najteže pitanje“[1]. Ujedno, uz sve te poteškoće, poseban problem predstavlja činjenica da Republika Srbija još uvek nema postojan i jasno definisan ustavni identitet.[2]

Teritorijalna autonomija je postala svojevrsni podrazumevajući element teritorijalnog uređenja Republike Srbije, imajući u vidu to da su svi ustavi posle Drugog svetskog rata predviđali ovaj oblik decentralizacije državne vlasti. Inertnost i nekreativnost pri donošenju Ustava Republike Srbije od 2006. godine su doprineli da se bez ozbiljnijeg preispitivanja nastavi sa teritorijalnom decentralizacijom po liniji autonomnih pokrajina. Tragajući za kompromisnim modelom, podjednako udaljenim od ustavnih rešenja iz 1974. i 1990. godine, ustavotvorac je propustio da ustanovi konzistentan model teritorijalne autonomije. To je postalo očigledno kada je niz delikatnih pitanja otvoreno pri pokušaju zakonskog operacionalizovanja ustavnog modela teritorijalne autonomije Vojvodine i njenog statutarnog uobličavanja tokom 2008. i 2009. godine. Potvrdilo se da u javnom mnjenju Srbije, ali dobrim delom i u stručnim krugovima, ne postoji valjano razumevanje pravne prirode i institucionalne logike teritorijalne autonomije. Donošenje odluke Ustavnog suda o neustavnosti pojedinih odredaba Zakona o utvrđivanju nadležnosti Autonomne pokrajine Vojvodina[3], posle dvogodišnjeg oklevanja i to tek nakon promene parlamentarne većine 2012. godine, posvedočilo je da je teritorijalna autonomija Vojvodine još uvek nerešeno i kontroverzno, ujedno prevashodno političko, pitanje.[4] S obzirom na to da Republika Srbija nema jasno definisanu i postojanu institucionalnu fizionomiju teritorijalne autonomije, oko

---

[1] Milovan Mitrović, „Legitimitet političkih aktera i neka otvorena pitanja ustavne reforme u Srbiji“, Olivera Vučić, Kosta Čavoški (ur), Ustavne promene, Beograd 2003, 113.

[2] Tamaš Korhec, „Ustavna revizija i manjinska prava – u kojoj meri je reviziona vlast slobodna da menja posebna prava manjina u Ustavu Republike Srbije“, Edin Šarčević, Darko Simović (ur), Reviziona vlast u Srbiji, Sarajevo 2017, 123.

[3] IUz-353/2012.

[4] Vid. Darko Simović, „Ustavnosudsko uobličavanje teritorijalne autonomije Vojvodine“, Nauka, bezbednost, policija, 3/2013, 53-69.

koje bi postojao visok stepen društvenog konsenzusa, legitiman je pokušaj odgonetanja dileme da li je reč o modelu teritorijalnog uređenja koji je postao sastavni deo ustavnog identiteta.

Budući da je reč o izrazito kompleksnoj temi, koja je pri tom samo manjim delom pravnog karaktera, vezu izeđu teritorijalne autonomije Vojvodine i ustavnog identiteta Republike Srbije je moguće utvrditi isključivo raščlanjavanjem ovog problema na nekoliko užih i konkretnijih dilema. Otuda, neophodno je razjasniti i odgovoriti na sledeća pitanja. Prvo, da li postoji istorijski kontinuitet teritorijalne celine koja se naziva Vojvodina? Drugo, da li postoji kontinuitet ustavnopravnog položaja Vojvodine? Treće, da li je teritorijalna autonomija Vojvodine element integracije ili dezintegracije političkog sistema Srbije? Četvrto, da li je teritorijalna autonomija poželjan oblik decentralizacije državne vlasti? Naposletku, peto, da li postoje objektivni razlozi koji opravdavaju postojanje teritorijalne autonomije Vojvodine u ustavnom sistemu Republike Srbije?

1. DA LI POSTOJI ISTORIJSKI KONTINUITET TERITORIJALNE CELINE KOJA SE NAZIVA VOJVODINA

Teritorijalna autonomija Vojvodine se najčešće opravdava istorijskim i tradicionalnim razlozima. Naime, ističe se da je Vojvodina stara istorijska pokrajina koja je raspolagala političkom individualnošću i pre prisajedinjenja Srbiji, zbog čega je taj njen osoben politički identitet neophodno uvažiti, sačuvati i razvijati posredstvom teritorijalne autonomije. Uzet sam za sebe, ovaj argument nije preterano snažan da bi opravdao opstajanje teritorijalne autonomije, jer dosadašnje iskustvo ukazuje na niz istorijskih pokrajina, sa unekoliko snažnijom tradicijom, koje nisu sačuvale svoju političku individualnost. Pruska, Vlaška ili Erdelj nama su najilustrativniji primeri. No, daleko veći problem je u tome što se obmanjujuće plasira teza da je Vojvodina raspolagala političkom autonomijom i pre njenog prisajedinjenja Srbiji 1918. godine. Istorijske činjenice nedvosmisleno demistifikuju tezu o kontinuitetu političke individualnosti Vojvodine.

Ukoliko se osvrnemo na period pre prisajedinjenja može se zaključiti da Vojvodina nikada nije bila zaokružena i jedinstvena teritorijalna celina niti je raspolagala političkom autonomijom u okviru Habzburške monarhije. Položaj Srba u Habzburškoj monarhiji još od XVII veka zasnivao se na carskim privilegijama koje su štitile prevashodno verska prava Srba i omogućavala im da se okupljaju na crkveno-narodnim saborima. „Davane Srbima kao pripadnicima verske i narodne zajednice, a ne za stanovnike određene oblasti, na osnovu teritorijalnog

principa, privilegije prema tome imaju svojstvo personalnih prava"[5]. Dakle, reč je o personalnom, neteritorijalnom obliku autonomnih prava kojima su raspolagali Srbi u Habzburškoj monarhiji. Međutim, još od Temišvarskog sabora (1790), Srbi su nastojali da formiraju autonomnu jedinicu sa sopstvenim organima vlasti.[6]

Ideja o Srpskoj Vojvodini, kao osobenoj autonomnoj teritorijalno celini, prvi put je oživotvorena u toku revolucionarnih zbivanja 1848-1849. godine.[7] Majska skupština, održana 13. i 15. maja 1848. godine, proglasila je srpski narod za „političnо slobodan i nezavisan pod Domom austrijskim i obštom krunom ugarskom". Određena je teritorija Srpske Vojvodovine (Srem s Granicom, Baranja, Bačka s Bečejskim distriktom i Šajkaškim bataljonom i Banat s Granicom i Kikindskim distriktom), a ujedno je proglašen politički savez sa Trojednom kraljevinom (Hrvatskom, Slavonijom i Dalmacijom). No, to nisu bili samo politički akti, jer je započet proces formiranja srpske vlasti u Vojvodini, sa svim suštinskim elementima državne vlasti.[8] Međutim, reč je o jednostranom nastojanju da se zaokruži teritorija nastanjena Srbima u okviru Habzburške monarhije koja bi raspolagala političko-teritorijalnom autonomijom. Ti politički zahtevi Srba nisu potpuno prihvaćeni, niti su ostvarili dalekosežne pravne posledice. Ni Carskim manifestom od 1848. godine, ni Austrijskim ustavom od 1949. godine, kao ni potonjim proglašenjem Vojvodstva Srbije i Tamiškog Banata nije ni praktično, a ni u pravnom sistemu Habzburške monarhije ostvarena srpska teritorijalna autonomija.[9] Istine radi, austrijski Ustav od 1849. godine jeste pomenuo Vojvodstvo Srpsko, ali ovim aktom nije konstituisana teritorijalna autonomija, već se samo potvrđuje potreba za očuvanjem njegove crkvene zajednice i narodnosti uz oslanjanje na stare privilegije i carske ukaze najnovijeg vremena.[10]

Treba pojasniti da Vojvodstvo Srbije i Tamiškog Banata nije imalo status teritorijalne autonomije. Reč je o posebnoj administrativnoj oblasti, krunovini (*Kronland*), formiranoj uredbom Cara Franje Josifa I 18. novembra 1849. godine. Njena osobenost je u tome što se nalazila pod neposrednom upravom krune. Ova krunska oblast se sastojala od teritorije Bačko-bodroške, Torontalske, Tamiške i Kra-

[5] Ljubomirka Krkljuš, „Autonomija Vojvodine do 1918. godine – da li je postojala, kada i kakva?", Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 2/2010, 16.

[6] Slobodan Orlović, „Najviši pravni akti u autonomiji Vojvodine", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/2014, 266.

[7] Lj. Krukljuš, 17.

[8] Ibid., 19.

[9] S. Orlović (2014), 267.

[10] Pomenuti član 72. austrijskog Ustava od 4. marta 1849. godine glasi: „Vojvodstvu Srbiji biće osigurano takvo uređenje, koje će se, radi očuvanja njegove crkvene zajednice i narodnosti oslanjati na stare privilegije i carske ukaze najnovijeg vremena. Ujedinjenje Vojvodstva sa nekom drugom krunovinom će se po saslušanju i uz pristanak njihovih poslanika opredeliti posebnom odlukom".

šovske županije kao i iločkog i rumskog sreza Sremske županije. Za administrativno sedište je određen Temišvar, a zvanični jezik škola i administracije bio je nemački. Ovom upravnom oblašću je upravljao vojvoda, a titulu „velikog vojvode Vojvodstva Srbije" zadržao je car, dok je na čelo uprave postavljen podvojvoda, kojeg nije birao srpski narod, nego imenovao car. Privremeni upravitelj postao je general Ferdinand Majerhofer (*Ferdinand Mayerhofer von Grünbühel*), dotadašnjeg austrijskog konzula u Srbiji.[11]

Ovako formirano Vojvodstvo je obuhvatalo teritorije koje su samo delimično bile naseljene srpskim stanovništvom, a etnički odnosi u njemu su bili izrazito nepovoljni za Srbe. Naime, nijedan deo Vojne granice, u kojoj je bilo nastanjeno oko 210.000 Srba, nije ušao u Vojvodstvo Srbiju i Tamiški Banat.[12] Najbrojnije je bilo rumunsko stanovništvo sa 28%, zatim nemačko sa 24,5%, pa tek potom srpsko sa 20,4% i mađarsko sa 17,8%.[13] Takva struktura stanovništva sugeriše da uspostavljanje Vojvodstva nije bilo motivisano željom da se Srbima podari teritorijalna autonomija, već je konstituisanje ove posebne upravne oblasti učinjeno sa namerom kažnjavanja Mađara zbog pokušaja otcepljenja od Austrije.

Period u kome je Vojvodstvo postojalo nije bilo povoljno za razvijanje autonomnih prava. Naprotiv. Ovaj period je poznat pod nazivom Bahov apsolutizam (1951-1960) i njega obeležava apsolutna, centralistička država koja je sprovodila politiku germanizacije. Do ukidanja Vojvodstva je došlo 1860. godine u sklopu ustupaka Ugarskoj radi obezbeđivanja njenoj teritorijalnog integriteta.

U potonjem periodu Austrougarske nije došlo do obnavljanja posebnog teritorijalnog entiteta koji bi obuhvatao Srbe i koji bi raspolagao osobenim autonomnim pravima. Otuda, u trenutku prisajedinjenja 1918. godine današnja teritorija AP Vojvodine nije predstavljala jedinstvenu teritorijalnu celinu. U skladu sa administrativno-teritorijalnom podelom Ugarske, Baranja, Bačka i Banat su pripadali Baranjskoj županiji (sa sedištem u Pečuju), Bačko-Bodroškoj (sa sedištem u Somboru), Torontalskoj (sa sedištem u Velikom Bečkereku) i Tamiškoj (sa sedištem u Temišvaru), dok je Srem pripadao Sremskoj županiji čije je sedište bilo u Vukovaru. Dakle, Srem je pripadao austrijskom delu, a Banat, Bačka i Baranja su pripadale ugarskom delu Habzburške monarhije. Osim toga, prisajedinjenje ovih vojvođanskih oblasti nije sprovedeno po jednoobraznom obrascu. Banat, Bačka i Baranja su se neposredno prisajedinile Kraljevini Srbiji odlukom Narodne skupštine u Novom Sadu 25. novembra 1918. godine. S druge strane, Srem je ujedinjen sa Srbijom posredstvom Države Slovenaca, Hrvata i Srba i njenog Narodnog ve-

[11] Lj. Krkljuš, 23.

[12] Zoltan Đere, „Skica promena etničkog sastava stanovništva na tlu današnje Vojvodine 1526-1919. godine", Istraživanja, 15/2004, 120.

[13] Ibid., 119.

ća. Naime, na velikom zboru izaslanika narodnih veća iz Srema, održanom u Rumi 24. novembra 1918. godine, usvojena je Rezolucija u kojoj se zahteva obrazovanje jedinstvene države Srba, Hrvata i Slovenaca pod dinastijom Karađorđevića. Međutim, ukoliko taj cilj ne bude ostvaren, „usled političkog i plemenskog cepanja", predstavnici naroda „odlučuju se za neposredno prisajedinjenje Srema Kraljevini Srbiji". Otuda, budući da je konstituisana zajednička država, taj alternativni zahtev Srema da se neposredno prisajedini Kraljevini Srbiji je postao bespredmetan.

Ustavnopravno konstituisanje zajedničke države, kao i politička dešanjava posle prisajedinjenja 1918. godine mogu biti ilustrativan indikator o tome da li je postojala razvijena društvena svest da Vojvodina predstavlja jedinstvenu i osobenu teritorijalnu celinu. Osvrnimo se u prvi mah na alternativne ustavne projekte koji su se pojavili pre konačnog ustavnog uobličenja Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca.[14] Prema ustavnom nacrtu Narodnog kluba novostvorenu državu bi trebalo podeliti na šest pokrajina, pri čemu bi se Vojvodina sastojala od Bačke, Banata i Baranje. Srem je prema tom konceptu trebalo da postane integralni deo pokrajine Hrvatske. Jugoslovenski klub je predložio u osnovi slično rešenje o teritorijalnoj organizaciji sa šest pokrajina, a razlika se odnosila jedino na položaj Dalmacije, koja bi umesto Hrvatskoj bila priključena Bosni i Hercegovini. Ustavni nacrt Stojana Protića je predviđao podelu teritorije na devet pokrajina. Saglasno njegovoj zamisli, sadašnji geografski prostor Vojvodine je trebalo podeliti na dve administrativne celine: Srem sa Bačkom i Banat. Naposletku, nacrt Josipa Smodlake je predvideo najveće odstupanje od nasleđenih istorijsko-tradicionalnih teritorijalnih celina.[15] Naime, teritorijalna organizacija države bi počivala na 12 pokrajina od kojih bi jedna bila Vojvodina. Usitnjavanjem tradicionalnih teritorijalnih celina Smodlaka je nastojao „da sastavni delovi države budu, koliko je god moguće, jednaki i jedni drugima ravni"[16].

Zajedničko za sve predložene ustavne nacrte jeste preovladavanje zatečene podele zemlje na tradicionalne pokrajine, što je podrazumevalo prihvatanje pretežno istorijsko-etničkih kriterijuma.[17] Imajući tu činjenicu u vidu, može se zaključiti da ni u alternativnim ustavnim nacrtima nije postojala dovoljno zrela i nepokolebljiva svest o tome da je Vojvodina jedinstvena teritorijalna celina čiji osobeni identitet treba sačuvati i u novostvorenoj državi. Indikativno je i to da su ideje o Vojvodini kao zasebnoj pokrajini poticale prevashodno iz hrvatskog poli-

[14] Vid. Slobodan Jovanović, Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, Beograd 1995, 72-85.

[15] Miodrag Jovičić, Savremeni federalizam, Beograd 2006, 357.

[16] Josip Smodlaka, Nacrt Jugoslovenskog ustava, Zagreb 1920, 6.

[17] M. Jovičić, 360.

tičkog miljea, jer bi se konstituisanjem takve posebne administrativne celine slabila srpska pozicija u novostvorenoj državi. Naime, kako je to zabeleženo od strane klasika naše ustavnopravne nauke Slobodana Jovanovića, zagovornici hrvatskih i slovenačkih nacionalnih interesa rukovodili su se sledećim razlozima: „Decentralizacija je jedini način da se u našoj državi ostvari plemenska ravnopravnost. Srbi su mnogobrojniji od Hrvata i Slovenaca; centralna uprava biće, ako ne isključivo u njihovim rukama, a ono pod njihovim pretežnim uticajem. U jednoj centralisanoj državi, ova bi se uprava vodila u srpskom duhu, bez dovoljno obzira na hrvatske i na slovenačke interese“[18].

U prvoj jugoslovenskoj državi, prema Vidovdanskom ustavu iz 1921. godine, Vojvodina nije bila posebna administrativno-teritorijalna jedinica. Kraljevina SHS je podeljena na 33 oblasti, a teritorija Vojvodine je ušla u sastav četiri oblasti: Sremske sa sedištem u Vukovaru, Bačke sa sedištem u Novom Sadu, Beogradske sa sedištem u Beogradu i Podunavske oblasti sa sedištem u Smederevu. Slobodan Jovanović konstatuje da je Vidovdanski ustav bio „pokušaj da se Kraljevina SHS organizuje kao jednostavna nacionalna država“.[19] Premda je istaknuto gledište da je jugoslovenska kraljevina prva evropska regionalna država[20], preovlađuje stav da je oblast administrativno-teritorijalna jedinica u kojoj su se ostvarivale i državna i samoupravna vlast, a ne politička autonomija.

Posle suspenzije Vidovdanskog ustava, Zakonom o nazivu i podeli Kraljevine na upravna područja od 3. oktobra 1929. godine zemlja je podeljena na devet administrativno-teritorijalnih celina, pri čemu su vojvođanske oblasti, zajedno sa delovima centralne Srbije, činile Dunavsku banovinu. Ustav od 1931. godine je zadržao ustanovljenu administrativno-teritorijalnu podelu zemlje. Banovine su administrativne jedinice koje su „imale za cilj da učvrste nacionalni unitarizam i državni centralizam“.[21] Banovine predstavljaju u isto vreme samoupravne jedinice i osnovne jedinice teritorijalne podele države u upravnom smislu.[22] Dakle, u njima je predviđena „unija organa državnih i samoupravnih“[23]. One su bile organizovane u skladu sa centralističkim načelima, budući da je bana postavljao kralj i da je on oličavao monarhovu vlast u banovini.[24] Razvijanje projekta integralnog jugoslovenstva je osujećivalo potrebu za negovanjem istorijskih i plemenskih podela koje bi vremenom neminovno osnaživale postojeće i rađala nove zahteve za

[18] S. Jovanović, 96.

[19] Ibid., 98.

[20] Marko Pavlović, „Jugoslovenska Kraljevina: prva evropska regionalna država“, Zbornik Matice srpske za društvene nauke, 4/2012, 503-521.

[21] Ratko Marković, Ustavno pravo, Beograd 2015, 119.

[22] Lazo Kostić, Ustavno pravo, Beograd 2000, 170.

[23] Ibid.

[24] Marko Stanković, Pravo lokalne samouprave, Beograd 2018, 87.

ustanovljavanje teritorijalne autonomije ili federalizovanje države. Imajući ove činjenice u vidu, zvuči potpuno proizvoljno teza da je Vojvodina „teritorijalno projektovana u Prvoj Jugoslaviji i ustavno pravno definisana kao Dunavska banovina, na osnovu Zakona o nazivu i podeli Kraljevine na upravna područja iz 1929. i Ustava Kraljevine Jugoslavije iz 1931. godine“[25]. Beleži se da je posle formiranja zajedničke države, naziv Vojvodina, pri tom neujednačenog sadržaja, „korišćen (je) među protivnicima unitarizma i centralizma koji su se zalagali za veću ekonomsku samostalnost i upravne nadležnosti Vojvodine“.[26]

Federalizovanje Jugoslavije je usledilo posle Drugog svetskog rata, a Autonomna pokrajina Vojvodina je obrazovana zakonom septembra 1945, dok je njena konstitucionalizacija usledila Ustavom FNRJ od 1946. godine. Međutim, neophodno je ukazati na proces formiranja autonomne pokrajine koji je prethodio donošenju prvog socijalističkog ustava Jugoslavije. Naime, u organizacionom smislu, odlukom od 8. oktobra 1944. godine o formiranju Vojne uprave za Banat. Bačku i Baranju, izvršena je secesija severnih delova Srbije, a zatim je tokom 1945. godine formirana Autonomna pokrajina Vojvodina od Banata, Bačke i Srema, dok je Baranja prisajedinjena Hrvatskoj.[27] Narodna skupština Vojvodine je na svom zasedanju održanom 30-31. jula 1945. godine u Novom Sadu donela odluku o priključenju autonomne Vojvodine Srbiji. Usledilo je donošenje Zakona o ustanovljenju i ustrojstvu Autonomne pokrajine Vojvodina 3. septembra 1945. godine. Pri tome, tako konstituisana „na osnovu sopstvene, izvorne i primarne odluke Vojvodina postaje deo Srbije, i to s autonomnim svojstvima. Ona je sama sebi podarila svojstvo političko-teritorijalne autonomije“.[28] Poništene su odluke o prisajedinjenju iz 1918. godine i Vojvodina je, na osnovu odluke revolucionarnih organa, konstituisana u samostalan entitet, sa izmenjenim granicama i sa samoproklamovanim pravom na teritorijalnu autonomiju. Dakle, umesto da se teritorijalna autonomija konstituiše saveznim ili republičkim ustavom, budući da nije reč o originernom, već o izvedenom, decentralizovanom obliku vršenja vlasti, razvoj događaja je ukazao na to da je teritorijalna autonomija Vojvodine formalnopravno predviđena pre ustavnopravnog konstituisanja Srbije kao federalne jedinice u okviru Jugoslavije.

---

[25] Radivoj Stepanov, „Vojvodina: od Trianona 1920. do Ustava Srbije 2006. godine“, Politikon, 10/2015, 10.

[26] Mirko Grlica (ur), Koliko se poznajemo – iz istorije nacionalnih zajednica u Vojvodini, Novi Sad 2009, 8.

[27] Jovan Pejin, „O autonomiji Vojvodine“, Olivera Vučić, Kosta Čavoški (ur), Ustavne promene, Beograd 2003, 317.

[28] Vladan Kutlešić, „Federalizam u drugoj Jugoslaviji“, Aleksandar Fira, Ratko Marković (ur), Dva veka srpske ustavnosti, Beograd 2010, 352.

Dosadašnje izlaganje navodi na zaključak da je u današnjem značenju Autonomna pokrajina Vojvodina pravno uobličena tek 1945. godine. Reč je o tvorevini socijalističkog konstitucionalizma, a ta činjenica je neskriveno apostrofirana u ustavnopravnoj literaturi tog perioda.[29] Njeno konstituisanje pravdano je razlozima tradicionalnog karaktera.[30] Međutim, politička realnost je ukazivala na to da je pored tog transparentnog, postojao i jedan prikriveni i osnovni razlog za konstituisanje teritorijalne autonomije Vojvodine. Naime, „autonomna pokrajina Vojvodina nastala je kao posledica rešavanja hrvatskog pitanja"[31] i potrebe stvaranja uravnoteženog odnosa u jugoslovenskoj federaciji.

2. DA LI POSTOJI KONTINUITET USTAVNOPRAVNOG POLOŽAJA AUTONOMNE POKRAJINE VOJVODINA

Od ustavnopravnog konstituisanja teritorijalne autonomije Vojvodine 1946. godine nijedan potonji ustav nije potpuno preuzimao dotadašnji institucionalni model, već se teritorijalna autonomija kontinuirano menjala. Na primedbu da je teritorijalna autonomija, poput drugih oblika vertikalne podele vlasti, dinamična pojava i da je neophodno da se razvija usled prilagođavanja realnim potrebama društva, može se odgovoriti da se institucionalni model teritorijalne autonomije nije razvijao konzistentno i pravolinijski, prirodnim evolutivnim tokom, već se kretao od jednog ka drugom ekstremu. Naime, decentralizacija državne vlasti po liniji teritorijalne autonomije se kretala poput klatna, pri čemu je jedna krajnost dosegnuta Ustavom SFRJ iz 1974, a druga krajnost Ustavom Republike Srbije iz 1990. godine. Nesumnjivo, Ustavom od 2006. godine to klatno je pokrenuto ka središnjem položaju.

---

[29] Autonomne pokrajine su tvorevina narodnooslobodličakog rata i socijalističke revolucije. Vid. Ratko Marković, Ustavno pravo, Beograd 1982, 576.

[30] Vid. Miodrag Jovičić, „Problemi ustavnog uređenja jugoslovenske federacije i oblika teritorijalne autonomije", Miodrag Jovičić (ur), Aktuelni problemi ustava i ustavnih promena, Beograd 1991, 136.

[31] Marko Pavlović, „Pravnoistorijski i uporednopravni pogled na ustavne promene", Olivera Vučić, Kosta Čavoški (ur), Ustavne promene, Beograd 2003, 43. Ipak, bez obzira na tradicionalne razloge koji su, uslovno rečeno, bili primarni za obrazovanje teritorijalne autonomije Vojvodine, ovaj oblik teritorijalne organizacije je nekritički glorifikovan, pa se od strane onovremenih autora moglo čuti da „socijalistička autonomna pokrajina izražava bogatstvo jugoslovenskog federalizma i njegovu snagu, sposobnost da se izrazi u bogatijim istorijsko-društvenim sadržajima i ustavno-političkim oblicima", ona „može da posluži kao izvesna garancija i regulator u primeni i funkcionisanju federalizma, kao podatak o njegovoj efikasnosti i stvarnoj vrednosti", budući da je „izraz i sredstvo njegove demokratizacije i ostvarivanja njegovih klasno-istorijskih funkcija". Nav. prema R. Marković (1982), 574.

Treba imati u vidu i to da je približno dve decenije teritorijalna autonomija postepeno evoluirala. Pravna priroda i položaj jedinica teritorijalne autonomije nije bitno menjan u ustavnom razvitku Jugoslavije od 1946. do 1968. godine.[32] U osnovi, može se reći da je federalno uređenje bilo zahvaćeno procesom permanentne decentralizacije, pa se taj trend odražavao i na položaj jedinica teritorijalne autonomije. Pri tome, uporednopravno sagledano, položaj autonomnih jedinica u Republici Srbiji, zaključno sa Ustavom SFRJ od 1963, odgovarao je teorijskom pojmu teritorijalne autonomije. Kako je zabeleženo, u tom prvobitnom periodu razvoja, bez obzira na određene specifičnosti i varijacije, ustavna rešenja su izražavala oblik „tzv. klasične administrativne autonomije ili teritorijalne decentralizacije, odnosno viši oblik lokalne ili komunalne samouprave, sa ograničenim obimom i sadržinom regulativnih prava"[33]. Bitnija promena desila se amandmanima 1968. godine, kada su autonomne pokrajine postale subjekt raspodele zakonodavne nadležnosti između federacije i federalnih jedinica, budući da su se njihova autonomna prava utvrđivala iz dela normativne nadležnosti republike kao federalne jedinice.[34] Ustavnim amandmanima iz 1971. godine, autonomne pokrajine su transformisane u oblik federalizma.[35] Taj oblik nije imao presedana u uporednom pravu, a bio je najpribližniji modelu autonomnih republika prema Ustavu SSSR od 1936. godine.[36] Konstituisan je svojevrsni asimetrični federalizam, jer je ustavotvorac mešao federalne i autonomne odnose i elemente. Vojvodina je na temelju takvih ustavnih rešenja „izašla iz statusa autonomije i `klauzulom konstitutivnosti` stekla status `male (diskretne) savezne državnosti`"[37].

Ustavom SFRJ od 1974. godine, autonomne pokrajine su dobile takav status koji se suštinski mogao izjednačiti sa statusom federalnih jedinica. Naime, dve autonomne pokrajine postaju konstitutivni elementi federacije, a kvalitativna promena njihovog statusa je rezultirala neposrednim predstavljanjem u organima federacije. Autonomne pokrajine su dobile niz atributa državnosti. Svoje pravo na samoorganizovanje su ostvarivale u formi ustavotvorne vlasti, a istovremeno su raspolagale i preostalim funkcijama državne vlasti: zakonodavnom, izvršnom, sudskom i ustavnosudskom funkcijom. Koliko je ustanovljeni institucionalni si-

---

[32] Vladan Kutlešić, Raspodela zakonodavne nadležnosti između federacije i federalnih jedinica u razvitku jugoslovenskog federalizma, Beograd 1986, 99.

[33] Evgeni Dimitrov, „Koncept jugoslovenskog federalizma i autonomije i predstojeće ustavne promene", Miodrag Jovičić (ur), Aktuelni problemi ustava i ustavnih promena, Beograd 1991, 119.

[34] V. Kutlešić (1986), 100.

[35] Jovan Đorđević, Ustavno pravo, Beograd 1982, 675.

[36] Ibid., 676.

[37] Radivoj Stepanov, „Ustavni i politički triptih Vojvodine", Glasnik Advokatske komore Vojvodine, 9-10/2014, 578.

stem bio apsurdan može se zaključiti i na osnovu činjenice da je Republika Srbija bila podređena svojim autonomnim pokrajinama jer bez njihove saglasnosti nije mogla da promeni svoj ustav. S druge strane, autonomne pokrajine su samostalno donosile i menjale svoje ustave, pri čemu Republika Srbija nije raspolagala ustavnim mehanizmima kojima bi mogla da utiče na organizaciju i funkcionisanje autonomnih pokrajina. Takvo rešenje je bilo neposredna posledica namere ustavotvorca da izjednači položaj republika i autonomnih pokrajina jer je ovaj oblik teritorijalne autonomije bio glavna garancija očuvanja nacionalne ravnopravnosti.[38] Međutim, ovaj razlog nije bio previše uverljiv, jer su pripadnici nacionalnih manjina živeli i van autonomnih pokrajina, a njihovu ravnopravnost je trebalo obezbediti na čitavoj teritoriji kako Republike Srbije, tako i u ostalim federalnim jedinicama Jugoslavije. Suštinska transformacija pravne prirode teritorijalne autonomije podstakla je i ubrzavala dezintegracione procese u Republici Srbiji.

U nastojanju da zaustavi dalju dezintegraciju, Republika Srbija je 1989. izvršila ustavnu reviziju kojom se značajno menja status autonomnih pokrajina. Autonomne pokrajine su zadržale ustavotvornu i zakonodavnu vlast, kao i svoj autonomni pravosudni sistem, ali je došlo do bitnijeg sužavanja njihove normativne nadležnosti. Promenjen je i postupak ustavne revizije tako da više nije bila neophodna saglasnost autonomnih pokrajina na promene Ustava Republike Srbije, uz ograničenje da se tim promenama ne može menjati ustavni položaj autonomnih pokrajina utvrđen Ustavom SFRJ od 1974. godine. Međutim, već naredne, 1990. godine, Republika Srbija je donela novi ustav kojim je državna vlast potpuno centralizovana i koji je autonomne pokrajine podredio Republici. Autonomne pokrajine prestaju da budu konstitutivni element federacije i uz drastično sužavanje njihove normativne nadležnosti izgubile su ustavotvornu, zakonodavnu i sudsku vlast. Najviši akt autonomne pokrajine je statut koji se donosi uz saglasnost Narodne skupštine Republike Srbije. Autonomne pokrajine su i u finansijskom smislu bile podređene Republici jer nisu imale svoju imovinu, kao ni izvorne prihode kojima bi mogli slobodno da raspolažu. Dakle, od položaja koji samo nominalno nije bio izjednačen sa položajem federalnih jedinica, autonomne pokrajine su devalvirane na položaj koji bi se mogao izjednačiti sa višim jedinicama lokalne samouprave u centralizovanim državama. Otuda, može se zaključiti da je ustavotvorac od 1990. godine nastojao da ustavu obezbedi prvenstveno zaštitno-

[38] Vid. Aleksandar Fira, Ustavno pravo Republike Srbije i Republike Crne Gore, Novi Sad 1995, 60.

integrativnu funkciju radi zaustavljanja dezintegracionih procesa kojima je bila zahvaćena ne samo savezna država, već i Republika Srbija.[39]

Donošenjem novog ustava 2006. godine teritorijalna autonomija je delimično usklađena sa uporednopravnim i teorijskim standardima ovog oblika teritorijalne decentralizacije. Dakle, posle dva ekstremna institucionalna modela teritorijalne autonomije iz 1974. i 1990. godine, pri čemu je samo nominalno moglo da se govori o ovom obliku teritorijalne decentralizacije, Republika Srbija je nastojala da pomiri dve krajnosti i da konstitucionalizuje institucionalni model teritorijalne autonomije koji je približno na sredokraći dotadašnjih kretanja. Međutim, i postojeći model teritorijalne autonomije se osporava uz kritičke opaske da je njen nivo nizak, a da su ustavna jemstva slaba i nedelotvorna.[40] Takve reči nedvosmisleno sugerišu da ustavni model teritorijalne autonomije još uvek nije dobio svoj konačan oblik.

3. DA LI JE TERITORIJALNA AUTONOMIJA VOJVODINE ELEMENT INTEGRACIJE ILI DEZINTEGRACIJE POLITIČKOG SISTEMA SRBIJE

Teritorijalna autonomija može biti segment ustavnog identiteta jedne države jedino ukoliko taj oblik decentralizacije ima integrativnu funkciju. Otuda je bitno sagledati u kojoj meri je teritorijalna autonomija Vojvodine element (dez)integracije političkog sistema Srbije. Primetno je da još od vremena prisajedinjenja postoje nastojanja da se stvori i razvija osobeni vojvođanski identitet koji se jasno razlikuje od srpskog identiteta. Već tada su se pojavila dva oprečna pravca razmišljanja: jedan je počivao na uverenju da treba da nadvladaju opšti srpski interesi, dok je drugi naglašavao značaj partikularnih interesa pokrajine koje treba obezbediti u novostvorenoj državi.

Premda je otelovljena ideja da se neposredno prisajedini Kraljevini Srbiji, postojala su i nastojanja da se Vojvodina, zajedno sa drugim jugoslovenskim delovima Austrougarske kao deo države Slovenaca, Hrvata i Srba, posredno ujedini sa Srbijom. Uostalom, usled osobenosti teritorijalnog uređenja Austrougarske, Srem je tim posrednim putem, kao deo države Slovenaca, Hrvata i Srba, postao deo zajedničke države. Taj koncept ujedinjenja je smatran „istinskim južnoslovenskim“ nasuprot „velikosrpskoj radikalskoj“ koncepciji Jaše Tomića, koji je beskompro-

[39] Darko Simović, „Ustavna rigidnost i aporije revizione vlasti u Republici Srbiji“, Edin Šarčević, Darko Simović (ur), Reviziona vlast u Srbiji, Sarajevo 2017, 66.

[40] Marijana Pajvančić, „Autonomne pokrajine – Evropski standardi i ustavna rešenja“, Glasnik advokatske komore Vojvodine, 9-10/2014, 593-609.

misno branio stav da vojvođanske oblasti treba prvo da se prisajedine Srbiji, jer je bio svestan opasnosti da zbog tenzija i političkih raskoraka između Srbije i Narodnog vijeća, vojvođanski Srbi mogu ostati izvan svoje matične države. On je to izrazio na sledeći način: „Najopasniji su oni koji propovedaju da su Srbi, Hrvati i Slovenci jedan narod, ali u isto vreme naginju da svaki predeo ima svoju vlast i upravu".[41]

Jedno od najosetljivijih pitanja posle konstituisanja zajedničke države odnosilo se na uspostavljanje jedinstvenog poreskog sistema kako je to predviđao Vidovdanski ustav. Inače, u novostvorenoj državi bilo je pet posebnih poreskih režima, budući da je dotadašnja Austrougarska imala tri zasebna poreska sistema, a da su posebna pravila postojala za Srbiju i za Crnu Goru. Međutim, uspostavljanje jedinstvenog poreskog sistema usledilo je tek stupanjem na snagu Zakona o neposrednim porezima od 1. januara 1929. godine. Tranzitni period su obeležili nejednakost i neravnomernost u poreskom opterećivanju što je dalo povoda za razvijanje teze o eksploataciji i pljački Vojvodine. Govorilo se „da je Vojvodina bila nepravedno i teško opterećena državnim dažbinama, znatno iznad mere koja bi odgovarala pravednom oporezivanju, što je dovelo do njenog zaostajanja u razvoju, pa je ova uzorna, bogata provincija Austrougarske pretvorena u nerazvijen kraj Srbije"[42]. Nesporno, činjenice ukazuju na to da je postojala izvesna nejednakost kod oporezivanja pretežno neposrednih poreza na štetu Vojvođana, ali treba naglasiti i to da je ona posledica nasleđenog poreskog sistema, a ne tendenciozne politike koju je sprovodila nova država. Istraživanje Boška Mijatovića je nedvosmisleno utvrdilo da je „oporezivanje pomenutim neposrednim porezima bilo je nejednako 1925. godine i poreska obaveza bila je obično veća za Vojvođane nego za stanovnike Srbije"[43], ali u pitanju su „skromni iznosi koji, čak ukoliko postoji izvesna nepravda, nikako ne omogućuju veliku pljačku i osiromašenje pokrajina"[44]. Dakle, podacima se smišljeno i tendenciozno manipulisalo radi ukazivanja na ekonomski imperijalizam centralne vlasti iz Beograda.

---

[41] Mileva Tomić, Pravno uređenje Dunavske banovine i koncepti državnopravnog statusa Vojvodine 1929-1941, Doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016, 51.

[42] Boško Mijatović, „Vojvodina i neposredni porezi oko 1925: da li je bilo pljačke?", Zbornik Matice srpske za društvene nauke, 3/2013, 429.

[43] Ibid., 436. Godina 1925. nije slučajno odabrana, jer se za taj period vezuje najznačajnije povećanje poreskog opterećenja za Vojvođanje. Međutim, nije reč o tendencioznoj, diskriminatorskoj politici, već su inflacija i sve veći budžetski deficit nametali potrebu povećanja prihoda i od neposrednih poreza, ali i efikasniju naplatu pa je u tom periodu, pored tekućih obaveza, usledila i naplata dugova. Otuda je poresko opterećenje izazvalo revolt i proteste u Vojvodini i drugim prečanskim krajevima.

[44] Ibid., 447.

Teza o ekonomskom izrabljivanju bivših austrougarskih teritorija potkrepljivana je i odnosom prema kome je izvršena konverzija austrijskih kruna u dinare. Hrvati su tražili da se konverzija kruna u dinare izvrši u odnosu 1 : 1, dok je Srbija pristala na odnos 1 : 4. No, to je bio izrazito korektan odnos, budući da je slovenački finansijski ekspert dr Milko Brezigar, po nalogu slovenačke Narodne vlade 1918. godine, izradio elaborat o valutnom pitanju u kome je predlagao da odnos dinar-kruna bude 1 : 6,6.[45]

Nekoliko godina posle Prvog svetskog rata, nesumnjivo usled euforije koja je pratila stvaranje zajedničke države, nije bilo relevantnijeg političkog glasa iz Vojvodine koji se zalagao za promovisanje posebnog regionalnog identiteta. Međutim, već od sredine 20-ih godina, što je najvećim delom podstaknuto velikom političkom i ekonomskom krizom, sve snažnije se plasiraju ideje o osobenim vojvođanskim interesima. Šestojanuarska diktatura iz 1929. godine je pogodovala bujanju takvih ideja, jer je suspendovanje demokratskih institucija davalo povod za razvijanje teze o učvršćivanju hegemonističke srpske politike. Pokušaj da se Ustavom od 1931. godine sačuva unitarističko državno uređenje dodatno je raspirivalo partikularne interese pojedinih delova Jugoslavije, a uz rešavanje „hrvatskog pitanja", sve učestalije se protura teza i o potrebi rešavanja „vojvođanskog pitanja".

U kontekstu Vojvodine pomenuto, takve ideje su našle svoje ovaplođenje u Somborskoj deklaraciji usvojenoj 1932. godine iza koje je stajala Samostalna demokratska stranka, kao i delovi vojvođanskih demokrata i radikala predvođeni Jovanom Laloševićem. U toj deklaraciji prvi put je istaknut politički zahtev „Vojvodina Vojvođanima" koji je podrazumevao promenu državnog uređenja i formiranje posebnog vojvođanskog autonomnog entiteta, a radikalniji zagovornici ove ideje su pod tom parolom smatrali da Vojvodina treba da dobije status federalne jedinice. Poseban regionalni identitet Lalošević je pravdao činjenicom da su Vojvođani mešavina Srba, Bunjevaca, Šokaca, Rusina, Slovaka, Mađara, Nemaca, a zahtev za federalizovanjem države je potkrepljivao iznošenjem teze o marginalizovanom i osiromašenom položaju u jugoslovenskoj državi. Naime, „kada je ušla u sastav nove države, bila bogata, sređena, krcato puna i napredna pokrajina, i privredno, i kulturno i društveno. Ona je u novu zajednicu unela primerno organizovanu bogatu crkvu svoju, visoko razvijeno školstvo svoje, opšte narodno blagostanje, mnogobrojne snažne kulturne, novčane i staleške organizacije i ustanove, i što je najglavnije, budnu nacionalnu svest svoju, koja je kadra bila vekovima da odoli i najenergičnijim napadajima tuđinske vladavine. Danas je Vojvodina isceđeni limun, upropaštena, razrivena, privredno dovedena do prosjačkog štapa, a nacionalno vređana do srca i potpuno razočarana"[46].

[45] Nav. prema M. Tomić, 45.
[46] Nav. prema Ibid., 179.

Bez obzira na njihova različita politička uverenja i stranačku pripadnost, javljaju se inicijative o potrebi saradnje vojvođanskih političara „oko kritike neprimerenog ekonomskog iscrpljivanja pokrajine, neuravnotežene poreske politike, koncepcije agrarne reforme i administrativno-upravnog kadrovanja“[47]. Snaženje autonomaških ideja je rezultiralo obrazovanjem Vojvođanskog pokreta 7. avgusta 1935. godine u Novom Sadu. „Pokret je okupljao više političkih grupa – samostalne demokrate, demokrate Lj. Davidovića, radikale oko Glavnog odbora, deo zemljoradnika, članove HSS, katoličke klerikalce oko Blaška Rajića, članove i simpatizere KPJ (...). Bila je to heterogena politička skupina, institucionalno neizgrađena i nejedinstvena u mnogim pitanjima, a okupljena oko ideje autonomije pokrajine.“[48] Osnovni zahtev ovog pokreta je bio federalizovanje države, pri čemu bi Vojvodina (Banat, Bačka, Baranja i Srem) postala jedna od federalnih jedinica.

Te ideje su otelovljene posle Drugog svetskog rata, a teritorijalna autonomija Vojvodine je neprestano „ustavnopravno rasla i politički jačala“[49] sve do Ustava Srbije od 1990. godine. Vojvođanski autori su sužavanje teritorijalne autonomije doživeli kao svojevrsni „ustavni anšlus Vojvodine i Kosova i Metohije kao autonomnih pokrajina“ po kome su one postale „ustavno nezaštićen teritorijalni, politički i imovinski dominioni Srbije“[50]. Takav razvoj događaja za njih je očekivan, jer je „teritorija Vojvodine (je) bila nagrada, `logična kompenzacija`, poklon novostvorenoj Jugoslaviji, odnosno Srbiji, zbog čega je Vojvodina bila i ostala ono, što se vrlo često kaže u publicistici, a vidi u životu, `ratni plen`“[51]. Uz te ostrašćene političke kvalifikacije, potpuno netačno je isticano da je pokrajinama oduzeto „stečeno pravo na samoopredeljenje i polietnički identitet“, imajući u vidu da se u publicističkim i stručnim tekstovima brani uverenje da Vojvodina ima prirodno pravo na svoj identitet. Takve teze, bez ozbiljnije činjenične potke nisu nimalo bezazlene, budući da u pojedinim fazama političkog života države one mogu da izazovu dalekosežne posledice. Otuda, ne iznenađuju podaci istraživanja novosadske agencije *Scan* iz 2001. godine, po kome se čak 39,1% ispitanika izjasnilo u prilog vraćanja autonomije Vojvodine koju je ona imala po Ustavu SFRJ od 1974.[52]

---

[47] Saša Marković, Darko Gavrilović, „Vojvođanski pokret između jedinstvene stranačke platforme i stranačkih interesa“, Istraživanja, 24/2013, 430. 427-444. O agrarnoj reformi videti: Gordana Drakić, „Sprovođenje agrarne reforme u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca na području Vojvodine na primeru poseda srednje veličine“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/2012, 271-283.

[48] S. Marković, D. Gavrilović, 434.

[49] Slobodan Orlović, Ustavno pravo, Novi Sad 2018, 367.

[50] „Anschluss je nemački izraz za potpuno pripajanje Austrije od strane nacističke Nemačke 13. marta 1938. godine“. R. Stepanov (2014), 580.

[51] R. Stepanov (2015), 11.

[52] Nav. prema Jovan Komšić, „Vojvođanski identitet u tranziciji“, Pavel Domonji (ur), Vojvođanski identitet, Beograd 2006, 60.

Premda je Ustav Srbije od 2006. godine, u odnosu na rešenja iz 1990, bitnije decentralizovao državnu vlast po liniji autonomnih pokrajina, a ujedno predvideo i finansijska jemstva za AP Vojvodinu, novi ustav je dobio referendumsku podršku 43,93% birača ove autonomne pokrajine, dakle značajno ispod republičkog proseka koji je iznosio 53,04%. Jedan od mogućih razloga za takav rezultat referenduma je činjenica da novi ustav Srbije nije predvideo da su autonomne pokrajine nosioci zakonodavne vlasti. Naime, kakav stav građani Vojvodine imaju o ovom pitanju može posvedočiti istraživanje CESID-a iz maja 2006. godine po kome se apsolutna većina ispitanika (57,10%) izjasnila da Vojvodina po novom ustavu treba da raspolaže zakonodavnom vlašću.[53] Dakle, u tom kontekstu se može govoriti o smanjenom legitimitetu Ustava na teritoriji AP Vojvodine. Takav epilog ne čudi, jer uporedno iskustvo ukazuje na to da samo postojanje teritorijalne autonomije permanentno održava nezadovoljstvo dostignutim nivoom autonomnosti i rađa težnju ka daljoj decentralizaciji. Otuda ne iznenađuje to što se među autonomaškim autorima može sresti stav da je „Vojvodina (je) davno iz regionalnih i autonomnih okvira izašla i može samo da ide prema nezavisnosti i republici" (Radivoj Stepanov).[54] „Srbija i Vojvodina treba da budu ravnopravne federalne jedinice" (Slobodan Budakov), kao i da je neophodno postići „novi istorijski dogovor o stvaranju zajedničke države" koji treba da postignu ova dva konstitutivna elementa bivše Jugoslavije (Živan Berisavljević).[55] Zahtevi za ustavnim preuređenjem Srbije se pravdaju tvrdnjom da se Vojvodini ne može poreći istorijsko pravo da u svim novim istorijskim situacijama sama odlučuje u kakvom će državnom obliku nastaviti da se razvija.[56] Ovakvi ekstremni stavovi se po pravilu brane tezom „o do sada nezabeleženom trendu ukupnog ekonomskog zaostajanja i padu AP Vojvodine na nivo nedovoljno razvijenih regiona (ispod proseka Srbije)"[57]. Kao što se može zaključiti, reč je o matrici koja je nastala još u periodu prisajedinjenja i koja nastojanja za višim stepenom samostalnosti uvek brani tendenciozno plasiranim poluistinama i proizvoljno iznetim podacima o ekonomskom izrabljivanju Vojvodine.

---

[53] Nav. prema Ibid., 47.

[54] R. Stepanov (2014), 575.

[55] Nav. prema Milan Jovanović, „Statut AP Vojvodine – da li autonomija prelazi u federalizam", Ratko Marković (ur), Predlog statuta AP Vojvodine, Beograd 2009, 137-138.

[56] Ibid.

[57] U razgovoru za Blic, 22. 11. 2012. godine, Pastor upozorava „…da samo 30 odsto stanovnika Vojvodine ima kanalizaciju, da u srednjobanatskom okrugu nijedan vodovod nije ispravan, da je Vojvodina za poslednjih 20 godina izgubila 70 odsto društvenog kapitala, ili 16.000 dolara po građaninu, kao i da, u ovom trenutku, Vojvodina po prvi put ima niži prosek zarada u odnosu na Srbiju" Vid. Jovan Komšić, „Principi konstitucionalizma i njihovo krivotvorenje u Srbiji", Glasnik Advokatske komore Vojvodine, 9-10/2014, 553.

Paralelno sa tim se promoviše regionalni vojvođanski identitet, koji takođe opravdava očuvanje političke individualnosti ove pokrajine. Pri tome, građenje „vojvođanskog identiteta" zasniva se na iznalaženju i naglašavanju razlika u odnosu na ostale stanovnike Srbije.[58] Neretko, ta nastojanja se potkrepljuju uvredljivim konstatacijama poput toga da su „Vojvođani (su) umeli da čitaju u doba kad je stanovništvo krajeva južno od Save i Dunava bilo potpuno nepismeno" (Gordana Perunović Fijat) ili da u preostalom delu Srbije vlada „duh večne palanke, poseban fenomen koji Vojvodina ne poznaje, koji svet ne poznaje" (Mirko Đorđević).[59]

Ta težnja da se zadobije što viši stepen samostalnosti je posebno došla do izražaja u procesu statutarnog uobličavanja AP Vojvodine prema Ustavu Srbije od 2006. godine. Naime, Skupština AP Vojvodine je 14. oktobra 2008. godine usvojila Predlog statuta i uputila ga na saglasnost Narodnoj skupštini Republike Srbije.[60] Premda raspolaže isključivo pravom na samoorganizovanje koje jamči Ustav Srbije, AP Vojvodina je ovim predlogom statuta nastojala da prisvoji i pravo na samoodređenje. To je bilo vidljivo u samoj preambuli Predloga statuta u kojoj se navodi da Skupština AP Vojvodine, statut donosi na osnovu Ustava Republike Srbije, ali i na osnovu istorijskog prava građanki i građana Vojvodine na autonomiju u okviru Republike Srbije. Dalje, kako je to u članu 1. Predloga statuta bilo navedeno AP Vojvodina je „nastala na osnovu posebnih nacionalnih, istorijskih, kulturnih i drugih svojstava područja, kao višenacionalna, višekulturalna i višekonfesionalna demokratska evropska regija" i da je istovremeno „sastavni deo jedinstvenog kulturnog, civilizacijskog, ekonomskog i geografskog prostora Srednje Evrope". Dakle, u Predlogu statuta se govorilo o istorijskom pravu na autonomiju u okviru Republike Srbije, koje se može razumeti kao neka natpravna i predustavna kategorija koja obavezuje i samog ustavotvorca.

Budući da je sebi pripisala pravo na samoodređenje u Predlogu statuta se mogao uočiti i pokušaj određenja teritorije Vojvodine uz navođenje da se ona sastoji od geografskih oblasti Bačke, Banata i Srema (čl. 3, st. 1 Predloga), iako je Ustav predvideo da se teritorija autonomnih pokrajina određuje zakonom (čl. 182. st. 4). Na taj način je „podzakonski akt obavezao budućeg zakonodavca, što je i protivzakonito i protivustavno".[61] Pokušaj samoodređenja AP Vojvodine vidljiv je i posredstvom nabrajanja poslova koji spadaju u nadležnost AP Vojvodine (čl.

[58] Čedomir Antić (ur), Dosije Autonomna pokrajina Vojvodina, Beograd 2014, 202.

[59] Nav prema Č. Antić, 202-203.

[60] O Predlogu statuta AP Vojvodine vid. Ratko Marković (ur), Predlog statuta AP Vojvodine, Beograd 2009.

[61] Ratko Marković, „Osvrt na konvepciju i sadržinu Predloga statuta Autonomne pokrajine Vojvodine", Ratko Marković (ur), Predlog statuta AP Vojvodine, Beograd 2009, 72.

29 Predloga). Reč je o neustavnom nastojanju da se uzurpira zakonodavna vlast jer Ustav predviđa da autonomne pokrajine u skladu sa zakonom uređuju pitanja od pokrajinskog značaja. Dakle, republičkim zakonodavstvom se određuje obim normativne vlasti autonomne pokrajine, a ne obrnuto. Da paradoks bude veći, umesto da akti AP Vojvodine slede republičke propise i budu usaglašeni sa njima, desila se obrnuta situacija pa je Narodna skupština 30. novembra 2009. godine usvojila Zakon o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine koji je sadržao rešenja usaglašena sa prethodno koncipiranim statutarnim odredbama AP Vojvodine. Prema tome, zakonodavna vlast je predusretljivo omogućila legalnost predloženog statuta AP Vojvodine koji je, uz neznatne pravno-tehničke korekcije, usvojen 15. decembra 2009. godine.

Međutim, ubrzo posle toga, 24. decembra 2009. godine, grupa opozicionih poslanika je podnela predlog za kontrolu ustavnosti Zakona o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine. Ustavni sud je, 18. februara 2010. godine, dostavio Narodnoj skupštini predlog za ocenu ustavnosti na odgovor. Narodna skupština, preciznije parlamentarna većina, nije bila preterano ažurna pa je odgovor stigao bezmalo posle godinu dana, 20. januara 2011. godine. Zbog izuzetne složenosti predmeta, a takođe i zbog velikog broja osporenih odredbi Zakona, Ustavni sud je, nakon utvrđivanja spornih ustavnopravnih pitanja, organizovao javnu raspravu 23. novembra 2011. godine, na koju su pozvana neka od najeminentnijih imena srpske pravne nauke. Slučaj je hteo da o ovom politički veoma osetljivom pitanju Ustavni sud donese odluku, 10. jula 2012. godine, posle parlamentarnih izbora i pobede opozicije, koja nije bila blagonaklona prema pomenutom zakonu. U takvom izmenjenom političkom ambijentu doneta je odluka kojom su proglašene neustavnim 22 odredbe Zakona. Tom odlukom ukinuta su sva obeležja svojstvena državama (npr. glavni grad, osnivanje predstavništva u Briselu), tako da je teritorijalna autonomija Vojvodine svedena na ustavom zajemčeni nivo.[62] Sledeći takvo pravno rezonovanje Ustavni sud je, krajem 2013. godine, utvrdio da više od dve trećine odredaba Statuta AP Vojvodine, u celini ili delimično, nisu saglasne sa Ustavom.[63] Sumirajmo dosadašnje izlaganje rečima da je slučajnost u vidu ishoda parlamentarnih izbora 2012. godine odlučivala o sudbini širine autonomnih prava Vojvodine. Da kojim slučajem nije došlo do promene parlamentarne većine sasvim izvesno je to da bi i očigledno neustavni Statut AP Vojvodine opstao u pravnom sistemu Srbije i doprinosio daljem razvijanju dezintegracionih procesa.

---

[62] R. Marković (2015), 454.
[63] IUo-360/2009.

4. DA LI JE TERITORIJALNA AUTONOMIJA POŽELJAN OBLIK DECENTRALIZACIJE DRŽAVNE VLASTI

Načelan odgovor na pitanje da li je teritorijalna autonomija valjan i poželjan oblik decentralizacije državne vlasti nije moguć. Razmatrajući teritorijalnu autonomiju kao model vertikalne podele vlasti, moguće je navesti čitav niz argumenata *pro et contra* za (ne)prihvatanje ovog oblika decentralizacije.[64] Izvesno je da vrline teritorijalne autonomije dolaze do izražaja isključivo ukoliko postoje opravdani razlozi za njeno uspostavljanje i ukoliko se pronađe dobro izbalansiran i optimalan nivo autonomnih prava.

Uporednopravno posmatrano, teritorijalna autonomija najčešće služi za zaštitu kulturne, nacionalne ili etničke zajednice i ona se konstituiše radi očuvanja njihovih vrednosti, kulture ili institucija.[65] Međutim, čak i slučajevima kada postoje opravdani razlozi za konstituisanje teritorijalne autonomije do izražaja dolaze značajne slabosti ovog oblika teritorijalne decentralizacije.[66] Ustanovljavanje autonomije može biti prvi korak ka secesiji. Naime, autonomne institucije mogu biti iskorišćene za ostvarivanje tog cilja, budući da je teritorijalna autonomija kompromisni oblik teritorijalnog uređenja koji obe strane ostavlja nezadovoljnim. Nedovoljan stepen zadobijene autonomije može da zaoštri postojeće tenzije i da izazove konflikte između dva nivoa vlasti u državi. Traganje za optimalnim i opšteprihvatljivim nivoom teritorijalne autonomije često je ravno potrazi za kvadraturom kruga. Istovremeno, konstituisanje teritorijalne autonomije može da izazove domino-efekat u pogledu zahteva drugih regiona za isto takvim oblikom autonomije. Uspostavljanje autonomije radi zaštite manjinskih zajednica vodi stvaranju novih manjina, ali sada u okviru nove teritorijalno-političke jedinice. Otuda, ni same jedinice teritorijalne autonomije nisu imune na tenzije u okviru svoje teritorije, a one se mogu preliti i na centralni nivo u pogledu zahteva za uspostavljanje novih institucionalnih aranžmana. U tom smislu, pri konstituisanju teritorijalne autonomije treba uspostaviti balans između interesa tri strane: predstavnika dominantne nacionalne manjine, centralne vlasti i drugih grupa koje žive na toj teritoriji.[67] Takođe, teritorijalna autonomija podrazumeva i postojanje paralelnog sistema organa, pa se dupliranje administracije može smatrati neracionalnim is-

[64] Darko Simović, Vladan Petrov, Ustavno pravo, Beograd 2018, 363-364.

[65] Yash Ghai, „Introduction: Nature and origins of autonomy", Yash Ghai, Sophia Woodman (eds.), Practising Self-Government – A Comparative Study of Autonomous Regions, Cambridge 2013, 5.

[66] Vid. Thomas Benedikter, The World's Working Regional Autonomies: An Introduction and Comparative Analysis, London 2007, 66.

[67] Thomas Benedikter, The World's Modern Autonomy System – Concepts and Experiences of Regional Territorial Autonomy, EURAC Research, Bolzano 2009, 251.

titucionalnim izborom. Dakako, ne na poslednjem mestu po važnosti, postojanje teritorijalne autonomije lišava državu pune slobode u korišćenju svojih privrednih resursa, jer vertikalna podela vlasti podrazumeva i određena jemstva finansijske autonomnosti. Da zaključimo, „svaka podela nesumnjivo ima i dezintegrativno dejstvo. Novostvoreni regioni podrazumevaju težnju ka većem stepenu samostalnosti, želju novostvorene birokratske strukture da osvoji što više vlasti, kako bi njen značaj bio veći, a time i uticaj“[68].

Sagledano iz komparativne perspektive, teritorijalna autonomija jeste izuzetak kada je reč o teritorijalnom uređenju država. Budući da ne postoji opšteprihvaćeni teorijski model ovog oblika decentralizacije državne vlasti, načelno se može reći da trenutno postoji i funkcioniše oko dvadesetak teritorijalnih autonomija. Ukoliko fokus usmerimo samo na Evropu, procenat postojećih teritorijalnih autonomija je još niži. Dosadašnje iskustvo ukazuje na to da teritorijalna autonomija valjano funkcioniše samo ako postoji nesporan i osoben politički identitet određene teritorijalne celine, geografski jasno odeljene od preostalog dela državne teritorije. Ilustrativni primeri su Olandska ostrva u Finskoj, Farska ostrva i Grenland u Danskoj ili Azorska ostrva i Madeira u Portugaliji. Koliko je teritorijalna autonomija nepoželjan i dezintegrišući oblik teritorijalnog uređenja svedoči činjenica da su je države Srednje i Jugoistočne Evrope neskriveno izbegavale premda u pojedinim od tih država postoji daleko veće opravdanje za konstituisanje ovog oblika decentralizacije državne vlasti u odnosu na Srbiju. Poučan primer je bugarski Ustav iz 1991. godine u kome je, i to u okviru prvog dela posvećenog osnovnim principima, izričito zabranjeno konstituisanje teritorijalne autonomije (član 2. stav 1). Razume se, nisu svi ustavotvorci ovako neskriveno izražavali averziju prema teritorijalnoj autonomiji, ali je u političkom životu država Srednje i Jugoistočne Evrope jasno da ovaj oblik teritorijalne decentralizacije i zaštite identiteta nacionalnih manjina nema ozbiljnije zagovornike. Takođe, u Rusiji posle Ustava iz 1993. godine, očigledno je da teritorijalna autonomija nema onakav ustavni značaj kakav je imala za vreme postojanja SSSR.[69]

U postkomunističkom miljeu, poučno može biti iskustvo Ukrajine i Moldavije. Autonomna Republika Krim je raspolagala teritorijalnom autonomijom u okviru Ukrajine, a njeno uspostavljanje i razvijanje je bilo motivisano nastojanjem da se suzbije opasnost od secesije ovog dela teritorije na kojoj je većinu činilo rusko stanovništvo.[70] Mada nije bilo značajnijih problema u funkcionisanju ove autonomije, Krim je 2014. godine, sa stanovišta ukrajinskog pravnog sistema,

[68] Dragan Milkov, „O regionalizaciji Srbije“, Olivera Vučić, Kosta Čavoški (ur), Ustavne promene, Beograd 2003, 304.

[69] R. Marković (2015), 442.

[70] T. Benedikter (2009), 198.

neustavno postao deo Rusije. Naime, na referendumu održanom 14. marta 2014. godine preko 95% glasalih se izjasnilo u prilog pridruživanja Rusiji. Međutim, održavanje tog referenduma se kosilo sa Ustavom Ukrajine koji je predviđao da pitanja koja se odnose na teritoriju mogu biti organizovana isključivo na referendumu koji će biti održan na državnom nivou (član 72). No, bez obzira na takvo ustavno rešenje, Krim je faktički izdvojen iz Ukrajine i prisajedinjen teritoriji Rusije. Premda je sa stanovišta Rusije prisajedinjenje Krima označeno kao ispravljanje istorijske nepravde i legitimno izražavanje prava na samoopredeljenje posredstvom ostvarivanja prava na secesiju, ovaj proces se u teoriji najčešće kvalifikuje kao aneksija Krima.[71]

Teritorijalna autonomija Gagauzije u okviru Moldavije, gde većinu čine Gagauzi pravoslavni hrišćani turkijskog porekla, ima izrazito dezintegrativno dejstvo. Naime, u ovoj teritorijalnoj autonomiji postoje snažne separatističke težnje koje su otvoreno izražene na referendumu održanom početkom 2014. godine. Tom prilikom, građani Gagauzije su se većinom od 98%, umesto za evropski integracioni proces, opredelili za pristupanje carinskoj uniji sa Rusijom. Međutim, ukoliko bi Moldavija izgubila nezavisnost zbog ujedinjavanja sa Rumunijom, a pojedini političari sa tim izjednačuju pristupanje Evropskoj uniji, autonomni region bi automatski postao nezavisna Republika Gagauzija. Dakle, iako još uvek nisu ostvarena secesionistička nastojanja izvesno je da ova proruski nastrojena jedinica teritorijalne autonomije predstavlja faktor dezintegracije Moldavije.[72]

Bez obzira na sve osobenosti ove dve teritorijalne autonomije, i njihove različitosti u odnosu na AP Vojvodinu, pouka je da samo postojanje posebnog teritorijalnog entiteta predstavlja potencijal za razvijanje dezintegracionih procesa i secesionističkih nastojanja, koja uz odgovarajuću međunarodnu podršku mogu biti otelovljena u stvarnosti, iako to nije u skladu sa normama nacionalnog ili međunarodnog javnog prava. Uostalom, iskustvo Republike Srbije sa drugom jedinicom teritorijalne autonomije, AP Kosovo i Metohija, izrazito je negativno i dovoljno poučno da bi nesumnjivo trebalo napustiti ovaj oblik teritorijalne decentralizacije.

---

[71] Christian Marxsen, „The Crimea Crisis – An International Law Perspective", Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2/2014, 367-391; Theodore Christakis, „Self-Determination, Territorial Integrity and Fait Accompli in the Case of Crimea", Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1/2015, 75-100; Veronika Bilkova, The Use of Force by the Russian Federation in Crimea, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1/2015, 27-50.

[72] Kamil Całus, „Gagauzia: growing separatism in Moldova?", OSW Commentary, 129/2014, 1-9; Simon Schlegel, „How could the Gagauz Achieve Autonomy and what has it Achieved for them? A Comparison Among Neighbours on the Moldova-Ukrainian Border", Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe, 1/2018, 1-23.

5. DA LI POSTOJE OBJEKTIVNI RAZLOZI KOJI OPRAVDAVAJU TERITORIJALNU AUTONOMIJU VOJVODINE

Već je postalo opšte mesto da je teritorijalna autonomija Vojvodine konstituisana iz tradicionalnih i istorijskih razloga. Međutim, budući da je to već apsolvirano u dosadašnjem tekstu, pozivanje na istoriju i tradiciju je nekorisno, jer je ta tradicija dosta siromašna u ukorenjenosti autonomnih prava.[73] No, čak i ako se govori o osobenom teritorijalnom-političkom identitetu Vojvodine, on je zasnovan na tradiciji srpskog političkog pokreta u Habzburškoj monarhiji. Preuzimanje potrebe za političkom individualnošću koja je nastala u nematičnoj državi tokom XIX veka radi zaštite sopstvenog nacionalnog identiteta i pretvaranje u tradiciju takvog nastojanja u matičnoj državi deluje apsurdno. „Jer, vojvođanski Srbi više ne žive pod tuđinskom vlašću nego u svojoj državi Srbiji, pa stoga oni raniji istorijski i kulturni razlozi zbog kojih je uspostavljena personalna autonomija prečanskih Srba u okviru (...) Austrougarske, ne mogu biti opravdanje za obrazovanje današnje Autonomne pokrajine Vojvodine“[74]. Prema tome, neophodno je sagledati da li, pored tih neuverljivih istorijskih, postoje drugi valjani i objektivni razlozi za opstajanje i razvijanje teritorijalne autonomije Vojvodine.

Za uspostavljanje teritorijalne autonomije Vojvodine „determinirajući je bio i razlog društveno-ekonomske, istorijske, kulturne i drugih posebnosti područja“[75]. Premda su Srbi činili pretežniji deo stanovništva, Vojvodina je budući „izdvojena skoro dva veka iz političkog sastava Srbije dobila karakteristike jedne ekonomsko-kulturne celine u kojoj su se istovremeno nastanili i pripadnici raznih slovenskih i neslovenskih narodnosti, a u kojoj naročito živi brojna mađarska manjina“[76]. Otuda, složena nacionalna struktura stanovništva je jedan od argumenata koji se najčešće potežu u cilju afirmisanja teritorijalne autonomije Vojvodine. Ističe se, i to prvenstveno na nivou apstraktnog promišljanja, da opstajanje teritorijalne autonomije ima izrazitu integrativnu funkciju, jer „da bi se to osećanje integrisanosti pojačavalo, nacionalne manjine moraju imati političku svest da uspešno ostvaruju osnovne potrebe koje svaka manjina ima, a to je očuvanje sopstvenog integriteta i identiteta.“[77]

---

[73] Radoslav Stojanović, „Decentralizacija Srbije“, Olivera Vučić, Kosta Čavoški (ur), Ustavne promene, Beograd 2003, 310.

[74] K. Čavoški, „Državnost Vojvodine i mogućnost secesije“, Ratko Marković (ur), Predlog statuta AP Vojvodine, Beograd 2009, 81.

[75] R. Marković (1982), 578.

[76] J. Đorđević (1982), 666-667.

[77] R. Stojanović, 310.

Koliko je multikulturalni karakter Vojvodine valjan razlog za očuvanje njenih autonomnih prava, moguće je odgovoriti tek nakon sagledavanja strukture stanovništva ove srpske pokrajine. Prema popisu iz 2011. godine Srbi čine približno dve trećine stanovništva ove pokrajine. Nakon toga slede Mađari sa udelom od 13%, Slovaci sa 2,60%, Hrvati 2,43%, Romi 2,19% i sve ostale nacionalne manjine su ispod 2%. Dakle, nesporna većina stanovništva Vojvodine su Srbi, tako da konstituisanje teritorijalne autonomije samo po sebi nije i ne može biti jemstvo zaštite nacionalnih manjina. Ona bi to mogla biti jedino u slučaju da je struktura stanovništva uravnoteženija. Otuda, postojeća struktura stanovništva navodi na paradoksalan zaključak da je teritorijalna autonomija Vojvodine zapravo predviđanje autonomnih prava za Srbe u okviru Republike Srbije.

Ukoliko se ovi podaci uporede sa strukturom stanovništva na celoj teritoriji države, na kojoj je Srba preko 83% u udelu ukupnog stanovništva, može se zaključiti da Vojvodinu kao region odlikuje viši stepen višenacionalnosti i multikulturalizma. Međutim, konstituisanje teritorijalne autonomije nije jemstvo da će biti očuvani identiteti pojedinih nacionalnih manjina. Ujedno, postoje i drugi delovi državne teritorije na kojima je skoncentrisan značajan broj pripadnika nacionalnih manjina. U pojedinim opštinama Srbije nacionalne manjine čine većinsko stanovništvo. Bošnjaci imaju apsolutnu većinu u tri opštine jugozapadne Srbije (Tutin, Novi Pazar i Sjenica), bugarska nacionalna manjina ima apsolutnu većinu u dve opštine u pograničnom delu jugoistočne Srbije (Bosilegrad i Dimitrovgrad). Premda su bojkotovali poslednji popis stanovništva Albanci na jugu Srbije izvesno čine apsolutnu većinu stanovništva u Preševu, dok se za Bujanovac to sa sigurnošću ne može reći. Iznete činjenice ukazuju na to da višenacionalnost nije obeležje samo jednog regiona u Srbiji, zbog čega teritorijalna autonomija ne može biti adekvatan odgovor za zaštitu i očuvanje osobenog identiteta nacionalnih manjina. Zaštita nacionalnih manjina mora biti postavljena na neteritorijalnoj osnovi da bi bila delotvorna.

Za teritorijalnu autonomiju u Srbiji se vezuje još jedan značajan problem. Loša strana uspostavljanja teritorijalne autonomije je asimetričnost teritorijalnog uređenja koje za posledicu ima neravnopravan položaj stanovništva Republike Srbije. Naime, jedan deo stanovništva, nastanjen na teritoriji Vojvodine ima viši obim političkih prava u odnosu na stanovnike na preostalom delu državne teritorije. Međutim, pored tog načelnog problema, posledice asimetričnog teritorijalnog uređenja su još dalekosežnije. Ustavopiscu se najozbiljnija primedba može uputiti u odnosu na rešenje proklamovano u okviru prava na očuvanje posebnosti po kome se pokrajinskim propisima mogu ustanoviti dodatna prava pripadnika nacionalnih manjina (čl. 79. st. 2). Takvo ustavno rešenje stvara osnov

za odstupanje od načela ravnopravnosti, jer ono omogućava da pripadnici nacionalnih manjina nastanjeni na teritoriji autonomne pokrajine budu u privilegovanom položaju. Premda su u načelnoj prednosti jer uživaju pravo na teritorijalnu autonomiju, pripadnicima nacionalnih manjina u tom slučaju je omogućeno i da uživaju posebna prava koja im se naknadno mogu ustanoviti pokrajinskim propisima. Na taj način, Ustav pruža osnov za postojanje razlika u pravnom položaju pojedinih nacionalnih manjina, a takođe i u pravnom položaju pripadnika iste nacionalne manjine, u zavisnosti od toga da li su nastanjeni na teritoriji autonomne pokrajine ili ne.

Teritorijalna autonomija je samo jedan od mogućih institucionalnih mehanizama zaštite nacionalnih manjina, ali pretežno u situacijama kada one čine većinu na jednom delu državne teritorije. U suprotnom, teritorijalna autonomija nije jemstvo za zaštitu nacionalnih manjina. Višenacionalnom i multikulturalnom društveno-političkom ambijentu su primereniji mehanizmi neteritorijalne, personalne autonomije pripadnika nacionalnih manjina.

Imajući u vidu veličinu teritorije Republike Srbije, geografske i privredne osobenosti ne mogu biti dovoljno opravdanje za opstajanje teritorijalne autonomije. Taj faktor bi mogao biti od presudnijeg značaja samo u kontekstu geografski prostranijih država ili u slučaju jasne geografske odeljenosti jedne teritorijalne celine.

Ukoliko se sagledaju efekti funkcionisanja teritorijalne autonomije saglasno Ustavu od 2006. godine, može se zaključiti da je „pokrajinska autonomija (je) praktično svedena na pravo uređivanja sopstvene organizacije, na vršenje poverenih poslova i osnivačkih prava javnih službi, odnosno dopunsko finansiranje razvoja u nekim oblastima, kao što su poljoprivreda i prava pripadnika nacionalnih manjina“[78]. Drugačije iskazano, teritorijalna autonomija postaje sama sebi cilj.

Da zaključimo, premda ne postoje dovoljno uverljivi razlozi za postojanje teritorijalne autonomije Vojvodine, ona i dalje opstaje. Vremenom je stvorena osobena „regionalna subkultura“ u domenu opšte i političke kulture.[79] „Ona se može smatrati političkom realnošću, čiji je važan elemenat i navika jedne društvene skupine da bude politički privilegovana“[80]. Upravo zbog toga što ne postoje dovoljno opravdani razlozi za njeno postojanje, a njeno opstajanje ima snažan dezintegrativni potencijal za Srbiju, mudrost bi nalagala pronalaženje drugačijeg obrasca teritorijalne decentralizacije državne vlasti.

---

[78] Tamaš Korhec, Katinka Beretka, „Ustavnosudsko i zakonsko uobličavanje normativne nadležnosti autonomne pokrajine Vojvodine“, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1/2018, 113.

[79] R. Stojanović, 310.

[80] M. Pavlović (2003), 45.

6. ZAKLJUČAK

Dosadašnje izlaganje navodi na zaključak da teritorijalna autonomija Vojvodine nije neupitan segment ustavnog identiteta Republike Srbije, a nesumnjivo je da ona to i ne treba da postane, zbog osvedočenog dezintegrativnog dejstva po politički sistem. Više argumenata može biti navedeno u prilog ovoj tezi.

Prvo, ne postoji istorijski kontinuitet teritorijalne celine pod nazivom Vojvodina. U sadašnjim granicama AP Vojvodina je nastala posle Drugog svetskog rata. Dakle, reč je o tvorevini socijalističkog konstitucionalizma. Apostrofirajmo to da socijalistički konstitucionalizam u svakom smislu predstavlja diskontinuitet sa prethodnim ustavnim poretkom. Ne treba zanemariti činjenicu da se AP Vojvodina posle Drugog svetskog rata izjašnjavala o pristupanju Srbiji. Prema tome, rezultat narodnooslobodilačke borbe i socijalističke revolucije je bio i anuliranje efekata prisajedinjenja iz 1918. godine. Baranja je postala integralni deo Hrvatske, a Srem je postao deo AP Vojvodine. Otuda, konstituisanje AP Vojvodine je rezultat diskontinuiteta i sa ustavnopravnog i sa istorijskog stanovišta.

U tom kontekstu legitimno je postaviti pitanje zašto dati primat nategnutom tumačenju o postojanju političke autonomije Vojvodine za vreme Habzburške monarhije u odnosu na jasno izraženu nameru vojvođanskih oblasti da se bezuslovno prisajedine Kraljevini Srbiji. Otuda, treba imati u vidu i simboličko značenje reči prisajedinjenje koja podrazumeva utapanje, bez izražavanja potrebe za očuvanjem političke individualnosti. Ovu ideju na najbolji način ilustruju, već legendarne, reči Jaše Tomića: „Hoćemo da obučemo prvo srpsku košulju, jer nam je ona najbliža, a posle toga zaogrnućemo se plaštom jugoslovenskim“. Dakle, čak i da se uopšte može govoriti o tradiciji teritorijalno-političke autonomije Srba u okviru Habzburške monarhije, čin prisajedinjenja je ideju autonomije anulirao i obesnažio.

Drugo, ne postoji ustavnopravni kontinuitet u pogledu obima i sadržine teritorijalne autonomije Vojvodine. Od trenutka konstituisanja institucionalni model teritorijalne autonomije se donošenjem svakog novog ustava menjao krećući se između dva ekstrema koji se po svojoj pravnoj prirodi i ne mogu okvalifikovati teorijskim pojmom teritorijalne autonomije. Naime, prema Ustavu SFRJ od 1974. godine jedinice teritorijalne autonomije su bile transformisane u federalne jedinice posebnog tipa, dok je prema Ustavu Srbije od 1990. godine teritorijalna autonomija bila anulirana i preobražena u svojevrsne više jedinice lokalne samouprave. Teritorijalna autonomija može biti deo ustavnog identiteta samo ukoliko je njena sadržina u najvećoj meri jasna i definisana. Međutim, kada je reč o teritorijalnoj autonomiji Vojvodine, ona je neprestano menjala svoju sadržinu, pa se

otuda može zaključiti da je to još uvek nestabilan i nepostojan segment ustavnog sistema Srbije.

Treće, dosadašnje iskustvo ukazuje na to da je teritorijalna autonomija Vojvodine više element dezintegracije, nego integracije srpskog političkog sistema. Među zagovornicima autonomije Vojvodine uvek je preovladavalo nastojanje za što većim stepenom emancipovanja od Srbije. Pokušaji afirmisanja osobenog vojvođanskog identiteta na duži rok mogu da vode ka zahtevima za federalizacijom ili secesijom. Uostalom, među pojedinim, još uvek marginalnim, političkim organizacijima takve ideje se već promovišu. Očuvanjem teritorijalne autonomije kao oblika teritorijalne decentralizacije čuva se i klica neprestane težnje ka višem stepenu autonomnosti, koja se veoma često preobražava u dezintegraciju. Federalizovanje Srbije Ustavom SFRJ od 1974. godine je ugledni model koji će opstajati sve dok postoji teritorijalna autonomija u ustavnom sistemu. Nesumnjivo, samo postojanje teritorijalne autonomije stvara zagovornike i promotere ovog oblika decentralizacije.

Četvrto, uporednopravno iskustvo nedvosmisleno ukazuje na to da teritorijalna autonomija nije poželjan oblik decentralizacije državne vlasti. Retki su primeri teritorijalnih autonomija koje uspešno funkcionišu i koje nisu faktor dezintegracije. Budući da je kompromisni oblik teritorijalnog uređenja, oba nivoa vlasti ostaju nezadovoljna. Otuda, teritorijalna autonomija se često doživljava kao tranzitno rešenje. Imajući u vidu da model teritorijalne autonomije, premda postoji već više od sedam decenija, nije opravdao svoje postojanje, izvesno je da treba izvršiti teritorijalno preuređenje Republike Srbije.

Peto, izuzev inertnosti pri ustavnom inženjeringu i realnih interesa političkih elita na ovom središnjem nivou vlasti, ne postoje opravdani razlozi za očuvanje teritorijalne autonomije Vojvodine. Tradicionalni razlozi nisu dovoljno snažni da bi se isključivo na njima zasnivalo opstajanje autonomnih prava. Teritorijalna autonomija kao oblik decentralizacije državne vlasti jeste recidiv socijalističkog konstitucionalizma. Da bi ostvarila potpuni diskontinuitet sa autoritarnim ustavnim nasleđem, Republika Srbija treba da pristupi teritorijalnom preuređenju. Republici Srbiji je potrebna modernizovana i funkcionalna teritorijalna decentralizacija i demetropolizacija. Kao jedan od mogućih pravaca ustavnog preobražaja teritorijalnog uređenja Republike Srbije može se govoriti o uspostavljanju višestepene lokalne samouprave pri čemu bi jednoobrazan, monotipski model opštine bio zamenjen politipskim. Istovremeno, trebalo bi omogućiti modele funkcionalne autonomije, koji podrazumevaju mogućnost funkcionalnog, regionalnog povezivanja jedinica lokalne samouprave oko pojedinih razvojnih projekata.

LITERATURA I IZVORI

Antić, Č. (ur) (2014) *Dosije Autonomna pokrajina Vojvodina*. Beograd.

Benedikter, T. (2009) *The World's Modern Autonomy System – Concepts and Experiences of Regional Territorial Autonomy*. Bolzano: EURAC Research.

Benedikter, T. (2007) *The World's Working Regional Autonomies: An Introduction and Comparative Analysis*, London.

Bilkova, V. (2015) The Use of Force by the Russian Federation in Crimea, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1, 27-50.

Całus, K. (2014) Gagauzia: growing separatism in Moldova?, *OSW Commentary*, 129, 1-9.

Christakis, T. (2015) Self-Determination, Territorial Integrity and Fait Accompli in the Case of Crimea, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1, 75-100.

Ghai, Y., Woodman, S. (eds.) (2013) *Practicing Self-Government – A Comparative Study of Autonomous Regions*, Cambridge.

Grlica, M. (ur) (2009) *Koliko se poznajemo – iz istorije nacionalnih zajednica u Vojvodini*, Novi Sad.

Dimitrov, E. (1991) Koncept jugoslovenskog federalizma i autonomije i predstojeće ustavne promene, Jovičić, M. (ur), *Aktuelni problemi ustava i ustavnih promena*, Beograd, 97-122.

Drakić, G. (2012) Sprovođenje agrarne reforme u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca na području Vojvodine na primeru poseda srednje veličine, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3, 271-283.

Đere, Z. (2004) Skica promena etničkog sastava stanovništva na tlu današnje Vojvodine 1526-1919. godine, *Istraživanja*, 15, 105-125.

Đorđević, J. (1982) *Ustavno pravo*, Beograd.

Jovanović, M. (2009) Statut AP Vojvodine – da li autonomija prelazi u federalizam, Marković, R. (ur), *Predlog statuta AP Vojvodine*, Beograd, 130-148.

Jovanović, S. (1995) *Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*. Beograd.

Jovičić, M. (2006) *Savremeni federalizam*, Beograd.

Jovičić, M. (1991) Problemi ustavnog uređenja jugoslovenske federacije i oblika teritorijalne autonomije, Jovičić, M. (ur), *Aktuelni problemi ustava i ustavnih promena*, Beograd 123-142.

Komšić, J. (2014) Principi konstitucionalizma i njihovo krivotvorenje u Srbiji, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 9-10, 549-572.

Komšić, J. (2006) Vojvođanski identitet u tranziciji, Domonji, P. (ur), *Vojvođanski identitet*, Beograd, 44-67.

Korhec, T. (2017) Ustavna revizija i manjinska prava – u kojoj meri je reviziona vlast slobodna da menja posebna prava manjina u Ustavu Republike Srbije, Šarčević, E., Simović, D. (ur), *Reviziona vlast u Srbiji*, Sarajevo, 115-142.

Korhec, T., Beretka, K. (2018) Ustavnosudsko i zakonsko uobličavanje normativne nadležnosti autonomne pokrajine Vojvodine, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1, 90-116.

Kostić, L. (2000) *Ustavno pravo*, Beograd.

Krkljuš, Lj. (2010) Autonomija Vojvodine do 1918. godine – da li je postojala, kada i kakva?, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2, 5-35.
Kutlešić, V. (2010) Federalizam u drugoj Jugoslaviji, Fira, A., Marković, R. (ur), *Dva veka srpske ustavnosti*, Beograd, 349-366.
Kutlešić, V. (1986) *Raspodela zakonodavne nadležnosti između federacije i federalnih jedinica u razvitku jugoslovenskog federalizma*, Beograd.
Marković, R. (2015) *Ustavno pravo*, Beograd.
Marković, R. (2009) Osvrt na konvepciju i sadržinu Predloga statuta Autonomne pokrajine Vojvodine, Marković, R. (ur), *Predlog statuta AP Vojvodine*, Beograd, 69-80.
Marković, R. (1982) *Ustavno pravo*. Beograd.
Marković, S., Gavrilović, D., (2013)Vojvođanski pokret između jedinstvene stranačke platforme i stranačkih interesa. *Istraživanja*, 24, 427-444.
Marxsen, C. (2014) The Crimea Crisis – An International Law Perspective. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2, 367-391.
Mijatović, B. (2013) Vojvodina i neposredni porezi oko 1925: da li je bilo pljačke? *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 3, 429-449.
Milkov, D. (2003) O regionalizaciji Srbije. Vučić, O., Čavoški, K. (ur), *Ustavne promene*, Beograd, 298-307.
Mitrović, M. (2003) Legitimitet političkih aktera i neka otvorena pitanja ustavne reforme u Srbiji. Vučić, O., Čavoški, K. (ur), *Ustavne promene*, Beograd, 105-122.
Orlović, S. (2018) *Ustavno pravo*, Novi Sad.
Orlović, S. (2014) Najviši pravni akti u autonomiji Vojvodine, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2, 257-287.
Pavlović, M. (2012) Jugoslovenska Kraljevina: prva evropska regionalna država. *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 4, 503-521.
Pavlović, M. (2003) Pravnoistorijski i uporednopravni pogled na ustavne promene. Vučić, O., Čavoški, K. (ur), *Ustavne promene*, Beograd, 23-46.
Pajvančić, M. (2014) Autonomne pokrajine – Evropski standardi i ustavna rešenja, *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, 9-10, 593-609.
Pejin, J. (2003) O autonomiji Vojvodine. Vučić, O., Čavoški, K. (ur), *Ustavne promene*, Beograd, 315-328.
Schlegel, S. (2018) How could the Gagauz Achieve Autonomy and what has it Achieved for them? A Comparison Among Neighbors on the Moldova-Ukrainian Border, *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, 1, 1-23.
Simović, D., Petrov, V. (2018) *Ustavno pravo*. Beograd.
Simović, D. (2017) Ustavna rigidnost i aporije revizione vlasti u Republici Srbiji. Šarčević, E., Simović, D. (ur), *Reviziona vlast u Srbiji*, Sarajevo, 63-89.
Simović, D. (2013) Ustavnosudsko uobličavanje teritorijalne autonomije Vojvodine. *Nauka, bezbednost, policija.* 3, 53-69.
Smodlaka, J. (1920) *Nacrt Jugoslovenskog ustava*. Zagreb.
Stanković, M. (2018) *Pravo lokalne samouprave*. Beograd.
Stepanov, R. (2015) Vojvodina: od Trianona 1920. do Ustava Srbije 2006. godine. *Politikon*, 10, 9-36.

Stepanov, R. (2014) Ustavni i politički triptih Vojvodine, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*. 9-10, 573-592.

Stojanović, R. (2003) Decentralizacija Srbije. Vučić, O., Čavoški, K. (ur), *Ustavne promene*. Beograd, 308-314.

Tomić, M. (2016) *Pravno uređenje Dunavske banovine i koncepti državnopravnog statusa Vojvodine 1929-1941*. Doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.

Fira, A. (1995) *Ustavno pravo Republike Srbije i Republike Crne Gore*. Novi Sad.

Čavoški, K. (2009) Državnost Vojvodine i mogućnost secesije. Marković, R. (ur), *Predlog statuta AP Vojvodine*, Beograd, 81-86.

Darko Z. Simović, Ph.D., Full Professor
University of Criminal Investigation and Police Studies
darko.simovic@kpu.edu.rs

Is the Territorial Autonomy of Vojvodina a Part of the Constitutional Identity of the Republic of Serbia

Abstract: *The Republic of Serbia still does not have a clearly defined constitutional identity. One of the delicate questions from this sphere is whether the territorial autonomy of Vojvodina has become part of the constitutional identity of the Republic of Serbia. An affirmative response to this question can be founded on the belief that territorial autonomy has been a continuous form of decentralization of state for over seven decades. However, if we take into consideration that the territorial autonomy has continually changed and circulated between extreme models; which thereby are not coherent with the theoretical notion of territorial autonomy, it can be concluded that the autonomous province of Vojvodina is a resolute element of the constitutional system of the Republic of Serbia only nominally and only by way of its form, but not its content. Simultaneously, the existing model of territorial autonomy is disputed with criticisms that its level is low, and that its constitutional guarantees are weak and ineffective. These words clearly suggest that the constitutional model of territorial autonomy has yet to finalize its form. Taking into consideration that the territorial autonomy has commonly been a disintegrating factor, in addition to the fact that aside from tradition which is also questionable, there do not exist other convincing factors for the survival of the autonomous province of Vojvodina. The Republic of Serbia should turn toward a different model of territorial decentralization.*

Keywords*: constitution, constitutional identity, territorial autonomy, national minorities, Republic of Serbia, Vojvodina.*

Datum prijema rada: 06.09.2019.

Originalni naučni rad 004.7:347.77
doi:10.5937/zrpfns53-23723

Dr Slobodan M. Marković, redovni profesor
Univerzitet u Beogradu
Pravni fakultet u Beogradu
slobodanmarkovic0227@gmail.com

INFORMACIONO DRUŠTVO IZMEĐU PRAVA INTELEKTUALNE SVOJINE I JAVNOG DOMENA*

***Sažetak**: Informaciono društvo je ambivalentno prema pravu intelektualne svojine. S jedne strane, ono je rezultat tehnološkog i ekonomskog napretka koji je donekle rezultat delovanja prava intelektualne svojine. S druge strane, intelektualna svojina u nekim aspektima počinje da ograničava korisnost raspoloživih tehnoloških mogućnosti informacionog društva. Ukazujući na osetljivost granice između slobode konkurencije i isključivih prava intelektualne svojine, odnosno javnog i privatnog domena, autor stavlja naglasak na javni domen kao kulturni i ekonomski resurs koji dobija novo značenje u savremenim tehnološkim i privrednim uslovima. Nasuprot relativnoj pasivnosti zakonodavca da prilagodi pravo intelektualne svojine novim uslovima, evidentan je proces privatne rekonfiguracije odnosa na tržištu informacija, kojim se javni domen proširuje tako što se titulari prava intelektualne svojine uzdržavaju od vršenja svojih isključivih ovlašćenja.*

Taj proces ukazuje na potrebu holističkog pristupa inovacionoj politici koja mora da preispita i uskladi tri svoja ključna elementa: stimulativnu nagradu za investiranje u tehnološki i kulturni razvoj, slobodu/ograničenje konkurencije i slobodu/ograničenje pristupa tekovinama razvoja. To je neophodno radi stavljanja prava intelektualne svojine i drugih instrumenata inovacione politike u funkciju društvenog blagostanja.

***Ključne reči**: javni domen, privatni domen, konkurencija, pristup, samoregulacija.*

---

* Rad je prezentovan na Međunarodnoj naučnoj konferenciji Pravna tradicija i novi pravni izazovi, održanoj 03. i 04.10.2019. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu.

1. UVODNE NAPOMENE

Javni domen je tehnički termin kojim se u pravu intelektualne svojine označava ukupnost nematerijalnih (intelektualnih) dobara koja nisu obuhvaćena nijednim važećim subjektivnim pravom intelektualne svojine, pa ih stoga svako može slobodno (bez pravnih ograničenja i besplatno) koristiti. *A contrario*, za nematerijalna dobra koja su u režimu pravne zaštite intelektualne svojine može se reći da su u privatnom domenu, tj. da je njihovo korišćenje uslovljeno saglasnošću titulara subjektivnog prava intelektualne svojine i/ili plaćanjem naknade. Dakle, podela na javni i privatni domen, u ovom kontekstu, posledica je nastanka prava intelektualne svojine u 17. i 18. veku.[1]

Sve do početka 21. veka struka je pokazivala slabo interesovanje za ovu temu jer je težište bilo na izučavanju i unapređenju prava intelektualne svojine čija funkcija jeste da putem privatizacije, odnosno komodifikacije nematerijalnih dobara doprinese dinamičkoj efikasnosti tržišta i blagostanju zajednice. Na javni domen se gledalo kao na kulturno nasleđe koje je sirovinski input u produkciju nematerijalnih dobara zaštićenih pravima intelektualne svojine, s jedne, kao i na deponiju intelektualnih dobara na kojima je istekao rok trajanja prava intelektualne svojine, s druge strane. Tek krajem 20. i početkom 21. veka kreće pojačano interesovanje za javni domen, kao posledica određenih protivrečnosti novonastalog informacionog društva. Naime, informacija (nematerijalno dobro) postaje sve važniji privredni resurs čija tržišna valorizacija stvara potrebu za globalnim jačanjem prava intelektualne svojine.[2] Istovremeno, digitalna informaciono-komunikaciona tehnologija, a posebno internet kao epitom informacionog društva, demonstrira neusklađenost između sredstava i ciljeva prava intelektualne svojine u novim tehnološkim uslovima.[3] Aktuelna zapitanost o načinima prevazilaženja

---

[1] Prva međunarodna konvencija u kojoj se pominje javni domen jeste Bernska konvencija o zaštiti književnih i umetničkih dela iz 1886. godine. Vidi čl. 18, st. 1 i 2: „Ova konvencija se primenjuje na sva dela koja, u trenutku njenog stupanja na snagu, nisu još pala u javni domen u zemlji porekla istekom roka zaštite. Ako je pak istekom roka zaštite koja je prethodno pružena, delo palo u javni domen u zemlji traženja zaštite, takvo delo ne može biti zaštićeno iznova.“ Dakle, ove odredbe s kraja 19. veka sugerišu da istek roka zaštite nije jedni način kako se jedno autorsko delo može naći u javnom domenu. Primera radi, ono može po zakonu biti isključeno iz autorskopravne zaštite (npr. zakonski ili drugi službeni tekst).

[2] Krunu tog procesa nesumnjivo predstavlja donošenje Sporazuma o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (engl.- Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, dalje: TRIPS) iz 1994. godine, kojim je preko institucionalnih mehanizama Svetske trgovinske organizacije praktično svim zemljama sveta nametnuta obaveza poštovanja visokih standarda pravne zaštite intelektualne svojine.

[3] Ova okolnost je pokrenula proces kritičkog preispitivanja svih premisa na kojima počiva aktuelno pravo intelektualne svojine. Najradikalniji (mada ne i dovoljno relevantan) politički izraz

ove protivrečnosti donosi neke nove akcente. Jedan od njih je reafirmacija javnog domena, ali ne kao „otpadka“ od prava intelektualne svojine, nego kao krajnjeg cilja dejstva prava intelektualne svojine.[4]

Politički izraz ove pojave na međunarodnom planu jeste uključenje problematike javnog domena u agendu Svetske organizacije za intelektualnu svojinu (engl.– *World Intellectual Property Organisation*, dalje: WIPO).[5] Time je zemljama tzv. trećeg sveta data izvesna politička kompenzacija za ekonomski teret koji im je nametnut globalnim trijumfom prava intelektualne svojine putem TRIPS-a iz 1994. godine.

Sam termin javni domen upućuje na ispravan zaključak da se u tom domenu nalaze javna dobra. Nesporazum može da nastane oko pitanja jesu li ta dobra javna po pravnom režimu ili po svojoj ekonomskoj prirodi. Budući da je reč o nematerijalnim dobrima, ona su svakako javna po svojoj ekonomskoj prirodi.[6] Njihova ekonomska priroda javnog dobra je i razlog za postojanje prava intelektualne svojine, kako bi se prevazišla slabost tržišta sadržana u njihovom pozitivnom eksternom efektu, odnosno u problemu prisvajanja njihove društvene vrednosti. Dakle, bitno je da zapazimo da je nematerijalno dobro uvek javno po svojoj ekonomskoj prirodi, dok prema pravnom režimu može biti javno (ako je u javnom domenu) ili privatno (ako je pod zaštitom putem prava intelektualne svojine).

---

tog procesa je nastanak tzv. piratskih partija koje u parlamentima pojedinih zemalja zagovaraju ukidanje autorskog prava i bitno sužavanje prava intelektualne svojine uopšte.

[4] Michael D. Birnhack, „More or Better? Shaping the Public Domain“ u The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law, (urednici L. Guibault, B. Hugenholtz), 2006, 60. Autor razmatra samo autorska dela i podseća na instrumentalističku interpretaciju društvenog opravdanja postojanja autorskog prava.

[5] Skupština WIPO je 2007. godine osnovala Komitet za razvoj i pravo intelektualne svojine, i donela Agendu za razvoj sa 45 preporuka kojima se Komitet otad bavi. Dve preporuke se odnose na javni domen. Preporuka 16: ... „razmotriti zaštitu javnog domena u okviru normativnog procesa WIPO-a, i produbiti analizu implikacija i prednosti bogatog i dostupnog javnog domena“. Preporuka 20: ... „unaprediti normativne aktivnosti koje se odnose na intelektualnu svojinu, a koje podržavaju robustan javni domen u državama članicama WIPO, uključujući mogućnost pripreme smernica koje bi pomogle zainteresovanim državama članicama da identifikuju nematerijalne objekte koji su pali u javni domen u državama članicama“. Na osnovu toga je pomenuti Komitet odobrio tematski Projekat o intelektualnoj svojini i javnom domenu, čije komponente obuhvataju autorsko pravo, patentno pravo, pravo žiga i tradicionalna znanja.

[6] Prema udžbenicima ekonomije, nerivalitet i neisključivost u potrošnji su obeležja javnih dobara. Nerivalitet znači da više lica može da troši (koristi) isto dobro bez oštećenja njegove supstance, a neisključivost znači da nije moguće isključiti iz potrošnje takvog dobra ona lica koja nisu investirala u njegovu proizvodnju. Vidi npr. Boris Begović, Miroljub Labus, Aleksandra Jovanović, Ekonomija za pravnike, Beograd 2008, 300.

Rezime rezultata izučavanja javnog domena u postojećoj literaturi (uključujući i jedan članak autora[7]) izgleda otprilike ovako:

- Definisanje javnog domena može se učiniti na uži ili na širi način. Uži način podrazumeva njegovo svođenje na ukupnost nematerijalnih dobara koja po zakonu ne mogu biti predmet zaštite na osnovu prava intelektualne svojine (tzv. ontološki javni domen), koja ne ispunjavaju zakonske uslove za zaštitu, kao i ona za koje je istekao rok zaštite. To je relativno jasno i stabilno jezgro javnog domena. Šira definicija uključuje i javna dobra koja su u režimu važeće zaštite na osnovu prava intelektualne svojine, ali koje određena treća lica mogu slobodno koristiti na određene načine na osnovu zakonom propisanih ograničenja prava intelektualne svojine (dakle, bez obaveze da od titulara prava pribave saglasnost i plate mu naknadu). To je tzv. funkcionalni javni domen. Još šira definicija uključuje i javna dobra koja su u režimu važeće zaštite ali koja titular prava intelektualne svojine dobrovoljno prepušta trećim licima na slobodno korišćenje tako što ne vrši svoje pravo ili ga besplatno ustupa trećim licima bez ograničenja ili s minimalnim ograničenjima. Za taj segment skovan je termin „dobrovoljni javni domen".
- Uloga javnog domena je da: „služi kao materijal za stvaranje novih znanja i intelektualnih tvorevina; omogući kompetitivnu imitaciju; omogući jeftin pristup informacijama; obezbedi pristup kulturnom nasleđu; unapredi obrazovanje; unapredi javno zdravlje i sigurnost; unapredi demokratske procese i vrednosti".[8]
- Kao što nema svetskog prava intelektualne svojine, već deluje princip teritorijalnosti po kojem subjektivna prava intelektualne svojine važe samo na teritorijama onih zemalja po čijem zakonu su priznata, tako ne postoji ni svetski javni domen. Naime, nacionalni zakoni mogu se razlikovati u pogledu bilo kojeg kriterijuma koji je odlučujući za status određenog nematerijalnog dobra (zabrana zaštite, uslovi zaštite, trajanje zaštite, ograničenja prava). Stoga, određeno nematerijalno dobro u određenom trenutku može u jednoj zemlji biti u javnom domenu, a u drugoj zemlji biti predmet važećeg prava intelektualne svojine.
- Javni domen može biti kompromitovan određenim „spoljnim" faktorima kao što su lična (tzv. moralna) ovlašćenja autora koja u nekim zemljama poput Sr-

[7] Slobodan Marković, „Javni domen i pravo intelektualne svojine", Pravo i privreda, br. 4-6, 2011, 819-831.

[8] Pamela Samuelson, „Challenges in Mapping the Public Domain" u The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law, (urednici L. Guibault, B. Hugenholtz), 2006, 22. Prema broju i kvalitetu radova iz ove oblasti, ova autorka je među najvećim autoritetima za temu javnog domena i autorskog prava.

bije traju večno[9], pravima srodnim autorskom pravu[10], tehnološkim merama zaštite informacionog sadržaja na internetu[11] i dr.

– Svaka vrsta prava intelektualne svojine ima za predmet zaštite određenu vrstu nematerijalnih dobara. Otuda su za svaku vrstu nematerijalnih dobara primenljiva različita pravila razgraničenja između javnog i privatnog domena. Generalno su u centru pažnje nematerijalna dobra koja predstavljaju tzv. intelektualne tvorevine (kao što su autorska dela i pronalasci) jer kod njih najviše dolazi do izražaja pravnopolitička neophodnost održavanja društveno produktivnog balansa između javnog i privatnog domena.

U ovom radu ćemo se koristiti pojmom javnog domena u njegovom najširem značenju koje obuhvata sve slučajeve u kojima je dopušteno koristiti određeno nematerijalno dobro bez saglasnosti titulara prava intelektualne svojine i bez plaćanja naknade. Razmatranje ćemo uglavnom koncentrisati na dve vrste nematerijalnih dobara: autorska dela i pronalaske.

Svrha ovog rada je da problematiku javnog domena predstavi u kontekstu javne politike čiji krajnji cilj je društveno blagostanje, a čija sredstva su (prevashodno, a ne jedino) pravo konkurencije i pravo intelektualne svojine.

2. NEMATERIJALNA DOBRA IZMEĐU SLOBODE KONKURENCIJE I ZAŠTITE INTELEKTUALNE SVOJINE

Pređašnja konstatacija da je podela na javni i privatni domen u oblasti nematerijalnih dobara nastala sa uvođenjem prava intelektualne svojine u pravni poredak, implikuje da su pre toga sva nematerijalna dobra bila u javnom domenu. Međutim, važno je napomenuti da nastanak prava intelektualne svojine nije doveo do privatizacije jednog dela javnog domena, nego je omogućio privatizaciju jednog dela onih nematerijalnih dobara koja će tek nastati. U tom smislu, svakako se ne može reći da pravo intelektualne svojine sužava postojeći javni domen. Ono samo privremeno drži izvan javnog domena ona intelektualna dobra koja su nastala zahvaljujući pravnoekonomskom podsticaju u vidu prava intelektualne svojine,

[9] Na primer, za preradu autorskog dela za koje je istekla zaštita neophodna je saglasnost naslednika autora, bez obzira što je delo u javnom domenu.

[10] Na primer, nije dopušteno slobodno umnožavanje ili javno saopštavanje muzičkog autorskog dela koje je u javnom domenu, ako je ono zabeležno na fonogramu i ako traju prava interpretatora ili proizvođača fonograma.

[11] Na primer, na internetu faktički nije moguće slobodno korišćenje muzičkog dela koje je u javnom domenu, ako je to delo tehnički (npr. putem šifre) učinjeno nedostupnim bez plaćanja naknade (iz bilo kojeg razloga).

koji država daje vlasnicima privatnih resursa, ne bi li ovi te resurse investirali u istraživanje, razvoj, stvaralaštvo.

Razumejući to, možemo zamisliti sliku da je javni domen zapravo ogroman prostor delovanja slobode konkurencije. Na tom prostoru postoje određena mesta na kojima je sloboda konkurencije suspendovana voljom zakonodavca – to su mesta privatnog domena koji je posledica delovanja subjektivnih prava intelektualne svojine. Linearno razgraničenje između privatnog i javnog domena moguće je samo na apstraktan, odnosno teorijski način. U praktičnom životu ta granica nije vidljiva bez dobrog poznavanja prava intelektualne svojine i određenih činjenica koje nisu uvek očigledne.[12]

Pozabavićemo se sad tim razgraničenjem. Apstraktno posmatrano, linija između javnog i privatnog domena je linija između slobode konkurencije i prava intelektualne svojine. Smatra se da ona treba da bude postavljena tamo gde ekonomski potsticaji utemeljeni u konkurenciji nisu dovoljni da motivišu vlasnike kapitala da investiraju u produkciju novih nematerijalnih dobara zbog nesavršenosti tržišta (eksterni efekti informacije kao javnog dobra i nemogućnost prisvajanja njene društvene vrednosti). Na toj granici, nedostajući ekonomski podsticaji prava konkurencije nadomešćuju se podsticajima u vidu privremenih isključivih prava intelektualne svojine. Tehnički gledano, tu granicu definišu norme prava intelektualne svojine, koje se tiču predmeta zaštite, uslova zaštite, obima i trajanja zaštite, ograničenja zaštite i dr. Izvesne korekcije te granice moguće su i na osnovu normi prava zaštite konkurencije, kao što je institut neophodnih sredstava, zabrana sporazuma kojima se ograničava konkurencija i dr.

Načelno govoreći, iako se na toj granici sučeljavaju suprotni principi (sloboda konkurencije nasuprot isključenju konkurencije), važno je zapamtiti da oba principa rade za isti cilj: efikasnost tržišta i blagostanje potrošača. Sinergija ta dva principa postoji, međutim, samo pod uslovom da je granica između njih pravilno postavljena, tako da društveni trošak nikad ne bude viši od društvene koristi delovanja svakog od njih. Drugim rečima, ekonomsko funkcionisanje privatnog do-

[12] Primera radi, ako neko želi da kreira atraktivnu stranicu na internetu uz korišćenje obilja audiovizuelnih sadržaja, on prvo mora znati da razgraniči autorska dela, interpretacije, fonograme i videograme od ostalih sadržaja. Zatim mora saznati ko su autori autorskih dela, ko su aktuelni titulari autorskog i srodnih prava, da li su autori još živi, odnosno koliko godina je prošlo od njihove smrti. Konačno, mora ostvariti kontakte sa titularima važećeg autorskog i srodnih prava radi zaključenja odgovarajućih ugovora i plaćanja naknade. Analogno važi i za slučaj kad neko želi da proizvodi određenu tehnološki složeniju robu na osnovu sopstvenih i tuđih tehnoloških rešenja. Postoji podatak da proizvodnja mobilnog telefona Samsung Galaxy 2 podrazumeva korišćenje tehnologije koja uključuje stotine hiljada patentiranih pronalazaka (vidi https://www.engine.is/news/category/so-how-many-patents-are-in-a-smartphone , pristup avgusta 2019). U ovim slučajevima je praktično razgraničenje javnog od privatnog domena više nego složeno, što jako opterećuje poslovanje troškovima i rizicima.

mena je opterećeno statičkom neefikasnošću tržišta kao posledicom odsustva konkurencije. Jasno je da opravdanje za to može postojati samo ako je: (a) odsustvo konkurencije bilo nužan podsticaj za nastanak tog privatnog domena, čime je unapređena dinamička efikasnost tržišta i (b) odsustvo konkurencije trajalo samo onoliko koliko je bilo neophodno da se povrati investicija u privatni domen.

Danas u literaturi preovlađuje ocena da živimo u dobu kad je granica između slobode konkurencije i prava intelektualne svojine, odnosno između javnog i privatnog domena pomerena na štetu slobode konkurencije (javnog domena), i to pod pritiskom multinacionalnih korporacija kao najvećih beneficijara zaštite intelektualne svojine. Bliže razmatranje tog pitanja koje danas dominira u stručnim raspravama, izlazi izvan svrhe ovog članka. Želimo, međutim, da naglasimo da u raspravi o potrebi redefinisanja prava intelektualne svojine u informacionom društvu, mi zapravo govorimo o uspostavljanju novog balansa između javnog i privatnog domena u uslovima novih tehnologija i novih poslovnih modela.

Kad je reč o praktičnim aspektima razgraničenja između javnog i privatnog domena (za potrebe proizvodnje određenog proizvoda ili pružanje određene usluge), problemi su brojni. Oni pre svega proizlaze iz već pomenute relativnosti javnog domena. On je relativan u prostornom, vremenskom i funkcionalnom smislu istovremeno. Drugim rečima, autorsko delo i pronalazak mogu biti raspoloživi za slobodno korišćenje u jednoj zemlji, a u drugoj ne; u jednom trenutku ne, a kasnije da; za jednu svrhu da, a za drugu ne; za jednog subjekta da, a za drugog ne. To je posledica teritorijalnog dejstva prava intelektualne svojine, kao i brojnih ograničenja tih prava, propisanih nacionalnim zakonima. Ovome treba dodati i činjenicu da su čitave oblasti tehnologije i autorskog stvaralaštva „pokrivene" mrežom subjektivnih prava intelektualne svojine različitih titulara. Za privredne subjekte koji žele da pribave ta prava za potrebe korišćenja predmeta zaštite, to za posledicu ima ogromne transakcione troškove, uključujući troškove za autorske i licencne naknade.[13]

Dakle, pomenute okolnosti su svakako izvor značajnih troškova i rizika, a ponekad deluju i prohibitorno na poslovanje koje traži brzinu i međunarodnu pravnu sigurnost.[14]

---

[13] Ovaj fenomen je u literaturi poznat kao tragedija privatnog domena (engl. – tragedy of anticommons). Izraz potiče iz članka Michael A. Heller, „Tragedy of Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets", Harvard Law Review, Vol.111, 1998, 621-688. Autor analizira probleme u eksploataciji resursa koji je pod pravnom kontrolom množine subjekata. Po pravilu, tu dolazi do sloma koordinacije i ekscesnih, pa i prohibitornih transakcionih troškova, što onemogućuje društveno efikasno korišćenje tog resursa.

[14] Pomenimo uzgred i zanimljivu pojavu koja je, čini se, uzela maha u SAD. Naime, u skladu sa tradicijom i propisima tamošnjeg autorskog prava, primerci autorskih dela koja su pod

3. SAMOREGULACIJA GRANICE IZMEĐU PRIVATNOG I JAVNOG DOMENA

Dok se u teoriji i politici vodi debata o tome kako promeniti norme prava intelektualne svojine da bi se granica između privatnog i javnog domena prilagodila tehnološko-privrednim izazovima 21. veka, zanimljivo je da praktičan život nalazi i otvara nove načine kojima se, u postojećem pravnom okviru, ta granica koriguje u interesu svih učesnika u procesu.

Nasuprot intuitivnom osećaju da svaki subjekt koji investira u stvaranje određenog nematerijalnog dobra radije eksploatiše to dobro u uslovima isključenja konkurencije nego u uslovima konkurencije, od poslednje decenije prošlog veka pa do danas mi smo svedoci pojave da određeni subjekti radije čine upravo suprotno. Iza toga, po pravilu, ne stoje filantropski razlozi, nego sagledavanje sopstvenog interesa u drugom svetlu.

Pođimo od softvera otvorenog koda (engl.- *open source software*) kao pojave koja datira iz 1985. godine, čija idejna srž je u tome da se udruženim naporima množine programera (autora softvera) kreira softver koji će biti slobodno dostupan na internetu u svom izvornom kodu, tako da ga svako može besplatno koristiti, prilagođavati i usavršavati, uz obavezu da ono što je promenio takođe učini slobodno dostupnim na internetu za besplatno korišćenje drugima. Ne ulazeći u početne ideološke aspekte ove pojave,[15] poslovni interes učesnika u tom sistemu sastoji se u: a) podeli troškova razvoja novog softvera i b) kreiranju proizvoda koji će biti platforma za konkurensko nadmetanje u oblasti komplementarne robe

autorskopravnom zaštitom označavaju se tzv. rezervom o autorskom pravu (engl.- copyright notice) u vidu znaka ©, sa godinom prvog izdanja i imenom titulara prava. Primećeno je da mnoga izdanja autorskih dela za koja je istekao rok zaštite, nose ovu oznaku ili napomenu sa tim značenjem, prevarno šaljući signal publici da je delo pod zaštitom, tj. u privatnom domenu. Evidentno je reč o nastojanju da se bez pravnog osnova isključi konkurencija, odnosno prikrije da je reč o autorskom delu koje je već u javnom domenu. Bliže o ovome vidi Jason Mazzone, „Copyfraud“, New York University Law Review, Vol.81, 2006, 1026-1100. Autor se zalaže za oštre građanskopravne mere zaštite javnog domena od ove vrste ugrožavanja, odnosno reprivatizacije.

[15] Richard Stallman, tvorac ovog koncepta i osnivač organizacije Free Software Foundation koja njime administrira, isticao je u prvi plan idealističke motive. Vidi Richard Stallman, Why Software Should Not Have Owners, www.gnu.org/philosophy/why-free.html (pristup avgusta 2019). Centralni pravni institut Creative Commons-a jeste tzv. CC licenca (u našem pravu bi bilo prikladnije da se zove CC autorski ugovor) na osnovu koje sva treća lica, pod određenim uslovima, pribavljaju ovlašćenja na određene tipove korišćenja autorskog dela. Reč je o tipskim licencama koje se razlikuju po broju i vrsti ustupljenih ovlašćenja, a svaki tip ima svoj vizuelni simbol.

(npr. aplikativnog softvera ili određenih uređaja) ili usluga (npr. održavanje softvera, kreiranje interenet prezentacija i sl.).

U oblasti autorskog stvaralaštva, upravo izloženi koncept je dobio ogromno proširenje u vidu organizacije *Creative Commons* koja sad ima globalnu mrežu odgovarajućih nacionalnih organizacija. One promovišu i logistički podržavaju slobodan pristup autorskim sadržajima na internetu i njihovo besplatno korišćenje i prerađivanje, pod uslovom da se poštuje tzv. pravo paterniteta autora i da se sve eventualne izmene takođe učine slobodno dostupnim na internetu radi besplatnog korišćenja i daljih izmena.[16] Jedan deo svoje vitalne energije *Creative Commons* crpi iz činjenice da ogroman broj autora nema opipljivu korist od isključivog dejstva autorskog prava. Takvi autori, u najvećem broju slučajeva, dopuštaju slobodnu cirkulaciju svojih dela na internetu, stičući tako afirmaciju i popularnost koje nastoje da valorizuju na drugi način.

Bitno je da su i softver otvorenog koda i *Creative Commons* samo specifični načini vršenja autorskog prava koje *ipso iure* postoji na tim autorskim delima. Naime, titulari autorskog prava na tim delima ustupaju opštu neisključivu besplatnu licencu svim trećim licima da slobodno koriste ta dela pod pomenutim uslovima. Pravni mehanizam za sankcionisanje povrede obaveze iz takve licence obezbeđuje autorsko pravo u vidu tužbe za povredu ugovora o licenci i tužbe za povredu autorskog prava. Autorska dela koja su na ovaj način slobodna za besplatno korišćenje čine tzv. dobrovoljni javni domen, koji smo pomenuli napred. Na ovim modelima počivaju neki popuno novi pogledi na diseminaciju informacija. Pomenimo, primera radi, samo koncept tzv. otvorene nauke (engl.- *open science*) koja čini deo zvanične politike Evropske unije.[17] Poenta je da rezultati, metodologije i podaci koji su proizašli iz naučno-istraživačkih projekata finansiranih novcem poreskih obveznika, moraju biti objavljeni u režimu *Creative commons* licenci na internetu (u odgovarajućim repozitorijumima). Na taj način javnost odmah i besplatno dolazi do informacija o projektima, može da ih koristi, proverava i kritikuje. Time se preskače tradicionalna uloga izdavača skupih naučnih publikacija čije pribavljanje za poreske obveznike predstavlja dodatni trošak dolaska do saznanja o rezultatima istraživanja koja su sami već platili.

U oblasti tehničkog stvaralaštva takođe postoji nekoliko pojava koje počivaju na kontra-intuitivnoj logici. Na primer, privredni subjekti investiraju u istraži-

[16] Vidi detaljnije na sajtu srpskog ogranka ove organizacije http://creativecommons.org.rs/

[17] Commission Recommendation on Access to and Preservation of Scientific Information (C/2012/ 4890). Na principima otvorene nauke počiva i naučno istraživački program Evropske unije HORIZON 2020 za period 2014-2020.

vanja i razvoj novih tehnologija koje uopšte nemaju nameru da patentiraju, nego ih objavljuju da bi sprečile njihovo eventualno patentiranje od strane konkurenata (tzv. defanzivno objavljivanje).[18] Drugim rečima, rezultati tih istraživanja idu direktno u javni domen kako bi mogli biti predmet eksploatacije na konkurentskom tržištu. Kao i u slučaju softvera otvorenog koda, *ratio* ovoga je procena da je tehnologija koja je na ovaj način stvorena i predata javnom domenu, prevashodno baza za slobodan dalji razvoj u čijim budućim rezultatima se eventualno očekuje određena konkurentska prednost.

Sličan slučaj je i uzdržavanje od vršenja patenta (engl.– *patent non-assertion pledge*)[19], kojem titular pribegava kad očekuje da će u uslovima slobodnog korišćenja patentirane tehnologije doći do željenog tehnološkog pomaka zahvaljujući kreativnom radu množine subjekata koji na taj način dele troškove tog razvoja i stoga nisu nužno zavisni od patentne zaštite kao načina za povraćaj investicije.

U literaturi postoji pojam *property preempting investment*, koji možemo slobodno prevesti kao investicija u javni domen.[20] On obuhvata većinu gornjih primera tržišne samoregulacije granice između javnog i privatnog domena, bez promene propisa o zaštiti intelektualne svojine. Ovaj „privatni re-inženjering strukture pravnih ovlašćenja u interesu ljudi koji hoće da obave posao“[21] svakako nije konačni odgovor na probleme prava intelektualne svojine u informacionom društvu, ali jeste jedan odušak putem kojeg se smanjuje pritisak na hitnost temeljitije reforme prava intelektualne svojine, i dobija vreme za razmatranje kvalitetnih zakonskih rešenja.

---

[18] Prema pravilima patentnog prava, objavljivanje tehničkog rešenja pre podnošenja patentne prijave, vodi njegovom ulasku u tzv. stanje tehnike i time zauvek ostaje izvan mogućnosti privatizacije putem patenta. Za takvo objavljivanje dovoljan je bilo koji javni medij (časopis, knjiga, javna demonstracija i sl. bilo gde u svetu). Danas preovlađuju elektronske objave na internetu, na specijalizovanim portalima kao što su na primer: Research Disclosure (http://www.researchdisclosure.com/), Defensive Publications (http://www.defensivepublications.org/), Open Patent Office (http://www.openpatentoffice.org/).

[19] Patent non-assertion pledge predstavlja jednostrano obećanje koje titular patenta daje javnosti da neće utuživati radnje korišćenja patentiranog pronalaska. U domaćoj literaturi o tome vidi Nikola Ilić, „Uzdržavanje od vršenja patenta“ u zborniku Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (urednik Vuk Radović), Beograd, 2015, 538 i dalje.

[20] Vidi bliže u Robert P. Merges, „A New Dynamism in the Public Domain“, University of Chicago Law Review, Vol.71, 2004, 185 i dalje. Autor dokumentuje ovaj fenomen na primerima istraživanja u oblasti biotehnologije (sekvence gena) i softvera otvorenog koda, objašnjavajući zašto je u interesu odgovarajućih kompanija kao što su Merck Pharmaceuticals ili IBM da rezultate svojih istraživanja i investicija odmah prepuste javnom domenu, umesto da ih eksploatišu u režimu privatnog domena putem prava intelektualne svojine.

[21] Ibidem, 203.

4. PRISTUP JAVNOM DOMENU

Kako smo već napred rekli, u vreme koje je prethodilo nastanku prava intelektualne svojine postojala je apsolutna dominacija javnog domena. Međutim, ne treba izgubiti iz vida da je i tad postojao legitiman interes pojedinih subjekata da određena informacija ne bude slobodna za korišćenje od strane trećih lica. Jedini način da se to postigne jeste držanje informacije u tajnosti. Jedna od društvenih koristi uvođenja prava intelektualne svojine u pravni poredak je u tome što je omogućeno da informacija bude objavljena, a da time ne padne nužno u javni domen.[22] Stoga možemo na pravo intelektualne svojine gledati, pored ostalog, kao na svojevrsan društvenoekonomski kompromis između tajnosti, s jedne, i javnog domena, s druge strane.[23] Potreba za tajnosti time nije sasvim prestala, tj. ona i danas predstavlja jedan od načina da se drugome onemogući korišćenje određene informacije.[24]

To nas vodi jednom krupnom pitanju u vezi s javnim domenom. Reč je o **dostupnosti** nematerijalnog dobra (informacije) koje je u javnom domenu. Naime, evidentno je da postoji deo javnog domena koji ne može da vrši svoju društvenu funkciju zato što je njegov sadržaj nedostupan. Nedostupnost je elemenat definicije tajnosti, ali to ne znači da je dostupnost elemenat definicije javnog domena. Postoje nematerijalna dobra u javnom domenu, za koja javnost zna ali iz određenih razloga ne može da im slobodno i/ili lako pristupi. Razlog može biti tehnički (npr. ne postoje primerci određenog autorskog dela; autorsko delo ili drugi sadržaj je na internetu zaštićen tehnološkim merama sprečavanja pristupa). Razlog može biti i pravni, s tim da on nije povezan s pravom intelektualne svojine (npr. muzej naplaćuje skupe ulaznice za razgledanje autorskih dela u javnom domenu, i zabranjuje njihovo fotografisanje; država naplaćuje korišćenje podataka generisanih radom javnih službi, kao što su geografski, meteorološki i dr. podaci). Dakle, pripadnost određenog nematerijalnog dobra (in-

[22] Štaviše, u patentnom pravu je objavljivanje pronalaska u patentnoj prijavi uslov za njegovo patentiranje. Ipak, čuvanje pronalaska u tajnosti ostaje racionalniji izbor u pojedinim situacijama.

[23] Rufus Pollock, The Value of the Public Domain, Institute for Public Policy Research, London, 2006, 3.

[24] Na ovom mestu moguće je zapitati se da li bi tajne informacije trebalo računati u privatni domen. Intuitivno gledano, odgovor je verovatno potvrdan. Međutim, teorijska doslednost nalaže da tajne informacije ostavimo izvan podele na javni i privatni domen. Razlog tome je već pomenuta činjenica da je ova podela nastala s pojavom prava intelektualne svojine, kao instrumenta za rešavanje slabosti tržišta nematerijalnih dobara (pozitivan eksterni efekat i nemogućnost prisvajanja društvene vrednosti). Kod tajnih informacija nema tih slabosti tržišta, što ove čini neutralnim u odnosu na podelu o kojoj govorimo.

formacije) javnom domenu ne garantuje dostupnost tog dobra javnosti – garantuje samo da ne postoje prepreke njegovom slobodnom **korišćenju**, u vidu subjektivnih prava intelektualne svojine. Otuda slede jedan važan zaključak i jedno zanimljivo pitanje. Zaključak je da se razmišljanje o društvenoj funkciji i vrednosti javnog domena ne može razdvojiti od pitanja njegove dostupnosti javnosti. Pitanje je: u kakvoj su vezi dostupnost intelektualnog dobra, s jedne, i pravo intelektualne svojine, s druge strane, odnosno da li se odgovarajućom reformom prava intelektualne svojine može povećati dostupnost nematerijalnih dobara?[25]

Za potrebe ovog članka, gornji zaključak zaslužuje samo kraći komentar. Danas preovlađuje shvatanje da je internet ključno tehničko sredstvo za rešenje problema dostupnosti javnog domena. Internet svakako ne može da privoli izdavače da izdaju dela čiji je tiraž davno iscrpljen, ne može da smanji cene primeraka autorskih dela u prodavnicama, niti može da ukine skupe ulaznice za muzeje, ali može svako nematerijalno dobro (informaciju, sadržaj) koje je u javnom domenu da dovede do milijardi ljudi širom planete, i to po ceni koja gravitira nuli. Uslov za to je da je nematerijalno dobro „prebačeno" u odgovarajući digitalni zapis. Dakle, nesagledivi komunikacioni potencijal interneta može biti stavljen u funkciju dostupnosti javnog domena putem digitalizacije istog. U svetu trenutno postoji mnoštvo započetih, poodmaklih i planiranih projekata digitalizacije pojedinih segmenata kulturnog nasleđa koje je u javnom domenu, sa ciljem da se svakome na planeti, koji ima priključak na internet, omogući pristup što većem segmentu javnog domena. Digitalizacija kulturnog nasleđa je ogroman projekat sa globalnim implikacijama, te zahteva visok stepen koordinacije učesnika prevashodno radi racionalizacije troškova, te kompatibilnosti i interoperabilnosti baza podataka koje tako nastaju. To su uglavnom tehnička pitanja čijem razmatranju nema mesta u ovom radu.

Umesto toga, vraćamo se gornjem pitanju o odnosu između dostupnosti nematerijalnih dobara i prava intelektualne svojine. Valja prvo konstatovati da pravo intelektualne svojine, kategorijalno gledano, nije u koliziji sa dostupnošću nematerijalnih dobara, bez obzira da li su ona u privatnom ili u javnom domenu. Na spisku isključivih ovlašćenja iz prava intelektualne svojine nalaze se radnje privrednog korišćenja zaštićenih intelektualnih dobara, što znači da su radnje saznavanja ili percipiranja predmeta zaštite izvan regulisanja prava intelektu-

[25] Ima, doduše, jedna stvar koja se tiče dostupnosti sadržaja na internetu, a koja je uređena pravom intelektualne svojine. To su tzv. tehnološke mere zaštite, koje su sankcionisane kao posredna povreda autorskog prava ili srodnih prava, pod uslovom da je zaštićeni sadržaj „pokriven" autorskim ili srodnim pravom. Ako je reč o sadržaju koji je u javnom domenu, takve mere zaštite prestaju da budu predmet regulisanja pravom intelektualne svojine.

alne svojine. Sledstveno tome, pravo intelektualne svojine je, **po svom pravnom dejstvu**, neutralno u odnosu na dostupnost nematerijalnih dobara.

Formalna tačnost gornje konstatacije, međutim, ni izbliza ne odražava celinu slike. Ostatak slike čine **ekonomske posledice** delovanja prava intelektualne svojine. Naime, isključiva ovlšćenja titulara prava intelektualne svojine imaju za posledicu zabranu direktne konkurencije. Ako proizvod ili usluga koji su pokriveni tim ovlašćenjima nemaju supstitute na tržištu, položaj titulara prava ima karakter monopola. Upravljajući racionalno ponudom i cenom takve robe ili usluge, monopolista svakako ograničava pristup toj robi ili usluzi, što je, zapravo, u ekonomskoj biti intelektualne svojine. Otuda, kad se pokušava objasniti razlog činjenice da su npr. patentirani lekovi uvek višestruko skuplji (pa stoga i nedostupni ljudima slabe kupovne moći) od tzv. generičkih lekova za koje je istekao rok patentne zaštite, bilo bi cinično da kažemo da je to posledica dejstva prava svojine prodavca, iako u toj transakciji doista dolazi do prometa svojine na određenom pakovanju leka, a ne do prometa prava intelektualne svojine na pronalasku leka.[26]

Dakle, dejstvo prava intelektualne svojine suštinski ima negativan efekat na dostupnost nematerijalnih dobara koja su u privatnom domenu, i to predstavlja društveni trošak postojanja prava intelektualne svojine (na koji je društvo pristalo).

Akcenat našeg razmatranja je, međutim, na javnom domenu i premisi da njegova dostupnost ne može biti ograničena pravom intelektualne svojine. Drugim rečima, ulaskom jednog nematerijalnog dobra u javni domen mora biti prekinuta svaka veza tog dobra sa režimom prava intelektualne svojine. To je nesporan pravnopolitički cilj, koji ne uspeva uvek da bude ostvaren. Osvrnućemo se ovde na četiri pojave: reprivatizacija javnog domena, tehničke mere zaštite od pristupa sadržaju na internetu, pravni režim autorskih dela čiji autor nije poznat (tzv. dela siročići, engl. – *orphan works*) i baze podataka.

[26] Ilustracije radi, napravimo malo poređenje. Određeno lice kupi 200gr salame u mesarnici, a zatim pređe u knjižaru i tamo kupi primerak Biblije i primerak najnovijeg romana nekog aktuelnog svetskog pisca. Salama je stvar, a ne nematerijalno dobro; primerak Biblije sadrži nematerijalno dobro koje je u javnom domenu, a primerak pomenutog romana sadrži nematerijalno dobro koje je u privatnom domenu (zaštićeno autorskim pravom). Slobodnoj dostupnosti tih dobara isprečuje se prodavac koji u sva tri slučaja uslovljava predaju robe plaćanjem cene. Cena je bitni elemenat ugovora o kupovini i prodaji, kojim se vrši transfer svojine na robi. Dakle, svojina je neposredno pravno ograničenje slobodnom pristupu ovoj robi, ali cena salame i primerka Biblije određena je, zahvaljujući konkurenciji, na nivou marginalnog troška jedinice proizvoda, dok je cena primerka zaštićenog autorskog dela određena na višem nivou zahvaljujući isključivom dejstvu autorskog prava.

Kad se govori o reprivatizaciji javnog domena misli se na retke slučajeve kad određeno nematerijalno dobro izađe iz pravnog režima privatnog domena i uđe u javni domen, pa zatim intervencijom zakonodavca bude vraćeno u privatni domen. To je, na primer, bio slučaj u SAD posle pristupanja Berskoj konvenciji 1989. godine, kad su, silom odredbe čl.18 Berske konvencije, SAD morale da obnove autorskopravnu zaštitu za inostrana dela za koja nije istekao rok zaštite u zemlji porekla, a koja su već „pala" u javni domen u SAD.[27] Drugi primer odnosi se na Evropsku uniju koja je Direktivom o harmonizaciji roka zaštite autorskog prava i određenih srodnih prava iz 1993. godine propisala da minimalni opšti rok autorskopravne zaštite iznosi 70 godina *post mortem auctoris*. Tad je u pojedinim zemljama, primenom čl. 18 Berske konvencije, došlo do obnove zaštite za dela koja su već u javnom domenu, ukoliko u nekoj drugoj državi EU, koja je zemlja porekla tog dela, zaštita još nije istekla.[28]

Ovde valja pomenuti i nastojanje pojedinih nerazvijenih zemalja i zemalja u razvoju da međunarodnim konvencijama i nacionalnim zakonima uvedu pravnu zaštitu za tradicionalna znanja i genetske resurse. U svojoj biti, ovo nastojanje takođe cilja na neku vrstu reprivatizacije ili ograničenja javnog domena, zbog čega nema izgleda na širi međunarodni uspeh.[29]

Tehničke mere zaštite od pristupa nematerijalnim dobrima na internetu imaju *per se* karakter uporediv sa merama zaštite od krađe npr. knjiga u knjižari. To, po sebi, nije predmet interesovanja prava intelektualne svojine. Međutim, ako se tim merama zaštite ograničava pristup autorskim delima i predmetima srodnog prava koji su u privatnom domenu, stvari stoje drukčije jer je sankcionisanje neovlašćenog uklanjanja tih tehničkih mera zaštite normirano

---

[27] Kurioziteta radi, vredi pomenuti da SAD nisu ovo učinile odmah, poštujući Bersku konvenciju, već tek pet godina kasnije kad su se morale povinovati WTO pravilima sadržanim u TRIPS-u, koji je dao realno obavezujuću snagu Berskoj konvenciji. Vidi Tyler T. Ochoa, „Origins and Meaning of the Public Domain", University Of Dayton Law Review, Vol.28, br.2, 2002, 220, 221.

[28] Zanimljivu analizu kombinovanog delovanja različitih rokova zaštite, principa nediskriminacije državljana EU i čl. 18 Bernske konvencije vidi u Paul E. Geller, „Zombie and Once Dead Works – Copryright Retroactivity After the EC Term Directive", Entertainment And Sports Lawyer, Vol. 18, br. 2, 2000, 7. Za analizu su, kao primer, uzeti opera Toska, od Đ. Pučinija, likovno delo Brodvej bugi-vugi od Mondrijana i muzička kompozicija My Way od F. Sinatre. Zanimljivo je da i ovaj autor metaforički označava restauraciju autorskopravne zaštite za dela koja su već u javnom domenu kao „ustajanje dela iz groba". Shvatanje javnog domena kao groblja autorskih dela je sve drugo nego umesno, i odražava zastareli intelektualno-svojinsko-centrični pogled na kulturno nasleđe.

[29] Vidi detaljnije u Slobodan Marković, „Očuvanje biodiverziteta i pravo intelektualne svojine: konceptualni nesporazum", Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1, 2017, 7-24.

kao (posredna) povreda prava intelektualne svojine.[30] Situacija u kojoj pravo intelektualne svojine na ovaj način ometa pristup javnom domenu je, na primer, sledeća: određena Bahova kompozicija koja je odavno u javnom domenu, izvedena je nedavno od strane određenog orkestra, a sve to je snimljeno na komercijalno izdati fonogram. Ukoliko se taj fonogram nađe na internetu, moguće je zaštititi ga tehničkim merama od nedopuštenog pristupa na osnovu važećeg prava interpretatora i proizvođača fonograma. Time, međutim, biva onemogućen pristup i Bahovoj kompoziciji koja je u javnom domenu, budući da je praktično nemoguće rastaviti kompoziciju od njene interpretacije i od fonograma. Još eklatantniji primer je kad je tehničkim merama zaštićen određeni sadržaj koji je u privatnom domenu, te stoga lice koje ima pravo da ga koristi (pa samim tim i da mu pristupi) na osnovu određenog **ograničenja autorskog i srodnog prava**, to ne može da učini. Ovde je reč o ograničavanju pristupa tzv. funkcionalnom javnom domenu. Uprkos zakonskim odredbama koje adresiraju ovaj problem,[31] za njega nema praktičnog i efikasnog rešenja.

Zanimljivo je da se u literaturi nailazi na glas da bi jedina pravična protivteža pravnom sankcionisanju tehničkih mera zaštite privatnog domena na internetu, zapravo bila zakonska zabrana korišćenja tih mera u odnosu na privatni domen. Tako bi, *de lege ferenda*, trebalo da se uvede pravna odgovornost za povredu prava pristupa javnom domenu.[32] Iako deluje zavodljivo, smatramo da je to sasvim nerealno jer predstavlja nasilje nad funkcionisanjem tržišta informacija na internetu.

Recimo ukratko i o delima čiji autor nije poznat – preciznije, čiji nosilac autorskog prava nije poznat. Reč je o specifičnom problemu koji ometa veliki i važan proces digitalizacije kulturne baštine. Naime, kulturna baština obuhvata kako javni, tako i privatni domen. Digitalizacija javnog domena je svakako slobodna. Nasuprot tome, digitalizacija privatnog domena (i njegovo korišćenje) podrazumeva pribavljanje saglasnosti titulara autorskog prava i srodnih prava, kao i plaćanje naknade. Stoga je za subjekte koji sprovode digitalizaciju od najveće važnosti da razgraniče koja nematerijalna dobra su u javnom, a koja u

[30] WIPO Ugovor o autorskom pravu iz 1996. godine propisuje u članovima 11 i 12 obavezu država članica da sankcionišu tzv. zaobilaženje (engl.- circumvention) tehničkih mera zaštite, uključujući uklanjanje ili menjanje elektronskih informacija koje služe upravljanju autorskim pravom. Ovu obavezu su SAD ispunile donošenjem Milenijumskog digitalnog zakona o autorskom pravu (engl.- Millenium Digital Copyright Act) 1998, a EU je preko članova 7 i 8 Direktive o harmonizaciji određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacionom društvu (2001/29) obavezala svoje članice da učine isto. Zakonodavac Srbije je odgovarajuće odredbe uneo u Zakon o autorskom i srodnim pravima (čl.208).

[31] Vidi na primer član 209 Zakona o autorskom i srodnim pravima Srbije.

[32] Paul Goldstein, „Copyright and its Substitutes“, Wisconsin Law Review, 1997, 869.

privatnom domenu. Pored teškoća koje proizlaze iz već pominjane relativnosti javnog domena (kao posledice teritorijalnog dejstva prava intelektualne svojine), javlja se i problem utvrđenja identiteta titulara autorskog ili srodnog prava za određeno nematerijalno dobro. Nemanje te informacije može da dovede do situacije da se određeno nematerijalno dobro tretira kao sastavni deo javnog domena, a da se po izvršenoj digitalizaciji i činjenju tog nematerijalnog dobra dostupnim javnosti putem interneta, javi nosilac prava i tuži za povredu autorskog ili srodnog prava.[33] Da bi umanjila rizike nastupanja takvog scenarija Evropska unija je donela direktivu kojom je propisala procedure tzv. pažljive pretrage (engl. – *dilligent search*) u cilju otkrivanja identiteta nosioca autorskog ili srodnog prava, kao i posledice neuspešnog okončanja iste.[34] Poenta je da se delo, za koje nije mogao biti pronađen nosilac prava, registruje kao takvo u Evropskom zavodu za intelektualnu svojinu, čime može na teritoriji cele EU postati predmet slobodne digitalizacije i korišćenja od strane kulturnih institucija koje sprovode digitalizaciju kulturnog nasleđa. Ako se naknadno pojavi nosilac prava, on ne može tužiti za povredu autorskog ili srodnog prava već može samo tražiti da se delo vrati u privatni domen.

Materija kojom se uređuje status nematerijalnih dobara za koja nije moguće utvrditi nosioca autorskog ili srodnog prava pripada, nesumnjivo, korpusu prava intelektualne svojine. Iz te okolnosti smatramo da izvlačimo ispravan zaključak o mogućem dvosmernom dejstvu prava intelektualne svojine na javni domen. Naime, delo za koje je formalno utvrđen status dela čiji nosilac prava nije poznat, smatra se da pripada javnom domenu. Međutim, na osnovu istih propisa, takvo delo može biti vraćeno u privatni domen (reprivatizovano) ako i kada se pojavi nosilac prava.

Konačno, uvođenje zaštite za baze podataka u Evropskoj uniji 1996. godine[35] stvorilo je još jedno polje zadiranja prava intelektualne svojine u javni domen, u smislu ometanja dostupnosti javnog domena. U nameri da zaštiti investiciju u prikupljanje, verifikaciju, sistematizaciju i ažuriranje velikog broja podataka koji *per se* pripadaju javnom domenu, Evropska unija je kreirala novo

[33] Razmere ovog problema mogu se naslutiti iz podatka da Britanska biblioteka procenjuje da je za oko 40% materijala u kolekcijama koje su pod autorskom ili srodnopravnom zaštitom, nosilac prava nepoznat. Vidi EU Commission Memo „Orphan Works – Frequently Asked Questions“ (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-743_en.htm?locale=en , pristup jula 2019).

[34] Direktiva 12/28/EU o određenim dopuštenim korišćenjima dela čiji nosilac prava nije poznat, od 2012. godine (Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works).

[35] Direktiva 96/9/EZ o pravnoj zaštiti baza podataka, od 1996. godine (Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases).

srodno pravo[36] u vidu prava zaštite baza podataka, čiji izvorni titular je subjekt koji je učinio značajnu investiciju u proizvodnju te baze. Iako je inicijalni rok trajanja prava ograničen na 15 godina od nastanka baze podataka, ono dobija neograničeno trajanje ako se baza podataka ažurira (posle svakog ažuriranja računa se novi rok od 15 godina). Razumljivo je da uključenjem određenog podatka u zaštićenu bazu, taj podatak *per se* nije postao zaštićen pravom intelektualne svojine, ali je dostupnost tog podatka preko baze podataka (čemu ona, uostalom, i služi), otežana uslovom saglasnosti titulara prava zaštite baze podataka i plaćanjem naknade.

Zanimljivo je da su se SAD, koje su inače naklonjenje proliferaciji prava intelektualne svojine u cilju zaštite investitora i krupnog biznisa, uzdržale od uvođenja ovog prava u svoj pravni poredak upravo sa pozicije otpora prema otežanju pristupa podacima koji predstavljaju tzv. organski javni domen. Bez namere da dajemo konačan sud o opravdanosti postojanja prava zaštite baze podataka, ističemo da je ovde reč o jednoj *do ut des* situaciji. Naime, konkretan podatak (koji je svakako u javnom domenu) u praktičnom životu ne bi bio lakše dostupan da nije sadržan u bazi podataka; baza podataka upravo služi tome da korisniku omogući lakši, brži i pouzdaniji pristup podatku, s tim da je „cena" toga sadržana u obavezama koje korisnik ima prema titularu prava koji je to omogućio. Korisnik uvek može odabrati komplikovaniji put do traženog podatka, ne koristeći bazu podataka, s tim da je pitanje hoće li taj put biti i jeftiniji za njega. Kontra-argument ovom rezonu polazi od primera baze podataka koji su dobijeni istraživanjima u oblasti biotehnologije i genetike. Ako ti podaci po zakonu predstavljaju tzv. organski javni domen, a nema prihvatljive alternative njihovom pristupu osim korišćenja baze podataka koja je zaštićena pravom intelektualne svojine, praktičan efekat je indirektna zaštita podataka, tj. njihova privatizacija.

Kako god bilo, ovde imamo još jedan primer uticaja prava intelektualne svojine na javni domen, gde nematerijalno dobro iz javnog domena (podatak), preko

[36] Zvanično, EU tretira ovo pravo kao sui generis, i insistira na tome da to nije srodno pravo. Razlog tome nema utemeljenje u stručnoj analizi ovog prava. Postoji mišljenje da je reč o veštom načinu da se državljanima i rezidentima zemalja koje ne priznaju recipročnu zaštitu bazama podataka, onemogući da ga uživaju u EU na osnovu principa nacionalnog tretmana stranaca. Tako William Cornish, Intellectual Property – Omnipresent, Distructing, Irrelevant?, Clarendon Law Lectures, Oxford, 2004, 38. Ne osporavajući utemeljenost ove ocene, konstatujemo ipak da ovde nije reč o primeni principa nacionalnog tretmana stranaca na osnovu čl.3 TRIPS-a, jer je ta obaveza po TRIPS-u ograničena samo na ona prava intelektualne svojine koja su uređena TRIPS-om. Kako TRIPS ne pominje srodna prava na generalan način, niti posebno pominje pravo zaštite baza podataka kao srodno pravo, jasno je da Cornish misli na neki drugi mogući izvor te obaveze, kao npr. na bilateralne ugovore koje EU ima sa pojedinim zemljama, uključujući SAD, a koje mi ovde nismo konsultovali.

baze podataka koja je u privatnom domenu, dopire do javnosti tek uz savladavanje prepreka koje su inače karakteristične za funkcionisanje privatnog domena.

Rezimirajući pregled opisanih slučajeva u kojima pravo intelektualne svojine interferira sa javnim domenom, tako što otežava ili ograničava pristup istom, možemo uočiti da tom problematikom ne upravljaju principi i „priroda stvari", nego pragmatizam motivisan nastojanjem da se namire određeni interesi koje zakonodavac, u datom trenutku, smatra bitnim. Stoga je iluzorno ozbiljno govoriti o pravu intelektualne svojine *de lege ferenda*, koje će ostaviti javni domen sasvim na miru.

S druge strane, svest o značaju dostupnosti javnog domena za razvojne interese društva dovela je do toga da se ovo pitanje više ne razmatra samo u kontekstu prava intelektualne svojine, nego i u kontekstu raznih drugih pravnih i faktičkih prepreka dostupnosti. Tu su od posebnog značaja informacije (nematerijalna dobra) koje su generisane od strane javnog sektora. Sa aspekta prava intelektualne svojine, većina tih informacija nesporno pripada tzv. organskom javnom domenu. Međutim, pristup njima je nekada restriktivan radi pokrivanja određenih troškova. Na bazi brojnih studija koje sameravaju troškove generisanja informacija u javnom sektoru, s jedne, i ekonomskog potencijala raznih privrednih aktivnosti zasnovanih na njima, s druge strane,[37] EU je 2019. godine donela Direktivu o otvorenim podacima i korišćenju informacija iz javnog sektora.[38] Cilj Direktive je da se, pored ostalog, stimuliše objavljivanje informacija generisanih u javnom sektoru, a maksimalna naknada za njihovo korišćenje svede na marginalni trošak njihove distribucije (a ne produkcije), te da se uspostave besplatne i slobodno dostupne baze podataka ujednačenog formata u oblastima geografije, osmatranja Zemlje i prirodne okoline, meteorologije, statistike, kompanija i vlasništva nad njima, mobilnosti.

5. EKONOMSKA VREDNOST JAVNOG DOMENA

Svako će intuitivno reći da je vrednost javnog domena nemerljiva, imajući u vidu sve njegove funkcije u društvu. Međutim, ako govorimo samo o njegovoj ekonomskoj vrednosti, moramo poći od idealizovane pretpostavke da je svako

[37] Vidi Rufus Pollock, Op.cit., 13,14. Na primeru meteoroloških i geografskih podataka autor ilustruje stanje u SAD i EU, pokazujući da SAD, svojim liberalnim stavom prema dostupnosti javnog domena generisanog u javnom sektoru, daju znatno veći zamah svojoj privredi, nego što to čini EU.

[38] Directive (EU) 2019/1024 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on open data and the re-use of public sector information. Ovom direktivom je zamenjena slična direktiva iz 2003. godine.

nematerijalno dobro, koje je sadržano u javnom domenu, inkorporisano u neku robu ili uslugu koja se nudi na tržištu. Suma potrošačkog i proizvođačkog viška u uslovima ravnoteže tražnje i ponude za svaki takav proizvod ili uslugu, predstavlja makroekonomsku vrednost javnog domena, odnosno vrednost kojom javni domen učestvuje u ekonomskom blagostanju društva.

U ekonomskoj struci ne postoje raspoloživi alati za modeliranje, uz pomoć kojih bi bilo moguće dati verodostojnu procenu ekonomske vrednosti javnog domena. Postoje, međutim, neka novija istraživanja koja nastoje da kvantitativnim metodama ospore jednu od popularnih teza kojom se brani ekonomska utemeljenost prava intelektualne svojine, a to je da postoji veći ekonomski podsticaj za privrednu eksploataciju nematerijalnih dobara koja su privatnom domenu, od onih koja su u javnom domenu. Ova teza počiva na premisi da je poslovanje u uslovima isključenja konkurencije *a priori* atraktivnije za privrednog subjekta nego poslovanje u uslovima konkurencije. Posledično, tržišna raspoloživost nematerijalnih dobara iz privatnog domena, trebalo bi da je veća od one iz javnog domena.

Bez namere da u celini osporavamo osnovanost gornje teze, upućujemo na prilično obimno i munuciozno empirijsko istraživanje sprovedeno u SAD, koje se tiče učestanosti korišćenja određenog uzorka književnih i muzičkih dela, zavisno od toga da li su u javnom ili privatnom domenu. U oblasti književnosti, reč je ponudi dela na platformi *Amazon.com*, a kad je reč o muzici, reč je o delima koja su korišćena u američkim igranim filmovima koji su izdati na DVD. Nasuprot očekivanjima zasnovanim na teoriji, rezultati istraživanja su pokazali upadljivi manjak ponude i korišćenja autorskih dela iz privatnog domena (vremenski raspon od 1923 do 2012) u odnosu na ponudu iz javnog domena.[39]

Postoji još ubedljivija empirijska analiza ekonomskih efekata korišćenja javnog domena, koja je sprovedena na uzorku fotografija poznatih ličnosti, koje se koriste na Vikipediji. Budući da su fotografije autorska dela, logično je da Vikipedija uključuje samo fotografije koje su u javnom domenu. Postojanje fotografija na stranici Vikipedije povećava njenu posećenost za 17-19%. Kad bi Vikipedija bila komercijalni servis koji se izdržava od reklama, a polazeći od toga da svaka poseta internet stranici u proseku generiše 0,0053 USD prihoda od reklame, izračunato je da je vrednost javnog domena u oblasti fotografije za celu Vikipediju na engleskom jeziku oko 33, 9 miliona USD.[40]

---

[39] Paul J. Heald, „How Copyright Keeps Works Disappeared", Journal of Empirical Legal Studies, Vol. 11, 2014, 829 i dalje. Autor preterano odvažno konstatuje da „autorsko pravo pre značajno korelira sa nestajanjem autorskih dela, nego sa njihovom raspoloživošću", op.cit., 830.

[40] Kristofer Erickson et al., Copyright and the Value of the Public Domain, CREATe Working Paper Series, UK Intellectual Property Office, 2015 (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/561543/Copyright-and-the-public-domain.

Iako se bave javnim domenom samo parcijalno (drugačije nije ni moguće), pomenuta istraživanja zaslužuju pažnju jer demonstriraju da se stanje stvari u ovoj oblasti promenilo u odnosu na pre-digitalno tehnološko doba. Tradicionalna paradigma po kojoj se korisniku dela ne isplati da investira u njegovu privrednu eksploataciju ako nema odgovarajuće pravo intelektualne svojine koje će držati konkurenciju na odstojanju, ne može da opstane u eri interneta, gde je trošak umnožavanja i distribucije sadržaja skoro na nuli. Upravo ta okolnost stvara prostor za nove poslovne modele eksploatacije nematerijalnih dobara, gde javni domen postaje atraktivniji nego što je bio ranije.

6. ZAVRŠNI POGLED

„Naša trenutna paradigma predstavlja oblik monomanije u kojoj monopolska prava u vidu prava intelektualne svojine izmeštaju sve ostalo iz našeg razmišljanja o ovoj temi. To nas vezuje za usko i pogrešno gledište u kojem je inovacija u centru, a pristup na periferiji".[41] Odnos između inovacije (računajući tu i druge rezultate ljudske kreativnosti), s jedne, i njene dostupnosti ljudima, s druge strane, nije jednoznačan. Taj odnos oblikuju tržište i inovaciona politika. Potrebno je da inovaciona politika prati funkcionisanje tržišta u datim tehnološkim uslovima, i putem prava intelektualne svojine, poreskih propisa, subvencija itd. optimizuje ne samo inovacionu delatnost nego i pristup inovacijama kao dve društvene vrednosti **istog ranga**. Kad se u tom kontekstu gleda na javni i privatni domen, ekonomski razlozi kažu da bi u budućnosti trebalo akcenat staviti na istraživanje privrednog i inovacionog potencijala javnog domena, kao prvog političkog izbora, a privatni domen ostaviti kao stvar drugog političkog izbora.

Konkretnije govoreći, čini se da su tri ključna elementa oko kojih se okreću instrumenti inovacione politike: stimulativna nagrada za investiranje u tehnološki i kulturni razvoj, sloboda/ograničenje konkurencije i sloboda/ograničenje pristupa tekovinama razvoja.[42] Te elemente bi trebalo ponovo razmotriti i međusobno uskladiti u uslovima informacionog društva, radi maksimizacije blagostanja ne samo tzv. kreativne industrije, nego i stvaralaca i potrošača, pa makar to značilo i krupnije promene na planu prava intelektualne svojine.

---

pdf, pristup juna 2019). Ovim istraživanjem obuhvaćena su još neka polja ekonomske eksploatacije javnog domena.

[41] Rufus Pollock, Op.cit., 4

[42] Charlotte Waelde, Hector MacQueen: „Introduction" u zborniku Intellectual Property – the Many Faces of the Public Domain (urednici Charlotte Waelde, Hector MacQueen), Cheltenham UK 2007, XVI.

Ima, međutim, nešto što kao neizgovorena pretnja stoji nad ovim poslom. To je gledište po kojem pravo intelektualne svojine (pa time i granica između privatnog i javnog domena) nije stvar političkog izbora, nego je stvar prirodnog prava čoveka (*ergo*, ne može se sužavati, preoblikovati ili dovoditi u pitanje na osnovu utilitarnih razloga). Naime, postoji jedan korpus literature koja argumentuje prirodnopravni karakter prava intelektualne svojine, ne samo čineći analogiju sa pravom svojine na stvarima, nego i dokazujući da je prirodnopravni karakter izraženiji kod intelektualne svojine nego kod svojine na stvarima.[43] Tumačenje Evropskog suda za ljudska prava da se Protokol 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima, koji se odnosi na imovinu, analogno primenjuje i na intelektualnu svojinu[44], svakako ne predstavlja dokaz da i Konvencija zauzima takav stav, ali nije sasvim bez značaja.

Okolnost da ovaj rad počiva na dubokom uverenju autora u utilitarističku prirodu prava intelektualne svojine (sistemska intervencija države u slobodno tržište radi podsticanja privatnog investiranja u kulturni i tehnološki razvoj društva) neće nas ovde odvesti u polemiku sa onima koji misle drukčije.[45] Umesto toga, upućujemo na studiju Hjua Brejkija[46] koji polazi od aktuelnog prava intelektualne svojine i dokazuje da sve osnovne vrednosti na kojima se zasniva teorija prirodnih prava[47], pre govore u prilog širenja i jačanja javnog domena, nego privatnog domena. Ove teorijske rasprave, međutim, imaju malo značaja za normativnu aktivnost globalnih organizacija kao što su Svetska organizacija za intelektualnu svo-

[43] Izvorište najvećeg dela tih teorija je svakako Džon Lok, Dve rasprave o vladi, Utopija, Beograd, 2002, gde je dato prirodnopravno objašnjenje nastanka i opravdanosti prava svojine na stvarima. Među starijim autorima koji su Lokovu teoriju transponovali na intelektualnu svojinu vredi izdvojiti Lysander Spooner, The Law of Intellectual Property – An Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual Property in their Ideas, Boston, Bela Marsh, 1855 (https://oll.libertyfund.org/titles/spooner-the-law-of-intellectual-property-1855 , pristup avgusta 2019). Među novijim autorima vidi npr. Adam Moore, „A Lockean Theory of Intellectual Property Revisited." San Diego Law Review, Vol. 49, 2012, 1069-1103.

[44] Kvalitetan pregled i analizu prakse Evropskog suda pravde u materiji prava intelektualne svojine vidi u Christophe Geiger, Elena Izymenko, Intellectual Property before the European Court of Human Rights, Center for International Intellectual Property Studies Research Paper No. 2018-01, CEIPI, Strasbourg (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3116752, pristup avgusta 2019). Pored prava na imovinu, ova studija obuhvata i aspekste slobode govora, prava na privatnost, prava na fer suđenje.

[45] Ipak, nećemo propustiti priliku da postavimo već poznato pitanje: ako je pravo intelektualne svojine prirodno pravo čoveka, kako objasniti vremensku ograničenost autorskog prava, patenta, prava zaštite dizajna. Vidi James Boyle, The Public Domain – Enclosing the Commons of the Mind, New Haven, Yale University, 2008, 29.

[46] Hugh Breakey, „Natural Intellectual Property Rights and the Public Domain", The Modern Law Review, Vol.73, No.2, 2010, 208-239.

[47] To su npr. doslednost (consistency), univerzalna primenjivost (universalisability), prethodni pristanak drugih (prior consent), samo-vlasništvo (self-ownership) itd.

jinu ili Svetska trgovinska organizacija, jer „one teže kompromisima između legaliteta i autoriteta, često kršeći demokratska pravila, žrtvujući jednakost i birokratsku neutralnost da bi zadovoljili svoju političku klijentelu koja ih izdržava, i time zadržali moć".[48] Tu politički klijentelu, nažalost, čine velike korporacije kao najveći beneficijari prava intelektualne svojine, koje preko vlada najrazvijenijih država rade sve da zadrže i ojačaju svoje pozicije.

Iz ovih razloga smo skloni mišljenju da će suštinsko prilagođavanje prava intelektualne svojine informacionom društvu, pa time i rekonfiguracija privatnog i javnog domena, u bliskoj budućnosti dinamičnije da teče u vidu privatnog prilagođavanja pojedinih titulara prava novim tehnološkim mogućnostima i poslovnim modelima, nego putem promene propisa na međunarodnom i nacionalnom planu.

LITERATURA I IZVORI

Birnhack Michael D., „More or Better? Shaping the Public Domain" u *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, (urednici L. Guibault, B. Hugenholtz), 2006, 59-86.

Begović Boris, Miroljub Labus, Aleksandra Jovanović, *Ekonomija za pravnike, Beograd 2008*,

Boyle James, *The Public Domain – Enclosing the Commons of the Mind*, New Haven, Yale University, 2008.

Erickson Kristofer *et al*., *Copyright and the Value of the Public Domain*, CREATe Working Paper Series, UK Intellectual Property Office, 2015.

Geiger Christophe, Elena Izymenko, *Intellectual Property before the European Court of Human Rights*, Center for International Intellectual Property Studies Research Paper No. 2018-01, CEIPI, Strasbourg 2018.

Geller Paul E., „Zombie and Once Dead Works – Copyright Retroactivity After the EC Term Directive", *Entertainment And Sports Lawyer*, *Vol. 18, br. 2, 2000*, 7.

Goldstein Paul, „Copyright and its Substitutes", *Wisconsin Law Review*, *1997*, 866.

Heald Paul J., „How Copyright Keeps Works Disappeared", *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 11, 2014, 829-866.

Heller Michael A., „Tragedy of Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets", *Harvard Law Review*, *Vol.111, 1998*, 621-688.

Ilić Nikola, „Uzdržavanje od vršenja patenta" u zborniku *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije* (urednik Vuk Radović), Beograd, 2015, 538 i dalje.

[48] Jonathan Koppel, Accountability, Legitimacy and the Design of Global Governance, University of Chicago Press, 2010 (navedeno prema Severin de Wit, „Challenges in Public and Private Domains Will Shape the Future of Intellectual Property", National Taipei University of Technology Journal of Intellectual Property Law and Management, Vol.3, No.1, 2014, 33).

Lok Džon, *Dve rasprave o vladi*, Utopija, Beograd, 2002.
Marković Slobodan, „Javni domen i pravo intelektualne svojine“, *Pravo i privreda, br. 4-6, 2011*, 819-831.
Marković Slobodan, „Očuvanje biodiverziteta i pravo intelektualne svojine: konceptualni nesporazum“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1, 2017*, 7-24.
Mazzone Jason, „Copyfraud“, *New York University Law Review*, *Vol.81, 2006*, 1026-1100.
Merges Robert P., „A New Dynamism in the Public Domain“, *University of Chicago Law Review*, *Vol.71, 2004*, 185 i dalje.
Moore Adam, „A Lockean Theory of Intellectual Property Revisited.” *San Diego Law Review, Vol. 49, 2012*, 1069-1103.
Ochoa Tyler T., „Origins and Meaning of the Public Domain“, *University Of Dayton Law Review*, *Vol.28, br.2, 2002*, 215.
Pollock Rufus, *The Value of the Public Domain*, Institute for Public Policy Research, London, 2006.
Samuelson Pamela, „Challenges in Mapping the Public Domain“ u *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, (urednici L. Guibault, B. Hugenholtz), 2006, 22.
Spooner Lysander, *The Law of Intellectual Property – An Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual Property in their Ideas, Boston,* Bela Marsh, 1855.
Waelde Charlotte, Hector MacQueen: „Introduction“ u zborniku *Intellectual Property – the Many Faces of the Public Domain* (urednici Charlotte Waelde, Hector MacQueen), Cheltenham UK 2007.
William Cornish, *Intellectual Property – Omnipresent, Distructing, Irrelevant?*, Clarendon Law Lectures, Oxford, 2004.
Commission Recommendation on Access to and Preservation of Scientific Information (C/2012/ 4890).
Directive (EU) 2019/1024 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on open data and the re-use of public sector information.
Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases.
Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works.

Slobodan M. Marković, Ph.D., Full Professor
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
slobodanmarkovic0227@gmail.com

Information Society between the Intellectual Property Law and the Public Domain[49]

***Abstract**: The information society is ambivalent about intellectual property law. On the one hand, it is the result of technological and economic progress that is (to a certan extent) the result of the operation of intellectual property rights. On the other hand, intellectual property in some aspects begins to limit the usefulness of the available technological capabilities of the information society. Pointing to the sensitivity of the boundary between freedom of competition and exclusive intellectual property rights, that is, public and private domain, the author emphasizes the public domain as a cultural and economic resource that is gaining new meaning in modern technological and economic conditions. Contrary to the legislator's relative passivity to adjust intellectual property law to the new conditions, there is a process of private reconfiguration of relationships in the information market, which extends the public domain by the abstention of the holders of exclusive IP rights to exercise.*

This process points to the need for a holistic approach to innovation policy that must reconsider and reconcile its three key elements: a stimulating reward for investment in technological and cultural development, freedom/restriction on competition, and freedom/restriction on access to the fruits of development. This is necessary in order to put intellectual property law and other instruments of innovation policy in the service of social well-being.

***Keywords**: public domain, private domain, competition, access, self-regulation.*

Datum prijema rada: 23.10.2019.

[49] This paper has been presented at the International Scientific Conference Legal Tradition and New Legal Challenges, held on October 3rd and 4th, 2019, at the University of Novi Sad Faculty of Law.

Originalni naučni rad 340.134:347(497.11)“18“
doi:10.5937/zrpfns53-23882

Dr Dragan K. Nikolić, redovni profesor
Univerzitet u Nišu
Pravni fakultet u Nišu
dnikolic@prafak.ni.ac.rs

POČETAK RADA NA GRAĐANSKOM ZAKONIKU U KNEŽEVINI SRBIJI*

Sažetak: *Rad govori o izradi građanskog zakonika u Kneževini Srbiji 1829–1834. godine. Autor iznosi podatke o rezultatima rada dvaju komisija zaduženih za sačinjavanje građanskog kodeksa – zakonodaljteljne i zakonopraviteljne i promenama u njihovom sastavu. Ukazuje se i na pojedine kontroverze i netačne podatke koje literatura pruža o prvim neuspešnim radovima na kodifikaciji građanskog prava u Kneževini Srbiji.*

Ključne reči: *Kodifikacija građanskog prava, zakonodateljna komisija, zakonopraviteljna komisija, Srpski građanski zakonik.*

Prvi pokušaj izrade građanskog zakonika u Srbiji svedoči o početnim zakonodavnim nastojanjima, dilemama, zabludama i nesnalaženju jedne mlade države i jednog klasno još uvek neraslojenog društva sa različitim, često nejasno definisanim, prikrivenim i protivurečnim interesima pojedinih grupa. Ima dovoljno razloga da se ovaj pokušaj sagledava i u okvirima tada sve prisutnije tendencije da se ograniči samovolja kneza Miloša i da se preko zakonodavstva stvore formalni preduslovi za šire uključenje u robnonovčane tokove i onih društvenih slojeva koji nisu činili Kneževu privilegovanu okolinu. Neuspeh ovog zakonodavnog poduhvata takođe ima nekoliko svojih pozadina; na jednoj strani je stvarna, više puta nedvosmisleno ispoljena nezainteresovanost kneza Miloša da Srbija dobije pisane zakone, na drugoj – pravnička neukost članova Zakonodatelne komisije.

Postupak izrade građanskog zakonika u Miloševoj Srbiji vremenski se može podeliti u dve etape. Prva traje od juna 1829. godine, kada na Knežev poziv Vuk Karadžić stiže u Kragujevac i postaje član Zakonodatelne komisije, do početka

* Rad je prezentovan na Međunarodnoj naučnoj konferenciji Pravna tradicija i novi pravni izazovi, održanoj 03. i 04.10.2019. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu.

1831. godine kada je nacrt građanskog zakonika čitan na Skupštini. Sve do marta 1834. godine, o sudbini ovoga projekta se ništa ne zna. Delatnost Komisije oživljava upravo tada i po Miloševom nalogu posao preuzimaju ministar pravde Lazar Teodorović i Dimitrije Davidović, sekretar Kneževe kancelarije. Ubrzo posle januarske skupštine 1835. rad na građanskom zakoniku zamire sve do 1837. godine. U međuvremenu je Porta izdala dva za Srbiju važna Hatišerifa, ali odredbe o slobodi trgovine sadržane u Hatišerifu iz 1830. godine nisu mogle da zadovolje težnje onog društvenog sloja u Srbiji koji se, u uslovima Miloševog apsolutizma i brojnih zloupotreba njegovih starešina, zalagao za potpunije garantovanu slobodu trgovine, ličnu i imovinsku sigurnost uopšte. Ovakvi zahtevi izneti još u Đakovoj buni 1825. godine, ponoviće se i u Miletinoj bini 1835. godine, tako da pitanje donošenja pisanih zakona, pa i samog građanskog zakonika, ostaje trajno aktuelno i u poslednjim godinama Miloševe prve vladavine.

Sve dosadašnje analize društvenog, političkog i pravnog poretka Kneževine Srbije nedvosmisleno pokazuju da je rad na građanskom zakoniku otpočeo u uslovima nepostojanja čak ni minimuma lične i imovinske sigurnosti stanovništva. To je samo jedna od mnogih osobenosti novovekovne pravne istorije Srbije, budući da se građanski zakonici javljaju „pošto su se ekonomsko-društveni odnosi kapitalističkog društva već razvili i postali dominirajući“[1]. U Srbiji tokom prve vladavine kneza Miloša, naprotiv, kapitalistički odnosi bili su tek u začetku, a malobrojni krupniji trgovci, kao embrioni potonje domaće buržoazije, podjednako su daleko od političke vlasti i uticaja na državnopravno izgrađivanje zemlje, koliko i obični seljaci. Ipak, čak i taj prilično tanak društveni međusloj, oseća nedostatak pravnih i političkih ustanova kojima bi se ograničila Kneževa samovolja, učinio sigurnijim robnonovčani promet i ubrzao razvitak kapitalističkih odnosa u celini. To je bilo nemoguće bez pravnih garancija slobode ugovaranja i ravnopravnosti strana ugovornica, što je u ondašnjoj stvarnosti Kneževine Srbije bilo direktno suprotno prikrivenim formama eksploatacije stanovništva, kao što su npr. bili kuluk i zelenašenje.

Knežev interes bio je da se održava pređašnje stanje, pa njegov pristanak da bude prividan inicijator i organnzator posla oko izrade građanskog zakonika može se objasniti kao posledica društvenog pritiska i stalno rastućeg nezadovoljstva čije bi trajnije ignorisanje moglo da ozbiljno ugrozi Kneževe pozicije. Ma koliko javno izražavao zadovoljstvo zbog rada na zakonima, knez Miloš je intimno bio nepokolebljiv u uverenju da je „bolje vladati i upravljati bez zakona, jer onako se – veli – čovek veže za hartiju pa ne može da čini ni zla, ni dobra“[2]. Da mu nije

[1] Ružica Guzina, „Istorijski osvrt na karakter i značaj Srpskog GZ iz 1844. godine”, Istorijski glasnik 1/1949, 28.

[2] Vuk Karadžić, Istorijski spisi, Sabrana dela, Beograd 1969, 236.

bilo ozbiljno stalo da se posao izrade građanskog zakonika uspešno privede kraju, vidi se i kroz česte, bez stvarnih razloga promene u sastavu Zakonodatelne komisije, kroz stalno menjanje zaduženja njenih pojedinih članova ili dozvoljavanje dugih odsustava članovima Komisije i slično. Politikom taktiziranja, knez Miloš je dobijao na vremenu, a samo postojanje i kakav-takav rad Zakonodatelne komisije bili su mu za početak dovoljna odbrana od onih koji su ga optuživali za vladavinu bez zakona. U prilog odugovlačenju rada na zakonima objektivno su išle i aktuelne spoljnopolitičke okolnosti u regionu, naročito okončanje rusko-turskog rata 1829. godine i iščekivanje primene onih odredbi Jedrenskog mirovnog ugovora koje su se ticale obaveze Turske da Srbiji obezbedi i garantuje značajne pogodnosti.

Na skupštini u Kragujevcu januara 1830. godine knez Miloš u svojoj besedi prvi put javno pominje rad na zakonima.[3] Dimitrije Davidović je o tome govorio i ruskom poslaniku u Carigradu Ribopjeru tokom februara i marta iste godine.[4] Već juna 1830. knez Miloš u rusku prestonicu šalje jednu deputaciju da izrazi zahvalnost ruskom caru za ulogu koju je Rusija imala kod izdavanja Hatišerifa o samoupravi Srbije i da zatraži odobrenje za srpske zakone koji su, po Kneževim rečima, već bili gotovi. Rad na građanskom zakoniku u Srbiji pomenut je i u jednom pismu francuskog diplomate; Boa-l-Kont (Bois le Conte) u svom pismu od 4. juna 1834. godine u obaveštava vladu u Parizu da se srpski Knez sprema da Skuštini podnese građanski zakonik izrađen po ugledu na Napoleonov Kodeks.[5]

Najviše obaveštenja o Zakonodatelnoj komisiji dobijamo iz prepiske Vuka Karadžića. Posebno je značajno njegovo pismo Jerneju Kopitaru iz decembra 1829. godine u kojem ga izveštava da je na Mitrovdan prethodne godine bio pozvan u Kragujevac radi pisanja zakona. „Trebalo je Napoleonov kodeks prevesti na srpski, od riječi do riječi, samo da se razumije, pa će posle Komisija u kojoj će on [Dimitrije Davidović] biti sekretar izabrati ono što je za Srbe, a izostaviti ono što nije. Protiv različnoga moga predstavljanja ostane pri tome da se zakoni mogu i moraju za 6 mjeseci (od Mitrova dne do Đurđeva dne) lasno svršiti i po tom odma štampati".[6] Vuk je, po svoj prilici, izgleda želeo da se što pre oslobodi ovoga posla; izgovarajući se porodičnim razlozima, on se sredinom decembra 1828. vraća u Beč. U istom pismu Vuk je zabeležio i ovo: „... a građanske zakone poslali u Šabac nekome grčkom učitelju, te ji preveo tako da se ništa ne razumije, a na mnogim mestima crkao bi čovek od smija čitajući njegov

[3] Mihailo Gavrilović, Miloš Obrenović, knj. III, Beograd 1912, 155.

[4] M. Gavrilović, 189.

[5] „Srbija u godini 1834", SKA Spomenik XXIV, Beograd 1894. (pismo francuskog diplomate Boa-l-Konta ministru spoljnih poslova u Parizu od 4. juna 1834)

[6] Vukova prepiska, knj. I, Beograd 1907–1924, 353.

prevod". Taj grčki učitelj je Georgije Zaharijadis, angažovan za prevođenje Napoleonovog kodeksa pismima od 16. februara, 1. juna i 22. jula 1829. godine.[7] O ovom prevodu se ništa pouzdanije ne zna, čak se ne može sa sigurnošću utvrditi ni kog meseca je završen, kako bi se barem znalo koliko dugo je rađen. Postoji jedno pismo Zaharijadisa upućeno knezu Milošu u Kragujevac iz Šapca 11. jula 1829, za koje možemo samo nagađati da je možda bilo propratno pismo uz prevod francuskog Građanskog zakonika. „Knjigu koju ste meni s nalogom da ju prevedem poslati izvolili – piše Zaharijadis – uzimam sebi čast i slobodu Vam kupno s prevodom njenim vratiti".[8]

Juna meseca 1829. godine Vuk Karadžić se vraća u Kragujevac i zatiče rad na zakonima bezmalo u stanju kakvo je bilo pre sedam meseci. Članovi Zakonodatelne komisije su se već jula meseca razišli, da bi se, u nešto izmenjenom sastavu, ponovo sastali septembra te iste 1829. godine. Vuk je o tome zabeležio sledeće: „Opet se skupi Zakonodatelna komisija i dovede joj se iz Šapca novi pisar Lazar Zuban, a umesto kneza Vase [Vasilija Popovića] i Radomirovića [Pavla Radomirovića] dovede joj se knez Laza Teodorović i da bi svoj posao mirnije raditi mogla, premesti se u Veliki sud. Znajući da ono pređašnje nije svršeno ništa, predložim da se sada u društvu za astalom štilizira, pa ako i uzide polako, barem će se znati šta je svršeno sasvim. I počevši tako do konca meseca septemvrija [1829. god.] svršimo kojekako do polovine Građanski zakona"[9]. O načinu rada Komisije nemamo nikakvnh podataka osim jedne jedine rečenice u maločas citiranom Vukovom pismu: „Oće li se šta primiti ili neće, svi smo imali jednaku vlast govoriti, ali kako će se što kazati to je bio moj osobit posao i to sam ja pisaru diktirao".

Kada je završena polovina nacrta građanskog zakonika, krajem septembra 1829. godine, Vuk Karadžić zbog bolesti prelazi u Zemun. Ponovo se vraća u Kneževinu Srbiju početkom januara 1830, a Knez ga aprila imenuje i za člana Opštenarodnog suda i za predsednika Zakonodatelne komisije. Građanski zakonik rađen je i tokom čitave 1830. godine, ali o tome nema sačuvanih podataka. Jedino se pouzdano može reći da ni ove godine Komisija nije radila kontinuirano, niti u punom sastavu. Nacrt građanskog zakonika je ipak bio gotov krajem 1830. godine. Obaveštavajući Jerneja Kopitara o ustanovljenju prve srpske štamparije, Vuk u pismu od 20. februara 1831. godine piše: „Sode Milosch može biti da će biti prva knjiga koja će se ovde štampati".[10] Vukova očekivanja, međutim, bila su preuranjena. Čak i deset meseci kasnije, jedino mu preostaje da o budućim zako-

[7] A. Jovanović, „Rad na toržestvenim zakonima", Arhiv za pravne i društvene nauke, knj. VIII, br. 4, Beograd 1909, 257-262.

[8] Arhiv Srbije, KK XXXVIII-170 (G. Zaharijadis Milošu, pismo od 11.7.1829)

[9] Isto kao u napomeni 6.

[10] Vukova prepiska, knj. I, 396.

nima, sa izvesnom gorčinom, zabeleži ovu misao: „Kada će se štampati i u sudove uvesti to samo gospodar zna.“[11] Sudeći po jednom pismu Joakima Vujića, nacrt građanskog zakonika nije naišao na podršku kada je krajem 1830. godine u Kragujevcu čitan „u prisustvu neki otmeni serbski lica.“[12]

Može se pretpostaviti da je dalja sudbina nacrta građanskog zakonika bila uslovljena i utiskom koji je na Miloša ostavila poražavajuća kritika njegove vladavine u čuvenom Vukovom pismu iz 1832. godine. Kneževo ogorčenje i gnev prema autoru ovoga pisma, lako su se mogli u njegovoj podsvesti usmeriti i na sam nacrt građanskog zakonika u čijoj je izradi Vuk živo učestvovao. Inače, neposredan rad Vuka Karadžića na izradi nacrta građanskog zakonika završio se još aprila 1831, a već oktobra iste godine on je napustio Srbiju.

O ostalim članovima Zakonodatelne komisije zna se neuporedivo manje, a za neke je čak sporno i da li su uopšte bili njeni članovi. Dimitriju Davidoviću je Knez bio poverio neke zadatke još u pripremnoj fazi ovog zakonodavnog poduhvata. Po Vukovim rečima, upravo je Davidović bio predložio da se prevodi baš francuski Građanski zakonik, ali se u literaturi nailazi i na drugačija mišljenja; pozivajući se na svedočenje dr Kuniberta, Aleksa Jovanović veli da je Davidović predlagao Knezu „austrijske zakone koji su važili u Vojničkoj Granici i bili srodni i bliski narodu u Kneževini svojom prostotom i kratkoćom“[13]. Pretpostavka o autentičnosti ovakve Davidovićeve inicijative je malo verovatna, kada se ima u vidu pismo kneza Miloša napisano i poslato Komisiji 10. aprila 1834. godine, gde sam Knez veli da je saznao kako su austrijski građanski zakoni kraći i razgovetniji od francuskih, pa predlaže da se i oni koriste prilikom prepravke nacrta građanskog zakonika.[14] Mada je obavio pripreme za kodifikatorski rad, Dimitrije Davidović nije zvanično bio član Zakonodatelne komisije u prvoj fazi njenog rada. Već na prvoj njenoj sednici 22. juna 1829. zamenio ga je Knežev pisar Jovan Popovski. Ponovo će se Davidović uključiti u rad Komisije tek marta 1834. godine.

Prema zabeleškama Vuka Karadžića, članovi Zakonodatelne komisije prilikom njenog osnivanja, pored Jovana Popovskog, bili su knez Vasilije Popović, knez Pavle Radomirović, prota Mateja Nenadović i knez Đoka Protić. Ovakav je bio sastav Komisije juna 1829. godine, a već septembra dolazi do promena: u njenom sastavu više nisu Popović i Radomirović, a za novog člana je imenovan knez Lazar Teodorović; novi sekretar Komisije umesto Jovana Popovskog postao je Lazar Zuban. Kada je knez Miloš aprila 1830. imenovao Vuka Karadžića za člana Opštenarodnog suda u

[11] 11 Isto, 336. (pismo L. Mušickom od 21.12.1831)

[12] 12 Vukova prepiska, knj. III, 754. (pismo od 2.12.1837)

[13] 13 Aleksa Jovanović, „Zakonodavstvo Knjaza Miloša”, Pravda, organ naprednjačke omladine br. 51 od 20. februara, str. 2, Beograd, 1907.

[14] Porota, list za pravne i državne nauke, Beograd 1881, 302 – 303.

Kragujevcu, u sastav Komisije ulaze još dva člana – Sima Mihailović Sloma i Stefan Radičević. Po sećanjima Jovana Hadžića, sastav Komisije bio je nešto drugačiji; on uopšte ne pominje Popovića, Radomirovića, niti protu Nenadovića, ali pominje protu Žujovića koji se, pak, u Vukovim zapisima uopšte i ne pominje kao član Komisije. Nil Popov i Mita Petrović o sastavu Komisiji govore drugačije i od Vuka Karadžića i od Jovana Hadžića, a Mihailo Gavrilović, nepominjanjem bilo kakvih promena u sastavu Zakonodatelne komisije, doprinosi stvaranju pogrešnog utisak da su jedni te isti ljudi sve vreme radili na prvim pisanim zakonima u Kneževini Srbiji.[15] Čak i kada se imaju u vidu sve ove razlike u istorijskim izvorima i literaturi oko personalnog sastava Komisije, nije teško zaključiti da knez Miloš za izradu građanskog zakonika nije angažovao niti jedno lice koje bi imalo potrebna pravnička znanja. Posmatrano s aspekta pravne struke, Komisija je, dakle, bila čisto laička. Ovo njeno svojstvo ne umanjuje ni činjenica da je svojevremeno u Karađorđevoj ustaničkoj Srbiji Vuk Karadžić radio pri ondašnjim sudovima (magistratima) i u Praviteljstvujuščem sovjetu. Mada je nesporno bio najugledniji i verovatno najpismeniji član Zakonodatelne komisije, Vuk Karadžić, velikan naše i uopšte slovenske kulture, takođe nije imao pravnička znanja neophodna za jedan tako stručan i zahtevan posao kakav je izrada građanskog zakonika.

Rasprostranjenu u starijoj literaturi pretpostavku da se od Vukovog odlaska iz Srbije oktobra 1831. do marta 1834. godine nije ništa radilo na projektu srpskog građanskog zakonika, u sumnju dovodi jedno pismo Stefana Radičevića upućeno knezu Milošu u Požarevac 10. avgusta 1833. godine: „Primio sam visoko počitajemi nalog Vaše Svetlosti od 9. t.m. N. 2743 s kojim ste mi zapoveditи blagovoleli da do povratka Vaše Svetlosti s prečišćavanjem organičeskog Građanskog zakona i s prigotovljenijem zakonodavstva gotov budem (...)“.[16] Pošto Radičević u svom pismu govori u jednini, možda Zakonodatelna komisija u ovo vreme i nije bila na okupu, a da je Knez njega lično zadužio da i dalje radi na tekstu ovog nacrta zakonika.

Marta meseca 1834. godine Zakonodatelna komisija nastavlja rad na nacrtu zakonika. Nije poznato da li je tada knez Miloš zahtevao nekakve donune ili prerade. Sudeći po tome što je Komisija poslala Knezu na uvid samo deo nacrta, a imajući u vidu da je čitav nacrt bio završen još krajem 1830. godine, uverljivija je pretpostavka da je Knez ipak bio naložio nekakvo prepravljanje teksta. U prilog tome govori i jedan neobičan detalj iz Kneževog pisma od 10. aprila 1834. u kojem se on sada Komisiji više ne obraća kao kao „zakonodatelnoj“, tj. zakonodavnoj, već kao „zakonopopravitelnoj“, tj onoj koja popravlja nacrt zakonika. Zahvaljujući jednom drugom Kneževom pismu napisanom desetak dana ranije (31. marta

[15] Jovan Hadžić, „Spomeni”, Ogledalo srbsko I, Novi Sad 1864, 36; Nil Popov, Srbija i Rusija I, Beograd 1870, 251-259; Mita Petrović, Finansije i ustanove obnovljene Srbije, knj. I, Beograd 1901, 579-583.

[16] Arhiv Srbije, KK XV-1239.

1834), može se ponešto saznati i o samom sadržaju nacrta građanskog zakonika. Vraćajući Komisiji deo nacrta koji mu je bio dostavljen na uvid, Knez ljutito negoduje zbog onoga što se našlo u nacrtu: „S početka je i kojekako, ali posle je sve gore i gore i tako da ja ne znam ili su ti ljudi koji su te zakone pisali bili pijani, ili sasvim ludi. O bezbračno rođenoj deci trpaju sve koješta, koje ništa ne valja, niti je putno; o nasljediju zaokupili su sila Božija tabaka pisati, a sve je koješta i izlišno, a što je najgore, nerazgovetno, osobito o nasljedijama usporednih rodbina; o poklonima pak i povratku ovih pri nasleđivanju, o testamentima, tako je tu natrpano mnogo i bez razloga, da mu se ne zna ni kraja ni konca. Gdigdi opet pomešane su reči strane, koje nisu za razumevanje našega naroda (...)".[17]

Istorija prvog pokušaja izrade građanskog zakonika u Srbiji bila bi nepotpuna ako bismo izostavili savete i uputstva koja je u ovom pismu knez Miloš dao Komisiji: „Da se iz ovih zakona izostavi sve što je god izlišno i vrlo opširno (...) a i na svaki način zakoni valja svagda da budu razgovetni i da se o razumevanju njiovom parnice ne vode (...) Da sve strane reči, koje same po sebi ne mogu se znati šta znače, sasvim izostave i neka traže srpske (...) neka najpre u jednom členu opišu šta ta reč znači, pa onda neka o njoj i njenom predelu u kom ona dejstvuje govore (...) Vo opšte nek na to idu da se iz zakona tih parnice lako ne rađaju, nek stvari u njima ne zapleću, no bez čega može biti nek se izostavi."

Mada je Komisiji postavio obimne i dugoročne zadatke, knez Miloš na Skupštini u Kragujevcu 1. juna 1834. godine ipak obećava da će zakoni uskoro biti gotovi i da će se sastati Skupština koja će ih usvojiti. Ponegde se u literaturi čak može naći tvrdnja (npr. u pomenutom radu Mite Petrovića iz 1901. godine) da je građanski zakonik usvojen na Sretenjskoj skupštini 1835. godine, što nikako ne odgovara istorijskoj stvarnosti. U besedi na ovoj Skupštini sam knez Miloš je izričito rekao da je dao na još jedno pregledanje „knjigu naši građanski i krivični zakona koji su se četiri godine dana sočinjavali i koji će se sudovima našim predpisati, da po njima brane pravoga, a krivom da sude (...) Time će svaki Srbin naći odbranu ne u umu sudije već u samom zakonu."[18]

Jovan Hadžić u svojim „Spomenima" takođe otkriva ponešto od sadržaja nacrta građanskog zakonika koji je izradila Zakonodatelna komisija. „Pri pregledanju zakona – veli Hadžić – osobito su nam dve stvari u oči pale. Jedna se tiče prava sobstvenosti ili svojine, a druga što se tiče prava žena i kćeri pri naslediju. Jer, istina da je sve poradi ova dva predmeta u celom prostranstvu prevedeno bilo iz francuskih zakona ili je pored toga dodano nekoliko paragrafa, kojima je pravo sobstvenosti porečeno i prava ženama i kćerima pri naslediju okrnjena"[19]. U

[17] Isto kao u napomeni 14.
[18] Novine Srbske br. 5, od 2. februara 1835. godine
[19] J. Hadžić, 132.

svom izveštaju knezu Milošu, Hadžić uz ostalo piše i ovo: „Primetili smo da je pri obrabotaniju ovog predmeta Zakonik Napoleonov (...) ne samo za osnov uzet, no da je po većoj časti od reči do reči na srbski preveden, s tom razlikom što je po nešto na mesti izostavljeno, a po nešto, i to vrlo malo, drugačije pridodano. Ovaj Zakonik po našem mnjenju za Srbe i Srbiju nije. Jer zakoni iz Francuskog zakonika prevedeni jesu zakoni sasvim strani, za stran narod i prosvješčenijem i političkim stanjem i naravima i običajima i sklonostima različan od Serbskoga, zakoni u drugim obstojatelstvima i otnošenijama napisani, sledovatelno za Srblje neprilični“(...)[20]

Dolaskom Jovana Hadžića u Kneževinu Srbiju 1837. godine, francuski Code civil je napušten kao uzor za budući srpski građanski zakonik. Odbacujući jedan strani zakonik kao prototip, a protivno uveravanjima koja je davao knezu Milošu da srpski građanski zakonik treba da bude zasnovan na domaćem običajnom pravu, Jovan Hadžić se ipak okreće jednom drugom stranom uzoru – austrijskom Građanskom zakoniku. Ako je u oblasti porodičnog i naslednog prava još i bilo moguće zadržati neke običajne ustanove, za stvarno i obligaciono pravo Hadžić je tokom izrade SGZ morao da iz AGZ preuzima mnoga gotova rešenja. Nema podataka o tome da li je, i u kojoj meri je Hadžić u svom kodifikatorskom radu koristo i postojeći nacrt Zakonodatelne komisije kneza Miloša. Sličnost, pa i identičnost pojedinih odredaba budućeg srpskog Građanskog zakonika sa rešenjima koja sadrži francuski Code civil, ponajmanje mogu potkrepiti hipotezu o eventualnom i delimičnom Hadžićevom oslanjanju i na Code civil, budući da je svojevremeno i sam AGZ odatle bio preuzeo mnoga tamo postojeća rešenja.

LITERATURA I IZVORI

Pismo Georgija Zaharijadisa knezu Milošu od 11. jula 1829. godine, Arhiv Srbije, KK XXXVIII-170

Pismo Vuka Karadžića Jerneju Kopitaru iz decembra 1829. godine, Vukova prepiska, knj. I, Beograd 1907 – 1924, 353.

Pismo Vuka Kardžića Lukijanu Mušickom od 21. decembra 1831.godine, Vukova prepiska, knj. I, Beograd 1907-1924, 396.

Pismo Stefana Radičevnća knezu Milošu od 10. avgusta 1833. godine, Arhiv Srbije, KK XV-1239.

Pismo kneza Miloša Zakonodatelnoj komisiji od 10. aprila 1834, „Porota“, list za pravne i državne nauke, Beograd 1881, 302 – 303,

Pismo francuskog diplomate Boa-l-Konta ministru spoljnih poslova u Parizu od 4. juna 1834, Srbija u godini 1834. SKA Spomeni XXIV, Beograd 1894.

Beseda kneza Miloša na Skupštini, „Novine Srbske“ br. 5, od 2. februara 1835.

[20] A. Jovanović, Rad na toržestvenim zakonima, „Arhiv“, knj. XI, br. 2, Beograd 1909, 19.

Pismo Joakima Vujića od 2. decembra 1837. godine, Vukova prepiska, knj. III, Beograd 1907-1924,754.
Gavrilović M, *Miloš Obrenović*, knj. III, Beograd 1912, 155.
Guzina R, *Istorijski osvrt na karakter i značaj Srpskog GZ iz 1844. godine*, Istorijski glasnik 1, Beograd 1949, 28.
Jovanović A, *Zakonodavstvo knjaza Miloša*, „Pravda“, organ naprednjačke omladine br. 51, od 20. februara, str.2, Beograd, 1907.
Jovanović A, *Rad na toržestvenim zakonima*, „Arhiv“, knj. VIII, br. 4, Beograd 1909, 257-262.
Jovanović A, *Rad na toržestvenim zakonima*, „Arhiv“, knj. XI, br. 2, Beograd 1909, 19.
Karadžić V, *Istorijski spisi*, Sabrana dela, Beograd 1969, 236.
Nikolić D, *Rad na građanskom zakoniku u Srbiji 1829-1835. godine*, zbornik „Sto pedeset godina od donošenja SGZ“, Beograd: SANU, 1996, str. 85-92.
Nikolić D, *Građanski zakonik, knez Miloš Obrenović i Zakohodavna komisija u Srbiji 1829-1835. godine*, zbornik „Srpski građanski zakonik:170 godina“, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, str. 63-72.
Petrović M, *Finansije i ustanove obnovljene Srbije*, knj. I, Beograd 1901, 579-583.
Popov N, *Srbija i Rusija I*, Beograd. 1870, 251-259.
Hadžić J, *Spomeni*, „Ogledalo srbsko“ I, Novi Sad 1864, 36.

Dragan K. Nikolić, Ph.D., Full Professor
University of Niš
Faculty of Law Niš
dnikolic@prafak.ni.ac.rs

Early Civil Law Codification Efforts in the Principality of Serbia[21]

Abstract: *This paper is a synthesis of research results stemming from the author's earlier studies on the unsuccessful attempt of drafting the first civil code in the Principality of Serbia in the period from 1829 to 1835. The failure of this codification effort is observed in light of several important historical facts reflecting the relations between Prince Miloš Obrenović and the Legislative Committee. Prince Miloš was indeed the one who initiated the drafting of the civil code, which was to be modelled on the French Civil Code of 1804. Moreover, the Committee membership was appointed by the Prince himself. Yet, in the specific historical circumstances, the Prince's initiative was actually a political move largely forced by the widespread discontent with his autocratic rule without enacting legislation.*

Many indications suggest that Prince Miloš assumed that the public discontent would subdue if he were recognized in the public eye as the one who had established the Legislative Committee for drafting the civil code, and that it would suffice to allow the Committee to embark on the codification work. Yet, Prince Miloš was not genuinely interested in a successful outcome of this project. It is rather symptomatic that the members of the Legislative Committee, which were appointed by the Prince himself, had no legal knowledge and skills for such a serious codification project. On the other hand, Prince Miloš frequently acted on his own accord, kept changing the Committee members without any explanation, allowed frequent interruptions and long periods of inactivity, and granted long leaves of absence to individual members of the Committee. When the Committee finally prepared the draft version of the civil code, Prince Miloš was highly negative and critical about it, and he practically dismissed it altogether. The manuscript of this draft civil code has not been preserved in the historical archives. Bits and pieces of its content may barely be reconstructed, mainly by examining the contents of letters in which Prince Miloš passed his extremely negative remarks and extended his criticism on the draft civil code.

Keywords*: codification of civil law, Principality of Serbia, drafting the civil code, Prince Miloš Obrenović.*

Datum prijema rada: 04.11.2019.

[21] This paper has been presented at the International Scientific Conference Legal Tradition and New Legal Challenges, held on October 3rd and 4th, 2019, at the University of Novi Sad Faculty of Law.

Originalni naučni rad 347.952(497.11)"1865"
doi:10.5937/zrpfns53-24075

Dr Maša M. Kulauzov, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs

JAVNA PRODAJA PO ODREDBAMA GRAĐANSKOG PROCESNOG ZAKONODAVSTVA SRBIJE IZ 1865. GODINE*

Sažetak: *Autor u radu vrši istorijskopravnu analizu odredaba parničnog zakonodavstva Srbije iz 1865. godine koje se odnose na javnu prodaju kao završni segment izvršnog postupka. S obzirom na to da prinudno namirenje poveriočevog potraživanja putem usmenog javnog nadmetanja predstavlja delikatan i osetljiv proces koji unosi velike potrese u život izvršnog dužnika, projektovana zakonska rešenja u toj oblasti bila su predmet ozbiljne i detaljne rasprave vođene između autora zakonskog nacrta i Komisije Državnog saveta. U tekstu je učinjen osvrt na sve primedbe koje je Komisija iznela na zakonski nacrt, predloge da se na nekim mestima zadrže odredbe važeće procesne kodifikacije iz 1860. godine, kao i odgovore ministra pravde Rajka Lešjanina, pisca projekta na zapažanja Savetske komisije. Razmotrena su rešenja koja se tiču javne prodaje usvojena u finalnoj verziji zakonskog teksta, njihove ozakonjene izmene i dopune, ali i modifikacije ove izvršne radnje predviđene u zakonskim projektima iz 1872. i 1891. godine koje nikada nisu stupile na snagu. Iako nisu ozakonjene, mišljenje je autora da i ove projektovane izmene zaslužuju pažnju jer sadrže neke korisne sugestije na koji način da se što brže i efikasnije sprovede izvršenje javnom prodajom, kao i kako da se učvrsti procesna disciplina i poboljša položaj izvršnog dužnika.*

Ključne reči: *Zakonski nacrti, građansko procesno zakonodavstvo, građanski sudski postupak, izvršenje presude, javna prodaja.*

---

* Rad je nastao kao rezultat naučnog angažovanja na projektu Pravnog fakulteta u Novom Sadu pod nazivom „Pravna tradicija i novi pravni izazovi" u 2019. godini.

1. UVOD

Izvršni postupak je poslednja i ujedno najznačajnija faza u postupku realizacije zaštite povređenih ili ugroženih subjektivnih građanskih prava. Po rečima našeg znamenitog procesualiste prof. dr Borislava Blagojevića „Izvršenje znači postavljanje stvari na njihovo nužno mesto u pravnome poretku."[1] U izvršnom postupku se prinudno ostvaruje poveriočevo potraživanje utvrđeno u prethodno vođenom postupku, i na taj način se faktičko stanje usklađuje sa pravnim stanjem konstatovanim u izvršnoj ispravi. Pokretanje izvršnog postupka je jedini put koji vodi namirenju poveriočevog potraživanja ukoliko dužnik nije spreman da u paricionom roku ispuni činidbu koja mu je naložena u dispozitivu presude. Izvršni postupak okončava se izvršnom radnjom putem koje se potraživanje poverioca prinudno realizuje, a među kojima veoma važno mesto zauzimaju prodaja pokretnih i nepokretnih stvari dužnika.

Javna prodaja nepokretnosti najviše pogađa interese dužnika jer je nepokretna imovina, po pravilu, daleko značajnija i vrednija od pokretne imovine. Zato sudovi u vreme važenja Zakonika o građanskom sudskom postupku iz 1865. godine nisu dozvoljavali izvršenje na nepokretnostima, odnosno njihovu prodaju sve dok se u postupku ne bi iscrpela sva ostala sredstva i predmeti izvršenja. Tek nakon bezuspešnih pokušaja da se na neki drugi način naplati potraživanje u postupku izvršenja, sud bi, na predlog poverioca, dozvolio sprovođenje izvršenja prodajom nepokretnosti.

Ovakvo postupanje sudskih organa imalo je za svrhu da zaštiti dužnika od malicioznog ponašanja izvršnog poverioca, eventualno sračunatog s namerom da se izvršnom dužniku nepotrebno nanese šteta sudskom prodajom nepokretnosti iako je postojala druga imovina iz koje se moglo namiriti potraživanje. Osim toga, ovakva praksa bila je uslovljena i praktičnim razlozima jer je izvršenje daleko jednostavnije sprovesti prodajom pokretnih stvari. U svakom slučaju, naš zakonodavac se opredelio za tzv. *specijalnu egzekuciju*, što znači da bi bile zaplenjene samo stvari dužnika dovoljne za namirenje poveriočevog potraživanja, a ne celokupna dužnikova imovina.[2]

Imajući vidu posledice koje javna prodaja nepokretnih stvari može imati po imovno stanje dužnika, ali i značaj prodaje pokretnih stvari kao bržeg i jednostavnijeg sredstva namirenja poveriočevog potraživanja, obema izvršnim radnjama je u građanskom procesnom zakonodavstvu Srbije iz 1865. godine posvećena velika pažnja. Ne samo da je znatan broj zakonskih odredaba posvećen sprovo-

[1] Borislav T. Blagojević, Načela privatnoga procesnoga prava, Beograd 1936, 137.

[2] Dragoljub Aranđelović, „Šta se ne može uzeti u popis za izvršenje sudskih odluka? (Objašnjenje § 471. sudskog postupka u građanskim parnicama)", Policijski glasnik – Službeni list Ministarstva unutrašnjih dela, br. 9 od 16. novembra 1908, Beograd, 364.

đenju izvršenja na ovaj način, već je i poništaj neuredne prodaje putem usmenog javnog nadmetanja izdvojen u posebno poglavlje.[3]

2. KONAČNO UOBLIČAVANJE ODREDABA O JAVNOJ PRODAJI U ZAKONSKOM PROJEKTU

Nakon što je ministar pravde Rajko Lešjanin izradio zakonski nacrt i uputio ga Državnom savetu na odobrenje,[4] Savet je na svojoj sednici održanoj 26. novembra 1864. godine imenovao četvoročlanu komisiju sa zadatkom da pretrese nacrt i saopšti mu svoje eventualne primedbe.[5]

Komisija se najpre osvrnula na dužinu roka predviđenog za izvršenje sudskih odluka, koji je u čl. 480 glave XVII pod nazivom *O izvršenju presude* jednoobrazno opredeljen na šest meseci, bilo da je izvršenje potrebno sprovesti prodajom pokretnih, bilo nepokretnih stvari.[6] Komisija je ovakav predlog resornog ministra smatrala neprihvatljivim i ujedno se osvrnula na čl. 246 važećeg građanskog postupka po kome se presuda morala u svemu izvršiti za šest nedelja od njenog dostavljanja nadležnoj policijskoj vlasti, čak i ukoliko su se nepokretna dobra određena za prodaju nalazila u različitim mestima. Ovaj rok je samo uz zvanično odobrenje Ministarstva pravde u opravdanim slučajevima mogao biti produžen.[7]

Ministar je usvojio primedbu Komisije i pristao na skraćenje roka za prinudnu naplatu poveriočevog potraživanja na tri meseca za javnu prodaju nepokretnosti i šest nedelja za javnu prodaju pokretnih stvari. Ovo kompromisno rešenje prihvaćeno je i u konačnoj redakciji zakonskog teksta kao st. 1 čl. 464 Zakonika.[8]

Pored toga što je kritikovala dužinu roka za sprovođenje izvršenja, Savetska komisija je čl. 480 projekta ocenila i kao nepotpun, jer nije normirao situaciju kada se namerno odugovlači sa izvršenjem presude ili rešenja i tako ugrožava procesni položaj izvršnog poverioca. U tom smislu članovi Saveta su predlagali da se gorepomenuti član dopuni odeljkom II u kome bi bilo propisano da je mini-

---

[3] Vid. Glavu XIX O uništenju neuredne javne prodaje Zakonika o postupku sudskom u građanskim parnicama sa svima izmenama i dopunama (u daljem tekstu: Zakonik iz 1865. godine sa izmenama i dopunama), Krf 1917.

[4] Pismo Ministra pravde Državnom savetu od 23. novembra 1864. godine, Arhiv Srbije (u daljem tekstu: AS), fond Državni savet (u daljem tekstu: DS), 1865, broj dokumenta (u daljem tekstu: dok. br.) 53, list (u daljem tekstu: l.) 1.

[5] Ibid.

[6] Zakonik o postupku sudskom u građanskim parnicama (u daljem tekstu: Projekat Zakonika o sudskom postupku), AS, DS, 1865, dok. br. 53, l. 86.

[7] Zakonik o postupku sudejskom u građanskim parnicama za Knjažestvo Srbiju (u daljem tekstu: Zakonik iz 1860. godine), Beograd 1860.

[8] Zakonik o postupku sudskom u građanskim parnicama od 26. januara 1865. godine (u daljem tekstu: Konačna verzija Zakonika o sudskom postupku), AS, DS, 1865, dok. br. 53, l. 239.

star unutrašnjih dela nadležan da odlučuje po žalbama zbog odugovlačenja u izvršenju sudskih odluka. Sa predloženom dopunom se ministar Rajko Lešjanin saglasio.[9]

Da je izvršna vlast uvek davala prednost prodaji pokretnih stvari putem usmenog javnog nadmetanja svedoči i čl. 482 projekta. U njemu je propisano da će izvršnom dužniku koji odbije da sam opredeli stvari za prodaju policijska vlast najkasnije za 15 dana od prijema presude popisati i proceniti najpre pokretne stvari (podvukla M. K.), pa tek ako utvrdi da novčani iznos koji bi bio dobijen njihovom prodajom ne bi bio dovoljan za namirenje poveriočevog potraživanja, popisaće i proceniti, a potom i prodati dužnikove nepokretnosti.[10]

Na ovakvu formulaciju čl. 482 Državni savet nije imao primedaba, i on je u izvornoj verziji ušao i u finalni tekst kodeksa kao čl. 466.[11] Činjenica da su svi zakonodavni činioci bili saglasni kako naplata potraživanja iz vrednosti pokretnih stvari treba da ima prioritet svedoči o njihovom jedinstvenom stavu da takav vid prodaje pokazuje niz prednosti u odnosu na prodaju nepokretnosti. S jedne strane, zato što je nepokretna imovina po pravilu veće vrednosti i njena prodaja može ozbiljno da ugrozi egzistenciju izvršnog dužnika, ali, s druge strane, i iz praktičnih razloga, jer je prodaju pokretnih stvari moguće daleko brže izvršiti u mnogo kraćim rokovima s obzirom na to da nije potrebno pribavljati svedočanstvo (tapiju) kojom se dokazuje vlasništvo na nepokretnosti.

Imajući u vidu upravo ove praktične prednosti opredeljivanja pokretnih stvari kao predmeta izvršenja, ministar unutrašnjih dela Jovan Đaja je 1891. godine u svom projektu izmena i dopuna pojedinih odredaba važećeg zakonika insistirao na prodaji pokretne imovine čak i protiv volje dužnika, mada se o njemu uvek vodilo računa kao o slabijoj strani u postupku (čl. 477 projekta).[12]

Savetska komisija stavila je primedbu ministru na rešenje projektovano u čl. 514 nacrta. Po njemu je, u slučaju da se prodajom nepokretnih dobara u jednom okrugu presuda nije mogla u potpunosti izvršiti, sam parničar bio dužan da se za naplatu ostatka svog potraživanja obrati vlasti onog okruga u kojem je dužnik imao još nepokretne imovine.[13] Komisija je, naime, smatrala celishodnijim da se u tom slučaju policijska vlast okruga u kojem je izvršna radnja preduzeta službenim putem obrati policijskoj vlasti okruga u kome dužnik poseduje još nepokret-

---

[9] Izveštaj Komisije Državnom savetu od 14. decembra 1864. godine, AS, DS, 1865, dok. br. 53, l. 129.

[10] Projekat Zakonika o sudskom postupku, l. 86.

[11] Konačna verzija Zakonika o sudskom postupku, l. 240.

[12] Izmene i dopune u glavi osamnaestoj građanskog postupka, o izvršenjima, AS, MP, 1904, fascikla (u daljem tekstu: f.) 34, dok. br. 33, l. 8.

[13] Projekat Zakonika o sudskom postupku, l. 94.

nosti, kako bi ona postupila po propisima o javnoj prodaji.[14] Pored toga što je takvo rešenje već bilo predviđeno u čl. 267 važećeg parničnog zakonika,[15] Komisija je bila mišljenja da bi nosioci javne vlasti daleko lakše postigli sprovođenje dopunskog izvršenja u drugom okrugu nego što bi to pošlo za rukom parničaru kao privatnom licu. Ministar je predloženu izmenu usvojio.[16]

U pogledu tužbe koju je lice oštećeno krivicom policijskog zvaničnika ili nadmetača bilo ovlašćeno da podnese po odredbama glave XVIII *O uništenju neuredne javne prodaje*, Komisija je sugerisala ministru da se, umesto predloženih izmena, zadrži I i II odeljak člana 272 Zakonika o građanskom sudskom postupku iz 1860. godine. Naime, savetnici su bili mišljenja da je bolje zadržati postojeće rešenje predviđeno u pomenutom članu važećeg zakonodavstva jer su sa njim već upoznati sudije i svi ostali učesnici u javnoj prodaji, a pored toga odgovara i svrsi zbog koje je doneto.[17] Ministar je uvažio argumentaciju Komisije i u konačnoj verziji zakonskog teksta zadržana su oba odeljka čl. 272 pozitivnog prava kao čl. 504 i 505 novog Zakonika.[18]

Komisija je kritikovala i sadržinu čl. 522 projekta u kome je normirano da se tužbe podnete radi poništaja neuredne javne prodaje raspravljaju presudom.[19] Članovi Komisije su smatrali da je bolje o takvim tužbama, kao uostalom i do tada,[20] odlučivati rešenjem, jer poništaj neuredne javne prodaje ulazi u krug pitanja koja bi trebalo što hitnije rešavati. Zato je daleko podesnije da sudska odluka bude u formi rešenja a ne presude, jer se žalbe na rešenja ne razmatraju i pred Apelacionim, već samo pred Kasacionim sudom.[21] Ministar se saglasio sa mišljenjem savetnika i izmenio odredbu čl. 522 projekta u predloženom pravcu.[22]

Pregledom Izveštaja koji je Komisija po okončanom poslu uputila Državnom savetu lako se može zaključiti da su savetnici u više navrata insistirali na zadržavanju postojećih zakonskih rešenja, očigledno ih smatrajući celishodnijim od izmena predloženih od strane resornog ministra.

Sve ostale odredbe koje se odnose na sprovođenje izvršenja prodajom putem usmenog javnog nadmetanja usvojene su u izvornom obliku, jedino što je u ko-

---

[14] Izveštaj Komisije Državnom savetu od 14. decembra 1864. godine, AS, DS, 1865, dok. br. 53, l. 132.

[15] Vid. Zakonik iz 1860. godine.

[16] Vid. čl. 498 Konačne verzije Zakonika o sudskom postupku, l. 251.

[17] Izveštaj Komisije Državnom savetu od 14. decembra 1864. godine, AS, DS, 1865, dok. br. 53, l. 133-134.

[18] Konačna verzija Zakonika o sudskom postupku, l. 252-253.

[19] Projekat Zakonika o sudskom postupku, l. 96.

[20] Vid. čl. 275 Zakonika iz 1860. godine.

[21] Izveštaj Komisije Državnom savetu od 14. decembra 1864. godine, AS, DS, 1865, dok. br. 53, l. 134-135.

[22] Vid. čl. 507 Konačne verzije Zakonika o sudskom postupku, l. 253.

načnom tekstu promenjena numeracija članova i raspored materije utoliko što su odredbe o izvršenju presuda i uništenju neuredne javne prodaje sada činile glave XVIII i XIX Zakonika.[23]

3. ZAKONSKE ODREDBE O JAVNOJ PRODAJI I PREDLOŽENE IZMENE ZAKONSKIH REŠENJA

Rokovi od šest nedelja za sprovođenje izvršenja prodajom pokretnih stvari i tri meseca za sporovođenje izvršenja prodajom nepokretnosti, opredeljeni nakon pretresa zakonskog nacrta u čl. 464 nisu menjani za sve vreme važenja procesne kodifikacije.[24] Ipak, 1872. godine je usledila inicijativa tadašnjeg ministra pravde Stojana Veljkovića da se rok za obavljanje ovih izvršnih radnji drastično skrati na svega tri dana, kako za pokretne, tako i za nepokretne stvari. Još je frapantnija od predložene izmene činjenica da se gotovo niko od sudija pozvanih da se o ministrovom zakonskom projektu izjasne,[25] uključujući i Komisiju koju je obrazovao Državni savet, nije osvrnuo na ovu projektovanu zakonsku izmenu. Samo su sudije Užičkog okružnog suda skrenule pažnju ministru da se za tri dana ni pokretne stvari ne bi mogle rasprodati i da bi postojeće rokove bilo poželjno skratiti, ali na 15 dana za prodaju pokretnih stvari i šest nedelja za prodaju nepokretne imovine.[26]

Jasno je, naime, da je cilj izvršnog postupka brzo i efikasno namirenje izvršnog poverioca, kao i da isuviše složen i dugotrajan proces prinudne naplate njegovog potraživanja slabi poveriočev procesni položaj. Zato su pojedini nosioci sudskih funkcija predložili druge mere za ubrzanje sprovođenja izvršenja bez radikalnog skraćivanja rokova. U tom smislu je Savetska komisija predlagala da se čl. 466 koji se odnosi na popis i procenu dužnikove imovine dopuni tako da se dozvoli policijskim vlastima da pristupe popisu imovine pokojnog dužnika i pre nego što bi od naslednika dobile uverenje da li će dug platiti, jer bi se u protivnom dužnikove stvari mogle upropastiti.[27] Sudija Negotinskog okružnog suda Simo Simić je, pak, sa svoje strane sugerisao da bi trebalo, kako bi se ubrzala procedura i učvrstila procesna disciplina, dopuniti čl. 464. On je predlagao da se čl. 464 dopuni dodatnim stavom u kome bi bilo propisano da policijske vlasti kojima je

[23] Vid. Konačnu verziju Zakonika o sudskom postupku, l. 238-253.

[24] Zakonik iz 1865. godine sa izmenama i dopunama.

[25] Pretpis Ministra pravde svim sudovima od 28. oktobra 1872. godine, AS, fond Ministarstvo pravde (u daljem tekstu: MP), 1872, dok. br. 4, l. 12.

[26] Primjetbe Užičkog okružnog suda na predlog Zakona o izmenama i dopunama Zakonika o post. sudskom u građanskijem parnicama od 12. februara 1873. godine (u daljem tekstu: Primjetbe Užičkog okružnog suda), AS, MP, 1872, dok. br. 4, l. 23.

[27] Komisija Državnom savetu 22. septembra 1872. godine, AS, MP, 1872, dok. br. 6, l. 4.

podneta presuda ili rešenje odgovaraju za štetu ako odmah ne pristupe popisu dužnikovog imanja.[28] I naš renomirani profesor Velike škole Andra Đorđević je u svom udžbeniku građanskog procesnog prava predlagao uvođenje novčanih kazni za policijske činovnike koji odugovlače sa izvršenjem presuda, te tako otežavaju privredni saobraćaj i nanose veliku materijalnu štetu zainteresovanim licima.[29] Predugo čekanje na egzekuciju sudskih odluka nije bilo ni u interesu izvršnog dužnika s obzirom na to da su sa prolongiranjem postupka rasle kamate i troškovi koje je on, kao stranka koja je skrivila prinudnu naplatu, bio u obavezi da plati.[30]

U vremenskom intervalu od 15 dana od popisa i procene dužnikove pokretne imovine, odnosno dobijenog izveštaja o eventualnom postojanju intabulacije (pribeleške) na popisanim nepokretnostima, pristupalo se oglašavanju prodaje putem usmenog javnog nadmetanja (čl. 474).[31] Budući da se, pre oglašavanja javne prodaje dužnikovih nepokretnih stvari morao prethodno pribaviti izveštaj od nadležnog suda o postojanju tereta na nepokretnosti, kod nepokretnih stvari bi proteklo mnogo više vremena od momenta popisa do objavljivanja oglasa, nego kod pokretne imovine.[32] Prodaja na licitaciji stvari vrednosti veće od 1000 poreskih groša morala se oglasiti ne samo u mestu prodaje i u okružnoj varoši, već i putem novina (čl. 476).[33] Zakonskom izmenom iz 1898. godine propisano je da se oglas morao ponoviti triput.[34]

Izvršna vlast bila je dužna da <u>na vreme</u> (podvukla M. K.) pozove na javnu prodaju dužnika, intabulisane poverioce, procenitelje imanja i smesničare (čl. 478).[35] Kako je formulacija „na vreme" bila krajnje neodređena i neprecizna, izmenom Zakonika iz 1898. godine precizirano je da pomenuta lica moraju biti pozvana najkasnije četiri dana pre zakazane javne prodaje.[36] Autor ove dopune očigledno je bio mišljenja da je potrebno jasnije opredeliti taj rok jer je neblagovremen poziv predstavljao osnov za podizanje tužbe za poništaj neuredne javne

[28] Mišljenje o predloženim dopunama i izmenama u postupku sudskom za građanske parnice od 1865. god. od 2. aprila 1873. godine, AS, MP, 1872, dok. br. 4, l. 30.

[29] Andra Đorđević, Teorija građanskog sudskog postupka s pogledom na Zakonik o postupku sudskom u građanskim parnicama za Kraljevinu Srbiju II (prir. D. Aranđelović), Beograd 1923, 174.

[30] Živojin M. Perić, „O prodaji za izvršenje odluka sudskih", Policijski glasnik – Službeni list Ministarstva unutrašnjih dela, br. 9 od 1. marta 1909, Beograd, 65-66.

[31] Zakonik iz 1865. godine sa izmenama i dopunama.

[32] Ž. M. Perić, D. Aranđelović, Građanski sudski postupak – predavanja na Pravničkome fakultetu, drugi deo: o izvršenju odluka sudskih, prva knjiga, Beograd 1912, 209-211.

[33] Zakonik o postupku sudskom u građanskim parnicama za Knjažestvo Srbiju (u daljem tekstu: Zakonik iz 1865. godine bez izmena i dopuna), Beograd 1865.

[34] Zakonik iz 1865. godine sa izmenama i dopunama.

[35] Zakonik iz 1865. godine bez izmena i dopuna.

[36] Zakonik iz 1865. godine sa izmenama i dopunama.

prodaje. Na javnoj prodaji mogli su se nadmetati svi osim maloletnika, prezaduženih lica i raspikuća, činovnika koji vrši prodaju i lica čije se imanje prodaje, odnosno izvršnog dužnika (čl. 479).[37]

Izvršni dužnik nije mogao učestvovati u javnom nadmetanju ali je, prema odredbama neozakonjenog projekta zakonskih izmena i dopuna iz 1891. godine, u svakom trenutku mogao sprečiti prodaju isplatom tražbine koja je predmet izvršenja policijske vlasti, čak i na sam dan prodaje, sve dok dotično dobro po zakonskim odredbama nije oglašeno za ustupljeno. Jedina obaveza dužnika u tom slučaju bila je da nadoknadi sve nastale troškove. Štaviše, autor projekta, ministar unutrašnjih dela Jovan Đaja predvideo je i mogućnost da dužnik na licitaciju dovede kupca sa kojim je zaključio kupoprodajni ugovor, ukoliko je dogovorena cena dovoljna da se iz nje mogu namiriti sve dosuđene, prijavljene tražbine (čl. 490a).[38] Razumljivo je što je inicijativa za ovakvu zakonsku izmenu koja bi znatno olakšala procesni položaj izvršnog dužnika potekla od ministra unutrašnjih dela jer je on, kao resorni starešina policijskih organa nadležnih za sporovođenje izvršenja, bio najbolje upoznat sa potresima koje je javna prodaja vrednijih stvari mogla izazvati u životima dužnika i njihovih porodica.

Kupac pokretne stvari bio je dužan da položi iznos kupoprodajne cene u gotovom novcu odmah po okončanju licitacije, dok je kupcu nepokretnosti za istu radnju bio ostavljen osmodnevni rok (čl. 482).[39] Isti rok bio je predviđen i u parničnom zakoniku iz 1860. godine (čl. 258),[40] čija su brojna rešenja preuzeta u novom procesnom zakonodavstvu. Ipak, kako se navedeni rok u praksi pokazao prekratkim, zakonskom izmenom odredbe čl. 482 iz 1885. godine on je udvostručen.[41]

Ukoliko kupac ne bi položio novac u propisanim rokovima, policijska vlast bi naredila novu javnu prodaju, ovaj put na njegov trošak i štetu (čl. 484),[42] jer je njegovom opstrukcijom postupka došlo do odugovlačenja sa ovom hitnom izvršnom radnjom. Za sve vreme važenja procesne kodifikacije norma čl. 484 je zadržana u prvobitnoj verziji, samo je 1885. godine dopunjena obavezom nadležne administrativne vlasti da zakaže novu javnu prodaju najkasnije za mesec dana od momenta kada isteknu prekluzivni rokovi u kojima je kupac bio dužan da položi

---

[37] Ibid.

[38] Izmene i dopune u glavi osamnaestoj građanskog postupka, o izvršenjima, AS, MP, 1904, f. 34, dok. br. 33, l. 12.

[39] Zakonik iz 1865. godine bez izmena i dopuna.

[40] Zakonik iz 1860. godine.

[41] Zakon o izmenama i dopunama u Zakonu o postupku sudskom u građanskim parnicama od 19. aprila 1885. godine (u daljem tekstu: Izmene iz 1885. godine), Zbornik zakona i uredaba u Kraljevini Srbiji, br. 41/1885.

[42] Zakonik iz 1865. godine bez izmena i dopuna.

dugovanu novčanu svotu.[43] Ministar unutrašnjih dela Jovan Đaja je u svom neozakonjenom projektu iz 1891. godine insistirao na skraćenju tog roka na 25 dana (čl. 497 st. 2 projekta).[44]

Ukoliko se nepokretno dobro prodato na licitaciji nalazilo u posedu zakupca koji je svoj ugovor sa izvršnim dužnikom pribeležio, nadležna vlast bi naložila zakupcu da zakupnu cenu nadalje plaća novom sopstveniku, kome je bio dužan i da preda stvar po isteku zakupnog roka (čl. 494).[45] Zakonskom izmenom iz 1891. godine predloženo je, međutim, da se u slučaju kada zakupac ne poseduje sudsko rešenje kojim se pribeleška kao sredstvo obezbeđenja njegovog potraživanja usvaja, prodato dobro može odmah od njega oduzeti i predati kupcu na lični zahtev (čl. 502 projekta).[46]

Kako bi se obezbedila efikasnija naplata potraživanja izvršnih poverilaca, predviđena je i zakonska mogućnost da se, u slučaju da dužnik nema imovine ali ima primanja od trećeg lica, od tog lica, ako ono na to pristane, naplati dug (čl. 497).[47] Sudije Kragujevačkog okružnog suda su, u okviru svog odgovora na neozakonjeni projekat izmena i dopuna Zakonika iz 1872. godine, predložile da se ova odredba u određenom pravcu dopuni. Naime, one su sugerisale da bi pojam „primanja od trećih lica" trebalo proširiti i na prinovak i priplod ženinog imanja, budući da ne bi bilo pravično da se muž „zaklanja za ženu", izbegavajući svoje poverioce. Tim pre bi trebalo usvojiti ovu dopunu jer na isti način pomenutu zakonsku normu tumači i Kasacioni sud. Na kraju krajeva, rezonuju sudije, muž izdržava ženu te bi tako prinovak i priplod ženinog imanja trebalo da predstavljaju njegovu sopstvenost.[48]

Javne prodaje dužnikovih nepokretnosti je, prema slovu zakona, bilo moguće organizovati u različitim okruzima ukoliko bi to bilo potrebno radi namirenja prijavljenih potraživanja u celosti. Kada bi svi poverioci namirili svoja dugovanja obligacija bi se vraćala dužniku, a ako dug ne bi bio u potpunosti izmiren, isprava bi ostajala u rukama poverilaca uz naznaku koliki je preostali dugovani iznos. Izvršni dužnik i druga lica koja bi ometala javnu prodaju i izvršenje presude uopšte, bila bi kažnjavana po odredbama krivičnog zakonika (čl. 498-500).[49]

---

[43] Izmene iz 1885. godine.

[44] Izmene i dopune u glavi osamnaestoj građanskog postupka, o izvršenjima, AS, MP, 1904, f. 34, dok. br. 33, l. 12.

[45] Zakonik iz 1865. godine bez izmena i dopuna.

[46] Izmene i dopune u glavi osamnaestoj građanskog postupka, o izvršenjima, AS, MP, 1904, f. 34, dok. br. 33, l. 13.

[47] Zakonik iz 1865. godine bez izmena i dopuna.

[48] Primedbe na predlog zakona o izmenama i dopunama Zakonika o postupku sudskom u građ. parnicama od 2. februara 1873. godine, AS, MP, 1872, dok. br. 4, l. 8.

[49] Zakonik iz 1865. godine bez izmena i dopuna.

Smatra se da je javna prodaja neuredna kada popis, oglašavanje javne prodaje i sama licitacija nisu izvršeni po zakonskim propisima, ili ukoliko su nadmetači bili u dogovoru u cilju što jeftinije prodaje, tako da pravog nadmetanja zapravo nije ni bilo (čl. 501).[50] Ministar unutrašnjih poslova Jovan Đaja je 1891. godine sugerisao dopunu zakonske norme u tom smislu da se razlozima za poništaj javne prodaje obuhvate i dokazana zloupotreba i nesavesnost činovnika ili organa koji je prodaju vršio u nameri da ma kojoj strani pričini štetu ili donese korist (čl. 514 st. 3 projekta).[51]

Obrazložena tužba za poništaj neuredne javne prodaje mogla se, prema prvobitnoj verziji čl. 502 podneti u objektivnom roku od 15 dana od dana prodaje ili u subjektivnom roku od 15 dana od dana saznanja za javno nadmetanje, kada se radilo o licima koja niti su prisustvovala licitaciji, niti su na nju bila pozvana.[52] Kako se u praksi pokazalo celishodnijim da se rok jednoobrazno opredeli, zakonskim izmenama iz 1898. godine ova norma je pojednostavljena tako da je petnaestodnevni rok za podnošenje tužbe tekao za sva zainteresovana lica od istog momenta, a to je momenat kada je javna prodaja okončana.[53] Kao i na mnogim drugim mestima, i ovde je ministar Jovan Đaja, u cilju povećanja procesne efikasnosti, predlagao skraćenje zakonskog roka na sedam dana od svršetka javne prodaje (čl. 515 st. 1 projekta).[54]

Zakonikom iz 1865. godine nije propisano dalje postupanje sa rešenjem kojim je odlučeno o urednosti sporne javne prodaje. Zato je ministar Jovan Đaja u svom nacrtu ovu zakonsku prazninu popunio normiranjem da protiv rešenja prvostepenog suda kojim se licitacija poništava ne bi trebalo dozvoliti ulaganje žalbe (čl. 516 st. 1 projekta). Protiv rešenja kojim se prodaja kao uredna odobrava bila je dozvoljena, prema neozakonjenom projektu, žalba Kasacionom sudu u roku od pet dana od prijema rešenja. Zbog hitnosti stvari, kasaciona vlast bi bila dužna da reši o žalbi u daljem roku od sedam dana od prijema sudskih akata (čl. 518 st. 2 i 3 projekta).[55]

Javna prodaja pokretnih stvari nije se mogla poništiti, sem u slučaju dokazanih zloupotreba i nezakonitih radnji preduzetih od strane izvršilaca prodaje ili kupca (čl. 506),[56] a Jovan Đaja dodaje i ako je stvar nepotrošna, ili njena tržišna vrednost prelazi iznos od šest stotina dinara a prodata je ispod polovine procenje-

[50] Ibid.

[51] Izmene i dopune u glavi osamnaestoj građanskog postupka, o izvršenjima, AS, MP, 1904, f. 34, dok. br. 33, l. 15.

[52] Zakonik iz 1865. godine bez izmena i dopuna.

[53] Zakonik iz 1865. godine sa izmenama i dopunama.

[54] Izmene i dopune u glavi osamnaestoj građanskog postupka, o izvršenjima, AS, MP, 1904, f. 34, dok. br. 33, l. 15.

[55] Ibid., l. 16.

[56] Zakonik iz 1865. godine bez izmena i dopuna.

ne vrednosti (čl. 522 st. 4 projekta).[57] U svakom slučaju, bilo da se radilo o poništaju prodaje pokretnih ili nepokretnih stvari, sud bi stranu koja je skrivila poništaj osudio i na plaćanje sudskih taksi (čl. 508).

Sud nije izdavao kupcu svedodžbu (tapiju) pre isteka petnaestodnevnog roka za ulaganje žalbe ili, pak, ukoliko je žalba uložena, pre nego što bi rešenje kojim se odlučivalo o žalbi postalo izvršno (čl. 507).[58] U slučaju poništaja neuredne javne prodaje, nadležna policijska vlast je bila dužna da zakaže novu licitaciju u narednom roku od deset dana od prijema službenog izveštaja (čl. 509),[59] i da na nju pozove i prvobitnog kupca (čl. 490).[60]

Ministar unutrašnjih poslova Jovan Đaja predlagao je, da se u cilju veće efikasnosti, stavi u nadležnost njegovog resornog ministarstva izdavanje posebnih pravila koja bi predstavljala razradu i dopunu zakonskih rešenja, naravno bez izmena imperativnih zakonskih normi o izvršnom postupku. Pomenuta zakonska tumačenja važila bi nakon što bi ih Državni savet odobrio. Na poslovima popisa, nadalje sugeriše ministar, trebalo bi angažovati i bivše i penzionisane policijske činovnike kako bi ova hitna i neodložna izvršna radnja bila što pre sprovedena. Naročito bi pomoć dodatnog administrativnog osoblja bila dobrodošla ukoliko bi nadležne opštinske vlasti odugovlačile sa popisom imovine dužnika, u kom slučaju bi dnevnice angažovanih činovnika trebalo isplaćivati na teret opštinske kase (čl. 526 projekta).

Resorni ministar završava svoj vrlo detaljni projekat odredbom koja se odnosi na slučaj kada je popisano imanje toliko neznatne vrednosti da se njegovom prodajom ne bi mogli podmiriti čak ni troškovi izvršnog postupka. Tada imanje, stav je ministra, ne bi trebalo izlagati prodaji, izuzev ukoliko bi poverilac izjavio da će eventualni manjak za te troškove on podmiriti (čl. 527 projekta).[61]

4. ZAVRŠNA RAZMATRANJA

Na značaj koji su javnoj prodaji kao završnoj etapi u procesu prinudnog namirenja poveriočevog potraživanja pridavali svi zakonodavni činioci ukazuje živa i ozbiljna diskusija vođena između autora zakonskog nacrta Rajka Lešjanina i članova Savetske komisije u pogledu brojnih projektovanih zakonskih rešenja iz

[57] Izmene i dopune u glavi osamnaestoj građanskog postupka, o izvršenjima, AS, MP, 1904, f. 34, dok. br. 33, l. 17.

[58] Zakonik iz 1865. godine bez izmena i dopuna.

[59] Zakonik iz 1865. godine sa izmenama i dopunama.

[60] Zakonik iz 1865. godine bez izmena i dopuna.

[61] Izmene i dopune u glavi osamnaestoj građanskog postupka, o izvršenjima, AS, MP, 1904, f. 34, dok. br. 33, l. 17-18.

ove oblasti. Predmet rasprave bili su, između ostalog, rokovi za sprovođenje izvršenja putem usmenog javnog nadmetanja, odugovlačenje sa izvršenjem presude, kao i tužbe za poništaj neuredne javne prodaje. Detaljni pretres zakonskog projekta imao je za cilj da se skrate zakonski rokovi, da se što brže i efikasnije okonča ova izvršna radnja uz minimalno remećenje svakodnevnog života izvršnog dužnika, te da se što više formalnosti vezanih za izvršni postupak stavi u nadležnost administrativnih vlasti.

Sve zakonske izmene koje su usledile nakon stupanja na snagu Zakonika iz 1865. godine bile su usmerene na preciziranje odredaba o javnoj prodaji koje su, kao nedovoljno jasne i nedvosmislene, rađale nedoumice i protivrečno postupanje u sudskoj praksi. S druge strane, autori neozakonjenih projekata izmena i dopuna procesnog zakonodavstva iz 1872. i 1891. godine insistirali su na skraćenju rokova za usmeno javno nadmetanje i na jačanju procesne discipline sankcionisanjem neažurnog postupanja nadležnih policijskih vlasti koje je vodilo odugovlačenju postupka.

Pisac nacrta iz 1892. godine, ministar unutrašnjih poslova Jovan Đaja je čak, u cilju poboljšanja procesnog položaja izvršnog dužnika, sugerisao da se usvoji rešenje prema kojem bi on u svakom momentu do okončanja javne prodaje mogao da je spreči dobrovoljnim izvršenjem dugovane prestacije. Ministar Đaja je predlagao i angažovanje dodatnog administrativnog personala na poslovima izvršenja i poveravanje posebnih ovlašćenja ministru unutrašnjih dela na osnovu kojih bi on mogao da donosi posebna pravila kao razradu zakonskih normi.

Bez obzira na njihovu heterogenost i po sadržini i po vremenu nastanka, sve projektovane i usvojene zakonske izmene imale su isti cilj – poboljšanje procesne pozicije izvršnog dužnika kao slabije strane u postupku, i što brže i pravilnije sprovođenje javne prodaje kao vrlo delikatne i osetljive, ali u mnogim slučajevima istovremeno i neizbežne procesne radnje.

LITERATURA I IZVORI

Aranđelović Dragoljub, „Šta se ne može uzeti u popis za izvršenje sudskih odluka? (Objašnjenje § 471. sudskog postupka u građanskim parnicama)", *Policijski glasnik – Službeni list Ministarstva unutrašnjih dela*, br. 9 od 16. novembra 1908, Beograd, 363-364.

Blagojević T. Borislav, *Načela privatnoga procesnoga prava*, Beograd 1936.

Đorđević Andra, *Teorija građanskog sudskog postupka s pogledom na Zakonik o postupku sudskom u građanskim parnicama za Kraljevinu Srbiju II* (prir. D. Aranđelović), Beograd 1923.

Perić M. Živojin, „O prodaji za izvršenje odluka sudskih", *Policijski glasnik – Službeni list Ministarstva unutrašnjih dela*, br. 9 od 1. marta 1909, Beograd, 65-66.

Perić M. Živojin, Aranđelović Dragoljub, *Građanski sudski postupak – predavanja na Pravničkome fakultetu*, *drugi deo: o izvršenju odluka sudskih*, prva knjiga, Beograd 1912.

Zakon o izmenama i dopunama u Zakonu o postupku sudskom u građanskim parnicama od 19. aprila 1885. godine, *Zbornik zakona i uredaba u Kraljevini Srbiji*, br. 41/1885.

Zakonik o postupku sudejskom u građanskim parnicama za Knjažestvo Srbiju, Beograd 1860.

Zakonik o postupku sudskom u građanskim parnicama, Arhiv Srbije, fond *Državni savet*, 1865, dok. br. 53.

Zakonik o postupku sudskom u građanskim parnicama od 26. januara 1865. godine, Arhiv Srbije, fond *Državni savet*, 1865, dok. br. 53.

Zakonik o postupku sudskom u građanskim parnicama za Knjažestvo Srbiju, Beograd 1865.

Zakonik o postupku sudskom u građanskim parnicama sa svima izmenama i dopunama, Krf 1917.

Izveštaj Komisije Državnom savetu od 14. decembra 1864. godine, Arhiv Srbije, fond *Državni savet*, 1865, dok. br. 53.

Izmene i dopune u glavi osamnaestoj građanskog postupka, o izvršenjima, Arhiv Srbije, fond *Ministarstvo pravde*, 1904, f. 34, dok. br. 33.

Mišljenje o predloženim dopunama i izmenama u postupku sudskom za građanske parnice od 1865. god. od 2. aprila 1873. godine, Arhiv Srbije, fond *Ministarstvo pravde*, 1872, dok. br. 4.

Pismo Ministra pravde Državnom savetu od 23. novembra 1864. godine, Arhiv Srbije, fond *Državni savet*, 1865, dok. br. 53.

Pretpis Ministra pravde svim sudovima od 28. oktobra 1872. godine, Arhiv Srbije, fond *Ministarstvo pravde*, 1872, dok. br. 4.

Primedbe na predlog zakona o izmenama i dopunama Zakonika o postupku sudskom u građ. parnicama od 2. februara 1873. godine, Arhiv Srbije, fond *Ministarstvo pravde*, 1872, dok. br. 4.

Primjetbe Užičkog okružnog suda na predlog Zakona o izmenama i dopunama Zakonika o post. sudskom u građanskijem parnicama od 12. februara 1873. godine, Arhiv Srbije, fond *Ministarstvo pravde*, 1872, dok. br. 4.

Maša M. Kulauzov, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs

Public Execution Sale According to Provisions of Civil Procedure Legislation from 1865

Abstract: *The article sheds light on provisions of Code of Civil Procedure from 1865 concerning public execution sale as the last stage in process of execution of court decisions. Public auction of debtor's movable and immovable property held by police authorities is conducted in order to satisfy unpaid creditor's obligations which debtor did not want to discharge free willingly. Given the delicacy and sensitivity of public sale that can cause serious disturbances for execution debtors, provisions regarding execution sale had been very carefully drafted after thorough and detailed discussion between the author of the draft and the State Council's Commission. Aforementioned discussion was meticulously scrutinized in this paper. Analysis of original provisions of Code from 1865 along with all its amendments and supplements undoubtedly showed that debtor, as the weaker party, enjoyed special protection under law. Firstly, he had the right to select and indicate to the authorized official the property which was to be sold at public auction. If some irregularities occured in the conduct of the execution sale, debtor was entitled to address to court and request its nullification. Minister of internal affairs Jovan Đaja in his draft from 1891 even suggested that debtor should be allowed to pay his debt in every moment until the public sale has ended. Beside bettering debtor's position, Code amendments, as well as the drafts from 1872 and 1891 that never came into effect, proposed various measures in order to make execution process more effective and faster. These measures were also examined in this article.*

Keywords: *Drafts, civil procedure legislation, civil proceedings, execution of verdict, public execution sale.*

Datum prijema rada: 19.11.2019.

Pregledni članak 347.65(4)
doi:10.5937/zrpfns53-24252

Dr Jelena Đ. Vidić Trninić, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
jvidic@pf.uns.ac.rs

Milica S. Kovačević, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
M.Kovacevic@pf.uns.ac.rs

ZAMENA NASLEDNIKA U SAVREMENIM PRAVIMA EVROPE*

Sažetak: *Pažnja autora usmerena je na pravnu regulativu postavljanja naslednika pod supstitucijom, odnosno, zamenu naslednika kao modalitet zaveštajnog nasleđivanja u savremenim pravima Evrope. U zakonodavstvu Srbije prihvaćena je mogućnost alternativnog sticanja naslednog prava, odnosno prosta ili obična supstitucija kao oblik zamene naslednika, kao i oni modaliteti sukcesivnog nasleđivanja koji se vezuju za ostvarenje uslova ili istek roka, uz izričitu zabranu fideikomisarne supstitucije za slučaj smrti prethodnog naslednika. Analizom domaće zakonske regulative, njenih prednosti i pojedinih nedostataka, kao i sagledavanjem zakonskih rešenja posvećenih institutu zamene naslednika u uporednom pravu, autori koriste priliku da ukažu na opravdanost i moguće načine unapređenja načina normiranja ovog instituta u srpskom pravu.*

Ključne reči: *prosta supstitucija, fideikomisarna supstitucija, institut, supstitut, prethodni naslednik, naknadni naslednik.*

1. UVODNE NAPOMENE

Zamena naslednika predstavlja odredbu u zaveštanju kojom zaveštalac svom nasledniku ili singularnom sticaocu *mortis causa*, za slučaj da on neće ili ne može da

* Rad je posvećen naučno-istraživačkom projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

se prihvati nasledstva, odnosno isporuke, određuje zamenika. Njeno osnovno obeležje ogleda se u alternativnom postavljanju naslednika. Ovaj vid zamene naslednika naziva se prosta, obična ili vulgarna supstitucija (*substitution vulgaris)* i kao takva, prihvaćena je kako u domaćem pravu, tako i u ostalim savremenim naslednopravnim uređenjima.

Zamena naslednika predstavlja i raspolaganje kojim zaveštalac istovremeno postavlja dva naslednika: prethodnog i naknadnog, odnosno, takvu zaveštajnu odredbu kojom se predviđa da će nakon nastupanja određenih okolnosti jedno lice prestati da bude naslednik, a da će drugo lice stupiti na njegovo mesto.[2] Suštinsko obeležje ovog vida zamene naslednika, koji se naziva fideikomisarna supstitucija (*substitution fideicommissaire*), predstavlja sukcesivnost nasleđivanja. Izneta pravna situacija odgovara savremenom shvatanju fideikomisarne supstitucije, posmatrane u širem smislu, do čijeg nastupanja mogu dovesti različite okolnosti – ispunjenje uslova, protek roka ili neizvršenje naloga. Ukoliko je kao supstitucioni slučaj određen rok koji nastupa smrću prethodnog naslednika, može se govoriti o određivanju naslednika svom nasledniku, odnosno o fideikomisarnoj supstituciji u užem smislu,[3] koja je u domaćem zakonodavstvu zabranjena. Uporednopravno posmatrano, evropski pravni sistemi zauzimaju različite stavove, kako u pogledu dopuštenosti fideikomisarne supstitucije, tako i u pogledu načina njenog normiranja.

Rad ima za predmet upravo konkretnu zakonsku regulativu instituta zamene naslednika u savremenim zakonodavstvima Evrope. Posebna pažnja posvećena je: dozvoljenim oblicima supstitucije, modalitetima u kojima se pojavljuju, ograničenjima istih, kao i pravnim odnosima koji nastaju njihovim uspostavljanjem. Sagledavanjem načina normiranja navedenih pitanja u pravu Srbije, njihovim poređenjem sa aktuelnim rešenjima prihvaćenim u ostalim evropskim zakonodavstvima i konsultovanjem stavova pravne doktrine, preispituje se potreba za unapređenjem postojećeg normativnog koncepta ovog instituta u domaćem pravu i ukazuje na njegove moguće pravce.

---

[2] U tom smislu, vid. Oliver Antić, Nasledno pravo, Beograd 2009, 243; Dejan Đurđević, Institucije naslednog prava, Beograd 2010, 160.

[3] Vid. O. Antić, 244; D. Đurđević, 160–161. U doktrini se navodi da fideikomisarna supstitucija s vremenom menja svoju društvenu funkciju, te od instrumenta koji je pre svega bio u funkciji očuvanja porodične imovine, postaje instrument prilagođavanja sadržine zaveštanja izmenjenim okolnostima koje bi mogle nastupiti nakon smrti zaveštaoca. Vid. Čeda Rajačić, Teorija nasleđivanja – kao pravne ustanove, doktorska disertacija, Zagreb 1958, 121; Tamara Đurđić Milošević, „Fideikomisarna supstitucija i sloboda zaveštajnog raspolaganja“, Pravni život 10/2012, 722.

2. ZAMENA NASLEDNIKA U PRAVU SRBIJE

Rukovođen nastojanjem obezbeđenja primene zaveštajnog nasleđivanja u većoj meri,[4] odnosno omogućavanja zaveštaocu da se zaostavština nakon njegove smrti rasporedi prema njegovoj volji, a ne po pravilima zakonskog nasleđivanja,[5] Zakon o nasleđivanju Srbije dopušta prostu supstituciju. On ovom vidu alternativnog sticanja naslednog prava posvećuje jednu odredbu, propisujući da zaveštanjem može biti određeno lice kome će pripasti nasledstvo ukoliko postavljeni naslednik ne može ili neće da nasledi, pri čemu se na isti način zamenik može odrediti i isporukoprimcu.[6] Identično rešenje predviđeno je i Prednacrtom Građanskog zakonika Srbije.[7] Postavljeni naslednik, odnosno isporukoprimac se naziva institut, dok se njegov zamenik naziva supstitut. S obzirom na činjenicu da ova ustanova nema za cilj sledovanje spomenutih lica u istom svojstvu, već zamenu instituta supstitutom, to se i sam zamenik javlja kao neposredni naslednik zaveštaoca.[8]

Zaveštajna odredba o određivanju supstituta u osnovi predstavlja odredbu o imenovanju naslednika ili isporukoprimca uz negativan odložni uslov da lice kojem je prvenstveno namenjeno pravo na nasledstvo, odnosno isporuku, to pravo ne stekne.[9] Dakle, pravo na nasleđe, odnosno isporuku zamenika uslovljeno je nastupanjem supstitucionog slučaja, koji zapravo predstavlja ispunjenje navedenog uslova. Supstitucioni slučaj može se sastojati u različitim okolnostima: institutova smrt pre ostavioca, njegova nedostojnost, nesposobnost ili razbaštinjenje, kao i odricanje od nasleđa, odnosno isporuke.[10] Njegovo određivanje predstavlja domen slobode zaveštaočeve volje, preko koje prosta supstitucija nema domašaj. Samo ukoliko zaveštalac nije predvideo supstitucioni slučaj, do supstitucije će doći nastupanjem bilo kog od prethodno navedenih slučajeva, iako to Zakonom nije izričito predviđeno.[11]

---

[4] Vid. Slavko Marković, Nasledno pravo u Jugoslaviji, Beograd 1978, 223.

[5] Vid. Borislav T. Blagojević, Nasledno pravo u Jugoslaviji – prava republika i pokrajina, Beograd 1988, 246.

[6] Vid. čl. 116 Zakona o nasleđivanju Srbije – ZNS, Sl. glasnik RS, br. 46/1995, 101/2003 – Odluka USRS i 6/2015.

[7] Vid. čl. 2711 Prednacrta Građanskog zakonika Srbije, https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html/, 29. oktobar 2019.

[8] Vid. Milan Kreč, Đuro Pavić, Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom, Zagreb 1964, 236; B. T. Blagojević, 247.

[9] Vid. M. Kreč, Đ. Pavić, 236; Nikola Gavella, Vlado Belaj, Nasljedno pravo, Zagreb 2008, 162–163; Nataša Stojanović, Nasledno pravo, Niš 2011, 239.

[10] Vid. Oliver B. Antić, Zoran M. Balinovac, Komentar Zakona o nasleđivanju, Beograd 1996, 372; D. Đurđević, 158.

[11] Vid. M. Kreč, Đ. Pavić, 237; B. T. Blagojević, 246; O. B. Antić, Z. M. Balinovac, 372; Slobodan N. Svorcan, Komentar Zakona o nasleđivanju Srbije sa sudskom praksom, Kragujevac 2004, 268; D. Đurđević, 158; N. Stojanović, 239.

Imajući u vidu činjenicu da je supstitut neposredni naslednik zaveštaoca, to kvaliteti koje on mora da ispuni, odgovaraju onima koji se zahtevaju u odnosu na bilo kog naslednika. Tako, supstitut mora nadživeti ostavioca, biti dostojan za nasleđivanje i mora se primiti nasledstva. Kada nastupi supstitucioni slučaj, supstitut će se smatrati naslednikom i to od momenta delacije ostavioca. Stoga, on ne mora doživeti momenat nastupanja supstitucionog slučaja. Prema opšteprihvaćenim stavovima doktrine, u ovom slučaju, na nasleđe se pozivaju njegovi naslednici.[12]

Iako kod obične supstitucije, najčešće, postoje dva lica, prosta supstitucija, po broju i kvalitetu naslednika, ali i naslednih delova, može biti različita. Kako u domaćem zakonodavstvu ne postoji regulativa posvećena ovom pitanju, prema stavovima teorije, ovaj vid zamene naslednika, shodno principu slobode zaveštavanja, pruža mogućnost uspostavljanja njenih brojnih modaliteta. Tako zaveštalac prvopostavljenom nasledniku može odrediti dva ili više supstituta, koji se pozivaju jedan za drugim na nasleđivanje, u kom slučaju se radi o sukcesivnoj supstituciji. Za svaki stepen supstitucije mogu se odrediti različiti supstitucioni slučajevi, pri čemu ni nasledni delovi ne moraju biti jednaki.[13] Zaveštalac može institutu odrediti više supstituta koji se pozivaju paralelno na nasleđivanje,[14] u kom slučaju oni nasleđuju na jednake delove, osim ukoliko zaveštalac ne odredi drugačije.[15] Osim toga, moguće je za dva ili više sanaslednika kao institute odrediti jednog supstituta,[16] pri čemu od volje zaveštaoca zavisi da li će on naslediti onda kada kod prvog sanaslednika nastupi supstitucioni slučaj ili nakon što se on kod svih njih ostvari.[17] U praksi je moguća i tzv. recipročna (uzajamna) supstitucija, gde su svi sanaslednici jedan drugom supstituti[18] i to prema stavu doktrine, u srazmeri njihovih naslednih delova, osim ako zaveštalac ne odredi drugačije ili ukoliko nešto drugo ne proizilazi iz okolnosti slučaja.[19]

S obzirom da nastupanjem supstitucionog slučaja supstitut postaje neposredni naslednik, pri čemu se smatra da institut to nikad nije ni bio, to je supstitut u

---

[12] Vid. M. Kreč, Đ. Pavić, 236; S. Marković, 223; O. B. Antić, Z. M. Balinovac, 373; N. Stojanović, 240.

[13] Vid. M. Kreč, Đ. Pavić, 237; S. Marković, 222; B. T. Blagojević, 246; O. B. Antić, Z. M. Balinovac, 373–374; S. N. Svorcan, 268; D. Đurđević, 159; N. Stojanović, 240.

[14] Vid. S. Marković, 222; B. T. Blagojević, 246; O. B. Antić, Z. M. Balinovac, 374; S. N. Svorcan, 268; D. Đurđević, 159; N. Stojanović, 240.

[15] Vid. D. Đurđević, 159.

[16] Vid. M. Kreč, Đ. Pavić, 237; S. Marković, 222; B. T. Blagojević, 246; O. B. Antić, Z. M. Balinovac, 374; D. Đurđević, 159; N. Stojanović, 241.

[17] Vid. M. Kreč, Đ. Pavić, 237; N. Stojanović, 241.

[18] Vid. M. Kreč, Đ. Pavić, 237; S. Marković, 223; O. B. Antić, Z. M. Balinovac, 374; D. Đurđević, 159; N. Stojanović, 240–241.

[19] Vid. M. Kreč, Đ. Pavić, 237.

obavezi da ispuni sve isporuke, terete i naloge koji su zaveštanjem opterećivali instituta, osim onih koji su čisto lične prirode ili za koje je ostavilac izričito naredio da terete samo instituta.[20]

Za razliku od proste supstitucije, domaće naslednopravno uređenje zabranjuje fideikomisarnu supstituciju u užem smislu,[21] odnosno sukcesivno sticanje naslednog prava gde supstitucioni slučaj predstavlja smrt prethodnog naslednika. Naime, Zakon o nasleđivanju Srbije propisuje da je ništava odredba u zaveštanju kojom zaveštalac imenuje naslednika svome nasledniku ili isporukoprimcu.[22] Iako to nije izričito spomenuto, iz spomenute odredbe proizilazi i zabranjenost pupilarne i kvazipupilarne supstitucije, kao varijanti fideikomisarne zamene naslednika u užem smislu.[23] Zabranjena je i prećutna, odnosno, posredna fideikomisarna supstitucija, s obzirom na to da je ništava i odredba u zaveštanju kojom zaveštalac zabranjuje svom nasledniku ili isporukoprimcu da otuđe stvar ili pravo koje im je ostavio.[24]

Međutim, polazeći od savremenog shvatanja fideikomisarne supstitucije u širem smislu, domaće pravo, ipak, poznaje njene pojedine modalitete. Zakonom je naime, osim u slučaju kada je postavljanje naslednika vezano za rok koji nastupa smrću prethodnog naslednika, modifikovanje prava nasleđa od strane zaveštaoca uslovom ili rokom dopušteno. Imenovanje naslednika pod uslovom ili rokom, takođe dovodi do sukcesivnog nasleđivanja i pravnih odnosa koji su jednaki onim koji se uspostavljaju između prethodnog naslednika (fiducijara) i potonjeg naslednika (fideikomisara).[25] Tako, ako je naslednik postavljen pod odložnim uslovom ili rokom, zaostavština će u trenutku ostaviočeve smrti pri-

[20] Vid. B. T. Blagojević, 247.

[21] O navedenom i ostalim ograničenjima slobode zaveštanja, vid. Tamara Đurđić Milošević, „Ograničenja svojinske i zaveštajne slobode“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1/2019, 277–278.

[22] Vid. čl. 159, st. 1 ZNS. U doktrini se s pravom ističe da ovakva formulacija nije jezički i logički najpreciznija, imajući u vidu činjenicu da je naknadni naslednik sukcesor zaveštaoca, a ne prethodnog naslednika. U tom smislu, vid. M. Kreč, Đ. Pavić, 238; N. Stojanović, 241–242; Tamara Đurđić Milošević, Ograničenje slobode zaveštajnih raspolaganja, doktorska disertacija, Kragujevac 2018, 216.

[23] Pupilarna supstitucija predstavlja zaveštajnu odredbu kojom se imenuje naslednik svom maloletnom detetu za slučaj da ono umre pre sticanja aktivne zaveštajne sposobnosti, dok se kvazipupilarna supstitucija ogleda u postavljanju naknadnog naslednika svom detetu ili potomku zbog nesposobnosti za rasuđivanje, s tim da naknadni naslednik to svojstvo gubi ukoliko potomak do smrti stekne sposobnost za rasuđivanje, a time i zaveštajnu sposobnost.

[24] Vid. čl. 159, st. 2 ZNS.

[25] Prema stavu teorije, fideikomisarna supstitucija po svojoj pravnoj konstrukciji ne predstavlja ništa drugo nego jedan oblik postavljanja naslednika ili isporukoprimaca pod uslovom ili rokom, tako da je fiducijar naslednik pod rezolutivnim uslovom ili sa završnim rokom, a fideikomisar pod suspenzivnim uslovom ili s početnim rokom. Vid. M. Kreč, Đ. Pavić, 238.

pasti na uživanje njegovim zakonskim naslednicima ako iz zaveštanja ne sledi šta drugo, a od momenta ostvarenja uslova ili isteka roka, postavljenom nasledniku u svojinu. I obrnuto, zaostavština će u trenutku ostaviočeve smrti pripasti na uživanje nasledniku imenovanom pod raskidnim uslovom ili rokom, ali će ostvarenjem uslova, odnosno istekom roka, nju u svojinu steći ostaviočevi zakonski naslednici, ako iz zaveštanja ne sledi šta drugo.[26] Zbog nedovoljnog stepena preciznosti, prilikom tumačenja napred iznetih zakonskih normi, u praksi je, s jedne strane, neophodno voditi računa o neizigravanju zabrane fideikomisarne supstitucije u užem smislu, a s druge strane i o činjenici da pojedine zaveštajne odredbe, iako stvaraju dejstva slična onim do kojih dovodi fideikomisarna supstitucija, nisu zabranjene, kao što je to slučaj sa ustanovljavanjem prava na isporuku u vidu plodouživanja.[27]

Prednacrtom Građanskog zakonika Srbije je preuzeta postojeća odredba o zabranjenosti fideikomisarne supstitucije u užem smislu, dopunjena pravilom prema kojem bi određivanje naslednika svome nasledniku moglo bilo ustanovljeno samo u jednom stepenu, pri čemu bi odnos između njih, trebalo tumačiti kao odnos isporukoprimca i naslednika.[28] Saglasni smo sa shvatanjima doktrine da predloženi normativni koncept prelazi granicu koja razdvaja fideikomisarnu supstituciju u užem smislu i isporuke plodouživanja;[29] odstupa od suštinske karakteristike fideikomisarne supstitucije koja se ogleda u sukcesivnosti nasleđivanja, s obzirom na to da kod isporuke plodouživanja, oba subjekta, dakle i sopstvenik i plodoživalac u vreme otvaranja nasleđa stiču određena prava;[30] kao i da se ovakvom odredbom, u krajnjima koncekvencama, isporuka plodouživanja koju je prema domaćim propisima inače moguće konstituisati, neopravdano stavlja u pravne okvire fideikomisarne supstitucije.[31] Stoga, smatramo da ovo rešenje nije prihvatljivo.

Ipak, čini se da uvođenju fideikomisarne zamene za slučaj smrti prethodnog naslednika, u srpskom pravu ima mesta, imajući pre svega u vidu činjenicu da njeno određivanje u današnje vreme nalažu drugačiji razlozi u odnosu na one koje su preovlađivali u prošlosti. Ono bi doprinelo proširenju slobode zaveštajnog raspolaganja, čiji bi značaj dolazio do izražaja, pre svega, posmatrano sa aspekta mogućnosti ekonomski svrsishodnog planiranja raspodele zaostavštine, odno-

---

[26] Vid. čl. 125, st. 1, čl. 126, čl. 128, st. 1 i čl. 129, st. 1 ZNS.

[27] Vid. M. Kreč, Đ. Pavić, 238-239; O. B. Antić, Z. M. Balinovac, 440–441; N. Stojanović, 242; T. Đurđić Milošević (2018), 216.

[28] Vid. čl. 2755, st. 1–3 Prednacrta Građanskog zakonika Srbije.

[29] Vid. Nataša Stojanović, „Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije i nasleđivanje“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu 62/2012, 201.

[30] U tom smislu, vid. N. Stojanović (2012), 201; T. Đurđić Milošević (2018), 217.

[31] Vid. T. Đurđić Milošević (2018), 218.

sno prilagođavanja zaveštajnih raspolaganja okolnostima koje mogu nastupiti nakon smrti zaveštaoca. U teoriji se navodi da bi pomoću fideikomisarne supstitucije u užem smislu, zaveštalac mogao da ostvari određene korisne ciljeve, koje mu postojeći sistem naslednopravnih normi ne omogućuje ili barem ne na najefikasniji način. Oni se ogledaju u mogućnosti dodeljivanja zaostavštine ostaviočevim srodnicima prvog i drugog naslednog reda, bez ugrožavanja egzistencijalnog i socijalnog statusa supružnika, omogućavanju postmortalno začetoj deci da se pojave u svojstvu naknadnog naslednika, kao i u ravnopravnom učešću svih pripadnika porodične generacije u raspodeli zaostavštine.[32] Premda bi pojedini od ovih ciljeva mogli biti realizovani i putem isporuke plodouživanja, fideikomisarna supstitucija ima prednost u odnosu na nju, jer prethodnom nasledniku omogućuje bolje ekonomsko iskorišćavanje zaostavštine, s obzirom na to da on, za razliku od plodouživaoca, ima pravo raspolaganja, koje je ograničeno u interesu zaštite naknadnog naslednika.[33] Iako iz Zakona o nasleđivanju Srbije proizilazi da položaj prethodnog naslednika odgovara položaju plodouživaoca[34] i da on ne može slobodno raspolagati zaostavštinom, komparativno posmatrano, to po pravilu, nije slučaj.[35]

Iz iznetih razloga, mišljenja smo da pravna regulativa fideikomisarne supstitucije za slučaj smrti prethodnog naslednika u srpskom pravu, ne bi trebalo da odstupa od njene suštinske karakteristike koja se ogleda u sukcesivnosti nasleđivanja. Imajući u vidu da ona komplikuje pravne odnose, eventualno opredeljivanje za ovakav normativni pristup nameće pojačan oprez prilikom definisanja konkretnih zakonskih solucija, zbog čega bi u cilju što većeg stepena pravne izvesnosti, bilo neophodno precizno odrediti njene granice. One se tiču: mogućih načina određivanja ovog oblika zamene naslednika, kruga lica koji se mogu pojaviti u svojstvu naknadnog naslednika, kao i dozvoljenog broja smena naslednika, odnosno, vremenskog perioda na koji se ona može uspostaviti.[36] Pri svemu

[32] O navedenom, opširnije vid. D. Đurđević, „Fideikomisarna supstitucija u evropskim pravnim porecima i u srpskom pravu“ u: Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije, knj. 5, Beograd: Pravni fakultet u Beogradu 2010, 115–124.

[33] Ibid, 119.

[34] O zaostavštini kao predmetu prava plodouživanja, vid. Danica Popov, „Pojam i predmet prava plodouživanja u Prednacrtu Građanskog Zakonika Republike Srbije“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 4/2017, 1314–1315.

[35] U doktrini je već istaknuto kako je u uporednom pravu zauzet skoro jednodušan stav da prethodni naslednik nije isto što i „plodoživalac zaostavštine“, već da je prethodni naslednik „vremenski ograničen naslednik zaostavštine.“ U tom smislu, vid. D. Đurđević, „Pravni položaj prethodnog naslednika“, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 1/2011, 106, 112.

[36] U delu teorije, učinjen je konkretan predlog, prema kojem bi fideikomisarnu supstituciju trebalo dopustiti u jednom stepenu, a njeno trajanje ograničiti na period od 30 godina. Vid. T. Đurđić Milošević (2018), 221.

tome, naročitu pažnju trebalo bi posvetiti detaljnom uređenju pravne pozicije prethodnog i naknadnog naslednika, u kontekstu balansiranja njihovih suprotstavljenih interesa.

3. ZAMENA NASLEDNIKA U OSTALIM SAVREMENIM PRAVIMA EVROPE

U cilju sagledavanja oblika zamene naslednika, načina i obima uređenosti ovog instituta, specifičnosti u njegovom normiranju, kao i sličnosti i razlika u odnosu na domaće zakonodavstvo, u narednim redovima biće prikazana postojeća normativna rešenja sadržana u: Austriji, Nemačkoj i Švajcarskoj, kao pripadnicama germanskog pravnog kruga; Francuskoj, Italiji i Španiji, kao sistemima romanskog pravnog kruga; te u zakonodavstvima bivših socijalističkih zemalja, uključujući i države regiona, kao što su Rusija, Bugarska, Mađarska, Češka, Slovenija, Hrvatska, Federacija BiH, Makedonija i Crna Gora.

3.1. Zamena naslednika u zemljama germanske pravne tradicije

Naslednopravnim propisima Nemačke, Austrije i Švajcarske, kao oblici zamene naslednika dozvoljene su kako prosta, tako i fideikomisarna supstitucija. Pravnoj regulativi prvog spomenutog oblika zamene naslednika u ovim zakonodavstvima nije posvećen isti stepen pažnje, dok se, kada je reč o fideikomisarnoj smeni naslednika, njen konkretan koncept u manjoj ili većoj meri razlikuje, pretežno posmatrano sa aspekta načina normiranja njenih ograničenja.

3.1.1. Prosta supstitucija

U pravu Švajcarske, prosta supstitucija regulisana je odredbom prema kojoj zaveštalac može imenovati jedno ili više lica kao naslednike ili isporukoprimce, u slučaju da postavljeni naslednik ne doživi momenat delacije ostavioca ili se odrekne nasleđa.[37] Zakonodavstva Austrije i Nemačke ovom obliku zamene naslednika posvećuju veći broj odredaba. U tom smislu, pored regulisanja njene primene, koja je u austrijskom pravu moguća u slučaju kada postavljeni naslednik ne stekne nasledstvo,[38] odnosno, u nemačkom pravu, kada on ne može ili neće da

[37] Vid. par. 487 Schweizerischen Zivilgesetzbuch – ZGB, https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html/, 04. oktobar 2019.

[38] Vid. par. 604, st. 1 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB, https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622/, 04. oktobar 2019.

nasledi,[39] u oba zakonodavstva ustanovljena je pretpostavka prema kojoj je zaveštalac, u slučaju kada su sanaslednici uzajamno određeni kao supstituti, imao nameru da i na supstituciju rasprostre delove odmerene u postavljanju naslednika.[40] Građanskim zakonikom Austrije izričito je propisana i mogućnost višestepenog određivanja proste supstitucije, pretpostavka prema kojoj se sve obaveze koje terete instituta, odnose i na njegovog zamenika, osim ukoliko nisu izričitom voljom zaveštaoca ili na osnovu okolnosti slučaja ograničeni na ličnost prvopostavljenog naslednika, kao i pravilo prema kojem prosta supstitucija u slučaju sumnje prestaje onda kada je institut stekao nasledstvo.[41] Građanskim zakonikom Nemačke ustanovljena je i pretpostavka prema kojoj će se kada zaveštalac odredi supstituta za slučaj kada institut ne može ili neće da nasledi, u slučaju sumnje smatrati da do supstitucije dolazi u obe spomenute situacije, te pravilo prema kojem postavljanje supstituta zaveštajnom nasledniku ima prednost u odnosu na primenu principa priraštaja u zaveštajnom pravu.[42]

3.1.2. Fideikomisarna supstitucija

Prema izričitom slovu Građanskog zakonika Nemačke, zaveštalac je ovlašćen da za naslednika imenuje jedno lice (prethodni naslednik – Vorerbe), određujući da će nakon nastupanja supstitucionog slučaja, ovo svojstvo steći drugo lice (naknadni naslednik – Nacherbe),[43] pri čemu on na ovaj način može imenovati i više od dva naslednika sukcesivno. Krug supstitucionih slučajeva određen je na širok način, s obzirom na to da supstitucija može nastupiti usled smrti prethodnog naslednika, ali i neke druge okolnosti, kao što su određeni vremenski trenutak ili ispunjenje uslova. Ukoliko zaveštalac nije predvideo okolnost koja će predstavljati supstitucioni slučaj, smatraće se da je to smrt prvopostavljenog naslednika.[44] U svojstvu naknadnog naslednika može se naći i posthumno začeto dete. Ovo proizilazi iz odredbe prema kojoj će se u slučaju kada zaveštalac postavi za naslednika osobu koja nije začeta u momentu otvaranja nasledstva, u sumnji uzeti da je ona imenovana za naknadnog naslednika. Prethodno rečeno važi samo ukoliko

[39] Vid. par. 2096-2097 Bürgerliches Gesetzbuch – BGB, https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf/, 07. oktobar 2019.

[40] Vid. par. 607 ABGB i par. 2098, st. 1 BGB.

[41] Vid. par. 604, st. 1, par. 606 i par. 615, st. 1 ABGB. Opširnije vid. Bernhard Eccher, Erbrecht, Bürgerliches Recht, Band VI, Wien 2016, 84–86; Wolfgang Zankl, Erbrecht, Lehr – und Praxishandbuch, Wien 2017, 74–75.

[42] Vid. par. 2097 i par. 2099 BGB. O prostoj zameni naslednika u nemačkom pravu, detaljnije vid. Hans Brox, Wolf – Dietriech Walker, Erbrecht, München 2010, 190–192; Lutz Michalski, BGB – Erbrecht, München 2010, 240–245; Dirk Olzen, Erbrecht, Berlin 2009, 117–118.

[43] Vid. par. 2100 BGB.

[44] Vid. par. 2106, st. 1 BGB.

se ne utvrdi da nije u skladu sa namerom ostavioca da se to lice pojavi u svojstvu fideikomisara, kada ovakvo imenovanje neće proizvoditi pravno dejstvo. [45]

U momentu nastupanja supstitucionog slučaja, prethodni naslednik gubi to svojstvo, a naknadni naslednik ga stiče.[46] Ukoliko naknadni naslednik umre pre nastupanja supstitucionog slučaja, ali doživi momenat delacije, tada njegovo pravo prelazi na njegove naslednike, osim ukoliko se može pretpostaviti da je zaveštalac imao drugačiju nameru. Međutim, kada je on imenovan pod odložnim uslovom, tada mora doživeti ne samo momenat ostaviočeve smrti, već i ukoliko ostavilac zaveštanjem nije nešto drugo predvideo, u slučaju sumnje i momenat ispunjenja uslova.[47]

Nakon smrti zaveštaoca prethodni naslednik, kao univerzalni sukcesor u načelu može da raspolaže zaostavštinom,[48] s tim što je njegova sloboda raspolaganja ograničena u interesu naknadnog naslednika. U tom smislu, treba imati u vidu pravilo prema kojem zaostavština dok se nalazi kod prethodnog naslednika predstavlja posebnu imovinskopravnu celinu na koju se primenjuju pravila o realnoj subrogaciji.[49] Takođe, raspolaganja nepokretnostima, pravima na njima, registrovanim brodovima i brodogradilištima od strane prethodnog naslednika nisu punovažna u momentu nastupanja supstitucionog slučaja u onoj meri u kojoj bi pravo naknadnog naslednika bilo osujećeno ili ugroženo. U momentu nastupanja supstitucionog slučaja pravna dejstva neće proizvoditi ni ona raspolaganja koja su od strane prethodnog naslednika učinjena besplatno ili sa ciljem ispunjenja obećanja poklona koje je on dao, osim ukoliko su oni učinjeni iz moralne dužnosti ili razloga pristojnosti.[50] Prethodni naslednik ima obavezu da pravilno upravlja zaostavštinom radi njenog očuvanja za naknadnog naslednika.[51] U cilju ostvarenja svoje pravne pozicije, naknadni naslednik ima ovlašćenje da zahteva izvršenje popisa i procene zaostavštine.[52] Ukoliko usled ponašanja prethodnog naslednika ili njegovog nepovoljnog finansijskog stanja postoji bojazan od značajnije povrede prava naknadnog naslednika, on može zahtevati preduzimanje odgovarajućih mera obezbeđenja zaostavštine.[53] Međutim, zaveštalac može osloboditi prethodnog naslednika od većine ograničenja i obaveza predviđenih zakonom.[54]

---

[45] Vid. par. 2101, st. 1 BGB.
[46] Vid. par. 2139 BGB.
[47] Vid. par. 2108 u vezi sa par. 2074 BGB.
[48] Vid. par. 1922, st. 1 i par. 2112 BGB.
[49] Vid. par. 2111 BGB.
[50] Vid. par. 2113, st. 1–2 BGB.
[51] Vid. par. 2134 BGB.
[52] Vid. par. 2121, st. 1 BGB.
[53] Vid. par. 2128, st. 1 BGB.
[54] Vid. par. 2136 u vezi sa par. 2113 (1), 2114, 2116–2119, 2123, 2127–2131, kao i par. 2133–2134 BGB. O pravnom položaju prethodnog i naknadnog naslednika, videti detaljnije: H. Brox, W. D. Walker, 201–206; L. Michalski, 254–259; D. Olzen, 121–123.

Izneti način regulative nesumnjivo govori u prilog liberalnosti usvojenog koncepta fideikomisarne zamene naslednika, koji proizilazi iz kruga lica u čiju korist se može raspolagati na ovaj način, raznovrsnih okolnosti koje mogu egzistirati kao supstitucioni slučaj, a naposletku i iz mogućnosti sukcesivnog nasleđivanja kroz generacije.[55] Ipak, ograničenje fideikomisarnog režima postoji, s obzirom na to da fideikomisarna supstitucija ne proizvodi pravno dejstvo nakon što istekne 30 godina od momenta ostaviočeve smrti, što znači da tokom tog perioda mora nastupiti supstitucioni slučaj. Međutim, u cilju zaštite interesa porodice, od ovog pravila su propisani izuzeci. Tako, ona može proizvoditi pravno dejstvo i nakon isteka navedenog roka, onda kada supstitucioni slučaj podrazumeva nastupanje neke okolnosti koja je pravno ili ekonomski povezana sa ličnošću prethodnog ili naknadnog naslednika. Naslednik u pogledu čije ličnosti treba da nastupi konkretan događaj mora biti fizičko lice koje je rođeno ili začeto u momentu smrti zaveštaoca.[56] Nakon isteka spomenutog roka fideikomisarna supstitucija proizvodiće pravno dejstvo i onda kada su prethodnom ili naknadnom nasledniku određeni brat ili sestra kao naknadni naslednici, pri čemu supstitucioni slučaj predstavlja upravo njihovo rođenje.[57] Cilj propisivanja ovog izuzetka je omogućavanje zaveštaocu da celokupnu zaostavštinu pravično rasporedi svim srodnicima iz određene generacije, podrazumevajući pod njima i one srodnike koji bi mogli da se rode nakon zaveštaočeve smrti.[58]

U zakonodavstvu Švajcarske dozvoljenost fideikomisarne supstitucije proizilazi iz odredbe prema kojoj je zaveštalac ovlašćen da postavi jedno lice kao prethodnog naslednika i da istovremeno za njega konstituiše obavezu da tako stečenu imovinu prenese na drugog naslednika.[59] Kao što je to slučaj i u nemačkom pravu, krug supstitucionih slučajeva određen je na širok način, te se ovaj oblik supstitucije može vezati za uslov, rok ili smrt prethodnog naslednika. U slučaju kada od strane zaveštaoca nije nešto drugo predviđeno, do prenosa nasledstva dolazi u momentu smrti prethodnog naslednika.[60] U svojstvu naknadnog naslednika, može se naći i lice koje nije ni rođeno, ni začeto u momentu smrti ostavioca,[61] s tim da mora doživeti momenat nastupanja supstitucionog slučaja,[62]

[55] U tom smislu, takođe vid. T. Đurđić Milošević (2018), 209–210.

[56] Vid. par. 2109, st. 1, tač. 1 BGB. U doktrini se kao primeri za to navode smrt prethodnog naslednika, stupanje prethodnog naslednika u bračnu zajednicu, dobijanje potomstva od strane potonjeg naslednika itd. U tom smislu, vid. D. Đurđević (2010b), 111–112.

[57] Vid. par. 2109, st. 1, tač. 2 BGB; H. Brox, W. D. Walker, 197–198.

[58] Vid. D. Đurđević (2010b), 113.

[59] Vid. čl. 488, st. 1 ZGB.

[60] Vid. čl. 489, st. 1 ZGB.

[61] Vid. čl. 545, st. 1 ZGB.

[62] Vid. čl. 492, st. 1 ZGB.

što prema shvatanju doktrine znači da ono u tom momentu mora biti rođeno ili začeto.[63] U slučaju kada naknadni naslednik ne doživi momenat nastupanja supstitucionog slučaja, zaostavština pripada prethodnom nasledniku, osim ukoliko zaveštalac nije predvidio drugačije.[64]

Prethodni naslednik stiče zaostavštinu na način kao i bilo koji drugi naslednik, odnosno postaje vlasnik nasleđene imovine uz obavezu da je prenese naknadnom nasledniku.[65] Kao mere koje služe zaštiti pravne pozicije naknadnog naslednika, švajcarsko zakonodavstvo propisuje obaveznost popisa i procene zaostavštine, kao i pružanje obezbeđenja od strane prethodnog naslednika, osim ukoliko ga je zaveštalac izričito oslobodio spomenute obaveze. U slučaju kada se radi o nepokretnosti, moguć je i odgovarajući upis u javni registar postojanja obaveze prethodnog naslednika da izvrši njihov prenos na naknadnog naslednika.[66]

Za razliku od nemačkog zakonodavstva, u švajcarskom pravu nije izričito određeno vremensko trajanje ovog oblika supstitucije, već je ovo pitanje regulisano na način prema kojem je njeno ustanovljavanje dozvoljeno samo u jednom stepenu. Stoga, naknadni naslednik nakon što nastupi supstitucioni slučaj, nije obavezan da nasledstvo čuva radi prenosa na nekog drugog naknadnog naslednika.[67] Međutim, imajući u vidu činjenicu da nepostojanje vremenskog limita uspostavljanja fideikomisarne supstitucije može dovesti do trajnog isključenja zaostavštine iz pravnog prometa, švajcarska doktrina i praksa su analognom primenom odredbe kojom se uređuje vremensko ograničenje plodouživanja ustanovljenog u korist pravnog lica, usvojili stav da fideikomisarni odnos prestaje nakon isteka roka od 100 godina od smrti ostavioca.[68]

Prema Građanskom zakoniku Austrije, fideikomisarna zamena naslednika postoji u slučaju kada zaveštalac obaveže naslednika da primljeno nasledstvo nakon svoje smrti ili u drugim određenim slučajevima, kao što su ispunjenje uslova ili istek roka, prenese drugom imenovanom nasledniku. Kao što je to slučaj i u ostalim zemljama germanske pravne tradicije, ukoliko supstitucioni slučaj nije preciziran, pod njim će se podrazumevati smrt prethodnog naslednika.[69] U slučaju kada je zaveštalac postavio naslednika pod odložnim ili raskidnim uslovom ili rokom, kao i ukoliko je zabranio nasledniku da raspolaže putem zaveštanja nasleđenom imovinom, može se govoriti o postojanju tzv. konstruk-

---

[63] U tom smislu, vid. D. Đurđević (2010b), 122.

[64] Vid. čl. 492, st. 2 ZGB.

[65] Vid. čl. 491 ZGB.

[66] Vid. čl. 490, st. 1–2 ZGB; Audrey Leuba, „Law of Inheritance“, Introduction to Swiss law (eds. F. Dessemontet, T. Ansay), Kluwer Law International 2004, 84.

[67] Vid. čl. 488, st. 2 ZGB.

[68] Vid. D. Đurđević (2010b), 114–115.

[69] Vid. par. 608 ABGB.

tivne fideikomisarne supstitucije.[70] Austrijsko pravo poznaje i fideikomisarnu supstituciju na ostatku, pod kojom se podrazumeva ovlašćenje prethodnog naslednika da raspolaže nasleđenom imovinom po svojoj volji, odnosno pravo naknadnog naslednika da nasledi samo ono što ostane nakon smrti prethodnog naslednika.[71]

Dok ne nastupi supstitucioni slučaj, prethodni naslednik ima ograničeno pravo svojine sa pravima i obavezama plodouživaoca.[72] Rukovođen težnjom zaštite položaja prethodnog naslednika, Zakonikom je propisano da će se u slučaju kada je supstitucija nejasno izražena, ona tumačiti na način da sloboda naslednika u raspolaganju imovinom bude u najmanjoj meri ograničena.[73]

Specifičnost austrijskog prava ogleda se u zakonskom rešenju prema kojem zaveštalac može neograničeno imenovati naknadne naslednike, tako da jedni za drugim nasleđuju zaostavštinu, ali samo ukoliko su iz reda njegovih savremenika, odnosno ukoliko su rođeni ili barem začeti u trenutku ostaviočeve smrti.[74] Međutim, ukoliko oni nisu savremenici zaveštaoca, trajanje fideikomisarne supstitucije je ograničeno propisivanjem maksimalnog broja supstitucionih slučajeva. Ukoliko se radi o novcu i pokretnim stvarima, ona je dozvoljena u dva stepena, dok je u slučaju raspolaganja nepokretnostima, dozvoljena samo u jednom stepenu.[75] Fideikomisarni režim konačno prestaje, odnosno gasi se i onda kada više ne postoji nijedan od pozvanih naknadnih naslednika, odnosno, kada zaostavštinu nasledi onaj naknadni naslednik koji je, kao takav, poslednji imenovan od strane zaveštaoca u ovom svojstvu ili ukoliko je ovakav režim ustanovljen postavljanjem odložnog uslova, onda kada je izvesno da se uslov ne može ostvariti.[76]

3.2. Zamena naslednika u zemljama romanske pravne tradicije

Pored proste supstitucije kao opšteprihvaćenog oblika zamene naslednika, zemlje romanskog pravnog kruga, kao što su Francuska, Italija i Španija, generalno posmatrano, takođe se svrstavaju u grupu pravnih poredaka koji zaveštaocu prilikom imenovanja naslednika pružaju mogućnost uspostavljanja fideikomisar-

[70] Vid. par. 707 i par. 610 ABGB; B. Eccher, 88; W. Zankl, 75–76.
[71] Vid. par. 609 ABGB.
[72] Vid. par. 613, st. 1 ABGB.
[73] Vid. par. 614 ABGB.
[74] Vid. par. 611 ABGB.
[75] Vid. par. 612 ABGB. O fideikomisarnoj supstituciji u austrijskom pravu, detaljnije vid. B. Eccher, 86–92; W. Zankl, 75–80.
[76] Vid. par. 615, st. 1 ABGB.

nog režima. Tako je u pojedinim od ovih zemalja, fideikomisarna supstitucija izričito dopuštena, dok su u drugim i pored načelne zabranjenosti, kao izuzetak od ovog pravila, prihvaćeni njeni pojedini modaliteti.

3.2.1. Prosta supstitucija

Mogućnost proste zamene naslednika u pravu Francuske prozilazi iz odredbe kojom je predviđeno da zaveštalac putem dobročinih raspolaganja može imenovati neko lice kao naslednika, poklonoprimca ili isporukoprimca, odredivši istovremeno drugo lice koje će dobiti navedene koristi ukoliko naslednik, poklonoprimac ili isporukoprimac neće ili ne može da prihvati ostavljenu mu korist.[77] U zakonodavstvima Italije i Španije, osim definisanja slučajeva koji dovode do primene proste supstitucije, koji podrazumevaju smrt instituta pre ostavioca, nemogućnost njegovog nasleđivanja iz drugih razloga ili odricanje od nasledstva, uređena su još neka pravila u pogledu ovog oblika zamene naslednika, odnosno isporukoprimaca. Izričito je propisano da ukoliko zaveštalac nije precizirao konkretan supstitucioni slučaj (pravo Španije), odnosno, kada je odredio samo jedan od njih (pravo Italije), do njene primene dolazi u svim napred spomenutim situacijama, osim u slučaju drugačije izražene volje zaveštaoca. Osim toga, normirano je i ovlašćenje zaveštaoca da jednom institutu imenuje više supstituta ili da za više instituta odredi jednog supstituta, kao i mogućnost recipročne zamene sanaslednika. Naposletku, ustanovljena je i pretpostavka prema kojoj se svi nalozi i tereti koji opterećuju instituta, odnose i na supstituta, osim ukoliko su lične prirode ili ako je zaveštalac izričito odredio drugačije.[78]

3.2.2. Fideikomisarna supstitucija

Pre reforme naslednog prava iz 2006. godine, francusko zakonodavstvo je načelno zabranjivalo fideikomisarnu supstituciju. Ipak, u njemu su i do tada bili dozvoljeni određeni oblici fideikomisarne supstitucije, kao izuzeci od spomenutog pravila.[79] Nakon spomenute reforme, Građanski zakonik Francuske dozvoljava

---

[77] Vid. čl. 898 Code Civil – CC, https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721/, 21. oktobar 2019.

[78] Vid. čl. 688–691 Građanskog zakonika Italije – GZI, http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm/, 22. oktobar 2019. Vid. čl. 774, čl. 778–780 i čl. 789 Građanskog zakonika Španije – GZŠ, https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763/, 25. oktobar 2019.

[79] U tom smislu, bilo je dopušteno da zaveštalac postavi svoje dete kao prethodnog naslednika, istovremeno predviđajući da će nakon detetove smrti zaostavština pripasti njegovim prvostepenim potomcima, kao naknadnim naslednicima. Osim toga, lice koje nije imalo potomke, moglo je da putem zaveštanja imenuje svoju braću i sestre za prethodne naslednike i da istovre-

fideikomisarnu supstituciju, predviđajući da zaveštalac putem dobročinog raspolaganja može da obaveže naslednika, odnosno isporukoprimca da dobra koja su mu ostavljena čuva, te da ih nakon svoje smrti prenese na sledećeg sticaoca kojeg je zaveštalac odredio putem dobročinog raspolaganja.[80] Ona je dozvoljena u jednom stepenu, što znači da zaveštalac ne može nametnuti obavezu fideikomisaru da čuva nasledstvo za sledećeg naknadnog naslednika, u kom svojstvu se prema postojećem zakonodavstvu može pojaviti bilo koje lice.[81]

Iako u principu zabranjuje mogućnost uspostavljanja fideikomisarnog režima, Građanski zakonik Italije dozvoljava određene izuzetke od ovog pravila, motivisan težnjom pružanja zaštite određenim kategorijama lica bliskim zaveštaocu. Tako je dopušteno da zaveštalac izjavom svoje poslednje volje odredi za prethodnog naslednika ili isporukoprimca svog maloletnog ili poslovno nesposobnog potomka, kao i supružnika lišenog poslovne sposobnosti, istovremeno imenujući za naknadnog naslednika fizičko ili pravno lice *koje se pod nadzorom staratelja na adekvatan način brinulo o prethodnom nasledniku.*[82] Prethodni naslednik ima položaj plodouživaoca, s tim što u zakonom predviđenim slučajevima, sud može dati dozvolu za raspolaganje zaostavštinom.[83] Zaostavština prelazi na naknadnog naslednika u momentu smrti prethodnog naslednika. Ukoliko naknadni naslednik umre, odnosno prestane da postoji za života prethodnog naslednika, nakon nastupanja supstitucionog slučaja, zaostavština će pripasti zakonskim naslednicima prethodnog naslednika.[84]

U pravu Španije dozvoljenost fideikomisarne supstitucije proizilazi iz zakonske odredbe koja zaveštaoca ovlašćuje da obaveže imenovanog naslednika ili isporukoprimca da sačuva nasleđena dobra i da ih u celini ili delimično prenese na treće lice kao naknadnog naslednika. Da bi proizveo pravno dejstvo, ovaj oblik zamene naslednika mora biti izričito predviđen u zaveštanju, pri čemu se nji-

meno predvidi da će nakon njihove smrti zaostavštinu naslediti njihova deca (odnosno, zaveštaočevi sestrići i sestričine, bratanci i bratanice, sinovci i sinovice) kao naknadni naslednici (čl. 1048–1050 starog teksta CC). Opširnije vid. Alain Delfosse, Jean – François Peniguel, La réforme des successions et des libéralités, Paris 2006, 229–236.

[80] Vid. čl. 1048 CC.

[81] Vid. čl. 1053 CC; A. Delfosse, J. F. Peniguel, 236–237; Philippe Malaurie, Laurent Aynés, Les successions les libéralités, Paris 2010, 382.

[82] Vid. čl. 692, st. 1–2 i čl. 697 GZI.

[83] Vid. čl. 693–694 GZI.

[84] Vid. čl. 696 GZI. O fideikomisarnoj supstituciji u pravu Italije, opširno vid. Trattato di diritto delle successioni e donazioni, II La successione testamentaria (dir. Giovanii Bonilini), Giuffrè Editore 2009, 1785–1812, https://books.google.rs/books?id=oWyvgj_apo0C&pg=PR42&lpg=PR42&dq=sostituzione+fedecommissaria+bonilini&source=bl&ots=NuRYWH70wb&sig=ACfU3U2mlqXssYQU9usYOHeUoBAkm6TU_w&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwiZtyEpIvmAhVzsHEKHZ9iCTcQ6AEwAnoECAYQAQ#v=onepage&q=sostituzione%20fedecommissaria%20bonilini&f=false/, 12. novembar 2019.

me, po pravilu, ne može ugroziti nužni deo naslednika. Iako eksplicitno vremensko ograničenje fideikomisarnog odnosa ne postoji, fideikomisarna supstitucija limitirana je odredbom prema kojoj će ona proizvoditi pravno dejstvo ukoliko je ustanovljena u najviše dva stepena ili u korist lica koja su živa u momentu ostaviočeve smrti.[85] Nakon ostaviočeve smrti, naknadni naslednik stiče pravo na zaostavštinu, čak i ako umre pre prethodnog naslednika, u kom slučaju ona pripada njegovim naslednicima.[86]

Kao modaliteti određivanja fideikomisarne supstitucije u užem smislu, Građanskim zakonikom Španije dozvoljene su i pupilarna i kvazipupilarna supstitucija. U tom smislu, propisano je da roditelji ili bilo koji preci mogu svom potomstvu odrediti naslednika za slučaj da potomak umre pre nego što napuni četrnaest godina, kada se u pravu ove zemlje stiče zaveštajna sposobnost. Takođe, oni mogu imenovati naslednika i bilo kom svom potomku koji je napunio četrnaest godina, a koji je nesposoban za rasuđivanje i usled toga zaveštajno nesposoban. Oba spomenuta modaliteta, u slučaju kada su iza potomaka ostali njihovi nužni naslednici, proizvode pravno dejstvo isključivo u okviru raspoloživog dela zaostavštine.[87]

3.3. Zamena naslednika u bivšim socijalističkim državama i zemljama regiona

U skladu sa tendencijom regulative proste supstitucije u savremenim zakonodavstvima Evrope, ovaj oblik zamene naslednika dozvoljen je i u bivšim socijalističkim zemljama, kao što su Bugarska, Rusija, Mađarska i Češka, kao i u svim državama nastalim na prostoru bivše SFRJ. S druge strane, fideikomisarna supstitucija u užem smislu, u većini spomenutih zakonodavstava je zabranjena, što ne predstavlja slučaj samo u manjem broju ovih zemalja, po pravilu, u onim u kojima je do donošenja novih Građanskih zakonika došlo tokom ovog veka, kao što su Mađarska i Češka.

---

[85] Vid. čl. 781–783 i čl. 789 GZŠ; Opširnije vid. Carlos Jiménez Gallego, XIII.-1. A) Sustituciones fideicomisarias. Perspectiva comparada, 541–547, http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_2/016_t017/_537.dir/Bajlib_2016_t017_537.pdf./, 12. novembar 2019.

[86] Vid. čl. 784 GZŠ.

[87] Vid. čl. 775–777 GZŠ. Opširnije o navedenim modalitetima, vid. Mª F. Moretón Sanz, La sustitución pupilar y cuasipupilar o ejemplar: el patrimonio del menor de 14 años e incapacitados, Revista sobre la infancia y la adolescencia 2015, 84–103, https://www.researchgate.net/publication/276132532_La_sustitucion_pupilar_y_cuasipupilar_o_ejemplar_el_patrimonio_del_menor_de_14_anos_e_incapacitados./, 14. novembar 2019.

3.3.1. Prosta supstitucija

Naslednopravnim propisima Bugarske, Rusije, kao i zemalja regiona, prosta supstitucija je moguća u pogledu određenog kruga supstitucionih slučajeva, koji su u zavisnosti od konkretnog zakonodavstva, uopštenije ili bliže definisani. Tako je u pravu Bugarske, kao i u pravima svih zemalja nastalih na prostoru bivše SFRJ propisano da zaveštalac može odrediti lice kome će pripasti nasledstvo ili isporuka za slučaj da postavljeni naslednik ili isporukoprimac umre pre njega, odrekne se nasleđa ili bude nedostojan za nasleđivanje.[88] U zakonodavstvu Rusije zaveštalac naznačenom zaveštajnom nasledniku ili licu iz kruga zakonskih naslednika može odrediti supstituta za slučaj kada on umre pre zaveštaoca, istovremeno sa njim ili nakon otvaranja nasleđa ne uspevši da prihvati nasledstvo. Zamena naslednika moguća je i ukoliko institut ne prihvati nasledstvo po nekom drugom osnovu ili se odrekne prava da nasledi, te u slučaju kada on nema pravo da nasledi, odnosno ukoliko je nedostojan za nasleđivanje.[89] U svim ovim pravima, zaveštalac može odrediti supstituciju u više stepeni.[90]

Prema Građanskom zakoniku Mađarske, zaveštalac ima mogućnost da imenuje supstituta za slučaj kada prvopostavljeni naslednik umre pre ostavioca, bude proglašen nedostojnim za nasleđivanje ili u slučaju njegovog isključenja

---

[88] Vid. čl. 21, st. 1 Zakona o nasleđivanju Bugarske – ZNB, https://lex.bg/laws/ldoc/2121542657/, 03. novembar 2019; čl. 94, st. 1–2 Zakona o nasljedjivanju Crne Gore, Sl. list CG, br. 74/2008 i 75/2017 – odluka US; čl. 100, st. 1–2 Zakona o nasljeđivanju u Federaciji Bosne i Hercegovine – ZNFBiH, Sl. novine Federacije BiH, br. 80/2014; čl. 97, st. 1–2 Zakona za nasleduvanjeto Makedonije – ZNSM, Sl. vesnik na RM, br. 47/1996 i 18/2001 – dr. zakon; čl. 79, st. 1–2 Zakona o dedovanju Slovenije – ZDS, Ur. list SRS, br. 15/1976, 23/1978 i Ur. list RS, br. 13/1994 – ZN, 40/1994 – odl. US, 117/2000 – odl. US, 67/2001, 83/2001 – OZ, 73/2004–ZN–C, 31/2013 – odl. US i 63/2016; kao i čl. 44, st. 1 Zakona o nasljedjivanju Hrvatske – ZNH, Narodne novine, br. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013, 33/2015 i 14/2019.

[89] Vid. čl. 1121, st. 2 Građanskog kodeksa Ruske Federacije – GKRF, http://base.garant.ru /10164072/, 03. novembar 2019.

[90] O prostoj supstituciji u spomenutim pravima, detaljno vid. Hristo Tasev, Bъlgarsko nasledstveno pravo, Sofiя 1993, 83–84; Gospodin Gospodinov, Nasledstvoto i delbata mu, Sofiя 1995, 62; Aleksandъr G. Conov, Komentar po Zakona za nasledstvoto, Sofiя 1993, 64–65; Tamara Evgenьevna Abova, Mark Moiseevič Boguslavskiй, Andreй Gennadьevič Svetlanov, Komentariй k Graždanskomu kodeksu Rossiйskoй Federacii, Časti tretьeй, Moskva 2004, 26; B. A. Bulaevskiй, R. I. Vinogradova, A. F. Efimov, T. L. Levšina, E. A. Pavlova, I. V. Panteleeva, N. V. Sučkova, M. L. Šelюtto, O. Ю. Šilohvost, K. B. Яrošenko, Komentariй k Graždanskomu kodeksu Rossiйskoй Federacii, Časti tretьeй, Moskva 2007, 37–38; Mihail Sergeevič Abramenkov, Petr Valerьevič Čugunov, Nasledstvennoe pravo, Moskva 2019, 148–155; N. Gavella, V. Belaj, 162–163; Karel Zupančič, Dedovanje z uvodnimi pojasnili prof. Dr Karla Zupančiča, Ljubljana 2005, 91–92; Kiril Čavdar, Komentar na zakonot za nasleduvanjeto, Skopje 1996, 188–190.

ili odricanja od nasledstva.[91] Ukoliko je postavljeni naslednik ujedno i zakonski naslednik ostavioca, kao supstitut će se smatrati njegov potomak, u slučaju kada bi on po pravilima zakonskog nasleđivanja stupio na njegovo mesto, osim ukoliko zaveštalac ne odredi drugačije.[92] U pravu Češke, osim načelne odredbe o mogućnosti postavljanja supstituta prvopostavljenom nasledniku, uređena su još neka pitanja koja se odnose na ovaj vid zamene naslednika. U tom smislu, ustanovljena je pretpostavka prema kojoj će kada je zaveštalac odredio supstituta za slučaj kada institut ne može ili neće da nasledi, smatrati da supstitucija nastupa u obe situacije. Izričito su propisani i modaliteti ovog oblika zamene naslednika, kao i pravila nasleđivanja vezana za njih. Tako je predviđena mogućnost sukcesivne proste supstitucije, kao i pravilo prema kome u slučaju istovremenog postavljanja više supstituta nasledniku, nasleđuje ono lice koje je na listi supstituta najbliže osobi koja nije nasledila. Ukoliko je uspostavljena recipročna zamena naslednika, kada zaveštalac nije nešto drugo predvideo, uzima se da je on želeo da i na supstituciju rasprostre delove odmerene u postavljanju naslednika. Propisano je i da će se sva opterećenja nametnuta institutu, odnositi i na supstituta, osim ukoliko je zaveštalac odredio drugačije ili kada to proizilazi iz okolnosti slučaja, a naposletku i pravilo da momentom sticanja nasledstva od strane instituta, prosta supstitucija ostaje bez dejstva.[93]

3.3.2. Fideikomisarna supstitucija

Građanski kodeks Rusije ne normira fideikomisarnu zamenu naslednika, dok je u pojedinim zakonodavstvima ove grupe zemalja ona izričito zabranjena. Tako, Zakon o nasleđivanju Bugarske zabranjuje zaveštaocu da obaveže svog naslednika da nasleđeni deo ili celu zaostavštinu sačuva i prenese na treće lice nakon svoje smrti.[94] Isto je predviđeno i pravima svih zemalja regiona, s obzirom da u njima zaveštalac ne može odrediti naslednika svom nasledniku niti isporukoprimcu.[95] Međutim, u poslednje spomenutim zakonodavstvima, kao što je to slučaj i u domaćem pravu, dozvoljeni su pojedini modaliteti fideikomisarne supstitucije. Tako, sukcesivno nasleđivanje ili sticanje prava na isporuku

[91] Vid. 7:27 § (1) u vezi sa 7:4 § Građanskog zakonika Mađarske – GZM, http://net.jogtar.hu//jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1300005.TV/, 30. oktobar 2019.

[92] Vid. 7:27 § (2) GZM.

[93] Vid. čl. 1507–1511 Građanskog zakonika Češke – GZČ, https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2012-89/, 02. novembar 2019; Vid. Petr Novotný, Monika Novotná, Nový Občanský zákoník, Dědické právo, Grada Publishing 2014, 69–70.

[94] Vid. čl. 21, st. 2 ZNB.

[95] Vid. čl. 94, st. 3 ZNCG, čl. 100, st. 3 ZNFBiH, čl. 97, st. 3 ZNSM, čl. 79, st. 3 ZDS i čl. 44, st. 2 ZNH.

uz ograničenje uslovom ili rokom (osim već spomenutog, tj. onog koji se realizuje momentom smrti prethodnog naslednika), nije zabranjeno, jer takva zaveštajna odredba ne predstavlja odredbu o fideikomisarnoj supstituciji posmatranoj u užem smislu.[96]

S druge strane, u pravima Mađarske i Češke, fideikomisarna supstitucija predstavlja dozvoljenu sadržinu zaveštanja.

Građanskim zakonikom Mađarske je načelno propisano da je nepunovažno zaveštajno raspolaganje na osnovu kojeg na celini ili delu zaostavštine, počev od nastupanja nekog događaja ili od određenog vremenskog trenutka, drugo lice stupa na mesto dotadašnjeg naslednika, te da će se u slučaju imenovanja naknadnog naslednika za slučaj smrti prethodnog naslednika, smatrati da je u pitanju prosta supstitucija, ukoliko su za to ispunjeni uslovi. Međutim, od prethodno navedenog pravila postoje dva izuzetka. Tako, zaveštalac može da imenuje naknadnog naslednika za slučaj smrti supružnika kao prvobitno imenovanog naslednika u pogledu dela zaostavštine koju on stiče. Imenovanje naknadnog naslednika ne utiče na pravo supružnika po osnovu teretnih raspolaganja i pravo na besteretno raspolaganje u vrednosti koja ne premašuje vrednost uobičajenih poklona. Osim toga, mađarsko zakonodavstvo dozvoljava i pupilarnu supstituciju, s obzirom na pravilo prema kojem zaveštalac može da imenuje naknadnog naslednika u pogledu zaostavštine koja pripada potomku kao prvobitno imenovanom nasledniku, ukoliko potomak u trenutku otvaranja nasleđa ne raspolaže zaveštajnom sposobnošću i umre pre nego što bi stekao ovu sposobnost. Imenovanje naknadnog naslednika potomku, ne utiče na njegovo pravo raspolaganja koje on ima u okviru svoje poslovne sposobnosti.[97]

Fideikomisarna zamena naslednika u pravu Češke, regulisana je, pretežno, po ugledu na rešenja prihvaćena u nemačkom, austrijskom i švajcarskom zakonodavstvu. Građanskim zakonikom ove zemlje predviđeno je da zaveštalac može odrediti da će nakon smrti imenovanog naslednika ili u drugim određenim slučajevima, zaostavština preći na naknadnog naslednika.[98] Spomenuto pravilo precizirano je odredbom prema kojoj će fideikomisarni režim postojati u slučajevima: određivanja naslednika nasledniku, zabrane nasledniku da raspolaže nasleđenom imovinom *mortis causa*, određivanja za naknadnog naslednika lica koje još ne

[96] Vid. čl. 17 ZNB, čl. 97, st. 2–3 ZNCG, čl. 103, st. 2–3 ZNFBiH, čl. 100, st. 2–3 ZNSM, čl. 82, st. 2–3 ZDS i čl. 47, st. 2–3 ZNH.

[97] Vid. 7:28 § GZM; Hella Molnár, „The Position of the Surviving Spouse in the Hungarian Law of Succession", ELTE LAW JOURNAL 2014, 100.

[98] Videti: čl. 1512, st. 1 GZČ

postoji u momentu ostaviočeve smrti, kao i u slučaju imenovanja naslednika pod uslovom ili rokom.[99]

Pravna pozicija prethodnog naslednika zavisi od volje zaveštaoca. U tom smislu, položaj prethodnog naslednika kojeg zaveštalac nije ovlastio da raspolaže zaostavštinom, odgovara pravima i obavezama koje ima plodouživalac.[100] U ovakvom slučaju, do otuđenja ili opterećenja stvari i prava iz zaostavštine može doći samo uz saglasnost naknadnog naslednika. Ukoliko je iz razloga poslovne brige i marljivosti neophodno otuđenje ili opterećenje stvari, odnosno prava iz zaostavštine, na predlog prethodnog naslednika, saglasnost naknadnog naslednika može biti zamenjena i sudskom odlukom, pri čemu sud prilikom određivanja načina raspolaganja, mora voditi računa o legitimnim interesima naknadnog naslednika.[101] Ako zaostavština donosi plodove, odnosno koristi, naknadni naslednik može zahtevati od suda da odredi način i obim uživanja i upravljanja od strane prethodnog naslednika.[102] U cilju osiguranja pravne pozicije naknadnog naslednika, propisano je njegovo ovlašćenje da zahteva izvršenje popisa i procene zaostavštine,[103] a u određenim situacijama i odgovarajući upis ograničenja prava prethodnog naslednika u javne registre.[104]

Sloboda zaveštavanja u pogledu mogućnosti postavljanja naknadnih naslednika određena je na širok način, ukoliko se u njihovom svojstvu nalaze savremenici zaveštaoca, s obzirom da tada ne postoje ograničenja u pogledu stepenovanja fideikomisarne supstitucije. Međutim, kada je zaveštalac imenovano više naknadnih naslednika, pri čemu se u njihovom svojstvu nalaze i lica koja nisu njegovi savremenici, odnosno, lica koja ne postoje ili nisu ni začeta u momentu ostaviočeve smrti, trajanje fideikomisarne supstitucije ograničeno je do momenta dok zaostavštinu ne stekne prvi od naknadnih naslednika koji nije iz reda savremenika. U svakom slučaju, češko zakonodavstvo eksplicitno postavlja vremenski limit fideikisarnog režima, propisujući da on, po pravilu, prestaje u roku od 100 godina od momenta ostaviočeve smrti, čak i kada je određen na duže vreme. Do konačnog prestanka, odnosno gašenja ovog režima dolazi i onda kada više nema naknadnih naslednika koji mogu i hoće da naslede, odnosno kada zaostavštinu nasledi onaj naknadni naslednik koji je poslednji

[99] Videti: čl. 1513 GZČ
[100] Vid. čl. 1521 GZČ.
[101] Vid. čl. 1522 GZČ.
[102] Vid. čl. 1523 GZČ.
[103] Vid. čl. 1520 GZČ.
[104] Vid. čl. 1524 GZČ.

imenovan od strane zaveštaoca u tom svojstvu, kao i kada predviđeni supstitucioni slučaj ne nastupi.[105]

U zavisnosti od konkretnog modaliteta fideikomisarne smene naslednika, češko zakonodavstvo predviđa još neke slučajeve njenog prestanka. Tako, ukoliko je ostavilac odredio naknadnog naslednika svom maloletnom detetu koje nema mogućnost raspolaganja pravnim poslovima *mortis causa*, fideikomisarni odnos prestaje kada dete stekne navedenu sposobnost, ali isključivo u obimu njegovog nužnog dela. U slučaju kada je zaveštalac, međutim, odredio naknadnog naslednika licu koja nema mogućnost da raspolaže pravnim poslovima *mortis causa* zbog ograničene poslovne sposobnosti, fideikomisarna supstitucija prestaje konačno, odnosno u potpunosti, kada ovo lice stekne mogućnost raspolaganja navedenim poslovima, osim u slučaju drugačije volje zaveštaoca. Naposletku, kada je naknadni naslednik određen zaveštaočevom detetu ili bilo kom njegovom potomku koji u momentu sačinjavanja zaveštanja nema svoje potomstvo, fideikomisarni režim se gasi ukoliko ovakvog zaveštaočevog potomka nadživi njegov potomak koji ima sposobnost za nasleđivanje, osim u slučaju očigledno drugačije izražene volje zaveštaoca.[106]

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Prosta supstitucija, kao modalitet zaveštajnog raspolaganja je opšteprihvaćena u savremenim naslednopravnim uređenjima. U skladu sa ovom tendencijom, ovaj oblik zamene naslednika dozvoljen je i u pravu Srbije. Iako je u pitanju pravni institut koji zbog nepostojanja sukcesivnosti nasleđivanja, barem po pravilu, ne otvara prostor za nastanak složenih pravnih odnosa, postojeća regulativa u domaćem zakonodavstvu svodi se na propisivanje supstitucionih slučajeva koji dovode do njene primene. Stoga smo mišljenja da unapređenju iste, posmatrano sa aspekta njene sveobuhvatnosti, u konačnom tekstu Građanskog zakonika Srbije ima mesta. Premda je komparativna analiza normativnih rešenja pokazala da razlike u pogledu načelnog uređenja proste supstitucije ne postoje, primetno je da određeni broj savremenih zakonodavstava ovaj oblik zamene naslednika iscrpnije reguliše. Pojedine zakonske solucije, uočene u nekim od njih, kao što su Austrija, Nemačka, Italija, Španija i Češka, u cilju pravne sigurnosti, bile bi od koristi i u našem pravu. U tom smislu, naročito se čini poželjnim izričito normirati

[105] Vid. čl. 1514–1516 GZČ.

[106] Vid. čl. 1517–1519 GZČ. O načinima prestanka fideikomisarnog režima u češkom pravu, vid. Kamila Myšíková, Dědění ze závěti, Testamentary Succession, Olomouc 2015, 71–74; P. Novotný, M. Novotná, 71–72.

pretpostavku prema kojoj do primene proste supstitucije dolazi u slučaju nastupanja svakog od Zakonom predviđenih supstitucionih slučajeva, pod pretpostavkom njegovog nepreciziranja od strane zaveštaoca. Shvatanja smo da bi bilo celishodno eksplicitno normirati i mogućnost ustanovljavanja modaliteteta ovog oblika zamene naslednika i u vezi sa svakim od njih pravila nasleđivanja zamenskih naslednika, koja bi se primenjivala u slučaju nepostojanja drugačije volje zaveštaoca.

Za razliku od proste zamene naslednika, stavovi evropskih zakonodavstava u pogledu fideikomisarne supstitucije se razlikuju. Iako se iz uporednopravne analize može zaključiti da je i ovaj vid zamene naslednika pretežno prihvaćen, usvojeni koncepti fideikomisarne supstitucije u savremenim pravnim uređenjima nisu isti. Oni su uslovljeni užim ili širim definisanjem okolnosti koje u njima figuriraju kao supstitucioni slučajevi, krugom lica koja mogu biti postavljena u svojstvu naknadnih naslednika, kao i načinom ograničavanja uspostavljanja fideikomisarnog režima. U ovom kontekstu posmatrano, može se uočiti da su u pravima Nemačke, Austrije, Švajcarske i Češke, a donekle i u pravima Francuske i Španije, prihvaćena liberalnija rešenja. U prilog navedenog, govore sledeće činjenice: postojanje raznovrsnih modaliteta fideikomisarne supstitucije, koja se u spomenutim zemljama može vezati i za smrt prethodnog naslednika; mogućnost imenovanja bilo kog lica u svojstvu naknadnog naslednika; kao i način ograničavanja fideikomisarnog režima, nezavisno od toga da li se radi o vremenskim ili o ograničenjima koja proizilaze iz broja dopuštenih smena naslednika. U ostalim zakonodavstvima u kojima je moguće uspostavljanje fideikomisarne supstitucije, njen zakonski koncept je restriktivniji, posmatrano, pre svega, sa aspekta kruga lica koja se u njima mogu pojaviti u svojstvu prethodnih, odnosno, naknadnih naslednika. Tako je u pravu Italije izuzetak od načelne zabrane ovog vida zamene naslednika, predviđen prvenstveno u cilju zaštite maloletnih i poslovno nesposobnih potomaka i supružnika, kao lica koja stoga jedino i mogu biti imenovana u svojstvu prethodnih naslednika, što za posledicu dalje ima i specifičan, uži krug lica koja mogu steći svojstvo naknadnih naslednika. Slična regulativa prihvaćena je i u pravu Mađarske, u kojem se izuzetak od zabrane fideikomisarne supstitucije ogleda u mogućnosti određivanja pupilarne supstitucije, kao i imenovanja naknadnog naslednika za slučaj smrti supružnika kao prvobitno imenovanog naslednika. Najzad, u određenom broju savremenih uređenja, u koja se svrstavaju prava Bugarske, kao i svih zemalja regiona, fideikomisarna supstitucija kod koje se stupanje naknadnog naslednika na mesto univerzalnog sukcesora zaveštaoca vezuje za smrt prethodnog naslednika je zabranjena, s tim što je

dopuštena fideikomisarna supstitucija u širem smislu, odnosno, mogućnost ustanovljavanja onih modaliteta sukcesivnog nasleđivanja koji se vezuju za ostvarenje uslova ili istek roka.

Postojećim načinom regulative, pravo Srbije se svrstava u poslednje spomenutu grupu naslednopravnih uređenja. U težnji uvažavanja zaveštaočeve poslednje volje, Prednacrt Građanskog zakonika uvodi modalitet fideikomisarne supstitucije koja za supstitucioni slučaj ima smrt prethodnog naslednika, dopuštajući je u jednom stepenu, kao izuzetak od pravila prema kojem je ona i dalje zabranjena. Međutim, način na koji je u njemu definisan odnos između prethodnog i naknadnog naslednika, isporuku plodouživanja, kao već dozvoljeni institut srpskog prava, u suštini, podvodi pod fideikomisarnu supstituciju, koja usled toga gubi svoju osnovnu karakteristiku koja se ogleda u sukcesivnosti nasleđivanja, zbog čega predloženo rešenje ne bi bilo poželjno usvojiti u konačnoj verziji Građanskog zakonika Srbije. U svakom slučaju, uvođenje fideikomisarne zamene za slučaj smrti prethodnog naslednika u domaće zakonodavstvo čini se opravdanim, imajući u vidu činjenicu da nju u današnje vreme ne nalažu primarno porodični, već razlozi ekonomske prirode. Omogućavanje zaveštaocu da odredi naslednika za slučaj smrti prethodnog naslednika, doprinelo bi značajnom proširenju slobode zaveštajnog raspolaganja, koje bi zaveštalac mogao prilagoditi okolnostima koji mogu nastupiti nakon njegove smrti i na taj način maksimalno uvažiti potrebu za ekonomskom sigurnošću pojedinih kategorija lica, čije efikasno ostvarenje mu postojeći sistem naslednopravnih normi u određenim situacijama otežava ili onemogućuje. Polazeći od spomenutih ciljeva, mišljenja smo da bi fideikomisarnu supstituciju u užem smislu, u srpskom pravu *de lege ferenda* bilo potrebno urediti na drugačiji način u odnosu na onaj koji je predložen u Prednacrtu, ne odstupajući od njene suštine koja se ogleda u sukcesivnosti nasleđivanja, vodeći pritom računa o jasnom definisanju njenih pravnih granica, a u cilju pravne sigurnosti.

LITERATURA I IZVORI

Абова Тамара Евгеньевна, Богуславский Марк Моисеевич, Светланов Андрей Геннадьевич, *Комен̄тарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации,* Части третьей, Москва 2004.

Абраменков Михаил Сергеевич, Петр Валерьевич Чугунов, *Наследс̄твенное п̄раво,* Москва 2019.

Antić Oliver, *Nasledno pravo,* Beograd 2009.

Antić B. Oliver, Balinovac M. Zoran, *Komentar Zakona o nasleđivanju,* Beograd 1996.

Blagojević T. Borislav, *Nasledno pravo u Jugoslaviji – prava republika i pokrajina,* Beograd 1988.

Булаевский Б. А., Виноградова Р. И., Ефимов А. Ф., Левшина Т. Л., Павлова Е. А., Пантелеева И. В., Сучкова Н. В., Шелютто М. Л., Шилохвост О. Ю., Ярошенко К. Б., *Коментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации,* Части третьей, Москва 2007.

Brox Hans, Walker Wolf – Dietriech, *Erbrecht,* München 2010.

Gavella Nikola, Belaj Vlado, *Nasljedno pravo,* Zagreb 2008.

Gallego Carlos Jiménez, XIII.-1. A) Sustituciones fideicomisarias. Perspectiva comparada, *http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_2/016_t017/_537.dir/Bajlib_2016_t017_537.pdf.*

Gospodinov Gospodin, *Nasledstvoto i delbata mu*, Sofiя 1995.

Delfosse Alain, Jean – François Peniguel, *La réforme des successions et des libéralités,* Paris 2006.

Đurđević Dejan, *Institucije naslednog prava,* Beograd 2010.

Đurđević Dejan, „Fideikomisarna supstitucija u evropskim pravnim porecima i u srpskom pravu“ u*: Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije,* knj. 5, Beograd: Pravni fakultet u Beogradu 2010.

Đurđević Dejan, „Pravni položaj prethodnog naslednika“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2011.

Đurđić Milošević Tamara, „Fideikomisarna supstitucija i sloboda zaveštajnog raspolaganja“, *Pravni život* 10/2012.

Đurđić Milošević Tamara, *Ograničenje slobode zaveštajnih raspolaganja*, doktorska disertacija, Kragujevac 2018.

Đurđić Milošević Tamara, „Ograničenja svojinske i zaveštajne slobode“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2019.

Eccher Bernhard, *Erbrecht, Bürgerliches Recht, Band VI,* Wien 2016.

Zankl Wolfgang, *Erbrecht, Lehr – und Praxishandbuch,* Wien 2017.

Zupančič Karel, *Dedovanje z uvodnimi pojasnili prof. Dr Karla Zupančiča,* Ljubljana 2005.

Kreč Milan, Pavić Đuro, *Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom,* Zagreb 1964.

Leuba Audrey, „Law of Inheritance“, *Introduction to Swiss law* (eds. F. Dessemontet, T. Ansay), Kluwer Law International 2004.

Malaurie Philippe, Aynés Laurent, *Les successions les libéralités*, Paris 2010.

Marković Slavko, *Nasledno pravo u Jugoslaviji,* Beograd 1978.

Michalski Lutz, *BGB-Erbrecht*, München 2010.

Molnár Hella, „The Position of the Surviving Spouse in the Hungarian Law of Succession“, *ELTE LAW JOURNAL 2014.*

Myšíková Kamila, *Dědění ze závěti, Testamentary Succession*, Olomouc 2015.

Novotný Petr, Novotná Monika, *Nový Občanský zákoník, Dědické právo*, Grada Publishing 2014.

Olzen Dirk, *Erbrecht*, Berlin 2009.
Popov Danica, „Pojam i predmet prava plodouživanja u Prednacrtu Građanskog Zakonika Republike Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2017.
Rajačić Čeda, *Teorija nasleđivanja – kao pravne ustanove,* doktorska disertacija, Zagreb 1958.
Sanz Mª F. Moretón, La sustitución pupilar y cuasipupilar o ejemplar: el patrimonio del menor de 14 años e incapacitados, Revista sobre la infancia y la adolescencia 2015, *https://www.researchgate.net/publication/276132532_La_sustitucion_pupilar_y_cuasipupilar_o_ejemplar_el_patrimonio_del_menor_de_14_anos_e_incapacitados.*
Svorcan N. Slobodan, *Komentar Zakona o nasleđivanju Srbije sa sudskom praksom,* Kragujevac 2004.
Stojanović Nataša, *Nasledno pravo,* Niš 2011.
Stojanović Nataša, „Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije i nasleđivanje“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 62/2012.
Tasev Hristo, *Bъlgarsko nasledstveno pravo,* Sofiя 1993.
Trattato di diritto delle successioni e donazioni, II La successione testamentaria (dir. Giovanii Bonilini), Giuffrè Editore 2009, *https://books.google.rs/books?id=oWyvgj_apo0C&pg=PR42&lpg=PR42&dq=sostituzione+fedecommissaria+bonilini&source=bl&ots=NuRYWH70wb&sig=ACfU3U2mlqXssYQU9usYOHeUoBAkm6TU_w&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwiZ-tyEpIvmAhVzsHEKHZ9iCTcQ6AEwAnoECAYQAQ#v=onepage&q=sostituzione%20fedecommissaria%20bonilini&f=false.*
Conov G. Aleksandъr, *Komentar po Zakona za nasledstvoto*, Sofiя 1993.
Čavdar Kiril, *Komentar na zakonot za nasleduvanjeto,* Skopje 1996.
Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, *https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622.*
Bürgerliches Gesetzbuch, *https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf.*
Građanski zakonik Italije, *http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm.*
Građanski zakonik Mađarske, *http://net.jogtar.hu//jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1300005.TV.*
Građanski kodeks Ruske Federacije, *http://base.garant.ru/10164072.*
Građanski zakonika Češke, *https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2012-89.*
Građanski zakonik Španije, *https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763.*
Zakon o dedovanju Slovenije, *Ur. list SRS*, br. 15/1976, 23/1978 i *Ur. list RS*, br. 13/1994 – ZN, 40/1994 – odl. US, 117/2000 – odl. US, 67/2001, 83/2001 – OZ, 73/2004–ZN–C, 31/2013 – odl. US i 63/2016.
Zakon o nasleđivanju Bugarske, *https://lex.bg/laws/ldoc/2121542657.*
Zakon za nasleduvanjeto Makedonije, *Sl. vesnik na RM*, br. 47/1996 i 18/2001 – dr. zakon.
Zakon o nasleđivanju Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 46/1995, 101/2003 – Odluka USRS i 6/2015.

Zakon o nasljeđivanju u Federaciji Bosne i Hercegovine, *Sl. novine Federacije BiH,* br. 80/2014.

Zakon o nasljedjivanju Hrvatske, *Narodne novine*, br. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013, 33/2015 i 14/2019.

Zakon o nasljedjivanju Crne Gore, *Sl. list CG*, br. 74/2008 i 75/2017 – odluka US.

Prednacrt Građanskog zakonika Srbije, *https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html.*

Schweizerischen Zivilgesetzbuch, *https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html.*

Code Civil, *https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721.*

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

Hereditary Substitution in Contemporary Legal Sistems in Europe

Abstract: *The authors' attention is focused on the legal regulation of hereditary substitution, that is, the replacement of inheritors as a modality of testamentary inheritance in the contemporary legal systems of Europe. The legislation in Serbia only accepts the possibility of alternative acquisition of inheritance rights, that is, vulgar substitution as a form of hereditary substitution, as well as those modalities of successive inheritance related to the fulfillment of conditions or expiry of the term, with the explicit prohibition of fideicommissary substitution in the case of death of the previous inheritor. By analyzing the domestic legislation, its advantages and some of its disadvantages, and especially considering the legal solutions to the institute of hereditary substitution in comparative law, the authors are taking the opportunity to point out the justification and possible ways of improving the existing normative concept of this institute in Serbian law.*

Keywords: *ordinary substitution, fideicommissary substitution, institute, substitute, previous (preceding) heir, subsequent (latter) heir.*

Datum prijema rada: 30.11.2019.

Originalni naučni rad 347.724
doi:10.5937/zrpfns53-24375

Dr Vladimir Ž. Marjanski, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
V.Marjanski@pf.uns.ac.rs

PODOBNOST NENOVČANOG ULOGA KAO PREDMETA OBAVEZE UNOŠENJA ULOGA U DRUŠTVO S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU*

Sažetak: *Ulog je ekonomska vrednost koja se, nezavisno od toga da li se javlja u novčanom ili nenovčanom obliku, uvek izražava u novcu, koju osnivač, član ili lice koje pristupa društvu upisuje, uplaćuje i, ili unosi u društvo i iz koje se formira osnovni kapital društva s ograničenom odgovornošću. Prema Zakonu o privrednim društvima ulozi u društvo mogu da budu novčani i nenovčani i izražavaju se u dinarima. Zakon o privrednim društvima, međutim, ne sadrži definiciju nenovčanih uloga, već samo odredbu o tome da nenovčani ulozi mogu biti u stvarima i pravima, ako tim zakonom za pojedine forme društava nije drugačije određeno. U uporednom pravu uglavnom se sreće negativna definicija nenovčanih uloga. Nenovčani ulozi su ulozi kod kojih se činidba uloga ne vrši u novcu. Ovakva negativna definicija nenovčanih uloga ostavlja otvoreno pitanje, šta se to konkretno, a da nije novac, može smatrati dopuštenim ulogom u društvo. Odredba Zakona o privrednim društvima da ulozi u društvo s ograničenom odgovornošću mogu biti isključivo u stvarima i pravima takođe nije dovoljno jasna i razrađena, pa će suštinski predmet analize u ovom radu biti pojašnjenje uslova koje nenovčani ulozi generalno, ali i pojedini pojavni oblici nenovčanih uloga (naročito prava) treba da ispunjavaju kako bi bili podobni da budu predmet obaveze unošenja uloga u društvo.*

Ključne reči: *ulozi, nenovčani ulozi, podobnost prenosivosti na društvo, osnovni kapital, društvo s ograničenom odgovornošću.*

---

* Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu: „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ u 2019, čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

1. UVODNE NAPOMENE – O ULOZIMA UOPŠTE

Zakon o privrednim društvima (dalje u tekstu: ZPD)[1] ne definiše pojam uloga, već pominje samo vrste uloga.[2] Iz tog razloga pokušaćemo da damo jednu sveobuhvatnu definiciju pojma uloga u društvo. Ulog je ekonomska vrednost koja se, nezavisno od toga da li se javlja u novčanom ili nenovčanom obliku, uvek izražava u novcu, koju osnivač, član ili lice koje pristupa društvu (dalje u tekstu: ulagač) upisuje, uplaćuje i, ili unosi u društvo i iz koje se formira osnovni kapital društva s ograničenom odgovornošću. Ulog u društvo sa ograničenom odgovornošću predstavlja subjektivno pravo, odnosno vrednost koju ulagač unosi u društvo. Pravno posmatrano, na ulogu postoji određeno subjektivno pravo ulagača, dok u ekonomskom smislu ulog jeste neko ekonomsko dobro. Iz toga proističe da je konstitutivni element bića uloga u društvo sa ograničenom odgovornošću određeno subjektivno pravo u pravnom smislu, odnosno određena vrednost u ekonomskom smislu.[3]

Osnovni (registrovani) kapital društva je novčana vrednost upisanih uloga članova društva u društvo koja je registrovana u skladu sa zakonom o registraciji.[4] Dakle, osnovni kapital čini zbir novčane vrednosti upisanih, a ne i zaista uplaćenih odnosno unetih uloga. U propisima se, po pravilu, predviđa mogućnost odložene uplate odnosno unosa uloga[5], a s obzirom na to da ulagač upisom uloga preuzima obavezu prema društvu, te da društvo u odnosu na njega ima potraživanje radi izvršenja obaveze uplate odnosno unošenja uloga, osnovni kapital čini zbir novčane vrednosti upisanih uloga. Upisom uloga u postupku osnivanja društva, ulagač (osnivač) stiče udeo u određenom procentu[6] i postaje član društva u trenutku nastanka društva – registracije. Upisom uloga u postupku povećanja osnovnog kapitala, ulagač (član ili lice koje pristupa društvu) može povećati svoj dotadašnji procenat udela (postojeći član društva) ili steći udeo u društvu s ograničenom odgovornošću originernim putem (ukoliko je ulagač lice koje pristupa društvu). Dakle, upis uloga prilikom osnivanja za posledicu uvek ima sticanje udela u određenom procentu u trenutku osnivanja društva – upisa društva u registar, dok upis novog uloga u postupku povećanja osnovnog kapitala, može ali ne

---

[1] Zakon o privrednim društvima, „Sl. Glasnik RS“ br. 36/11,99/11, 83/14 – dr. zakon, 5/15, 44/18 i 95/18 -dalje u fusnotama: ZPD).

[2] Vid. čl. 45, st. 1. ZPD.

[3] Ulog u društvo sa ograničenom odgovornošću, https://osnivanjepreduzeca.rs/ulog-u-drustvo-sa-ogranicenom-odgovornoscu/, 29. novembar 2019. godine.

[4] Čl. 44, st. 3. ZPD.

[5] Vid. čl. 46, st. 2. ZPD.

[6] Udeo je članski odnos koji opredeljuje procentualno učešće svakog člana u osnovnom kapitalu društva. Za razliku od uloga koji se izražavaju u novcu, udeo se izražava u procentima.

mora da izazove povećanje (promenu) procentualne vrednosti udela ulagača (člana društva) ili sticanje novog udela. Da li će prilikom upisa uloga u postupku povećanja osnovnog kapitala doći do povećanja procentualne vrednosti udela postojećih (starih) članova ili sticanja udela od strane lica koje pristupa društvu zavisi od konkretnog postupka povećanja osnovnog kapitala.[7] Iz tog razloga je, odredba iz ranije važećeg Zakona o privrednim društvima iz 2004. godine, po kojoj je bilo predviđeno da „na osnovu uloga ortaci, odnosno članovi društva, stiču udeo u društvu, a akcionari akcije društva"[8], napuštena.

2. POJAM I PREDMET NENOVČANOG ULOGA

Prema ZPD ulozi u društvo mogu da budu novčani i nenovčani i izražavaju se u dinarima.[9] Zakon o privrednim društvima, međutim, ne sadrži definiciju nenovčanih uloga, već samo sadrži odredbu o tome da nenovčani ulozi mogu biti u stvarima i pravima, ako tim zakonom za pojedine forme društava nije drugačije određeno.[10] U uporednom pravu uglavnom se sreće negativna definicija nenovčanih uloga. Nenovčani ulozi su ulozi kod kojih se činidba uloga ne vrši u novcu.[11]

---

[7] Naime, ukoliko u postupku povećanja osnovnog kapitala učestvuje jedini član društva (kod jednočlanog društva s ograničenom odgovornošću) ili ukoliko u postupku povećanja osnovnog kapitala novim ulozima učestvuju samo svi postojeći članovi društva (bez učešća trećih lica), i to srazmerno procentualnoj vrednosti udela koji poseduju na dan donošenja odluke o povećanju osnovnog kapitala, takav upis novog uloga i povećanje osnovnog kapitala neće imati za posledicu promenu procentualne vrednosti udela postojećih članova. Isto tako, u pomenutim slučajevima povećanja osnovnog kapitala, uloge upisuju samo postojeći članovi, društvu ne pristupa treće lice kao novi član, pa sledstveno tome takvo povećanje osnovnog kapitala društva s ograničenom odgovornošću novim ulozima nema za posledicu ni sticanje novog udela tj. nastanak novog članskog odnosa.

[8] Čl. 13, st. 2. Zakona o privrednim društvima iz 2004. godine, „Službeni glasnik RS", br. 125/04.

[9] čl. 45, st. 1. ZPD.

[10] Vid. čl. 45, st. 3. ZPD.

[11] Vid. §5 (4) Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG (prevod: Zakon o društvima s ograničenom odgovornošću SR. Nemačke), „RGBI." S. 477 – 20 April 1892..."BGBI" I S, 2446, 2492 – 17 July 2017 (dalje u fusnotama: GmbHG), §6a. (4) Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG, (prevod: Zakon o društvima s ograničenom odgovornošću Republike Austrije) „RGBl." Nr. 58/1906, – 6. März 1906... „BGBl." I Nr. 71/2018. i ranije važeći, Art. 10 (1) Second Council Directive of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent – skraćeno: Second Company Law Directive (prevod: Druga kompanijska direktiva EU), „Official Journal of the European Comunities", Volume 20 N o L 26, 77/91/EEC.

Ovakva negativna definicija nenovčanih uloga ostavlja otvoreno pitanje, šta se to konkretno, a da nije novac, može smatrati dopuštenim ulogom u društvo. Bez obzira na sve nedostatke pomenute definicije, smatramo da ista barem otklanja nedoumice šta se svakako ne može smatrati ulogom u novcu.

Naš ZPD, međutim, ne sadrži nikakvu definiciju nenovčanih uloga, pa u pojedinim slučajevima u praksi rada registratora – Agencije za privredne registre, nastaje problem razlikovanja uloga u novcu od nenovčanih uloga. Pored toga, odredba iz ZPD da nenovčani ulozi mogu da budu u stvarima i pravima, ako tim zakonom za pojedine forme društava nije drugačije određeno takođe nije dovoljno jasna i razrađena.[12] Stoga će predmet analize ovog rada biti pojašnjenje opštih uslova koje nenovčani ulozi generalno, ali i pojedini pojavni oblici nenovčanih uloga (naročito prava) treba da ispunjavaju kako bi bili podobni da budu predmet obaveze unošenja uloga u društvo.

Prema trenutno važećem ZPD ulozi u društvo s ograničenom odgovornošću mogu biti isključivo u stvarima i pravima. Dakle, kod društva s ograničenom odgovornošću usluge i rad, pa čak ni izvršene usluge i rad ne mogu biti predmet nenovčanog uloga, za razliku od ortačkog i komanditnog društva gde su i ti pojavni oblici nenovčanog uloga dopušteni.[13] Takođe, prema ranijem zakonskom rešenju iz Zakona o privrednim društvima iz 2004. godine, predmet nenovčanog uloga u društvo s ograničenom odgovornošću pored stvari i prava, mogli su biti i izvršeni rad i pružene usluge.[14] Usluge i rad mogu biti samo predmet preuzimanja obaveze članova da izvrše sporedne činidbe prema društvu. One, međutim nemaju karakter uloga i ne vode formiranju osnovnog kapitala.[15]

U pravnoj teoriji, postoje oprečna mišljenja o izvršenom radu i pruženim uslugama kao mogućem predmetu nenovčanog uloga u društvo s ograničenom odgovornošću.[16] Prvo mišljenje, polazi od toga da kod društva s ograničenom odgovornošću član društva ne odgovora za obaveze društva svojom ličnom imovinom, već samo snosi rizik poslovanja do visine uloženih sredstava.[17] Iz tog razloga, postoji niz pravila kojima se obezbeđuje supstitucija odgovornosti za nedostajuću ličnu odgovornost člana društva za obaveze društva.[18] Jedno od tih

---

[12] Vid. čl. 45, st. 3. ZPD.

[13] Vid. čl. 96, st. 2 ZPD, u kojem se propisuje izuzetak u odnosu na čl. 45, st. 3.

[14] Vid. čl. 110, st. 1 ranije važećeg Zakona o privrednim društvima iz 2004. godine.

[15] Videti o tome opširnije kod Vladimir Marjanski, „Sporedne činidbe kao dodatna obaveza člana društva s ograničenom odgovornošću“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 4/2016, 1281-1293.

[16] Ulog u društvo sa ograničenom odgovornošću, https://osnivanjepreduzeca.rs/ulog-u-drustvo-sa-ogranicenom-odgovornoscu/, 29. novembar 2019. godine.

[17] Ibid.

[18] Ibid.

pravila je i odredba po kojoj se izričito zabranjuje da predmet nenovčanog uloga može biti u izvršenom radu i pruženim uslugama. *Ratio legis* ovakve zabrane je u tome da izvršeni rad ili pružene usluge, ne mogu poslužiti za namirenje poverilaca, odnosno ne mogu biti predmet izvršenja. Zato odredba po kojoj izvršeni rad ili pružene usluge mogu biti predmet nenovčanog uloga, u sadejstvu sa odredbom o minimalnom delu osnovnog kapitala[19], otvara mogućnost izigravanja poverilaca, jer se može dogoditi da u imovini društva ne bude predmeta na kojima je moguće sprovesti izvršenje.

Drugo mišljenje, kao polaznu osnovu za svoju argumentaciju uzima okolnost da se zabrana uloga u radu i uslugama u modernoj regulativi polako napušta kod ovog društva, tako da uvek izvršeni rad i usluge, (po pravilu ne i budući rad i usluge) mogu biti predmet uloga u ovo društvo, što je logična posledica fleksibilnosti pravila u vezi sa osnovnim kapitalom ovog društva[20] i napuštanja obavezne procene nenovčanih uloga od strane ovlašćenog procenjivača.[21] U prilog ovom drugom mišljenju ide i dole detaljno obrazloženo shvatanje po kome je za podobnost određenog nenovčanog uloga kao predmeta činidbe uloga dovoljno da isti bude prenosiv sa ulagača na društvo i da se može izraziti u novcu. Pri tome, za ispunjenje uslova prenosivosti nije neophodno da nenovčani ulog može da bude predmet prinudnog izvršenja[22], već je dovoljno da isti za društvo ima upotrebnu vrednost čijim se iskorićavanjem od strane društva unapređuju njegove ekonomske performanse, te se u skladu sa tim, u širem smislu, poboljšava i položaj poverilaca društva.

3. PODOBNOST NENOVČANOG ULOGA KAO PREDMETA OBAVEZE UNOŠENJA ULOGA

Da bi određen nenovčani ulog bio podoban da bude predmet obaveze unošenja uloga neophodno je da ispunjava određene uslove. Uopšteno, neophodno je da je reč o takvom ulogu koji ima odredivu ekonomsku (privrednu) vrednost koja se može izraziti u novcu i da je podoban za prenos kako bi bio „uveden“ u imovinu društva s ograničenom odgovornošću kome bi dalje isključivo bio na

[19] Prema članu 145 ZPD minimalni osnovni kapital društva iznosi najmanje 100 dinara, osim ako je posebnim zakonom predviđen veći iznos osnovnog kapitala za društva koja obavljaju određene delatnosti.

[20] Ulog u društvo sa ograničenom odgovornošću, https://osnivanjepreduzeca.rs/ulog-u-drustvo-sa-ogranicenom-odgovornoscu/, 29. novembar 2019. godine.

[21] U vezi sa procenom vrednosti nenovčanih uloga videti čl. 51, st. 1, tač. 1. ZPD.

[22] Holger Fleischer, Wulf Goette (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränker haftung – GmbHG, Band I, München 2010, 521.

raspolaganju i koji je kao i novac podoban da vodi formiranju osnovnog kapitala.[23] U skladu sa navedenim, svaki nenovčani ulog mora da „izdrži" test provere na osnovu dve opšte indikacije (uslova) podobnosti nenovčanog uloga kao predmeta obaveze unošenja uloga. To su: 1. odredivost novčane protivvrednosti nenovčanog uloga i 2. podobnost prenosa sa ulagača na društvo. Eventualni dodatni uslov – podobnost bilansnog evidentiranja u aktivi društva je odbačen kao neophodan u novijoj pravnoj doktrini[24] o čemu će takođe ukratko biti reči tokom daljih izlaganja.

3.1. Odredivost novčane protivrednosti nenovčanog uloga

Nenovčani ulog mora imati odredivu ekonomsku (privrednu) vrednost koja se u skladu sa tim može izraziti u novčanoj protivvrednosti. Naime, kada su predmet činidbe uloga nenovčani ulozi obavezan deo sadržine osnivačkog akta društva s ograničenom odgovornošću ili odluke o povećanju osnovnog kapitala u skladu sa ZPD čini novčana protivrednost svakog konkretnog nenovčanog uloga.[25] Dakle, da bi nenovčani ulog bio podoban da bude predmet činidbe nenovčanog uloga od ključnog značaja je da li isti ima odredivu ekonomsku (privrednu) vrednost koja se može izraziti u novcu.[26] U tom smislu se govori o potrebi tzv. funkcionalne ekvivalentnosti nenovčanih uloga, ulozima u novcu. Pravila o utvrđivanju i proceni vrednosti nenovčanih uloga sadržana u ZPD[27], ali i pravila o zabrani upisa uloga ispod nominalne vrednosti, pravila o očuvanju osnovnog kapitala, pravne posledice neizvršenja obaveze i pitanje nemogućnosti izvršenja obaveze unosa nenovčanih uloga[28] neće biti predmet analize u ovom radu.

3.2. Podobnost prenosa nenovčanog uloga sa ulagača na društvo

Nenovčani ulog mora biti podoban za prenos kako bi bio „uveden" u imovinu društva s ograničenom odgovornošću. Ovo je od izuzetnog značaja za samo društvo, ali i za poverioce društva. Sporno je, međutim, pitanje da li se podobnost

---

[23] Slično u Ibidem, 519.

[24] Vid. opširnije o tome u Ibidem, 519-520.

[25] Vid. čl. 141, st. 1, tač. 5, čl. 141, st. 5 i 296, st. 3-5.

[26] Holger Fleischer, Wulf Goette (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränker haftung – GmbHG, Band III, München 2011, 209.

[27] Vid. ZPD, čl. 50-58.

[28] U vezi sa nemogućnosti izvršenja obaveze unosa nenovčanih uloga videti opširnije kod Zoran Arsić, „Nenovčani ulog i nemogućnost izvršenja obaveze unošenja uloga u društvo", Pravo i privreda, br. 9-10/1998, 21-29.

prenosa posmatra isključivo sa pravnog aspekta, kao mogućnost prenosa nenovčanog uloga sa ulagača na društvo ili je potrebno da taj prenos dovede do uvećanja imovine društva, koja će istovremeno povećati sigurnost poverilaca da će moći da namire svoje potraživanja od društva. Prema vladajućem shvatanju, za podobnost prenosa bitni su i gore opisani ekonomski efekti koji podrazumevaju da kao posledica činidbe nenovčanog uloga zaista dođe do povećanja imovine društva, da za društvo taj ulog ima upotrebnu vrednost koja mu stoji na raspolaganju, čime se poboljšavaju ekonomske performanse društva i istovremeno povećava sigurnost poverilaca da će moći da namire svoje potraživanja od društva. U skladu sa tim, važno je i da nakon prenosa na društvo nenovčani ulog ostane na raspolaganju isključivo društvu kao pravnom licu, te da se društvo nakon unosa uloga nađe u takvoj pravnoj poziciji koja onemogućava ulagača da ga povuče jednostranom izjavom volje ili da bude opterećen zahtevima trećih lica.[29] Nema, međutim, jedinstvenog stava u pogledu toga da li je za ispunjenje uslova prenosivosti neophodno da isti bude podoban da za dalji prenos (otuđenje) sa društva na treće lice, kao i da li je neophodno da isti može da bude predmet prinudnog izvršenja po osnovu potraživanja koja poverioci imaju prema društvu. Prema vladajućem mišljenju, da bi bio ispunjen uslov prenosivosti, nije neophodno da isti bude podoban da za dalji prenos (otuđenje) sa društva na treće lice, niti da bude predmet prinudnog izvršenja po osnovu potraživanja koja poverioci imaju prema društvu[30], već je dovoljno da isti ima upotrebnu vrednost za društvo čijom se eksploatacijom (iskorišćavanjem) unapređuju ekonomske perfomanse društva, što u širem smislu istovremeno poboljšava i položaj poverilaca društva.

Pitanje prenosivosti dolazi do izražaja naročito u slučajevima kada je reč o ulozima u pravima. U tom smislu nepodobna za prenos su visoko lična neprenosiva (neimovinska) prava (subjektivna prava na ličnim dobrima: npr. pravo na život, fizički integritet, zdravlje, ime, lik, glas, identitet i slično) i neprenosiva imovinska prava (npr. lične službenosti, pravo izdržavanja i dr.), pa u skladu sa tim ista ne mogu biti predmet nenovčanog uloga. Prenosiva prava predstavljaju većinu subjektivnih građanskih prava i to su ona prava koja su podobna da se odvoje od svog titulara i pređu na drugoga. Po pravilu, skoro sva imovinska prava su prenosiva (stvarna, obligaciona i intelektualna), osim pojedinih imovinskih neprenosivih prava (npr. lične službenosti, pravo izdržavanja i dr.). Takođe, pojedina imovinska prava mogu biti predmet nenovčanog uloga samo uz ispunjenje posebnih uslova koji uglavnom zavise od karaktera prava koje se ustupa društvu po osnovu uloga.

[29] H. Fleischer, W. Goette (2010), 521.

[30] H. Fleischer, W. Goette (2010), 521. Isto tako za akcionarska društva Karlsten Schmidt, Marcus Lutter (Hrsg.), Aktiengesetz Kommentar – Band I, Köln 2008, 404.

3.3. Podobnost bilansnog evidentiranja nenovčanog uloga?

Sporno je pitanje da li je podobnost bilansnog evindentiranja aktivi društva neophodan uslov podobnosti nenovčanog uloga kao činidbe uloga u društvo. Prema starijoj doktrini mogućnost bilansnog evidentiranja u imovini društva predstavljalo je neophodan uslov podobnosti nenovčanog uloga kao predmeta obaveze unošenja uloga u društvu. Smatralo se da jedino na takav način mogu biti zaštićeni interesi poverilaca. Ovo naročito zato što se prema starijoj doktrini smatralo da osnovni kapital koji se formira iz uloga treba da ima prvenstveno garantnu funkciju poveriocima da će lakše moći da namire svoja potraživanja od društva. Iako je to redak slučaj, pojedini nenovčani ulozi prenosivi su i mogu se izraziti u novcu ali po računovodstvenim propisima nisu uvek podobni da se evidentiraju u aktivi društva, npr. obligaciono pravo korišćenja neke stvari.[31] Novija pravna doktrina odbacuje podobnost bilansnog evidentiranja kao neophodan uslov da se pojedini pojavni oblici uloga mogu tretirati validnim nenovčanim ulogom.[32] Dovoljno je da se nenovčani ulog ima odredivu ekonomsku vrednost koja se može izraziti u novcu i da je prenosiv na društvo u smislu kako je gore opisano.

4. POJEDINI POJAVNI OBLICI (VRSTE) NENOVČANOG ULOGA

Nenovčani ulozi u društvo s ograničenom odgovornošću mogu biti stvari i prava.[33]

4.1. Ulozi u stvarima

Kada je reč o ulozima u stvarima zapravo misli se na prenos prava svojine na pokretnim i nepokretnim stvarima sa ulagača na postojeće (prilikom povećanja osnovnog kapitala) ili društvo koje se osniva (prilikom osnivanja društva). Ovo navodimo iz razloga što ulozi u društvo mogu biti i prava u vezi sa stvarima koja su uža od prava svojine na stvarima, npr. stvarno ili obligaciono pravo korišćenja na pokretnim stvarima i nepokretnostima i dr. U tom slučaju, međutim, predmet uloga nije stvar, već prava u vezi sa stvarima (npr. pravo korišćenja) koja mogu biti stvarna ili obligaciona.

Kada je reč o postojećim pokretnim stvarima ili nepokretnostima ne postoje posebni uslovi koje te stvari treba da ispunjavaju kako bi bili predmet dopušte-

[31] Vid. Notker Polley Kommentar in: Aktienrecht und Kapitalmarktrecht (Hrsg. Thomas Heidel), 4. Auflage, Baden-Baden, 2014, 9. i H. Fleischer, W. Goette (2010), 519.

[32] Ibid.

[33] Vid. čl. 45, st. 3 ZPD.

nog nenovčanog uloga. Takvi ulozi uvek su dopušteni i istovremeno podobni da se pojave kao predmet činidbe nenovčanog uloga.

Sporno je, međutim, da li buduća, još nepostojeća stvar može biti predmet nenovčanog uloga, naročito u situacijama kada se osnivačkim aktom ili na neki drugi način (prilikom povećanja osnovnog kapitala) predvidi mogućnost odloženog ispunjenja unosa upisanog nenovčanog uloga (na primer u roku od dve godine od osnivanja društva[34]). U principu, u takvoj situaciji predmet nenovčanog uloga može biti i buduća stvar, ali pod uslovom da je ulagač ne izrađuje ili ne proizvodi sam jer bi u tom slučaju društvo u odnosu na njega zapravo imalo zahtev za izvršenje usluge (izrada ili proizvodnja stvari)[35], a usluge, prema našem ZPD, kako je gore izloženo, nisu dopuštene kao predmet nenovčanog uloga u društvo s ograničenom odgovornošću.

4.2. Ulozi u pravima

4.2.1. Opšte napomene

Pitanje podobnosti nenovčanog uloga kao predmeta obaveze unošenja uloga posebno dolazi do izražaja kada je reč o ulozima u pravima. Zato ćemo posvetiti posebnu pažnju onim ulozima u pravima koji samo uz ispunjenje opštih i posebnih uslova mogu biti predmet nenovčanog uloga u društvo. Tako npr. visoko lična prava (npr. vezana za lična dobra – život, zdravlje, telesni integritet) i neprenosiva imovinska prava (npr. lične službenosti, pravo izdržavanja) ne mogu biti predmet nenovčanog uloga, dok pojedini ulozi u pravima mogu biti predmet nenovčanog uloga samo ukoliko uz ispunjenje opštih ispunjavaju i dodatne posebne uslove.

Načelno ulozi u pravima mogu biti sva imovinska prava – apsolutna (npr. stvarna) i relativna (npr. obligaciona) koja su prenosiva i koja se mogu izraziti u novcu a naročito: 1. stvarna prava na stvarima koja su uža od prava svojine (npr. pravo službenosti, pravo korišćenja i dr.)[36], 2. potraživanja i obligaciona prava u vezi sa ustupanjem prava korišćenja (upotrebe) stvari 3. udeli i akcije u privrednom društvu, 4. prenosiva nematerijalna imovinska prava (npr. pravo na patentu, pravo na žigu, licenca, *know-how,* autorska, izdavačka prava, različite koncesije, dozvole i dr.) koja se mogu izraziti u novcu. Ipak, da bi pojedina prava bila predmet nenovčanog uloga neophodno je da ispunjavaju i posebne uslove u zavisnosti od njihove vrste i karakteristika.

---

[34] Vid. 46, st. 2 ZPD.

[35] H. Fleischer, W. Goette (2010), 522.

[36] U slučaju prenosa prava svojine na stvarima sa ulagača na društvo predmet nenovčanog uloga nije pravo, već stvar.

4.2.2. Pojedini pojavni oblici nenovčanih uloga u pravima

4.2.2.1. Stvarna prava na stvarima uža od prava svojine

Predmet nenovčanog uloga mogu biti i stvarna prava na stvarima koja su uža od prava svojine pod opštim uslovima: da su prenosiva (nisu isključivo vezana za ličnost titulara prava) i da se mogu izraziti u novcu. Stvarna prava na stvarima deluju *erga omnes* – društvo može da se zaštiti od zahteva samog ulagača ili trećih lica, pa su ona uvek podobna da budu predmet nenovčanog uloga. Tu prvenstveno spadaju pravo korišćenja nepokretnosti, založno pravo na pokretnim stvarima, založno pravo na nepokretnostima (hipoteka) i pravo plodouživanja ukoliko nije vezano za ličnost titulara prava.[37] Ograničeni životni vek nosioca prava plodouživanja jeste značajan faktor prilikom procene vrednosti nenovčanog uloga, ali ne predstavlja ograničavajući faktor da pravo plodouživanja bude predmet nenovčanog uloga ukoliko je prenosivo.

4.2.2.2. Obligaciono pravo korišćenja

Obligaciono ustupanje prava korišćenja na stvarima sa ulagača na društvo s ograničenom odgovornošću može biti predmet nenovčanog uloga uz ispunjenje opštih uslova: da je isto prenosivo (nije isključivo vezano za ličnost titulara prava – ulagača) i da se može izraziti u novcu, uz istovremeno ispunjenje posebnih uslova. U tom smislu, postoje dva dodatna posebna uslova. Prvo, nužno je utvrditi rok na koji se pravo korišćenja ustupa društvu (npr. do određenog datuma ili najmanje do određenog datuma i sl.), kako bi se mogla izvršiti ispravna procena vrednosti nenovčanog uloga. Ustupanje prava korišćenja na neodređeno vreme ne može se smatrati dozvoljenim nenovčanim ulogom.[38] Drugo, s obzirom na to da je reč o obligacionom pravu koje po svojoj prirodi, za razliku od stvarnih prava, ne deluje prema trećim licima (lat. *erga omnes*), već, po pravilu *inter partes*, potrebno je da društvu stoji na raspolaganju zahtev prema ulagaču i trećim licima da se uzdrže od sprečavanja prava korišćenja koje je ustanovljeno ulogom u korist društva. U skladu sa tim, važno je i da nakon prenosa na društvo nenovčani ulog ostane na raspolaganju isključivo društvu kao pravnom licu, te da on ne može biti povučen jednostranom izjavom volje ulagača.[39] Isto tako važno je da ulagač ne može

[37] H. Fleischer, W. Goette (2010), 522.

[38] H. Fleischer, W. Goette (2010), 523.

[39] Opširnije o obligacionom pravu korišćenja kao predmetu nenovčanog uloga kod društava kapitala videti kod Briggite Knobbe Keuk, „Obligatorische nutzungsrechte als Sacheinlagen in Kapitalgesselschaften?“, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Volume 9, Issue 2, 214-224. i Anja Verena Steinbeck, „Obligatorische Nutzungsüberlassung als Sacheinlage und Kapitalersatz“, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Volume 5, Issue 1, 116-142.

da ubira plodove iz nenovčanog uloga koji je uneo u društvo, jer bi to predstavljalo svojevrsni vid povraćaja uloga, što je zabranjeno.[40] Ukoliko bi društvo plaćalo određeni novčani iznos za upotrebu stvari, onda se prenos prava upotrebe stvari ne bi mogao smatrati ulogom. Tako na primer, pravo korišćenja na stvarima (pokretnim, nepokretnim) koje je ustupljeno radi sticanja udela može biti predmet uloga, a pravo zakupa ili korišćenja predmeta lizinga ne, jer bi ulagač imao pravo na zakupninu odnosno lizing naknadu. Naravno član društva može izdati u zakup samom društvu pokretnu ili nepokretnu stvar, ali se pravo zakupa ne može tretirati ulogom jer tada član (zakupodavac) ima pravo na zakupninu, te bi kroz naknadu (zakupninu) faktički ostvario povraćaj uloga, pa se davanje stvari zakup ne može tretirati ulogom.

4.2.2.3. Potraživanja

Potraživanja jednako kao i svi drugi nenovčani ulozi moraju ispunjavati opšte uslove kako bi mogla biti predmet nenovčanog uloga u društvo. Dakle, neophodno je da su prenosiva sa ulagača na društvo i da se mogu izraziti u novcu. Pored opštih, neophodno je da potraživanje ispunjava i posebne uslove. Prvo, neophodno je da je reč o postojećim potraživanjima. Nije, međutim, neophodno da je postojeće potraživanje dospelo, jer postojeća nedospela potraživanja takođe mogu biti predmet nenovčanog uloga. Drugo, neophodno je da bude precizno utvrđen rok dospelosti potraživanja. Ovo iz razloga što bi odsustvo roka dospelosti moglo osujetiti pravilnu procenu vrednosti ove vrste nenovčanog uloga. Treće, neophodno je da vrednost potraživanja bude barem odrediva.

Predmet obligacionog prava tj. imovinskopravni zahtev koji proističe iz potraživanja može se javiti u novčanom ili nenovčanom obliku. U principu, nebitno je da li je predmet zahteva koji se zasniva na potraživanju novac tj. plaćanje ili izvršenje neke nenovčane činidbe. Ipak, smatra se da potraživanja koja se sastoje iz zahteva za izvršenjem neke usluge, jednako kao ni same usluge ne mogu biti predmet nenovčanog uloga u društvo s ograničenom odgovornošću.[41]

Buduća potraživanja koja nisu još nastala nisu podobna da budu predmet nenovčanog uloga. Potraživanja pod odložnim uslovom takođe nisu podobna da budu predmet nenovčanog uloga zbog neizvesnosti nastupanja odložnog uslova.[42] Ovo iz razloga što nastupanje odložnog uslova ne zavisi od isključive volje društva kome će pripasti to potraživanje.

---

[40] Vid. čl. 60, st. 1 ZPD.
[41] H. Fleischer, W. Goette (2010), 532.
[42] Ibidem, 531.

Prilikom analize podobnosti potraživanja kao uloga u pravima, u pravnoj teoriji, ali i propisima pojedinih zemalja (npr. Austrija, Sr. Nemačka) posebno se razlikuju potraživanja koja ulagač ima prema samom društvu s ograničenom odgovornošću, potraživanja koja ulagač ima prema su-osnivaču ili članu društva s ograničenom odgovornošću i potraživanja koja ulagač ima prema trećim licima.

Potraživanja koja ulagač ima prema samom društvu s ograničenom odgovornošću. Potraživanja koja ulagač ima prema samom društvu s ograničenom odgovornošću podobna su da budu predmet nenovčanog uloga jer se konverzijom duga društva tj. potraživanja koje ulagač ima prema društvu u osnovni kapital, društvo oslobađa obaveze prema njemu, što ima isti efekat kao da je došlo do povećanja imovine društva. Bilansno posmatrano konverzijom potraživanja prema društvu (duga društva) u osnovni kapital zapravo dolazi do povećanja osnovnog kapitala i istovremeno ukupnog kapitala (neto imovine) društva, jer dolazi do smanjenja dela pasive (dugovanja prema ulagaču), pa pozitivna razlika između aktive i pasive tj. kapital (neto imovina) društva postaje veći. Iz toga sledi da se nenovčani ulog, čiji je predmet potraživanje prema društvu, može pojaviti samo prilikom povećanja osnovnog kapitala društva s ograničenom odgovornošću, a ne i prilikom osnivanja jer je reč o potraživanju koje je nastalo tj. postoji u odnosu na već osnovano – registrovano društvo s ograničenom odgovornošću. Čak i ukoliko je reč o potraživanju osnivača koje je nastalo kao pravo na naknadu troškova osnivanja u skladu sa osnivačkim aktom društva[43], isto može biti konvertovano u osnovni kapital samo prilikom povećanja osnovnog kapitala, jer isto potraživanje osnivača, tj. člana od osnivanja društva, nastaje tek po registraciji privrednog društva. Pravo na učešće u raspodeli dobiti kao apstraktno pravo ne može biti predmet nenovčanog uloga. Ukoliko je reč o još neraspoređenoj dobiti, gde još nije doneta odluka o raspodeli dobiti, moguće je izvršiti samo tzv. nominalno povećanje osnovnog kapitala iz neraspoređene dobiti, koje ne predstavlja povećanje osnovnog kapitala novim ulozima.[44] Tek od dana donošenja odluke o raspodeli dobiti nastaće konkretno potraživanje člana prema društvu, pa takvo već nastalo potraživanje može biti predmet nenovčanog uloga kao i svako drugo potraživanje koje je nastalo po nekom drugom osnovu prema društvu.[45]

---

[43] Vid. čl. 16 ZPD.

[44] Vid. čl. 146, st. 1, tačka 2. ZPD.

[45] Naime, najznačajnije imovinsko pravo koje pripada članovima društva s ograničenom odgovornošću jeste pravo na učešće u raspodeli dobiti. Ipak, to nije garantovano pravo. To je apstraktno pravo koje svoju konkretizaciju dobija tek nakon donošenja odluke o raspodeli dobiti. Prema članu 271. st. 2. Zakona, posle donošenja odluke o isplati dividende akcionar (član društva) postaje poverilac društva za iznos te dividende.

U ZPD se, u delu regulative o društvima s ograničenom odgovornošću, pretvaranje (konverzija) potraživanja prema društvu u osnovni kapital, bez opravdanog razloga, tretira posebnim načinom povećanja osnovnog kapitala, koji se razlikuje od povećanja osnovnog kapitala novim ulozima. To proističe iz odredbe člana 146, st. 1 ZPD koja glasi: „Osnovni kapital povećava se: 1. novim ulozima postojećih članova ili člana koji pristupa društvu; 2. pretvaranjem rezervi ili dobiti društva u osnovni kapital; 3. pretvaranjem (konverzijom) potraživanja prema društvu u osnovni kapital; 4. Statusnim promenama koje imaju za posledicu povećanje osnovnog kapitala; i 5. pretvaranjem (konverzijom) dodatnih uplata u osnovni kapital". U suštini, kada je predmet uloga potraživanje reč je o povećanju osnovnog kapitala novim ulogom postojećeg člana ili člana koji pristupa društvu. U prilog tome govori i odredba člana 295, stav 2. ZPD koja se nalazi u delu regulative o povećanju osnovnog kapitala akcionarskih društava i koja glasi: „Pod povećanjem osnovnog kapitala novim ulozima iz stava 1. tačka 1) ovog člana smatra se i konverzija duga u osnovni kapital."

Kao što je već pomenuto imovinskopravni zahtev koji proističe iz potraživanja može se javiti u novčanom ili nenovčanom obliku. U praksi rada registratora – Agencije za privredne registre, međutim, postoji shvatanje da se potraživanja prema društvu koja se pojavljuju u novčanom obliku imaju smatrati novim ulogom u novcu, a ne nenovčanim ulogom u pravima, ukoliko je društvo po nekom pravnom osnovu (npr. po osnovu ugovora o zajmu od člana ili lica koje pristupa društvu) prethodno primilo novac čije vraćanje duguje ulagaču (traže se potvrde o ranije izvršenim uplatama na račun društva).[46] Ovakav stav je pogrešan, jer je i takva vrsta potraživanja nenovčani ulog u pravima. Novac koji je društvo primilo nije se slio u društvo po osnovu uloga, već po nekom drugom pravnom osnovu (npr. po osnovu ugovora o zajmu), a prilikom povećanja osnovnog kapitala konverzijom potraživanja u osnovni kapital u celini ili delimično se gasi dug društva prema ulagaču koji zauzvrat upisije ulog i stiče udeo. U konkretnoj situaciji, međutim, ne vrši se uplata novog novčanog uloga, pa sledstveno tome sve što nije ulog u novcu, smatra se nenovčanim ulogom. Registrator ovde zapravo ne razlikuje potraživanje kao obligaciono pravo od predmeta samog prava (potraživanja) tj. imovinskopravnog zahteva koji proističe iz potraživanja, koji se može pojaviti u novčanom ili nenovčanom obliku. Ovo je bitno i zbog daljeg pravilnog

[46] Izvod iz jednog od rešenja APR, BD. 158283/2019 od 28.11.2019. godine: „ Uvidom u prijavu i dostavljenu dokumntaciju utvrđeno je da se prijavom traži registracija povećanja kapitala nenovčanim ulogom, dok je dostavljena odluka o povećanju kapitala u kojoj se kao osnov povećanja navodi konverzija potraživanja po osnovu ugovora o zajmu koje lice koje pristupa ima prema društvu, pa je očigledno da se radi o novčanom ulogu i trebalo je dostaviti prijavu, odluku o povećanju kapitala i ugovor o pristupanju člana društvu u kojima će biti navedeno da se radi o novčanom ulogu."

knjigovodstvenog evidentiranja sprovedenog postupka osnovnog kapitala. Knjigovodstveno posmatrano nakon ovakvog povećanja osnovnog kapitala doći će do isknjižavanja celokupnog ili dela duga društva prema ulagaču tj. delimičnog ili potpunog gašenja potraživanja ulagača prema društvu u korist upisa njegovog uloga u društvo. I sama zakonska odrednica „pretvaranje (konverzija) potraživanja u osnovni kapital"[47] govori u prilog tome da je reč o nenovčanom ulogu, jer je ulog samo potraživanje a ne plaćanje novca kao predmet istog. Interesantno je takođe da registrator u nekim drugim slučajevima u praksi glavnicu uplaćenog iznosa pogrešno tretira novčanim, a eventualne kamate ispravno nenovčanim ulogom, smatrajući na taj način samo kamatu ulogom u pravima i sledstveno tome vrstom nenovčanog uloga.

S obzirom na to da prilikom upisa uloga koji se sastoji u potraživanjima prema trećim licima ili drugom su-osnivaču ili članu društva nije reč o potraživanjima prema društvu, u praksi rada registratora – Agencije za privredne registre takvi vidovi upisa i unošenja uloga pravilno se tretiraju nenovčanim ulozima u pravima, a u slučaju povećanja osnovnog kapitala, povećanjem osnovnog kapitala novim nenovčanim ulozima u pravima u skladu sa članom 146, st. 1, tač. 1 ZPD, nezavisno od toga da li ta potraživanja glase na plaćanje ili nenovčanu činidbu.

Potraživanja koja ulagač ima prema su-osnivaču ili drugom članu društva s ograničenom odgovornošću. Potraživanja koja ulagač ima prema su-osnivaču ili drugom članu društva s ograničenom odgovornošću u našem pravu su podobna da se pojave kao nenovčani ulozi. Potraživanja koja ulagač ima prema drugom su-osnivaču ili članu društva u pojedinim pravnim sistemima (npr. Sr. Nemačkoj), međutim, nisu dopuštena kao nenovčani ulog[48] zbog solidarne odgovornosti članova za činidbu uloga prema društvu.[49] S obzirom na to da u srpskom ZPD ne postoji opšta odredba o solidarnoj odgovornost članova za vršenje činidbe uloga[50] smatramo da ne postoji smetnja da potraživanje koje jedan ulagač ima prema su-osnivaču ili drugom članu bude predmet nenovčanog uloga.

[47] Vid. ZPD, čl. 146, st. 1, tač. 3.

[48] Uwe Hüffer, Aktiengesetz, 4. Auflage, München 1999, 143.

[49] Za nemačko pravo vid. § 24 GmbHG i stavove vezane sa tim u H. Fleischer, W. Goette (2010), 531.

[50] Ne postoji opšte pravilo o solidarnoj odgovornosti članova za obavezu uplate odnosno unošenja uloga prema društvu. Postoji samo solidarna odgovornost prenosioca i sticaoca udela kada je predmet prenosa udeo po osnovu kojem nije u potpunosti izvršena obaveza uplate odnosno unosa uloga u skladu sa čl. 175, st. 2. koji glasi: „Prenosilac udela solidarno odgovara sa sticaocem udela za obaveze prema društvu po osnovu svog neuplaćenog odnosno neunetog uloga u osnovni kapital društva, kao i za obavezu dodatnih uplata u pogledu tog udela, prema stanju na dan prenosa udela."

Potraživanja koja ulagač ima prema trećim licima. Potraživanja koja ulagač ima prema trećim licima podobna su da budu predmet nenovčanog uloga u društvo, bilo prilikom osnivanja društva, bilo prilikom povećanja osnovnog kapitala, ukoliko ispunjavaju opšte uslove – da su prenosiva i da se mogu izraziti u novcu. Trećim licem smatraju se sva lica koja nisu samo društvo s ograničenom odgovornošću ili osnivač odnosno član društva u koje treba da se unese ulog. Čak iako je treće lice na neki način povezano sa ulagačem (povezano fizičko ili pravno lice)[51], ne postoji smetnja da potraživanje ulagača prema tom licu bude predmet nenovčanog uloga. Činjenica da može postojati uticaj ulagača na povezano lice, ne sprečava društvo da istakne zahtev za ispunjenjem tog potraživanja.[52]

4.2.2.4. Udeli i akcije kao nenovčani ulozi

Udeli ili akcije koje ulagač ima u drugom pravnom licu (npr. u drugom društvu s ograničenom odgovornošću ili akcionarskom društvu) mogu biti predmet činidbe nenovčanog uloga pod uslovom da su prenosivi/e tj. da su pre upisa uloga otklonjena sva ograničenja u vezi sa prenosom udela ili akcija (npr. kod društva s ograničenom odgovornošću ili akcionarskog društva koje nije javno, članovi nisu iskoristili pravo preče kupovine u skladu sa zakonom[53], osnivačkim aktom[54] ili statutom[55], a kod društava lica – npr. ortačkog društva je ortak obezbedio saglasnost ostalih ortaka za prenos udela na treće lice[56]). U slučaju izvršenja činidbe uloga čiji su predmet udeli ili akcije[57] dolazi do promene vlasnika udela ili akcija u drugom pravnom licu u korist društva u koje je uneta ova vrsta nenovčanog uloga.

S druge strane, udeo koji član ima u istom društvu s ograničenom odgovornošću u koje želi da izvrši ulaganje ne može biti predmet nenovčanog uloga, niti dovesti do povećanja osnovnog kapitala, jer bi takvo ulaganje za posledicu imalo sticanje sopstvenog udela.[58] Ovo iz razloga što je po istom udelu ulog već upisan,

[51] U pogledu povezanih lica vid čl. 62 ZPD.

[52] H. Fleischer, W. Goette (2010), 532.

[53] Vid. čl. 161-166 ZPD.

[54] Vid. čl. 167-170 ZPD.

[55] Vid. čl. 261. ZPD.

[56] Vid čl. 99, st. 1, tačka 1. ZPD koji glasi: „Ako ugovorom o osnivanju nije drugačije određeno, ortak ne može bez saglasnosti ostalih ortaka preneti svoj udeo trećem licu, što obuhvata i unos tog udela kao nenovčanog uloga u drugo privredno društvo."

[57] O akcijama kao mogućem predmetu nenovčanog uloga u društvo videti opširnije kod Grujić Aleksandar, „Akcije kao nenovčani osnivački ulog privrednog društva", Pravo – teorija i praksa, 1-2/2007, 25-35.

[58] Prema članu 157, st. 1 ZPD: „Sopstvenim udelom društva u smislu ovog zakona smatra se udeo ili deo udela koji društvo stekne od svog člana."

pa društvo ne bi dobilo vrednost novog uloga (kapitala), osim one vrednosti koju već potražuje od člana ili koji je već uplaćen ili unet. Osim toga, ZPD ne predviđa ovakav način sticanja sopstvenog udela pa sticanje sopstvenog udela po osnovu činidbe nenovčanog uloga svakako nije dopušteno.[59] U redovnim situacijama sticanja sopstvenog udela sa ili bez naknade (tj. teretnim ili besteretnim pravnim poslom) ili kao posledica istupanja ili isključenja člana iz društva nikada ne dolazi do povećanja osnovnog kapitala, već samo do promene vlasništva na udelu sa člana u korist društva.

Sporno je, međutim, da li sopstveni udeo ili sopstvene akcije koje je društvo steklo od svog člana ili akcionara mogu da budu predmet daljeg raspolaganja u vidu nenovčanog uloga u drugo društvo. Prema našem mišljenju, ukoliko su ispunjeni uslovi prenosivosti (npr. ostalim članovima je omogućeno vršenje prava preče kupovine, koje nisu iskoristili[60]) nema smetnje da sopstveni udeo ili sopstvene akcije budu predmet nenovčanih uloga u drugo društvo. Prenosom sopstvenog udela/akcija sa društva na drugo društvo po osnovu upisa uloga, preneti sopstveni udeo/akcije izaćiće iz režima sopstvenog udela/akcija i postaće vlasništvo društva u koje je izvršeno takvo ulaganje. Naime, prema članu 159 ZPD društvo u roku od tri godine od dana sticanja može sopstveni udeo: 1) raspodeliti članovima društva srazmerno učešću njihovih udela u osnovnom kapitalu društva, u skladu sa odlukom skupštine ili 2) preneti članu društva ili trećem licu uz naknadu, u kom slučaju svaki član društva ima pravo preče kupovine srazmerno visini svog udela u društvu. Dakle, s obzirom na to da je kod prenosa udela kao uloga u drugo društvo reč o raspolaganju uz naknadu (društvo prenosi sopstveni udeo i stiče udeo u drugom društvu), nema smetnje da se i takvo raspolaganje sopstvenim udelom izvrši u roku od tri godine od dana sticanja[61], ukoliko budu poštovana pravila o pravu preče kupovine koje je ustanovljeno u korist članova društva. Regulativa o raspolaganju sopstvenim akcijama je slična ovoj koja je se odnosi na raspolaganje sopstvenim udelom, s tim što se pominje termin otuđenje[62], pa takođe smatramo da uz poštovanje pravila, ograničenja i rokova za otuđenje[63] i sopstvene akcije mogu da budu predmet nenovčanog uloga. U slučaju prenosa sopstvenog udela/akcija na drugo

[59] Vid. čl. 157, st. 2.

[60] Vid. čl. 159, st. 1, tač.2.

[61] Vid. čl. 159, st. 3 ZPD. Treba napomenuti da se rok od 3 godine za raspolaganje sopstvenim udelom ne odnosi na društva koja su stekla sopstveni udeo pre 1. oktobra 2018. godine. Opširnije o tome videti kod Vladimir Marjanski, „Vrste, cilj (svrha) i načini smanjenja osnovnog kapitala društva s ograničenom odgovornošću“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/2018, 1041-1043.

[62] Vid čl. 287 ZPD.

[63] Vid čl. 288 ZPD.

društvo po osnovu činidbe nenovčanog uloga, doći će do situacije u kojoj će društvo „a“ koje je posedovalo sopstveni udeo/akcije postati vlasnik udela u društvu „b“, a društvo „b“ će postati vlasnik udela/akcija u društvu „a“. Ukoliko oba društva uzajamno po tom osnovu steknu 25% učešća u kapitalu drugog društva biće reči o društvima sa uzajamnim učešćem u kapitalu u skladu sa članom 553 ZPD.

Konačno, predlog Zakona o izmenama i dopunama Zakona o privrednim društvima, koji je nalazi u skupštinskoj proceduri od 14. novembra 2019. godine, uvodi u pravo društava s ograničenom odgovornošću novi institut – rezervisani sopstveni udeli. Rezervisanim sopstvenim udelom društva u smislu ovog zakona smatra se udeo koji društvo besteretno stiče od člana društva, radi dodele finansijskog instrumenta-pravo na sticanje udela.[64]

Isti, međutim, ne mogu biti predmet nenovčanog uloga u drugo društvo jer su u tom smislu neprenosivi. Rezervisani sopstveni udeo ne može se založiti, niti se rezervisanim sopstvenim udelom može raspolagati, osim na način propisan zakonom.[65] Rezervisani sopstveni udeli namenjeni su za dodelu zaposlenima, članovima uprave, ivestitorima, konsultantima i to putem posebnog finansijskog instrumenta – prava na sticanje udela.

4.2.2.5. Prava intelektualne svojine i druga nematerijalna imovinska prava

Predmet nenovčanog uloga mogu biti zaštićena prava intelektualne svojine koja su prenosiva i čija se vrednost može izraziti u novcu, kao npr. pravo na patent, tehničko unapređenje, uzorak, model, robni žig, izdavačka i autorska prava uz ispunjenje gore opisanih opštih uslova.

Pored prava na patentu koje predstavlja subjektivno imovinsko pravo na intelektualnom (duhovnom dobru)[66] koje svom nosiocu daje neposrednu pravnu vlast na određenom predmetu, pronalasku[67], predmet nenovčanog uloga može biti i licenca kao pravo koje je uže od prava na predmetu intelektualne svojine koji je pravno zaštićen i koje podrazumeva pravo iskorišćavanja pronalaska, tehničkog unapređenja, uzorka, modela ili žiga. U tom smislu predmet nenovčanog

[64] Čl. 4 predloga Zakona o izmenama i dopunama Zakona o privrednim društvima (budući član 159a, st. 1 ZPD.).

[65] Čl. 4 predloga Zakona o izmenama i dopunama Zakona o privrednim društvima (budući član 159a, st. 2 ZPD.).

[66] Sandra Fišer, Patent kao subjektivno pravo, Novi Sad 2007, 170.

[67] Ibidem, 168.

uloga može biti isključiva ili neisključiva licenca koja se daje radi iskorišćavanja određenog pravno zaštićenog predmeta intelektualne svojine.[68]

Predmet nenovčanog uloga mogu biti i druga prava koja nisu posebno zaštićena – registrovana i objavljena. Ona se ne registruju i ne objavljuju jer je jedna od njihovih osnovnih karakteristika upravo tajnost i njihova ekonomska vrednost se, pored ostalog, zasniva i na tajnosti, tj. da nisu poznata opštoj javnosti. To su tzv. znanja i iskustva (engl. *know how*) koja ulagač poseduje. U tom smislu predmet nenovčanog uloga mogu biti neregistrovani i neobjavljeni pronalasci, metode i tehnike proizvodnje, recepture, različita znanja i iskustva u vezi sa vođenjem poslova, finansija i dr. ukoliko ispunjavaju gore opisane opšte uslove: da su prenosivi/a i da se mogu izraziti u novcu.

U pravnoj teoriji je sporno da li predmet nenovčanog uloga može biti i unapred određen krug kupaca/korisnika usluga i ukoliko može pod kojim uslovima. Prema vladajućem mišljenju unapred određen krug kupaca/korisnika usluga može biti podoban da bude predmet nenovčanog uloga[69], ukoliko se vrednost takvog nenovčanog uloga može odrediti u novcu i ukoliko kupci/korisnici usluga obezbede prenosivost već nastalih ugovora svojom saglasnosnošću ili naknadnim odobrenjem (ustupanje ugovora) tj. da se ugovorni odnosi nastave sa drugim subjektom, u ovom slučaju društvom koje treba da primi ovu vrstu nenovčanog uloga. Dakle, od spremnosti kupaca/korisnika usluga da promene poslovnog partnera zavisi mogućnost da unapred određen krug kupaca/korisnika usluga bude predmet nenovčanog uloga.

Dozvole, koncesije, druge povlastice i oslobođenja data ili priznata ulagaču mogu biti predmet nenovčanog uloga pod opštim uslovima: da su prenosive/a sa ulagača na društvo i da se mogu izraziti u novcu. U vezi sa njihovim prenosom je uglavnom neophodno pribaviti saglasnost javnog partnera ili nadležnog organa i ukloniti ograničenja u vezi sa njihovim prenosom, uspostavljena njihovim davanjem u skladu sa posebnim propisima.[70]

Naziv društva (firma) kao deo poslovnog imena ne može biti predmet nenovčanog uloga[71] jer je vezan za privredno društvo i ne može se odvojeno preno-

---

[68] H. Fleischer, W. Goette (2010), 526.

[69] Ibid.

[70] Vid. npr. Zakon o javnoprivatnom partnerstvu i koncesijama, „Sl. Glasnik RS“, br. 88/2011, 15/2016, 104/2016. ZPD sadrži samo odredbu o prenosu dozvola i koncesija u postupku statusne promene. Prema čl. 505, st. 3, tač. 4: „dozvole, koncesije, druge povlastice i oslobođenja data ili priznata društvu prenosiocu prelaze na društvo sticaoca u skladu sa ugovorom o statusnoj promeni, odnosno planom podele, osim ako je propisima kojim se uređuje njihovo davanje drugačije određeno“.

[71] Za austrijsko pravo videti Max Gellis, Kommentar zum GmbH – Gesetz, 4. Auflage, Wien 2000, 104.

siti, kao nenovčani ulog. Prenos naziva je moguć samo u statusnoj promeni. Naziv društva ne može se preneti na drugo društvo, osim kao posledica statusne promene u kojoj taj naziv preuzima društvo sticalac od društva prenosioca koje statusnom promenom prestaje da postoji.[72]

Poslovni ugled na tržištu (*good will*)[73], kao vid nematerijalne imovine ne može biti predmet nenovčanog uloga jer se ne može izolovano prenositi odvojeno od privrednog društva koje ga poseduje.[74]

5. ZAKLJUČAK

Domaća regulativa u vezi sa nenovčanim ulozima u društvo s ograničenom odgovornošću je siromašna, nije dovoljno razrađena i precizna. Zakon o privrednim društvima ne sadrži definiciju nenovčanih uloga, već samo sadrži odredbu o tome da nenovčani ulozi mogu biti u stvarima i pravima, ako tim zakonom za pojedine forme društava nije drugačije određeno.[75] Prema trenutno važećem ZPD ulozi u društvo s ograničenom odgovornošću mogu biti isključivo u stvarima i pravima.

U uporednom pravu uglavnom se sreće negativna definicija nenovčanih uloga. Nenovčani ulozi ulozi su oni kod kojih se činidba uloga ne vrši u novcu. Ovakva negativna definicija nenovčanih uloga ostavlja otvoreno pitanje, šta se to konkretno, a da nije novac, može smatrati dopuštenim ulogom u društvo. Bez obzira na sve nedostatke pomenute definicije, smatramo da ista barem otklanja nedoumice šta se svakako ne može smatrati ulogom u novcu. S obzirom na to da naš ZPD ne sadrži nikakvu definiciju nenovčanih uloga, u praksi rada Agencije za privredne registre u pojedinim slučajevima postoji problem razlikovanja uloga u novcu od nenovčanih uloga. Ovakav primer je posebno naveden u delu rada o potraživanjima prema društvu kao vrsti nenovčanog uloga.

Pored toga, odredba iz ZPD da nenovčani ulozi mogu biti u stvarima i pravima takođe nije dovoljno jasna i razrađena.

Stoga je predmet analize u ovom radu bilo pojašnjenje opštih uslova koje nenovčani ulozi generalno, ali i pojedini pojavni oblici nenovčanih uloga (naro-

[72] ZPD, čl. 26, st. 1.

[73] Good will (u bukvalnom prevodu na srpski „dobar glas“) u sebi uključuje različite parametre kao npr. vrednost brenda, vrednost ljudi (intelektualni kapaciteti), vrednost market share i dr.

[74] H. Fleischer, W. Goette (2010), 526.

[75] Vid. ZPD, čl. 45, st. 3.

čito prava) treba da ispunjavaju kako bi bili podobni da budu predmet obaveze unošenja uloga u društvo.

Da bi određen nenovčani ulog bio podoban da bude predmet obaveze unošenja uloga u društvo neophodno je da ispunjava određene uslove. Uopšteno, neophodno je da je reč o takvom ulogu koji ima odredivu ekonomsku (privrednu) vrednost koja se može izraziti u novcu i da je podoban za prenos kako bi bio „uveden" u imovinu društva s ograničenom odgovornošću kome bi dalje isključivo bio na raspolaganju i koji je kao i novac podoban da vodi formiranju osnovnog kapitala. U skladu sa navedenim, svaki nenovčani ulog mora da „izdrži" test provere na osnovu dve opšte indikacije (uslova) podobnosti nenovčanog uloga kao predmeta obaveze unošenja uloga. To su: 1. odredivost novčane protivvrednosti nenovčanog uloga i 2. podobnost prenosa sa ulagača na društvo.

U pravnoj teoriji posebno je sporno pitanje kada se smatra da je ispunjen uslov prenosivosti, a naročito povodom toga da li je za ispunjenje uslova prenosivosti neophodno da isti bude podoban da za dalji prenos (otuđenje) sa društva na treće lice, kao i da li je neophodno da isti može da bude predmet prinudnog izvršenja po osnovu potraživanja koja poverioci imaju prema društvu. Prema vladajućem mišljenju, da bi bio ispunjen uslov prenosivosti, nije nužno da isti bude podoban i za dalji prenos (otuđenje) sa društva na treće lice, niti da bude predmet prinudnog izvršenja po osnovu potraživanja koja poverioci imaju prema društvu. Dovoljno je da isti nakon izvršenja obaveze unosa uloga ostane na raspolaganju isključivo društvu kao pravnom licu, da se društvo nakon unosa uloga nađe u takvoj pravnoj poziciji koja onemogućava ulagača da ga povuče jednostranom izjavom volje ili da bude opterećen zahtevima trećih lica i da nenovčani ulog ima upotrebnu vrednost za društvo čijom se eksploatacijom (iskorišćavanjem) unapređuju ekonomske perfomanse društva, što u širem smislu istovremeno poboljšava i položaj poverilaca društva. Zbog ovakvog shvatanja je i podobnost bilansnog evidentiranja odbačena kao uslov podobnosti nenovčanog uloga kao predmeta obaveze unošenja uloga u društvo.

Konačno, U ZPD, u delu regulative o društvima s ograničenom odgovornošću, pretvaranje (konverzija) potraživanja prema društvu u osnovni kapital, bez opravdanog razloga, se tretira posebnim načinom povećanja osnovnog kapitala, koji se razlikuje od povećanja osnovnog kapitala novim ulozima. Nesumnjivo je da je tada takođe reč o novom nenovčanom ulogu, uprkos pogrešnoj praksi rada registratora koji potraživanja prema društvu koja u sebi sadrže imovinskopravni zahtev za plaćanje tj. glase na novčanu činidbu, bez osnova tretira novim novčanim ulogom, što je detaljno u radu kritikovano.

LITERATURA I IZVORI

Anja Verena Steinbeck, „Obligatorische Nutzungsüberlassung als Sacheinlage und Kapitalersatz“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Volume 5, Issue 1, 116-142.

Briggite Knobbe Keuk, „Obligatorische nutzungsrechte als Sacheinlagen in Kapitalgesselschaften?“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Volume 9, Issue 2, 214-224.

Vladimir Marjanski, „Vrste, cilj (svrha) i načini smanjenja osnovnog kapitala društva s ograničenom odgovornošću“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2018, 1041-1043.

Vladimir Marjanski, „Odluka o povećanju osnovnog kapitala društva s ograničenom odgovornošću novim ulozima“ *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3-1/2017, 753-766.

Vladimir Marjanski, „Sporedne činidbe kao dodatna obaveza člana društva s ograničenom odgovornošću“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4/2016, 1281-1293.

Grujić Aleksandar, „Akcije kao nenovčani osnivački ulog privrednog društva“, *Pravo – teorija i praksa,* 1-2/2007, 25-35.

Zoran Arsić, „Nenovčani ulog i nemogućnost izvršenja obaveze unošenja uloga u društvo“, *Pravo i privreda*, br. 9-10/1998, 21-29.

Karlsten Schmidt, Marcus Lutter (Hrsg.), *Aktiengesetz Kommentar – Band I*, Köln 2008.

Max Gellis, *Kommentar zum GmbH – Gesetz*, 4. Auflage, Wien 2000.

Notker Polley Kommentar in: *Aktienrecht und Kapitalmarktrecht* (Hrsg. Thomas Heidel), 4. Auflage, Baden-Baden, 2014.

Ulog u društvo sa ograničenom odgovornošću, https://osnivanjepreduzeca.rs/ulog-u-drustvo-sa-ogranicenom-odgovornoscu/, 29. novembar 2019. godine.

Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, 4. Auflage, München 1999.

Holger Fleischer, Wulf Goette (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränker haftung – GmbHG, Band I*, München 2010.

Holger Fleischer, Wulf Goette (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränker haftung – GmbHG, Band III*, München 2011.

Zakon o privrednim društvima, „*Sl. Glasnik RS*“ br. 36/11,99/11, 83/14 – dr. zakon, 5/15, 44/18 i 95/18.

Zakon o privrednim društvima iz 2004. godine, „*Službeni glasnik RS*“, br. 125/04.

Zakon o javnoprivatnom partnerstvu i koncesijama, „*Sl. Glasnik RS*“, br. 88/2011, 15/2016, 104/2016.

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG (prevod: Zakon o društvima s ograničenom odgovornošću SR. Nemačke), „*RGBI.*“ S. 477 – 20 April 1892...“*BGBI“* I S, 2446, 2492 – 17 July 2017.

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG, (prevod: Zakon o društvima s ograničenom odgovornošću Republike Austrije) „*RGBl.*“ Nr. 58/1906, – 6. März 1906... „*BGBl.*“ I Nr. 71/2018.

Second Council Directive of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent – skraćeno: Second Company Law Directive (prevod: Druga kompanijska direktiva EU), „*Official Journal of the European Comunities*“, Volume 20 N o L 26, 77/91/EEC.

Izvod iz jednog od rešenja APR, BD. 158283/2019 od 28.11.2019. godine

Vladimir Ž. Marjanski, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
V.Marjanski@pf.uns.ac.rs

Eligibility of a Contributions in Kind as a Subject of an Obligation to Invest in a Limited Liability Company

Abstract: *A contribution is an economic value that, whether in cash or in kind form, is always expressed in money, which the founder, member or person accessing the company subscribes to, pays and, or enters into the company and from which the share capital is formed. According to the Serbian Law on Companies, the contributions in company may be pecuniary or in kind and are expressed in dinars. However, the Serbian Companies Act does not contain a definition of contributions in kind, but only a provision that contributions in kind may be in matters and rights, unless otherwise provided by that law for certain forms of companies. In comparative law, a negative definition of contributions in kind is generally encountered. Contributions in kind are contributions where the contribution is not made in cash. Such a negative definition of contributions in kind leaves open the question of what concrete, but not money, can be considered a permissible contribution in company. The provision of the Serbian Law on Companies that contributions in a limited liability company can be exclusively in matters and rights is also not sufficiently clear and elaborated, so the object of the analysis of this paper will be to clarify the general conditions that contributions in kind generally, as well as certain emerging forms of contributions in kind (especially rights) should be fulfilled in order to be eligible to be subject to an obligation to enter contributions.*

Keywords: *contributions, contributions in kind, transferability to the company, share capital, limited liability company.*

Datum prijema rada: 10.12.2019.

Originalni naučni rad 341.63:339.727.22
doi:10.5937/zrpfns53-24433

Dr Petar M. Đundić, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
P.Djundic@pf.uns.ac.rs

PROCESNE PRETPOSTAVKE ZA PRIMENU KLAUZULE O USKRAĆIVANJU POGODNOSTI U INVESTICIONOJ ARBITRAŽI: ZAŠTO JE TEŠKO REĆI NE?*

***Sažetak**: Međunarodni ugovori o zaštiti i podsticanju ulaganja predstavljaju svojevrsnu pogodbu kojom država prijema ulaganja obezbeđuje posebnu materijalnopravnu zaštitu ulagačima druge države ugovornice, motivisana željom za privlačenjem stranog kapitala. Međutim, korporativna struktura ulaganja može biti tako organizovana da se iza zaštićene investicije, kao njen krajnji vlasnik, „krije" fizičko ili pravno lice kojem takva zaštita nije namenjena. Klauzula o uskraćivanju pogodnosti (engl. Denial of Benefits Clause) je instrument koji bi trebalo da državi omogući uskraćivanje ovakvim ulaganjima zaštite predviđene sporazumom. U ovom radu se razmatra primena klauzule o uskraćivanju pogodnosti od strane arbitražnih sudova, pri čemu se poseban naglasak stavlja na procesna ograničenja koja su se u dosadašnjoj arbitražnoj praksi pokazala kao značajna prepreka za efikasnu upotrebu klauzule u investicionim sporovima.*

***Ključne reči**: klauzula o uskraćivanju pogodnosti, investicioni spor, investiciona arbitraža, nadležnost arbitražnog suda*

1. UVOD

U novembru 2018. godine, arbitražni sud pod okriljem Međunarodnog centra za rešavanje investicionih sporova (engl. *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, u daljem tekstu: IKSID) doneo je odluku kojom odbija

* Rad je nastao kao rezultat rada na projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi" čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

prigovore nenadležnosti u predmetu Mera protiv Srbije (*Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia*).[2] Spor protiv Srbije pokrenulo je kiparsko privredno društvo na osnovu odredaba Sporazuma između Srbije i Crne Gore i Republike Kipar o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja.[3] Arbitražno veće je prihvatilo nadležnost bez obzira na činjenicu što je krajnji vlasnik kiparskog tužioca, posredstvom društva registrovanog u Panami, državljanin Srbije.[4] Argument Srbije – da cilj i svrha Sporazuma u pitanju ne mogu biti ostvareni pružanjem zaštite ulaganju srpskog biznismena koji ulaže sredstva poreklom iz Srbije, u poslovni poduhvat u Srbiji[5] – arbitražni sud je odbio, sa obrazloženjem da je argument u suprotnosti sa tekstom Sporazuma.[6]

Slučajevi u kojima se kao tužioci u investicionoj arbitraži javljaju strana pravna lica koja su u svojini ili pod kontrolom državljana tužene države nisu bili nepoznati u praksi ni pre donošenja odluke u predmetu Mera protiv Srbije.[7] Mogućnost da se domaći ulagač „sakrije" iza pravnog lica koje je osnovano u inostranstvu i izvede sopstvenu državu pred međunarodni arbitražni sud postoji, pre svega, zahvaljujući širokim definicijama pojma „ulagača" i „ulaganja" u dvostranim sporazumima o podsticanju i zaštiti ulaganja (engl. *Bilateral Investment Treaties*, u daljem tekstu: BIT) i dominantnoj nespremnosti arbitražnih sudova da prihvate postojanje ograničenja sopstvene nadležnosti koje nije izričito propisano relevantnim BIT-ovima. Ako ovakva odredba definiše ulagača druge države ugovornice kao pravno lice osnovano na njenoj teritoriji u skladu sa propisima ove države, arbitražni sud se najčešće neće upustiti u ispitivanje porekla kapitala tužioca ili pitanja da li ga faktički kontroliše drugo pravno ili fizičko lice koje ne bi uživalo zaštitu po BIT-u. Ovakav pristup, iako nije lišen kontroverzi,[8] pravda se shvatanjem da nije na arbitražnom sudu da nametne ograničenja u pogledu do-

[2] Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia (ICSID Case No. ARB/17/2), Decision on Jurisdiction, 30 November 2018.

[3] Službeni list SCG – Međunarodni ugovori, br. 14/2005.

[4] Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia, pasus br. 5.

[5] Ibid., pasusi br. 137-139.

[6] Ibid., pasus br. 150.

[7] Vid. Tokios Tokeles v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/02/18), Decision on Jurisdiction, 29 April, 2004. Takođe, The Rompetrol Group N. V. v. Romania (ICSID Case NO. ARB/06/3), Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008. Vid., takođe, Maja Stanivuković, Domaći ulagač kao tužilac u međunarodnom investicionom sporu, Pravna riječ, 2012, tom 9, br. 33, 127-143.

[8] Vid. Izdvojeno mišljenje (Dissenting Opinion) arbitra Prospera Vejla (Prosper Weil) u predmetu Tokios Tokeles v. Ukraine. Za kritiku odluke arbitražnog suda u ovom predmetu i shvatanja da zaštita u međunarodnoj arbitraži treba da bude pružena i investicijama koje kontrolišu državljani države prijema vidi: Sanja Đajić, O ciljnom tumačenju međunarodnih ugovora o zaštiti stranih ulaganja: od preambule do preambule, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/2015, 586-589.

mašaja BIT-a ako takvo ograničenje nije prisutno u njegovom tekstu, te da postoji obaveza ovog suda da prihvati nadležnost kada ona proističe iz izvora koji predstavlja jurisdikcionu osnovu njegovog postupanja.[9]

Vremenom su, međutim, u ugovornoj praksi države razvile instrumente namenjene sprečavanju domaćih pravnih i fizičkih lica ili lica koja pripadaju trećim državama da se koriste pogodnostima koje bi trebalo da budu rezervisane samo za ulagače drugih država ugovornica. Jedan od instrumenata, koji se jednako koristi u multilateralnim sporazumima o zaštiti ulaganja i BIT-ovima, jeste klauzula o uskraćivanju pogodnosti (engl. *Denial of Benefits Clause*).[10] Klauzula u pitanju predstavlja odredbu međunarodnog ugovora o zaštiti ulaganja koja državi ugovornici (državi prijema ulaganja) pruža mogućnost da uskrati prava predviđena tim ugovorom (ili jednim njegovim delom) pravnom licu koje ne obavlja značajnu poslovnu aktivnost na teritoriji druge države ugovornice i koje je u svojini ili pod kontrolom lica koja su državljani države prijema ili treće države (države koja nije ugovornica).[11]

Sporazumi koji u sebi sadrže klauzulu o uskraćivanju pogodnosti razlikuju se međusobno u pogledu teksta klauzule pri čemu se, načelno, mogu podeliti u dve grupe. Prvu čine oni čiji je prevashodni cilj da spreče tzv. *free-riding* efekat – pojavu da se pogodnostima sporazuma koriste državljani trećih država, odnosno država koje nisu preuzele recipročnu obavezu prema državi prijema ulaganja.[12] Ovakvi sporazumi uskraćuju pogodnosti samo državljanima (fizičkim i pravnim licima) država koje nisu ugovornice. Karakterističan primer predstavlja odredba čl. 17 Sporazuma o energetskoj povelji (*Energy Charter Treaty*), multilateralnog sporazuma namenjenog, između ostalog, zaštiti ulaganja u energetskom sektoru:[13]

---

[9] Vid., Tokios Tokeles v. Ukraine, pasus br. 36.

[10] Klauzula o uskraćivanju pogodnosti se relativno retko javlja u sporazumima o zaštiti ulaganja. Prema podacima Komisije Ujedinjenih nacija za trgovinu i razvoj manje od deset procenata ovakvih sporazuma danas sadrži ovakvu klauzulu. Vid. Loukas Mistelis (Mistelis), Crina Baltag (Baltag), „Denial of Benefits" Clause in Investment Treaty Arbitration, Queen Mary University of London School of Law, Legal Studies Research Paper No. 293/2018, 1. Studija je dostupna u elektronskom obliku na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300618.

[11] Vid. Jorun Baumgartner (Baumgartner), Treaty Shopping in International Investment Law, Oxford University Press, Oxford, 2016, 116.

[12] Vid. Lindsay Gastrell (Gastrel), Paul-Jean Le Cannu (Lekanu), Procedural Requirements of „Denial of Benefits" Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions, ICSID Review, Vol. 30, 1/2015, 81; Takođe, Maja Stanivuković, State – Investor Disputes Connected to Foreign Investment in the Nuclear Energy Sector: a Review of the Two Cases Arising under the Energy Charter Treaty, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/2011, 266, 267,

[13] Tekst ovog sporazuma, kao i ostalih sporazuma koji se pominju u ovom radu, dostupan je na specijalizovanoj internet stranici Komisije Ujedinjenih nacija za trgovinu i razvoj: https://investmentpolicy.unctad.org/. Vid., takođe, čl. 1113(2) Severnoameričkog sporazuma o slobod-

Svaka Strana Ugovornica zadržava pravo da uskrati prednosti ovog dela:
(1) Pravnom licu, ako su državljani treće države vlasnici tog pravnog lica ili ga kontrolišu i to lice ne ostvaruje značajnu poslovnu aktivnost na području Strane Ugovornice u kojoj je organizovano; ili
...

Drugu grupu sporazuma čine oni koji krug adresata klauzule o uskraćivanju pogodnosti definišu šire. U novijim sporazumima o podsticanju i zaštiti ulaganja pogodnosti se uskraćuju i investitorima (privrednim društvima) druge države ugovornice koji su pod kontrolom ili u svojini državljana države prijema ulaganja.[14] Takvu klauzulu sadrži i BIT između SAD i Urugvaja (2005):

Ugovornica može uskratiti pogodnosti iz ovog Sporazuma ulagaču druge Ugovornice koji je privredno društvo te Ugovornice i ulaganju tog ulagača ako privredno društvo ne preduzima značajnu poslovnu aktivnost na teritoriji druge Ugovornice i ako ulagač treće države ili Ugovornice koja uskraćuje pogodnosti poseduje ili kontroliše to privredno društvo.[15]

U izvesnom broju investicionih sporova tužene države su pokušale da se koriste klauzulom o uskraćivanju pogodnosti. To je dovelo da nastanka arbitražne prakse koja pokazuje da su mnoga pitanja u vezi sa primenom ove klauzule još uvek problematična. Neka od njih se odnose na procesne pretpostavke za upotre-

noj trgovini (North American Free Trade Agreement) i čl. 13 BIT-a između SAD i Hrvatske (1996).

[14] Vid., na primer, čl. 23(1) BIT-a između Japana i Argentine (2018) ili BIT između Argentine i Ujedinjenih Arapskih Emirata (2018).

[15] Član 17, stav 1. Naglasak autora. Sličnu odredbu sadrže čl. 9 BIT-a između Azerbejdžana i Srbije (Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 8/2011) i član 19 BIT između Kanade i Srbije (Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 8/2015). U oba sporazuma koje je zaključila Srbija, međutim, tekst klauzule o uskraćivanje pogodnosti u verziji na srpskom jeziku odstupa od one na engleskom (u slučaju BIT-a sa Kanadom i od teksta na francuskom jeziku). Dok se iz verzije teksta na engleskom jeziku može jasno zaključiti da se uskraćivanje pogodnosti odnosi na društva druge države ugovornice koje poseduje ili kontroliše državljanin države prijema, iz člana 19 BIT-a sa Kanadom u verziji na našem jeziku, na primer, sledi da se klauzula primenjuje na društva osnovana u drugoj državi ugovornici koja su u svojini ili pod kontrolom državljana treće države ili državljana „...Strane kojoj se uskraćuju pogodnosti...“. Ovde je u pitanju očigledna omaška koja se, doduše, uporno pojavljuje u tekstovima srpskih BIT-ova (kao primer se može navesti i član 13 stav 1 tačka a) novog BIT sa Turskom od 2018. godine koji još uvek nije stupio na snagu ili član 12 Model BIT Srbije od 2014. godine). Pomenutu odredbu bi trebalo tumačiti tako da, kada je Srbija u pitanju, postoji mogućnost da se pogodnosti iz BIT-a uskrate ne samo investitorima treće države koji kontrolišu kanadsko privredno društvo, već i onda kada je kanadsko društvo u svojini ili pod kontrolom srpskih državljana. Isto važi za relevantne odredbe srpskih BIT-ova sa Azerbejdžanom i Turskom.

bu ove klauzule i njeno dejstvo, a druga na tumačenje materijalnopravnih uslova za uskraćivanje pogodnosti ulagaču. Svrha ovog rada je da analizira način na koji su arbitražni sudovi rešili pitanja u vezi sa procesnim pretpostavkama za primenu klauzule i da ponudi zaključak o tome u kojoj meri je klauzula o uskraćivanju pogodnosti efikasno sredstvo za postizanje cilja koji nije izričito proklamovan ali nedvosmisleno proističe iz unošenja ovakve odredbe u sporazume o zaštiti ulaganja – da se spreči zloupotreba mehanizma pružanja zaštite ulagačima od strane subjekata kojima takva zaštita nije namenjena. Sa tim ciljem, u nastavku rada se obrađuju problemi koji su se do sada najučestalije javljali u arbitražnoj praksi.

2. DA LI POSTOJI OBAVEZA DRŽAVE DA SE POZOVE NA KLAUZULU O USKRAĆIVANJU POGODNOSTI?

Jedno od pitanja koje se nužno javlja u svakom postupku u kojem dolazi u obzir primena klauzule o uskraćivanju pogodnosti jeste da li klauzula deluje automatski, tj. da li se njena primena aktivira kada su ispunjeni uslovi definisani klauzulom ili država mora da uzme aktivnu ulogu – da se pozove na klauzulu i obavesti ulagača da su mu pogodnosti uskraćene.[16] Odgovor zavisi od načina na koji je klauzula formulisana.[17] Takozvane automatske klauzule, koje ne zahtevaju to da se države na njih prethodno pozovu ekstremno se retko pojavljuju u BIT-ovima.[18] Kao posledica toga, dostupna arbitražna praksa odnosi se samo na primenu klauzula koje su diskrecione po svojoj prirodi. Imajući to u vidu, činjenica konstatovana u literaturi – da arbitražni sudovi složno zaključuju kako država prijema ulaganja mora da se pozove na klauzulu o uskraćivanju pogodnosti da bi ona proizvela dejstvo,[19] ne predstavlja veliko iznenađenje.

Potreba da država aktivno istakne odbranu zasnovanu na klauzuli o uskraćivanju pogodnosti prvi put je konstatovana od strane arbitražnog suda u predmetu Plama protiv Bugarske (*Plama v. Bulgaria*), u kontekstu tumačenja stava 1

[16] Vid. . L. Mistelis, C. Baltag, op. cit., 13.

[17] Vid. United Nations Conference for Trade and Development, Scope and Definition, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2011, 92.

[18] Pretraga internet baze podataka Konferencije Ujedinjenih nacija za trgovinu i razvoj (https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iia-mapping) pokazuje da od 2577 sporazuma sadržanih u ovoj bazi, samo 9 sadrži klauzulu formulisanu na ovaj način. Internet stranica posećena 19.10.2019. Jedan od primera ovakve klauzule je odredba člana 14 BIT-a između Srbije i Ujedinjenih Arapskih Emirata (Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 3/2013) koja naglašava da „Privilegije ovog Sporazuma neće biti dostupne...“ (engl. Benefits of this Agreement shall not be available…”) određenom krugu ulagača.

[19] Vid. L. Gastrell, P. Le Cannu, op. cit., 82.

člana 17 Ugovora o energetskoj povelji i kao odgovor na argument Bugarske da primena klauzule nije uslovljena bilo kakvom aktivnošću države:

> *„Prema gledištu arbitražnog suda, postojanje „prava" se razlikuje od njegovog korišćenja. Na primer, ugovorna strana može imati pravo da istakne tužbeni zahtev u arbitraži; ali ne može biti arbitraže ako to pravo ne bude iskorišćeno i dok se to ne dogodi. Na isti način, Strana Ugovornica ima pravo na osnovu člana 17(1) Ugovora o energetskoj povelji da uskrati ulagaču pogodnosti iz Dela III; ali nije obavezna da iskoristi ovo pravo; i moguće je da to nikada ni ne učini...*"[20]

Ovakvo gledište je izričito prihvaćeno od strane drugih arbitražnih sudova koji su tumačili klauzulu o uskraćivanju pogodnosti iz Ugovora o energetskoj povelji[21] a prećutno i od strane arbitražnih sudova koji su primenjivali „diskrecionu" klauzulu prisutnu u drugim sporazumima.[22]

3. VREMENSKO OGRANIČENJE ZA KORIŠĆENJE KLAUZULE O USKRAĆIVANJU POGODNOSTI

Konstatacija da je država dužna da se pozove na klauzulu o uskraćivanju pogodnosti nužno sa sobom nosi pitanje do kog trenutka je moguće isticanje ovakve odbrane. Arbitražna praksa je u ovom delu nekonzistentna. Problem je u tome što navedeno pitanje najčešće nije normirano u sporazumima o zaštiti ulaganja i što odgovor na njega zavisi od shvatanja o tome da li uskraćivanje pogodnosti može da ima retroaktivno dejstvo i da li utiče na nadležnost arbitražnog suda. Sva ova pitanja se u suštini svode na jedno osnovno: može li tužena država da se pozove na uskraćivanje pogodnosti u arbitražnom postupku, odnosno onda kada je ulagač već pokrenuo arbitražu?

---

[20] Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, pasus br. 155.

[21] Vid., na primer, Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia (PCA Case No. 2005-04/AA227), Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, pasus br. 456; Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. and CAUC Holding Company Ltd. v. Government of Mongolia and Monatom Co., Ltd. (PCA Case No. 2011-09), Decision on Jurisdiction, 25 July 2012, pasus br. 419; Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/1), Award, 16 May 2018, pasusi br. 234, 235.

[22] Vid. Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/12/11), Decision on Jurisdiction, 1 February 2016. U ovom predmetu arbitražno veće raspravlja, između ostalog, o tome da li su bili ispunjeni uslovi za validno pozivanje Egipta na klauzulu o uskraćivanju pogodnosti iz BIT-a sa SAD. Vid. pasus br. 131 i dalje.

U ovom pogledu najrestriktivnije tumačenje usvajaju arbitražni sudovi formirani pod okriljem Ugovora o energetskoj povelji. Međutim, ni oni ne nude jednoobrazno tumačenje. Arbitražno veće u predmetu Plama protiv Bugarske je zaključilo da potencijalni investitor, prilikom donošenja odluke o ulaganju, mora na razuman način biti obavešten o tome da li je država prijema odlučila da mu uskrati pogodnosti koje se odnose na materijalnopravni tretman njegovog eventualnog ulaganja.[23]

Slično tome, arbitražni sud u predmetu Kan protiv Mongolije (*Khan v. Mongolia*) se poziva na proklamovani cilj Ugovora o energetskoj povelji – stvaranje predvidivog pravnog okvira za ulaganja u oblasti energetike – kako bi opravdao prihvatanje gledišta zauzetog u sporu Plama protiv Bugarske da uskraćivanje pogodnosti od strane države nije moguće nakon što je tužilac već izvršio ulaganje.[24]

Za razliku od prethodne dve odluke, arbitražno veće je u predmetu Askom protiv Kazahstana (*Ascom v. Kazakhstan*) zaključilo da se član 17 Ugovora o energetskoj povelji može primeniti samo ukoliko se država na njega pozove *pre nastanka spora*, što je Kazahstan propustio da uradi.[25] Veće je odbrani tužene države zasnovanoj na klauzuli o uskraćivanju pogodnosti posvetilo samo jedan pasus u obrazloženju arbitražne odluke i nije ponudilo nikakvu analizu u pogledu zaključka o trenutku do kojeg je moguće uskraćivanje pogodnosti.

Sveobuhvatna analiza pitanja do kog momenta je moguće uskraćivanje pogodnosti na osnovu člana 17 Ugovora o energetskoj povelji se javlja u skorašnjoj arbitražnoj odluci donetoj u predmetu NekstEra protiv Španije (*NextEra v. Spain*).[26] U ovom slučaju je spor proistekao iz odluke Španije da izmeni sistem državnih subvencija za solarne elektrane koje su bile u svojini dva španska privredna društva. Međutim, struktura ulaganja je bila takva da su španska privredna društva bila u svojini drugog društva osnovanog u Španiji, a njegov vlasnik je bilo holandsko privredno društvo koje je, posredstvom još jedne kompanije osnovane u Holandiji, kontrolisalo matično društvo sa sedištem u SAD.[27] Kao tužioci pred arbitražnim sudom IKSID su se javila dva holandska privredna društva, zahvaljujući odredbama Ugovora o energetskoj povelji koje status ulagača daju pravnim licima organizovanim u skladu sa pravom države ugovornice koja imaju u svojini ili

[23] Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, pasus br. 161.

[24] Vid. Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., and Cauc Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia (UNCITRAL), Decision on Jurisdiction, 25 July 2012, pasusi br. 426-429.

[25] Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan (SCC Case No. V 116/2010), 19 December 2013, pasus 745. Naglasak autora.

[26] NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/11), Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, 12 March 2019.

[27] Ibid., pasusi br. 93-96.

kontrolišu ulaganje, direktno ili indirektno.[28] Ovakva struktura ulaganja je omogućila Španiji da se pozove na klauzulu o uskraćivanju pogodnosti i da ospori postojanje nadležnosti arbitražnog suda, usled nedostatka pristanka tužene države na arbitražu sa pravnim licima koja u krajnjoj instanci kontrolišu lica treće države (SAD) i koja ne preduzimaju značajnu poslovnu delatnost u drugoj državi ugovornici (Holandija).[29]

Arbitražni sud je prvo analizirao ispunjenost materijalnopravnih uslova za primenu klauzule o uskraćivanju pogodnosti i zaključio da su holandski tužioci zaista bili pod kontrolom lica treće države (SAD).[30] Međutim, prilikom razmatranja drugog uslova (postojanje „značajne poslovne delatnosti"), arbitražno veće je našlo da ne mora da pruži odgovor na to da li je uslov ispunjen, zbog činjenice da se Španija nije na vreme pozvala na klauzulu.[31]

Iz obrazloženja arbitražne odluke sledi da država prijema ulaganja može da se pozove na klauzulu iz člana 17 Ugovora o energetskoj povelji najkasnije u trenutku u kojem su ispunjena dva kumulativna uslova: a) država je svesna da joj struktura ulaganja omogućava uskraćivanje pogodnosti ulagaču i b) ulagač je iskazao svoju nameru da se koristi odredbama koje mu pružaju zaštitu.

U konkretnom slučaju, veće je zaključilo da su španske vlasti bile upoznate sa strukturom ulaganja tokom 2009. godine, kada su se upustile u pregovore sa američkom kompanijom u vezi sa ulaganjem u solarnu industriju i kada im je saopšteno da će investicijom upravljati holandska privredna društva.[32] Španija je ohrabrivala kompanije iz NekstEra grupe da izvrše ulaganje, bez bilo kakvog nagoveštaja da bi im zaštita predviđena Ugovorom o energetskoj povelji mogla biti uskraćena.[33] Takođe, tokom marta 2012. godine, zvaničnici španske Vlade su primili pismo upućeno od strane potpredsednika američke matične kompanije, u kojem se Španija upozorava da su holandska društva-ćerke ulagači koji uživaju prava na osnovu pomenutog sporazuma i da imaju nameru da svoja prava zaštite i pokretanjem arbitraže.[34] Prema gledištu arbitražnog suda, u ovom trenutku je Španija stekla mogućnost da se pozove na klauzulu o uskraćivanju pogodnosti.

Obrazloženje arbitražne odluke u ovom predmetu ne nudi konkretan zaključak o roku u kojem je država bila obavezna da insitira na uskraćivanju pogodno-

---

[28] Vid. čl. 1(6) i 1(7) Ugovora o energetskoj povelji.

[29] NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain, pasusi br. 213, 214.

[30] Ibid., pasus br. 252.

[31] Ibid., pasus br. 261.

[32] Ibid., pasus br. 264.

[33] Ibid.

[34] Ibid., pasus br. 265.

sti ulagaču, već sugeriše da pravovremenost prigovora zavisi od toga da li je država prijema postupala u dobroj veri. Naime, nakon što je Španija upozorena na mogućnost pokretanja arbitraže, pružila je dodatna uveravanja ulagačima da će njihova prava biti poštovana i na klauzulu o uskraćivanju pogodnosti se pozvala tek u septembru 2015. godine, u podnesku kojim osporava nadležnost arbitražnog suda. [35] Odlaganjem korišćenja ove odbrane u periodu dužem od tri godine, prema zaključku arbitražnog veća, Španija je izgubila pravo da se na klauzulu pozove u arbitražnom postupku.[36]

Trebalo bi imati u vidu da odluka u predmetu NekstEra ne odriče izričito mogućnost da tužena država „aktivira" pravo uskraćivanja pogodnosti nakon pokretanja arbitražnog postupka, pod uslovom da su se uslovi o kojima arbitražno veće govori stekli tek nakon što je spor pokrenut. U ovom smislu se tumačenje člana 17 Ugovora o energetskoj povolji približava načinu na koji arbitražni sudovi izvan normativnog konteksta ovog sporazuma tumače pomenutu klauzulu. U izvesnom broju odluka, naime, vremensko ograničenje o kojem je reč se posmatra znatno fleksibilnije, posebno u poređenju sa odlukama kao što su Plama protiv Bugarske ili Kan protiv Mongolije.

U predmetu Pak Rim protiv El Salvadora (*Pac Rim v. El Salvador*), arbitražni sud pod okriljem IKSID je tumačio klauzulu o uskraćivanju pogodnosti iz Sporazuma o slobodnoj trgovini između Centrale Amerike, Dominikanske Republike i SAD (*Free Trade Agreement between Central America, the Dominican Republic and the United States of America*).[37] Arbitražni sud je našao da, u skladu sa Arbitražnim pravilima IKSID, tužena država može da se pozove na klauzulu „najkasnije u roku koji je određen za podnošenje odgovora na tužbu."[38] Odluka je zasnovana na činjenici koju je arbitražni sud konstatovao ranije,[39] da se klauzula o uskraćivanju pogodnosti iz ovog sporazuma odnosi na uskraćivanje svih pogodnosti iz poglavlja koje se odnosi na ulaganja, uključujući tu i pravo na pokretanje arbitraže. Zbog toga je, prema shvatanju suda, jedino moguće tumačenje da tužena država može da se pozove na uskraćivanje pogodnosti do trenut-

[35] Ibid., pasus br. 266 i 263.

[36] Ibid., pasusi br. 268, 269.

[37] Član 10.12. stav 2: Pod rezervom člana 18.3. (Obaveštenja i obezbeđivanje informacija) i 20.4. (Konsultacije), Ugovornica može uskratiti pogodnosti iz ovog poglavlja ulagaču druge Ugovornice koji je privredno društo te druge Ugovornice i njegovom ulaganju, ako to privredno društvo ne preduzima značajnu poslovnu aktivnost na teritoriji bilo koje Ugovornice, osim Ugovornice koja uskraćuje pogodnosti, i ako lica države koja nije Ugovornica ili lica Ugovornice koja uskraćuje pogodnosti, poseduju ili kontrolišu to privredno društvo.

[38] Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/09/12), Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, pasus br. 4.85.

[39] Ibid., pasus 4.4.

ka koji je arbitražnim pravilima određen kao poslednji rok za iznošenje prigovora nenadležnosti arbitražnog suda. Prilikom tumačenja datog problema, arbitražni sud se oslonio i na podneske koje su podnele države ugovornice koje nisu bile strane u sporu (SAD i Kostarika) u kojima se ističe da bi klauzula o uskraćivanju pogodnosti bila lišena praktičnog dejstva ukoliko bi se od države zahtevalo da je iskoristi pre pokretanja arbitraže, budući da ova država najčešće nije u stanju da sazna organizacionu strukturu ulaganja niti da prati njene pomene pre izbijanja spora.[40]

Sličan zaključak u pogledu trenutka do kojeg se država može pozvati na klauzulu o uskraćivanju pogodnosti doneo je arbitražni su u predmetu Julisis protiv Ekvadora (*Ulysseas v. Ecuador*).[41] Imajući u vidu to da se relevantna klauzula iz BIT-a između SAD i Ekvadora odnosila na mogućnost uskraćivanja svih pogodnosti na osnovu ovog sporazuma, uključujući pravo na pokretanje arbitraže, tužena država je mogla da se pozove na klauzulu od trenutka kada je tužilac pokušao da se koristi ovim pravom (od trenutka pokretanja arbitraže), sve do trenutka u kojem je, prema primenjenim pravilima postupka, nastupio poslednji rok za osporavanje nadležnosti arbitražnog suda.[42]

Zaključak arbitražnog suda u navedenom sporu izričito je prihvatilo i arbitražno veće u predmetu Rurelek protiv Bolivije (*Rurelec v. Bolivia*).[43] I u ovom slučaju se mogućnost uskraćivanja pogodnosti iz klauzule prisutne u BIT-u između SAD i Bolivije odnosila na sve pogodnosti iz sporazuma, uključujući pravo na pokretanje arbitraže, te je arbitražni sud zaključio da je pozivanje na klauzulu u prigovoru nenadležnosti koji je podnela Bolivija učinjeno na vreme.[44] Važno je napomenuti da se obrazloženje u ovom slučaju dotiče i pitanja koje je arbitražno veće u sporu Pak Rim razmatralo u kontekstu svrhe i cilja klauzule o uskraćivanju pogodnosti: da li je uputno i praktično ostvarivo od države zahtevati da ispituje ispunjenost uslova za primenu klauzule pre nego što je spor sa ulagačem nastao i pre nego što je arbitražni postupak pokrenut:

> „*Činjenica je da bi bilo neuobičajeno za državu da ispituje da li su pretpostavke iz člana XII ispunjene u odnosu na ulagača sa kojim nije ni u kakvom sporu. U takvom slučaju, obaveštavanje o uskraćivanju pogodnosti bi – samo po sebi – bilo viđeno kao neprijateljski i neosnovan akt, suprotan pro-*

[40] Ibid., pasusi br. 4.85., 4.53., 4.56.

[41] Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador (PCA Case No. 2009-19), Interim Award, 28 September 2010.

[42] Ibid., pasus br. 172.

[43] Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia (PCA Case No. 2011-17), Award, 31 January 2014.

[44] Ibid., pasus br. 382.

mociji stranih ulaganja. Sa druge strane, ispunjenost navedenih uslova nije statična i može se menjati iz dana u dan, što znači da će država moći da proceni da li su ti uslovi ispunjeni i da odluči da li će uskratiti pogodnosti iz sporazuma u konkretnom sporu, samo nakon što je spor već nastao."[45]

Navedene odluke pokazuju da mogućnost efikasne upotrebe klauzule o uskraćivanju pogodnosti nakon pokretanja arbitraže zavisi od načina na koji je konkretna klauzula formulisana u sporazumu o zaštiti ulaganja. U svakoj odluci u kojoj je ovakvo pozivanje na klauzulu prihvaćeno kao blagovremeno, odredba o uskraćivanju pogodnosti se odnosila ne samo na materijalnopravni tretman ulagača, već i na pravo korišćenja procesnog mehanizma. Logika je jasna – ako klauzula obuhvata pravo da se pokrene postupak pred arbitražnim sudom, mogućnost uskraćivanja se „aktivira" tek kada se ulagač koristi ovim pravom.[46] Sa druge strane, ako je klauzula formulisana tako da se odnosi samo na uskraćivanje materijalnopravnog tretmana, kao što je to slučaj sa članom 17 Ugovora o energetskoj povelji, logičan je zaključak da uskraćivanje pogodnosti korišćenja procesnog mehanizma definisanog sporazumom nije moguće nakon što je navodna povreda subjektivnog prava već nastupila.

Jedina odluka koja odstupa od ustaljene prakse u ovom pogledu je doneta u predmetu Ampal protiv Egipta (*Ampal v. Egypt*).[47] Arbitražno veće je u ovom predmetu tumačilo klauzulu o uskraćivanju pogodnosti iz Protokola uz BIT-a između SAD i Egipta koja je predviđala mogućnost uskraćivanja svih podgodnosti na osnovu BIT-a uključujući, prema tome, i pravo na pokretanje arbitraže.[48] Iako je veće prethodno zaključilo da Egipat nije iskoristio klauzulu na način utvrđen u BIT-u zbog toga što je propustio da, u skladu sa tekstom klauzule, zatraži konsultacije sa drugom državom ugovornicom pre nego što je obavestio tužioca o uskraćivanju pogodnosti,[49] te nije postojala obaveza veća da ramatra da li je pozivanje Egipta na klauzulu bilo blagovremeno, arbitražno veće je ipak zaključilo da pozivanje tužene države na klauzulu o uskraćivanju pogodnosti nije moguće nakon pokretanja arbitraže.[50] Objašnjenje za ovakav zaključak zasniva se na stavu da se uslovi za postojanje nadležnosti arbitražnog suda IKSID moraju posmatrati u trenutku registracije zahteva za arbitražu, te da je jednostrano povla-

[45] Ibid., pasus br. 379.

[46] Vid. Ibid., pasus br. 376.

[47] Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/12/11), Decision on Jurisdiction, 1 February 2016.

[48] Ibid., pasus br. 133.

[49] Ibid., pasusi br. 145-161.

[50] Ibid., pasus br. 167.

čenje pristanka države na arbitražu nakon toh momenta zabranjeno članom 25 stav 1 IKSID Konvencije.[51] Ovakav zaključak arbitražnog suda nesumnjivo odstupa od široko prihvaćenog shvatanja da instrument koji sadrži pristanak države na arbitražu (BIT) može da sadrži ograničenja tog pristanka, tj. da sam pristanak može da bude uslovljen ispunjenošću odgovarajućih pretpostavki. U tom smislu, konstatacija da nije ispunjen uslov pod kojim je država dala pristanak za arbitražno rešavanje spora ne bi mogao da se tumači kao jednostrano i naknadno povlačenje saglasnosti.[52]

Praksa zaključivanja dvostranih sporazuma o podsticanju i zaštiti ulaganja pokazuje da su države postale svesne problema u vezi sa određivanjem trenutka do kojeg je moguće pozivanje na klauzulu. Naime, u svim dosadašnjim sporovima koji su se ticali primene klauzule o uskraćivanju pogodnosti, arbitražni sudovi su bili prisiljeni da konstatuju kako u samom tekstu klauzule nije rešeno pitanje do kog trenutka je moguće njeno aktiviranje. U pojedinim novijim BIT-ovima, međutim, ovo pitanje je izričito rešeno. Tako, na primer, član 11 BIT-a između Australije i Urugvaja (2019) naglašava da je uskraćivanje pogodnosti na osnovu sporazuma moguće „u bilo kom trenutku." Još su jasnije odredbe člana 13 BIT-a između Argentine i Ujedinjenih Arapskih Emirata (2018) i člana 35 BIT-a između Belorusije i Indije (2018) koje naglašavaju da je uskraćivanje pogodnosti moguće u bilo kom trenutku i nakon pokretanja procesnog mehanizma za zaštitu prava predviđenog sporazumima.

4. NAČIN OBAVEŠTAVANJA ULAGAČA O USKRAĆIVANJU POGODNOSTI I DEJSTVA KLAUZULE

Sa pitanjem trenutka u kojem država može da se pozove na klauzulu uskraćivanja pogodnosti tesno su povezana dva dodatna pitanja. Prvo se tiče načina na koji država stavlja ulagaču do znanja da je aktivirala klauzulu. Drugo se odnosi na dejstvo uskraćivanja pogodnosti – da li uskraćivanje deluje retroaktivno ili samo za budućnost?

---

[51] Ibid., pasus br. 168.

[52] Vid., na primer, u kontekstu klauzule o uskraćivanju pogodnosti odluku arbitražnog suda u Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, pasus br. 4.90. Vid., takođe, Yas Banifatemi (Banifatemi), Taking Into Account Control Under Denial of Benefits Clauses, u knjizi:Y. Banifatemi (ed.), Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration, New York, 2018, 257. Autorka navodi da odluka arbitražnog suda u ovom predmetu odstupa i od teksta Protokola uz BIT između SAD i Egipta koji jasno ukazuje da je dejstvo klauzule takvo da ona isključuje nadležnost arbitražnog suda, u slučaju da su ispunjeni u njoj sadržani uslovi, bez obzira na to da li su ulagač i tužena država već dali pristanak na arbitražu.

Ako država može da se koristi pravom koje joj daje klauzula i nakon pokretanja arbitražnog postupka, ne postoji potreba posebnog obaveštavanja ulagača o tome da su mu uskraćene pogodnosti iz sporazuma koji predstavlja jurisdikcionu osnovu arbitraže: budući da tužena država može da se pozove na klauzulu najkasnije u podnesku kojim osporava nadležnost arbitražnog suda, tužilac će biti obavešten o tome da je klauzula aktivirana u kontekstu arbitražnog postupka.

Sa druge strane, ako klauzula o uskraćivanju pogodnosti zahteva da se država na nju pozove pre nego što je ulagač izvršio ulaganje (Plama protiv Bugarske i Kan protiv Mongolije) ili pre nego što je spor povodom ulaganja nastao (Askom protiv Kazahstana), logičan je zaključak da država mora obavestiti ulagača da je klauzula aktivirana i da su mu pogodnosti uskraćene. Arbitražni sud u predmetu Plama protiv Bugarske lakonski odbacuje argument da je ulagač unapred obavešten o mogućnosti da mu pogodnosti budu uskraćene na osnovu jednostavne činjenice da je tekst člana 17 Ugovora o energetskoj povelji dostupan svim potencijalnim ulagačima i pre nego što je ulaganje izvršeno. Arbitražni sud je zaključio da odredba u pitanju u najboljem slučaju predstavlja samo „polovično obaveštenje", te da je potrebno da država obavesti, na pogodan način, ulagača da je odlučila da mu uskrati pogodnosti.[53] Kao primere za obaveštavanje na pogodan način obrazloženje odluke navodi: obaveštenje sadržano u službenom glasilu, usvajanje zakonske odredbe u propisu kojim se regulišu strana ulaganja ili razmena pisama sa potencijalnim ulagačem.[54]

Odluka arbitražnog suda u predmetu Plama protiv Bugarske je značajna iz još jednog razloga. Ona uspostavlja gledište u pogledu dejstva uskraćivanja pogodnosti koji kasnije slede drugi arbitražni sudovi prilikom tumačenja relevantne klauzule iz Ugovora o energetskoj povelji. Reč je o stavu da uskraćivanje pogodnosti ne može delovati retroaktivno, tj. da se može odnositi samo na period nakon što je država obavestila ulagača o uskraćivanju pogodnosti.[55] Arbitražno veće opravdava ovakav zaključak pozivanjem na svrhu i cilj Ugovora o energetskoj povelji (uspostavljanje stabilnog pravnog okvira u cilju promivisanja dugoročne saradnje u energetskom sektoru) i ističe da bi uskraćivanje materijalnopravnih pogodnosti nakon što je ulagač već odlučio da realizuje svoj poslovni poduhvat bilo u suprotnosti sa njegovim legitimnim očekivanjima: potencijalni ulagač bi mogao da realizuje ulaganje privučen obećanim pogodnostima, samo da bi mu te pogodnosti bile naknadno uskraćene, na osnovu onoga što arbitražni sud naziva retroaktivnom primenom klauzule.[56]

---

[53] Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, pasus br. 157.
[54] Ibid.
[55] Ibid., pasus br. 162.
[56] Ibid., pasusi br. 161, 162.

Doktrina o zabrani retroaktivnog dejstva uskraćivanja pogodnosti prihvaćena je, na primer, u predmetima Jukos protiv Rusije (*Yukos v. Russia*),[57] Liman protiv Kazahstana (*Liman v. Kazakhstan*)[58] i Askom protiv Kazahstana.[59] Izvesno odstupanje od ovakvog tumačenja predstavlja odluka u sporu NekstEra protiv Španije. U ovom predmetu se arbitražni sud ne izjašnjava izričito o tome da li uskraćivanje pogodnosti može delovati retroaktivno, ali se iz obrazloženja može zaključiti da ono nije isključeno ni u pogledu spora koji je već nastao, pod uslovom da se država pozove na klauzulu u trenutku kada je bila upoznata sa mogućnošću da ulagač podnese tužbu na osnovu odredaba Ugovora o energetskoj povelji.[60]

Shvatanje o zabrani retroaktivnog dejstva uskraćivanja pogodnosti je kritikovano u pravnoj doktrini. Jedan od razloga za kritiku se odnosi na shvatanje da je „naknadno" pozivanje države na klauzulu o uskraćivanju pogodnosti u suprotnosti sa legitimnim očekivanjima ulagača. Ističe se da kada potencijalni ulagač realizuje ulaganje na način koji klauzula o uskraćivanju pogodnosti nastoji da spreči, on ne može razumno steći legitimno očekivanje da mu pogodnosti neće biti uskraćene.[61] Potencijalno još važnija zamerka ovakvom gledištu odnosi se na njegove praktične implikacije – tumačenje prema kojem obaveštenje o uskraćivanju pogodnosti deluje samo za buduća ulaganja ili buduće sporove sa ulagačem efektivno lišava klauzulu o uskraćivanju pogodnosti svakog praktičnog značaja. Većina država nema na raspolaganju instrumente koji bi im omogućili da prate strukturu svih stranih ulaganja na svojoj teritoriji,[62] te do saznanja o tome ko kontroliše privredno društvo koje se javlja kao ulagač mogu da dođu tek u trenutku kada je spor već nastao i arbitraža pokrenuta.[63]

---

[57] Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia, pasus br. 458.

[58] Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan (ICSID Case No. ARB/07/14), Award, 22 June 2010, pasus br. 225.

[59] Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan, pasus 745.

[60] Vid. NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain, pasusi br. 264-266.

[61] Vid. Mark Feldman (Feldman), Denial of Benefits After Plama v. Bulgaria, u knjizi: M. Kinnear (ed.), Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, Alphen aan den Rijn, 2015, 474

[62] Vid. Rachel Thorn (Torn), Jennifer Doucleff (Duklef), Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of „Investor", u knjizi: M. Waibel et al. (eds.), The Backlash Against Investment Arbitration. Perceptions and Reality, Alphen aan den Rijn, 2008, 26.

[63] Vid. stav Kostarike iznet u kontekstu tumačenja odredbe člana 10.12. stav 2. Sporazuma o slobodnoj trgovini između Centrale Amerike, Dominikanske Republike i SAD u predmetu Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, pasus br. 4.53.

Kada je reč o odlukama donetim izvan konteksta Ugovora o energetskoj povelji, u većini odluka se prihvata da uskraćivanje pogodnosti ima dejstvo u pogledu spora koji je već nastao. Ovakvo, „retroaktivno" dejstvo klauzule se najčešće ne pominje izričito,[64] već ono proističe iz shvatanja da tužena država može da „aktivira" klauzulu u trenutku kada je arbitražni postupak povodom ulaganja već pokrenut. Kada se klauzula o uskraćivanju pogodnosti odnosi na sve pogodnosti iz sporazuma, tj. kada obuhvata i pravo na pokretanje arbitraže, teško može biti reči o njenoj retroaktivnoj primeni u pravom smislu ove reči. Naime, uslovi iz klauzule su deo jurisdikcione pogodbe između ulagača (tužioca) i tužene države i unapred su poznati obema stranama u sporu. Ulagač je već u trenutku realizacije ulaganja svestan uslova pod kojima uživa zaštitu prema BIT-u, a posebno toga da mu ona može biti uskraćena ako realizuje ulaganje na način opisan u klauzuli o uskraćivanju pogodnosti.[65] U ovom pogledu, prema tome, primena klauzule u pitanju nije ništa više retroaktivna od primene drugih odredaba BIT-a koje sadrže uslove za prihvatanje nadležnosti – na primer, da li tužilac može da se smatra „ulagačem" a njegov poslovni poduhvat „ulaganjem".

5. DA LI SE KLAUZULA O USKRAĆIVANJU POGODNOSTI ODNOSI NA NADLEŽNOST ARBITRAŽNOG SUDA ILI NA MERITUM SPORA?

Tekst i mesto u strukturi sporazuma o zaštiti ulaganja koje klauzula zauzima presudno utiču i na još jedno pitanje – da li se prigovor zasnovan na klauzuli uskraćivanja pogodnosti odnosi na nadležnost arbitražnog suda ili na meritum spora? Odgovor na ovo pitanje ima veliki praktični značaj, budući da samo odluka arbitražnog suda o nadležnosti podleže naknadnom preispitivanju u okviru odgovarajućeg procesnog mehanizma.[66] U ovom pogledu, još nijedan arbitražni sud koji je bio u prilici da odlučuje o primeni klauzule o uskraćivanju pogodnosti iz Ugovora o energetskoj povelji nije našao da ona utiče na njegovu nadležnost. Razlog je, ponovo, to što ova klauzula omogućava državi ugovornici da uskrati ulagaču pogodnosti koje se odnose na materijalnopravni tretman, a ne obuhvata uskraćivanje prava na pristup procesnom mehanizmu.[67]

---

[64] Izuzetak u ovom smislu predstavlja odluka u predmetu Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador (pasus br. 173) u kojoj se navodi da „Arbitražni sud ne vidi validne razloge da isključi retroaktivna dejstva."

[65] Ibid.

[66] L. Mistelis, C. Baltag, op. cit., 18.

[67] Vid., na primer, Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. and CAUC Holding Company Ltd. v. Government of Mongolia and Monatom Co., Ltd, pasus br. 411.

Za razliku od toga, arbitraži sudovi koji su odlučivali na osnovu sporazuma o zaštiti ulaganja u kojima je klauzula obuhvatala pravo na uskraćivanje *svih* pogodnosti iz sporazuma, došli su do suprotnog zaključka. Tako je arbitražno veće u predmetu Pak Rim protiv El Salvadora konstatovalo da je pristanak tužene države na arbitražu dat „pod rezervom" klauzule o uskraćivanju pogodnosti iz Sporazuma o slobodnoj trgovini između Centrale Amerike, Dominikanske Republike i SAD.[68] Iz toga nužno sledi zaključak da uspešno pozivanje na klauzulu znači i to da je arbitražni sud lišen nadležnosti za postupanje u konkretnom sporu. Identičnu poziciju je zazeo arbitražni sud u predmetu Rurelek protiv Bolivije:

> „*Svaki put kada BIT sadrži klauzulu o uskraćivanju pogodnosti, pristanak države na arbitražu je uslovljen i može se uskratiti, pod uslovom da su ispunjene određene objektivne pretpostavke koje se odnose na ulagača. Svi ulagači su svesni da ovakva mogućnost uskraćivanja postoji, tako da legitimna očekivanja ne mogu biti izneverena uskraćivanjem pogodnosti.*"[69]

Posledica uskraćivanja pogodnosti, prema izričitom stavu arbitražnog veća, jeste to da je arbitražni sud lišen nadležnosti za konkretni spor.[70] Ovakvo shvatanje je prihvaćeno i u drugim odlukama koje su donete izvan konteksta Ugovora o energetskoj povelji.[71]

6. INKORPORISANJE USLOVA IZ KLAUZULE O USKRAĆIVANJU POGODNOSTI U POJAM ULAGAČA

Klauzula o uskraćivanju pogodnosti bi trebalo da omogući da se pravima iz instrumenta u kojem je klauzula sadržana koriste samo subjekti kojima su ona i namenjena. Još jedan način da se ovaj rezultat ostvari jeste da se uslovi koji čine sadržinu klauzule o uskraćivanju pogodnosti unesu u pojam ulagača u relevantnom sporazumu. Takvo rešenje koristi, na primer, tipski nacrt BIT Srbije (2014), koje Ministarstvo trgovine, turizma i telekomunikacija koristi kao polaznu osno-

[68] Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, pasus br. 4.90.

[69] Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, pasus br. 372.

[70] Ibid., pasus br. 381.

[71] Vid., Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador, pasus br. 172. Takođe, Bridgestone Americas, Inc. and Bridgestone Licensing Services, Inc. v. Republic of Panama (ICSID Case No. ARB/16/34), Decision on Expedited Objections, 13 December 2017, pasus br. 288; Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt, pasusi br. 162-173.

vu za zaključivanje BIT-ova sa drugim državama. Prilikom definisanja pojma „ulagača“ u smislu BIT-a, u nacrtu se ističe, pored ostalog, da se pod ulagačem smatra:

> „*pravno lice osnovano ili na drugi način pravovaljano organizovano u skladu sa važećim zakonima i propisima jedne Strane ugovornice, koje ima sedište na teritoriji te Strane ugovornice kao i suštinsku poslovnu aktivnost i koje ulaže na teritoriji druge Strane ugovornice, pod uslovom da nije neposredno ili posredno u većinskoj svojini državljana druge Strane ugovornice*.“[72]

Bez obzira što ova odredba ne sadrži sve elemente koji su inače predviđeni klauzulom o uskraćivanju pogodnosti,[73] ideja koja stoji iza ovako određenog pojma ulagača je jasna – iz kruga zaštićenih subjekata se isključuju pravna lica druge države ugovornice koja ne obavljaju poslovnu aktivnost na teritoriji te države i koja su u svojini, barem posredno, državljana države prijema ulaganja.

Ovakvo rešenje ima dve očigledne prednosti za tuženu državu u poređenju sa klasičnom klauzulom o uskraćivanju pogodnosti. Prvo, navedeni uslovi su deo pojma od kojeg nedvosmisleno zavisi nadležnost arbitražnog suda *ratione personae*. Činjenica da je, na primer, tužilac pravno lice koje je u indirektnoj svojini državljanina tužene države jasno eliminiše postojanje pristanka države na arbitražu, pri čemu je arbitražni sud lišen potrebe da rešava pitanja koja se inače javljaju u kontekstu primene klauzule o uskraćivanju pogodnosti, kao što su: dejstvo uskraćivanja pogodnosti (retroaktivno ili samo za budućnost), potreba da postoji prethodno obaveštavanje ulagača o aktiviranju klauzule ili pitanje do kog trenutka je moguće pozivanje na klauzulu.

Druga prednost je praktičnog karaktera. U skladu sa opšteprihvaćenim pravilom da stranka koja iznosi tvrdnje u postupku nosi teret njihovog dokazivanja, država koja se poziva na to da su ispunjeni uslovi predviđeni klauzulom o uskraćivanju pogodnosti mora to i da dokaže u arbitražnom postupku.[74] Sa druge stra-

---

[72] Nacrt Sporazuma o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja (2014). Naglasak autora. Tekst nacrta je dostupan na: https://mtt.gov.rs/download/Nacrt%20sporazuma%20o%20uzajamnom%20podsticanju%20i%20zastiti%20ulaganja.pdf.

[73] Iz pojma „ulagača“ nisu isključena pravna lica druge države ugovornice koja su pod kontrolom državljana države prijema, niti ona koja su u svojini ili pod kontrolom državljana trećih država.

[74] Vid., na primer, Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador, pasus br. 166: „Arbitražni sud se slaže sa tužiocem da teret dokazivanja da su ispunjeni uslovi za uskraćivanje pogodnosti prema BIT-u snosi tuženi, kao stranka koja ističe konkretnu odbranu u odnosu na nadležnost arbitražnog suda.“

ne, ako su uslovi za uskraćivanje pogodnosti inkorporisani u pojam ulagača, tužilac (ulagač) je taj koji mora da dokaže ispunjenost jurisdikcionih uslova za postupanje arbitražnog suda.[75] Prebacivanje tereta dokazivanja na ovakav način, sa tužene države na tužioca, znatno olakšava njen položaj u postupku.

7. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Klauzula o uskraćivanju pogodnosti može da ima praktičan značaj samo ako je tužena država u stanju da aktivira uskraćivanje pogodnosti nakon što je ulagač već pokrenuo arbitražni postupak. Analiza arbitražne prakse pokazuje da je ova mogućnost uslovljena, pre svega, načinom na koji je klauzula formulisana i njenim mestom u strukturi izvora koji čini osnov nadležnosti arbitražnog suda. Zbog toga bi, prilikom pregovora o zaključivanju sporazuma o podsticanju i zaštiti ulaganja sa drugim državama, bilo uputno imati u vidu nekoliko faktora.

Ključna stvar u ovom pogledu je preciziranje vremenskog okvira za upotrebu klauzule. Formulacije koje državama ugovornicama daju pravo da se na klauzulu pozovu u bilo kom trenutku ili čak i izričito predviđaju da je uskraćivanje pogodnosti moguće i nakon pokretanja mehanizma za rešavanje sporova, otklanjaju svaku dilemu u pogledu blagovremenosti upotrebe klauzule.

Sledeći faktor koji bi trebalo uzeti u obzir prilikom formulisanja relevantne klauzule je to da li se mogućnost uskraćivanja pogodnosti odnosi samo na materijalnopravni tretman ili na sva prava iz BIT-a (ili multilateralnog sporazuma o zaštiti ulaganja). Ako klauzula obuhvata sve pogodnosti ponuđene ulagaču relevatnim sporazumom, uskraćivanje pogodnosti pogađa i pravo ulagača da aktivira procesni mehanizam zaštite i lišava arbitražni sud nadležnosti. Logična posledica ove činjenice je da tužena država može da aktivira klauzulu sve do trenutka do kojeg joj je, u skladu sa relevantnim procesnim pravilima, dozvoljeno da osporava nadležnost arbitražnog suda. Arbitražni sudovi koji su do sada tumačili klauzule o uskraćivanju pogodnosti ovakvog tipa, sa izuzetkom arbitražnog veća u predmetu Ampal protiv Egipta, ne gledaju na uskraćivanje pogodnosti nakon pokretanja arbitraže kao na naknadno povlačenje saglasnosti države za arbitražno rešavanje spora, već naglašavaju svoju obavezu da ispitaju da li su ispunjeni uslovi pod kojima je ta saglasnost prethodno data.

Konačno, jedno od rešenja koje može imati značajne prednosti za tuženu državu jeste unošenje uslova koji inače čine sastavni deo klauzule o uskraćivanju pogodnosti u definiciju ulagača prisutnu u međunarodnom sporazumu o zaštiti

[75] Vid. Y. Banifatemi, op. cit., 234, 235.

ulaganja. Time se ovim uslovima nedvosmisleno daje jurisdikcioni karakter, eliminiše se potreba za prethodnim obaveštavanjem ulagača o tome da su mu uskraćene pogodnosti predviđene sporazumom, te se na njega prebacuje teret dokazivanja u pogledu postojanja nadležnosti *ratione personae* arbitražnog suda.

LITERATURA I IZVORI

Sanja Đajić, O ciljnom tumačenju međunarodnih ugovora o zaštiti stranih ulaganja: od preambule do preambule, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2015.

Loukas Mistelis, Crina Baltag, „Denial of Benefits" Clause in Investment Treaty Arbitration, Queen Mary University of London School of Law, Legal Studies Research Paper No. 293/2018.

Jorun Baumgartner, *Treaty Shopping in International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

Lindsay Gastrell, Paul-Jean Le Cannu, Procedural Requirements of „Denial of Benefits" Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions, *ICSID Review*, Vol. 30, 1/2015.

Maja Stanivuković, State – Investor Disputes Connected to Foreign Investment in the Nuclear Energy Sector: a Review of the Two Cases Arising Under the Energy Charter Treaty, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2011.

Maja Stanivuković, Domaći ulagač kao tužilac u međunarodnom investicionom sporu, *Pravna riječ*, 2012, tom 9, br. 33.

United Nations Conference for Trade and Development, Scope and Definition, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, New York and Geneva, 2011.

Yas Banifatemi, Taking Into Account Control Under Denial of Benefits Clauses, u knjizi: Y. Banifatemi (ed.), *Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration*, New York, 2018.

Mark Feldman, Denial of Benefits After Plama v. Bulgaria, u knjizi: M. Kinnear (ed.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, 2015.

Rachel Thorn, Jennifer Doucleff, Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of „Investor", u knjizi: M. Waibel et al. (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*, Alphen aan den Rijn, 2008.

Arbitražne odluke:

Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia (ICSID Case No. ARB/17/2), Decision on Jurisdiction, 30 November 2018.

Tokios Tokeles v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/02/18), Decision on Jurisdiction, 29 April, 2004.

The Rompetrol Group N. V. v. Romania (ICSID Case NO. ARB/06/3), Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008.

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction, 8 February 2005.

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia (PCA Case No. 2005-04/AA227), Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009.

Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. and CAUC Holding Company Ltd. v. Government of Mongolia and Monatom Co., Ltd. (PCA Case No. 2011-09), Decision on Jurisdiction, 25 July 2012.

Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/1), Award, 16 May 2018.

Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/12/11), Decision on Jurisdiction, 1 February 2016.

Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan (SCC Case No. V 116/2010), 19 December 2013.

NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/11), Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, 12 March 2019.

Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/09/12), Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012.

Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador (PCA Case No. 2009-19), Interim Award, 28 September 2010.

Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia (PCA Case No. 2011-17), Award, 31 January 2014.

Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/12/11), Decision on Jurisdiction, 1 February 2016.

Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan (ICSID Case No. ARB/07/14), Award, 22 June 2010.

Bridgestone Americas, Inc. and Bridgestone Licensing Services, Inc. v. Republic of Panama (ICSID Case No. ARB/16/34), Decision on Expedited Objections, 13 December 2017.

Ostali izvori:

Sporazum između Srbije i Crne Gore i Republike Kipar o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja (Službeni list SCG – Međunarodni ugovori, br. 14/2005).

Sporazum između Vlade Republike Srbije i Vlade Republike Azerbejdžan o zaštiti i uzajamnom podsticanju ulaganja (Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 8/2011).

Sporazum između Republike Srbije i Kanada o podsticanju i zaštiti ulaganja (Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 8/2015).

Sporazum između Republike Srbije i Ujedinjenih Arapskih Emirata o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja (Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 3/2013).

Nacrt Sporazuma o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja Republike Srbije (2014).

Internet baze podataka:

Baza međunarodnih ugovora o podsticanju i zaštiti ulaganja Komisije Ujedinjenih nacija za trgovinu i razvoj: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iia-mapping

Petar M. Đundić, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
P.Djundic@pf.uns.ac.rs

Procedural Requirements for the Application of the Denial of Benefits Clause in Investment Arbitration: Why is it Hard to Say no?

***Abstract**: International treaties for the protection and encouragement of foreign investments represent kind of a bargain by which a host State of the investment agrees to provide the investor of the other contracting party with particular substantive-law protection, motivated by a desire to attract foreign capital. However, the corporate structure of the investment could be organized in a way that allows natural or legal persons to whom this kind of protection is not offered to „hide" behind the investment. Denial of Benefits Clause is an instrument that is intended to enable the host State to deny the protection offered by a Treaty to such investments. The paper discusses the application of the Denial of Benefits Clause by arbitral tribunals, with particular emphasis on procedural requirements which so far proved to be a significant obstacle for the efficient use of the clause in investment disputes.*

***Keywords**: Denial of Benefits Clause, investment disputes, investment arbitration, jurisdiction of an arbitral tribunal.*

Datum prijema rada: 14.12.2019.

Originalni naučni rad 347.733(497.11)
doi:10.5937/zrpfns53-23736

Dr Sandra S. Fišer Šobot, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs

DA LI JE VREME ZA UVOĐENJE SAMOPROCENE RESTRIKTIVNIH SPORAZUMA U PRAVO KONKURENCIJE REPUBLIKE SRBIJE?*

Sažetak: *U 2018. godini formirana je radna grupa za izradu novog Zakona o zaštiti konkurencije. Jedno od pitanja koje je postavljeno je da li u domaćem pravu treba zadržati mehanizam pojedinačnog izuzeća restriktivnih sporazuma od zabrane, uvesti samoprocenu ili treba usvojiti srednje rešenje kojim bi se učesnicima na tržištu omogućilo da odluče da li žele da samovrednuju svoj sporazum ili da ocenu sporazuma izvrši Komisija za zaštitu konkurencije.*

U ovom radu autor izlaže prednosti i nedostatke pojedinačnog izuzeća i samoprocene, ukazuje na otvorena pitanja u vezi sa mehanizmom samoprocene i, na kraju, iznosi moguća rešenja de lege ferenda.

Ključne reči: *pojedinačno izuzeće, samoprocena, restriktivni sporazumi, Zakon o zaštiti konkurencije.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Zaštita konkurencije u Republici Srbiji regulisana je Zakonom o zaštiti konkurencije[1] (dalje: ZZK) iz 2009. godine. U toku 2018. godine formirana je radna grupa za izradu novog zakona, koji bi trebalo da bude usvojen u toku 2020. godine. Trenutno je javnosti dostupna radna verzija Nacrta Zakona o zaštiti konkurencije.[2] Jedno od pitanja koje je postavljeno je da li u domaćem pravu treba za-

* Rad je nastao kao rezultat istraživanja u 2019. godini u okviru projekta „Pravna tradicija i novi pravni izazovi" čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

[1] Zakon o zaštiti konkurencije – ZZK, Službeni glasnik RS, br. 51/2009 i 95/2013.

[2] Radna verzija Nacrta Zakona o zaštiti konkurencije je dostupna na https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/090519/090519-vest14.html (datum pristupa: 01.09.2019.).

držati pojedinačno izuzeće restriktivnih sporazuma od zabrane, uvesti sistem samoprocene (samovrednovanja, engl. *self-assesment*) ili treba usvojiti srednje rešenje kojim bi se učesnicima na tržištu omogućilo da odluče da li žele da samovrednuju svoj sporazum ili da ocenu sporazuma izvrši Komisija za zaštitu konkurencije.

U radu će biti izložene pozitivne i negativne strane kako pojedinačnog izuzeća, tako i sistema samovrednovanja. Pored toga, autor će izneti i svoj stav o tome koje pretpostavke treba da budu ispunjene da bi sistem samovrednovanja bio uspešan. Autor će izneti predloge *de lege ferenda*.

2. POJEDINAČNO IZUZEĆE RESTRIKTIVNOG SPORAZUMA OD ZABRANE U PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

U domaćem pravu ne postoji *per se* nezakonitost restriktivnog sporazuma.[3] Drugim rečima, sporazum koji je restriktivan u smislu čl. 10 ZZK može biti izuzet na osnovu čl. 11 ZZK ukoliko se kumulativno ispune dva pozitivna i dva negativna uslova. Naime, potrebno je da se radi o sporazumu koji doprinosi unapređenju proizvodnje ili prometa, odnosno podstiče tehnički ili ekonomski napredak, potrošačima obezbeđuje pravičan deo koristi, ne nameće učesnicima na tržištu ograničenja koja nisu neophodna za postizanje cilja sporazuma i ne isključuje konkurenciju na tržištu ili njegovom bitnom delu. Uslovi za izuzeće su postavljeni tako da osiguraju da pozitivna dejstva restriktivnog sporazuma nadvladaju negativne posledice koje se ogledaju u ograničenju konkurencije.[4]

Restriktivni sporazum koji zaključe učesnici na tržištu zabranjen je i ništav sve dok ne bude izuzet u skladu sa zakonom. Prema tome, strane ne smeju da izvršavaju sporazum do donošenja rešenja o pojedinačnom izuzeću. U tom smislu, važan je i stav Komisije za zaštitu konkurencije (dalje: Komisija, KZK) da bi restriktivne sporazume trebalo zaključivati sa odložnim uslovom. Pored toga,

[3] O druga dva instituta prava konkurencije većine zemalja vid. više kod Sandra Fišer Šobot, „Koncentracije spajanjem učesnika na tržištu i koncentracije sticanjem kontrole u pravu konkurencije Srbije i Evropske unije“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/2016, 533, 534.

[4] Za razliku od restriktivnih sporazuma čije izuzeće je moguće ukoliko su kumulativno ispunjeni uslovi iz čl. 11 ZZK, kod zloupotrebe dominantnog položaja na tržištu ZZK ne predviđa takvu mogućnost. Ipak, učesnici na tržištu mogu u konkretnom postupku da dokazuju da je njihovo ponašanje bilo neophodno ili da je ekonomski opravdano. Vid. više Sandra Fišer Šobot, „Predatorske cene kao oblik ekskluzione zloupotrebe dominantnog položaja u praksi sudova Evropske unije“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/2018, 1072-1073.

učesnici na tržištu zahtev za pojedinačno izuzeće treba da podnesu pre početka primene restriktivnog sporazuma, jer je stav Komisije da će odobravati izuzeća počev od dana podnošenja potpunog zahteva u skladu sa Uredbom o sadržini zahteva za pojedinačno izuzeće restriktivnih sporazuma od zabrane,[5] a ne od dana zaključenja restriktivnog sporazuma.[6]

U našem pravu, pojedinačno izuzeće podrazumeva sistem obavezne prethodne notifikacije restriktivnog sporazuma. U slučaju da notifikacija izostane, čak i ako se radi o sporazumu koji ispunjava uslove iz čl. 11 ZZK, on se smatra restriktivnim u smislu čl. 10(3) ZZK, što znači da će biti zabranjen i ništav, odnosno predstavljaće povredu konkurencije. Drugim rečima, ako po službenoj dužnosti, bude pokrenut postupak ispitivanja konkurencije zbog postojanja restriktivnog sporazuma, dokazivanje ispunjenosti uslova za pojedinačno izuzeće sporazuma od zabrane iz čl. 11 ZZK neće i ne može dovesti do obustave pokrenutog postupka i do pojedinačnog izuzeća od zabrane.[7] Ukoliko utvrdi postojanje restriktivnog sporazuma koji nije izuzet u smislu čl. 60 ZZK, Komisija će učesniku na tržištu odrediti meru zaštite konkurencije u obliku obaveze plaćanja novčanog iznosa u visini najviše 10% od ukupnog godišnjeg prihoda ostvarenog na teritoriji Republike Srbije.[8]

Komisija može da izuzme restriktivni sporazum od zabrane isključivo na zahtev učesnika u restriktivnom sporazumu.[9] Teret dokazivanja ispunjenosti uslova iz čl. 11 ZZK snosi podnosilac zahteva.[10] Rešenje po zahtevu za pojedinačno izuzeće restriktivnog sporazuma donosi se u roku od 60 dana od dana podnošenja zahteva,[11] a sadrži naročito period trajanja, kao i uslove pod kojima se odnosni sporazum izuzima od zabrane.[12]

Pojedinačno izuzeće može da se odobri na period koji ne može biti duži od 8 godina.[13] U navedenom periodu, odluka kojom je odobreno pojedinačno izuzeće uklanja zabranu iz čl. 10 ZZK, sa posledicom da se u tom periodu sporazum smatra zakonitim i dopuštenim.

---

[5] Službeni glasnik RS, br. 107/2009.

[6] Vid. Komisija za zaštitu konkurencije, Uputstvo u vezi sa podnošenjem zahteva za pojedinačno izuzeće restriktivnih sporazuma od zabrane (dalje u tekstu: Uputstvo), 5 dostupno na http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/UPUTSTVO-Podnosenje-zahteva-za-pojedinacno-izuzece-restriktivnih-sporazuma-od-zabrane.pdf (datum pristupa: 22.02. 2019.).

[7] U tom smislu vid. Uputstvo, 5.

[8] Vid. čl. 68(2) ZZK.

[9] Vid. čl. 12(1) ZZK.

[10] Čl. 12(2) ZZK.

[11] Čl. 60(1) ZZK.

[12] Vid. čl. 60(2) ZZK.

[13] Čl. 12(3) ZZK.

2.1. Prednosti mehanizma pojedinačnog izuzeća restriktivnih sporazuma od zabrane

Mehanizam pojedinačnih izuzeća pokazuje određene prednosti. Prvo, pojedinačna izuzeća znače veću pravnu sigurnost. Odluka KZK o pojedinačnom izuzeću restriktivnog sporazuma od zabrane ima konstitutivno dejstvo i od njenog donošenja učesnici na tržištu sigurni su u pravnu valjanost i dozvoljenost sporazuma, odnosno sigurni su da njihov sporazum i pored toga što je restriktivan nije zabranjen i ništav. Drugo, pojedinačna izuzeća služe uklanjanju nesigurnosti u pogledu tumačenja uslova iz čl. 11 ZZK, što je veoma važno s obzirom na to da su kumulativni uslovi iz čl. 11 ZZK uopšteni i apstraktni. S obzirom da postoji centralizovano odlučivanje, odnosno da je jedino KZK ovlašćena da odlučuje o pojedinačnim izuzećima, osigurava se jedinstvena primena zakona. Treće, sistem pojedinačnih izuzeća omogućava da u određenom vremenskom periodu KZK razvije svoju politiku u pogledu različitih vrsta sporazuma i da onda, eventualno, to izrazi u uredbi o grupnom izuzeću ili u nekom *soft law* izvoru.[14] Kroz pojedinačna izuzeća KZK dobija prostor da izvrši procenu ispunjenosti uslova iz čl. 11 ZZK i na taj način stvara praksu na osnovu koje može da se odluči da li određeni sporazum ima pozitivno ili negativno dejstvo na konkurenciju. Četvrto, sistem obavezne prijave restriktivnih sporazuma služi i za realističnu procenu planiranih ograničenja konkurencije od strane učesnika u restriktivnom sporazumu. Peto, za KZK je značajna i informaciona funkcija sistema pojedinačnih izuzeća,[15] jer na taj način Komisija stiče saznanja o zaključenim restriktivnim sporazumima na tržištu. Šesto, svoja ovlašćenja u pogledu odobravanja pojedinačnih izuzeća KZK može da iskoristi u praksi tako što će menjati restriktivne sporazume. Kao što smo ranije naveli, u rešenju o pojedinačnom izuzeću KZK može da odredi uslove pod kojima se sporazum izuzima od zabrane. Drugim rečima, KZK svojim predlozima može da utiče na rešavanje stvarnih problema koji nastaju u praksi. Navedeno naročito važi kada Komisija utvrdi da je problematična jedna ili nekoliko klauzula iz ugovora, a ne ugovor u celini. I poslednje, sistem pojedinačnih izuzeća omogućava pozitivnu (afirmativnu) primenu čl. 11 ZZK tj. omogućava KZK da utvrdi da su uslovi iz čl. 11 ZZK ispunjeni. Pozitivna primena čl. 11 ZZK je potrebna i poželjna iz sledećih razloga. Prvo, samo afirmativna primena čl. 11 ZZK može da otkloni eventualne nedoumice u pogledu standarda dokazivanja ispunjenosti uslova iz čl. 11 ZZK.[16] I drugo, pozitivna primena čl. 11 ZZK u per-

[14] Vid. više kod David Bailey, „Reinvigorating the Role of Article 101(3) Under Regulation 1/2003", Antitrust Law Journal, Vol. 81, 2016, 114, 115.

[15] Vid. više kod Ernst-Joachim Mestmäcker, Heike Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, München 2014, 358.

[16] Vid. D. Bailey, 132, 133.

spektivi može da omogući učesnicima na tržištu da uspešno samovrednu restriktivne sporazume.

2.2. Nedostaci mehanizma pojedinačnog izuzeća restriktivnih sporazuma od zabrane

Mehanizam pojedinačnih izuzeća pokazuje i određene nedostatke. Prvo, pojedinačna izuzeća restriktivnih sporazuma od zabrane u određenoj meri predstavljaju opterećenje za telo za zaštitu konkurencije. U Evropskoj uniji (dalje: EU) to je bio glavni razlog napuštanja sistema pojedinačnih izuzeća i prelaska na sistem samoprocene. Naime, Evropska komisija (dalje: EK) je do 2004. godine na godišnjem nivou dobijala na hiljade zahteva za pojedinačno izuzeće, što je u velikoj meri uticalo da značajne kapacitete usmerava na odlučivanje o pojedinačnim izuzećima sporazuma, koji u najvećoj meri nisu bili problematični sa stanovišta prava konkurencije. S druge strane, EK nije mogla da se posveti otkrivanju i sankcionisanju težih povreda konkurencije (npr. tajnih kartela). Opravdana su bila strahovanja da će posle proširenja EU za 10 novih država članica u 2004. godini broj zahteva za pojedinačno izuzeće biti toliki da će potpuno blokirati rad EK.

U domaćem pravu, argument da pojedinačna izuzeća predstavljaju opterećenje za telo za zaštitu konkurencije ne može uspešno da se brani. Naime, iz izveštaja o radu KZK jasno je da u odnosu na ukupan broj predmeta zahtevi za pojedinačno izuzeće ne predstavljaju opterećenje. Navedeni izveštaji ukazuju na trend povećanja broja zahteva za pojedinačno izuzeće,[17] na koje je uticalo, pre svega, povećanje svesti o postojanju i značaju prava konkurencije, kao i ulozi KZK. Pored toga, i aktivnosti Komisije (npr. veći broj nenajavljenih uviđaja) uticale su na promenu svesti kod učesnika na tržištu. Prema našem mišljenju i dalje se ne radi o preteranom broju zahteva, te ne postoji ograničavanje kapaciteta KZK.

Drugi nedostatak pojedinačnog izuzeća je što ono predstavlja opterećenje za učesnike na tržištu jer ne smeju da primenjuju sporazum do donošenja rešenja o pojedinačnom izuzeću. Sastavljanje zahteva za pojedinačno izuzeće nije jednostavno ni lako s obzirom na informacije koje strane moraju da dostave KZK. Između ostalog, strane treba da odrede relevantno tržište na kojem se odražavaju efekti restriktivnog sporazuma, strukturu tog tržišta, podatke o uslovima konku-

[17] Izveštaj KZK pokazuje da je 2016. godine podneto 28 zahteva za pojedinačno izuzeće; od toga je doneta 21 odluka o pojedinačnim izuzećima, od kojih je 19 odluka odobrilo pojedinačna izuzeća, a u dva slučaja je zahtev odbačen (razlozi odbacivanja su povlačenje zahteva stranke). U izveštaju za 2017. godinu navedeno je da je bio 31 podnet zahtev za pojedinačno izuzeće, da je odobreno u 21 slučaju, a da nije odbijen nijedan zahtev za pojedinačno izuzeće. Dostupno na http://www.kzk.gov.rs/izvestaji.

rencije na relevantnom tržištu i položaj učesnika u sporazumu na relevantnom tržištu. Nadalje, strane moraju da dokažu ispunjenost opštih i apstraktnih uslova iz čl. 11 ZZK.[18] Ako se uzme u obzir da postupak prijave i odobravanja restriktivnog sporazuma u praksi redovno traje nekoliko meseci, jasno je da čekanje na odluku KZK može negativno da utiče na poslovanje strana u restriktivnom sporazumu. U navedenom vremenskom periodu postoji nesigurnost strana da li će njihov sporazum biti odobren. Konačno, učesnici na tržištu u vezi sa podnošenjem prijave za pojedinačno izuzeće imaju značajne dodatne troškove.

Treće, sistem obavezne notifikacije restriktivnog sporazuma može negativno da utiče na poslovanje učesnika na tržištu i u sledećem slučaju. Ukoliko restriktivni sporazum ispunjava uslove za grupno izuzeće, ali se u periodu njegove implementacije poveća tržišni udeo učesnika u sporazumu, te on kao takav više ne može biti izuzet na osnovu uredbe, učesnici u sporazumu moraju da ga prijave KZK. Drugim rečima, u slučaju da se tržišni udeli učesnika na tržištu povećaju iznad pragova predviđenih uredbama o grupnim izuzećima, oni više ne smeju da izvršavaju sporazum do donošenja rešenja o pojedinačnom izuzeću.

3. SAMOPROCENA ZABRANJENIH SPORAZUMA U PRAVU KONKURENCIJE EVROPSKE UNIJE

U pravu EU je sistem pojedinačnih izuzeća postojao od 1962. do 2004. godine. Pojedinačna izuzeća su uvedena *Uredbom br. 17: Prva Uredba o implementaciji čl. 85 i 86 Ugovora*[19] (dalje: Uredba 17/62). Učesnici na tržištu su prema Uredbi 17/62 imali obavezu prijave zabranjenog sporazuma EK, koja je imala isključivu nadležnost u primeni čl. 85 Ugovora (danas čl. 101 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije;[20] dalje: UFEU).[21] Prema tome, u EU je postojao sistem obavezne, centralizovane i prethodne notifikacije zabranjenih sporazuma. U slučaju kada utvrdi ispunjenost uslova iz čl. 85(3) Ugovora (danas čl. 101(3) UFEU[22]),

[18] O sadržini zahteva za pojedinačno izuzeće restriktivnih sporazuma od zabrane vid. Uredba o sadržini zahteva za pojedinačno izuzeće restriktivnih sporazuma od zabrane, Službeni glasnik RS br. 107/2009, čl. 2.

[19] Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, OJ 013, 21.02.1962, 0204 – 0211.

[20] Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union; dalje u fusnotama: UFEU), Official Journal, C 326, 26. 10. 2012, 47–390.

[21] Vid. čl. 19(1) Uredbe 17/62.

[22] Čl. 101(1) UFEU predviđa da su zabranjeni kao nespojivi sa unutrašnjim tržištem svi sporazumi između učesnika na tržištu, odluke udruženja učesnika na tržištu i usaglašene prakse koje mogu uticati na trgovinu između država članica, a koji za cilj ili posledicu imaju spre-

EK je donosila odluku o pojedinačnom izuzeću zabranjenog sporazuma. Osnovni cilj i svrha obavezne notifikacije zabranjenih sporazuma je bio osiguranje pravne valjanosti sporazuma. Međutim, EK je donela mali broj formalnih odluka kojima se sporazum izuzima od zabrane.[23] Najčešće su formalne odluke donošene u predmetima od velikog pravnog, ekonomskog ili političkog značaja za tadašnju Zajednicu.[24] U većini slučajeva EK je donosila neformalna obaveštenja (engl. *comfort letters*) o tome da ne namerava da vodi dalji postupak u konkretnom slučaju.[25] U cilju ostvarenja pravne sigurnosti učesnici na tržištu su mogli da traže od EK da donese tzv. negativno odobrenje (engl. *negative clearance*), odnosno odluku kojom se potvrđuje da na osnovu poznatih činjenica nema osnova za postupanje u skladu sa čl. 101(1) UFEU. U slučaju promene okolnosti, EK je mogla naknadno da izmeni odluku kojom se daje *negative clearance*.

Sistem pojedinačnih izuzeća i obavezne notifikacije sporazuma EK prestao je 1.05.2004. godine kada je počela primena *Uredbe Saveta (EZ) br. 1/2003 od 16. decembra 2002. o primeni pravila o konkurenciji koja su propisana članovima 81 i 82 Ugovora o EZ*[26] (dalje: Uredba 1/2003), koja je i danas na snazi. Kao što je ranije navedeno, jedan od razloga za promenu pravnih pravila je bio taj što je odlučivanje o pojedinačnim izuzećima bilo centralizovano,[27] pa je EK godišnje

čavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije na unutrašnjem tržištu. Međutim, prema čl. 101(3) odredbe stava 1 mogu se ipak proglasiti neprimenjivim u slučaju svakog sporazuma ili kategorije sporazuma između učesnika na tržištu, svake odluke ili kategorije odluka udruženja učesnika na tržištu, sve usaglašene prakse ili kategorije usaglašenih praksi, koji doprinose poboljšanju proizvodnje ili distribucije proizvoda ili podsticanju tehničkog ili ekonomskog napretka, pri čemu omogućavaju potrošačima pravičan udeo u ostvarenoj koristi, i koje: (a) tim učesnicima na tržištu ne nameću ograničenja koja nisu nužna za ostvarenje tih ciljeva; (b) takvim učesnicima na tržištu ne omogućavaju uklanjanje konkurencije u pogledu značajnog dela odnosnih proizvoda.

[23] Vid. European Commission, XXIXth Report on Competition Policy,1999, 26. U Izveštaju EK se navodi da je više od 90% predmeta okončano davanjem neformalnih obaveštenja (eng. comfort letters). U teoriji vid. Valentine Korah, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, Oxford-Portland Oregon 2004, 84; Rainer Bechtold, Wolfgang Bosch, Ingo Brinker, EU-Kartellrecht, 3. Aktualisierte und erweiterte Auflage, München 2014, 161; E.J. Mestmäcker, H. Schweitzer, 358.

[24] Vid. Vlatka Butorac Malnar, Jasminka Pecotić Kaufman, Siniša Petrović, Pravo tržišnog natjecanja, Zagreb 2013, 139, 140.

[25] Vid. više Helmuth Schröter, Thinam Jakob, Robert Klotz, Wolfgang Mederer, Europäisches Wettbewerbsrfecht – Grosskommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2014, 399, 406; E.J. Mestmäcker, H. Schweitzer, 358; R. Bechtold, W. Bosch, I. Brinker, 161, 167.

[26] Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Official Journal L 1, 04.01.2003, 1-25.

[27] Vid. European Commission, White Paper on Modernisation of the Rules Implementing Articles 85 And 86 of the EC Treaty, Commission Programme No 99/027 (dalje: Bela knjiga), Brussels, 28. 04. 1999, 24. U toeriji vid. H. Schröter, T. Jakob, R. Klotz, W. Mederer, 399.

dobijala veliki broj zahteva za pojedinačno izuzeće.[28] Pretpostavka je bila da bi se nakon proširenja EU 2004. godine broj zahteva dodatno povećao.[29]

Uredbom 1/2003 predviđeno je da sporazumi, odluke i usaglašene prakse iz čl. 101(1) UFEU koji ispunjavaju uslove iz čl. 101(3) UFEU nisu zabranjeni, o čemu nije potrebno donositi posebnu odluku.[30] Na ovaj način je izvršena značajna reforma pravnog okvira za primenu čl. 101 UFEU[31] i uveden je sistem samoprocene kojim je zamenjen sistem centralizovanih notifikacija i odobrenja zabranjenih sporazuma.

Samoprocena podrazumeva da učesnici na tržištu neposredno i direktno primenjuju čl. 101 UFEU i sami ocenjuju ispunjenost uslova iz čl. 101(3) UFEU. Ukoliko utvrde da su navedeni uslovi ispunjeni, sporazume mogu da primenjuju jer su punovažni i dozvoljeni. Ne traži se prethodna odluka EK kojom bi se to potvrdilo. S druge strane, neposredna primena čl. 101 UFEU ima za posledicu da povreda prava postoji kada pretpostavke iz čl. 101(3) UFEU ne postoje ili više ne postoje. Za *ex tunc* dejstvo zabrane nije potrebna odluka Komisije.[32] Prema tome, sistem uspostavljen Uredbom 1/2003 se u velikoj meri oslanja na procenu učesnika na tržištu da li je njihovo ponašanje u skladu sa pravilima konkurencije u EU i usmereno je na *ex post* kontrolu od strane EK, nacionalnih tela za zaštitu konkurencije i sudova.

Pojedinačna izuzeća onemogućavala su Evropsku komisiju da usmeri svoje resurse na suzbijanje teških povreda konkurencije. A upravo promena sistema je dovela do promene prioriteta EK tako što joj je omogućila da usmeri svoje resurse na oblasti u kojima može da da značajan doprinos u primeni čl. 101 i 102 UFEU.[33] EK je započela veliki broj istraga u sektorima ključnim za ekonomiju EU, a takođe, povećan je broj donetih odluka koje se odnose na primenu čl. 101 i 102.

Posle stupanja na snagu Uredbe 1/2003 uočljivo je da je EK sa pojedinačnih slučajeva pažnju preusmerila na opšte smernice koje mogu da budu od koristi za brojne učesnike na tržištu. U cilju što uspešnije primene Uredbe 1/2003, donete

---

[28] O teškoćama i problemima koji su postojali u sistemu pojedinačnih izuzeća u EU vid. više D. Bailey, 114.

[29] Vid. više Richard Whish, David Bailey, Competition Law, 8th edition, Oxford 2015, 176.

[30] Vid. čl. 1(2) Uredbe 1/2003.

[31] Više o reformi koja je izvršena Uredbom 1/2003 videti Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives (dalje: Obaveštenje Komisije 2014), Brussels, COM(2014) 453, para. 4-8.

[32] E.J. Mestmäcker, H. Schweitzer, 363.

[33] Vid. pasus br. 3 uvodnog obrazloženja Uredbe 1/2003.

su smernice za horizontalne[34] i vertikalne sporazume,[35] kao i nove uredbe o grupnim izuzećima. Nadalje, sektorske analize su postale jedan od osnovnih načina istrage i omogućile su EK da identifikuje nedostatke u konkurentskom procesu u oblasti gasa i električne energije, maloprodaje, bankarstva. Na taj način Evropska komisija je došla do značajnih dokaza koje je primenjivala u pojedinačnim postupcima u vezi sa čl. 101 UFEU. EK je periodično ocenjivala primenu sistema samovrednovanja i utvrdila da „nema većih teškoća u njegovoj primeni",[36] ali ne i zašto nema teškoća.[37]

Promena sistema je pojačala represivni karakter zabrane restriktivnih sporazuma. S obzirom da kontrolu EK, nacionalna tela za zaštitu konkurencije i sudovi vrše naknadno, učesnici na tržištu moraju da postupaju obazrivo i da budu u stanju da predvide buduća dejstva njihovih sporazuma i praksi,[38] jer čl. 101(3) UFEU postavlja visoke zahteve u pogledu samokontrole (engl. *compliance*) učesnika u restriktivnom sporazumu.[39] Na taj način je u značajnoj meri povećana odgovornost učesnika na tržištu.

U tekstu koji sledi prikazaćemo manjkavosti sistema samovrednovanja, pretpostavke koje moraju da postoje za uspešno uvođenje sistema samovrednovanja i otvorena pitanja.

3.1. Nedostaci sistema samovrednovanja

Sistem samovrednovanja pokazuje određene nedostatke. Prva i osnovna manjkavost ogleda se u tome što je rizik od pogrešne procene u pogledu budućih efekata sporazuma na konkurenciju na tržištu mnogo veći kada procenu vrše učesnici na tržištu, nego kad tu istu procenu vrši telo za zaštitu konkurencije.[40] U sistemu pojedinačnog izuzeća rizik od pogrešne procene tela za zaštitu konkurencije takođe postoji, ali je manji jer su odluke vremenski ograničene. Pored toga, telo za zaštitu konkurencije ima instrumente za ograničenje pogrešne pro-

[34] Obaveštenje Komisije – Smernice o primeni čl. 101 UFEU na horizontalne sporazume o saradnji (Communication from the Commission — Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements; dalje: Smernice za horizontalne sporazume o saradnji), Official Journal C 11, 14.1.2011, p. 1–72

[35] Obaveštenje Komisije – Smernice za vertikalna ograničenja (Commission notice – Guidelines on Vertical Restraints, dalje: Smernice za vertikalna ograničenja), Official Journal C 130, 19.05.2010, p. 1-46.

[36] Vid. para. 6 Obaveštenja Komisije 2014.

[37] Vid. D. Bailey, 120.

[38] R. Bechtold, W. Bosch, I. Brinker, 162.

[39] Vid. više E.J. Mestmäcker, H. Schweitzer, 363.

[40] Vid. više R. Bechtold, W. Bosch, I. Brinker, 162; E.J. Mestmäcker, H. Schweitzer, 361.

cene kroz nametanje određenih obaveza i uslova. I konačno, doneto rešenje o pojedinačnom izuzeću, po pravilu, telo za zaštitu konkurencije može pod određenim uslovima da ukine ili poništi. Tako u domaćem pravu, KZK može doneto rešenje o pojedinačnom izuzeću, u postupku ponovljenom po službenoj dužnosti u roku od godinu dana od njegovog donošenja, da ukine ako se bitno izmene uslovi pod kojima je izuzeće odobreno, odnosno da poništi ako se izuzeće zasniva na netačnim ili neistinito prikazanim činjenicama ili ako se izuzeće zloupotrebljava.[41]

Kod samoprocene rizik pogrešne procene snose učesnici na tržištu i to je izričito potvrđeno i u sudskoj praksi.[42] Rizik pogrešne procene, nadalje, znači i povećan rizik od kažnjavanja. Nasuprot tome, u sistemu pojedinačnog izuzeća strane u sporazumu koje podnesu zahtev za pojedinačno izuzeće stiču imunitet u odnosu na mogućnost određivanja mere zaštite konkurencije.[43]

Druga slabost sistema samoprocene ogleda se u značajno smanjenoj pravnoj sigurnosti,[44] što posredno može da dovede do smanjenja inovacija i ulaganja.

Treće, postavlja se pitanje da li i pod kojim uslovima strane koje su pogrešno ocenile sporazum mogu da izbegnu kažnjavanje. U sistemu pojedinačnog izuzeća i obavezne notifikacije restriktivnih sporazuma koji postoji u našem pravu ovo pitanje se ne postavlja jer restriktivni sporazum koji ne ispunjava uslove za grupno izuzeće, mora biti prijavljen KZK. U protivnom, ukoliko učesnici na tržištu ne podnesu zahtev za pojedinačno izuzeće restriktivnog sporazuma oni čine povredu i KZK ima pravo da izrekne meru zaštite konkurencije.

Četvrto, kod samoprocene je sporno da li postoji diskreciono pravo pri oceni sporazuma, kao i ko ima takvo pravo. Kod pojedinačnih izuzeća telo za zaštitu konkurencije prilikom odlučivanja o ispunjenosti uslova za pojedinačno izuzeće ima diskreciono pravo. Nasuprot tome, EK, nacionalna tela za zaštitu konkurencije i sudovi zahtevaju potpunu proverljivost procene učesnika na tržištu u pogledu ispunjenosti uslova iz čl. 101(3) UFEU i na taj način stranama odriču bilo kakvu toleranciju u pogledu eventualne pogrešne procene. U teoriji se ovakvom stavu upućuju opravdani prigovori. Naime, s obzirom na to da učesnici na tržištu nemaju mogućnost da ostvare pravnu sigurnost, nego sami moraju putem samoprocene da odgovore na pitanje o ispunjenosti uslova iz čl. 101(3) UFEU,

---

[41] Vid. čl. 60(5) ZZK.

[42] Vid. presudu u predmetu C 681/11 Schenker & Co. and Others, ECLI:EU:C:2013:404, para. 43. Sud je naveo da čl. 101 UFEU mora da se tumači na takav način da učesnik na tržištu koji ga je povredio ne može da izbegne kažnjavanje kada je povreda nastala kao posledica pogrešne procene učesnika na tržištu u pogledu zakonitosti njegovog ponašanja na osnovu pravnog saveta koji je dobio od advokata ili uslova odluke nacionalnog tela za zaštitu konkurencije.

[43] R. Bechtold, W. Bosch, I. Brinker, 167.

[44] Vid. više kod H. Schröter, T. Jakob, R. Klotz, W. Mederer, 405.

mora im se priznati određeni stepen tolerancije u slučaju greške u proceni.[45] U prilog navedenog stava govori i činjenica da je čl. 101(3) opšteg i apstraktnog karaktera. Stav je teorije da i pored postojanja neobavezujućih izvora i uredbi o grupnim izuzećima, za strane u sporazumu ostaju značajni rizici. S druge strane, ako bi se ovaj argument prihvatio postavlja se pitanje na koji način bi bio određen stepen tolerancije na koji strane u sporazumu imaju pravo.

3.2. Nužne pretpostavke za uvođenje sistema samoprocene i njegovu uspešnu primenu u domaćem pravu

Uvođenje sistema samoprocene u naše pravo podrazumevalo bi da čl. 11 ZZK ne primenjuje Komisija nego ga direktno primenjuju učesnici na tržištu. Shodno tome, svi restriktivni sporazumi koji ispunjavaju uslove iz čl. 11 ZZK bili bi zakoniti i bez posebne odluke Komisije kojom bi to bilo potvrđeno.

Za uspešno uvođenje i funkcionisanje sistema samoprocene potrebno je da se ispune određene pretpostavke. Prva grupa pretpostavki odnosi se na samo tržište i učesnike na tržištu. U tom smislu, potrebno je da se radi o tržištu na kojem postoji konkurencija. Drugo, sami učesnici na tržištu treba da imaju dovoljno svesti o tome da postoje pravila kojima se štiti konkurencija na tržištu, da je sporazum koji su zaključili ili nameravaju da zaključe restriktivan i potom, da mogu da ga pravilno ocene. Dakle, učesnici na tržištu moraju biti u mogućnosti da samostalno ocene pravnu valjanost svojih sporazuma i praksi. Ovo je veoma važno jer ocena restriktivnog sporazuma podrazumeva složenu ekonomsku i pravnu analizu.

Drugu grupu preduslova za uspešnu samoprocenu restriktivnih sporazuma čini postojanje pravnih pravila koja će učesnici na tržištu koristiti prilikom samovrednovanja svojih sporazuma i praksi. Treba imati u vidu da su u pravu EU i domaćem pravu uslovi pod kojima sporazum može biti izuzet od zabrane opšteg i apstraktnog karaktera. U tom smislu neophodni su *soft law* izvori doneti od strane KZK, koji sadrže kriterijume i smernice za ocenu restriktivnih sporazuma. Nadalje, potrebne su i smernice koje bi se odnosile na odbranu u skladu sa čl. 11 ZZK.[46] Radi se o izvorima prava, koje donosi telo za zaštitu konkurencije i koji za sudove nisu obavezujući, ali koji pokazuju stavove tog tela. Postojanje takvih izvora je izuzetno značajno jer se njima konkretizuju opšta pravila iz zakona i na taj način omogućava se veća transparentnost i, putem povećane predvidljivosti

[45] Navedeni stav zastupaju uglavnom nemački autori. Vid. više kod R. Bechtold, W. Bosch, I. Brinker, 172.

[46] Vid. D. Bailey,112.

postupanja regulatornog tela, veća pravna sigurnost.[47] Upravo neobavezujući izvori prava služe učesnicima na tržištu kao prva pomoć i prvi korak u oceni njihovih sporazuma, jer im u značajnoj meri olakšavaju procenu usklađenosti njihvog sporazuma sa zakonom. U našem pravu, za sada, ne postoje neobavezujući izvori prava (npr. uputstva, smernice, obaveštenja) koje bi učesnici na tržištu koristili prilikom samoprocene sporazuma.

Nadalje za uspešno funkcionisanje sistema samovrednovanja nužno je postojanje prakse regulatornog tela. Kada se u EU prešlo na sistem samoprocene postojala je 40-godišnja praksa odlučivanja o pojedinačnim izuzećima. Nasuprot tome, praksa KZK nije ni približno toliko obimna. Shodno tome, učesnici na tržištu, na osnovu postojeće prakse, ne mogu da steknu celovitu sliku o sva četiri uslova, odnosno za koje sporazume KZK smatra da podstiču konkurenciju, a za koje da je ograničavaju i narušavaju. Zatim, u cilju pravne sigurnosti, potrebno je utvrditi standard dokazivanja ispunjenosti uslova iz čl. 11 ZZK. Konačno, u sistemu samovrednovanja naročitu ulogu bi imali sudovi. Postavlja se pitanje da li upravni sudovi imaju dovoljno kapaciteta da odlučuju o ovim pitanjima.

3.3. Otvorena pitanja

Uvođenje samoprocene u naše pravo otvara određena pitanja. Prvo pitanje je na koji način je moguće otkloniti pravnu nesigurnost koja nastaje u slučaju sporazuma koji su novi ili za koje postoji protivrečna praksa. Drugim rečima, prema kojim pravilima bi učesnici na tržištu samovrednovali sporazume kada ne postoje smernice ili neko drugo uputstvo KZK. U pravu konkurencije EU postoje dva rešenja. Prvo, kada u vezi primene čl. 101. i 102. UFEU to zahteva javni interes Zajednice, EK može postupajući, po službenoj dužnosti, odlukom da utvrdi da se čl. 101 UFEU ne primenjuje na sporazum, odluku udruženja učesnika na tržištu ili usaglašene prakse, bilo iz razloga što nisu ispunjeni uslovi iz čl. 101(1) UFEU, ili zato što su ispunjeni uslovi iz čl. 101(3) UFEU.[48] Kao što vidimo, za primenu čl. 10(1) Uredbe 1/2003 potrebno je da se ispune dva restriktivna i kumulativna uslova. Prvi, da je donošenje odluke u javnom interesu EU i drugi, da EK postupa po službenoj dužnosti. Uvođenje drugog uslova bilo je neophodno da bi se izbeglo vraćanje na stari sistem pojedinačnih izuzeća. U navedenom slučaju EK može da donese deklaratornu odluku kojom konstatuje da sporazum nije zabranjen i ništav jer su ispunjeni uslovi iz čl. 101(3) UFEU (engl. *non-infringement decision*). U pasusu br. 14 uvodnog obrazloženja Uredbe 1/2003 navedeno je da u izuzetnim slučajevima može biti svrsishodno da EK donese odluku da se zabrane

[47] Upor. H. Schröter, T. Jakob, R. Klotz, W. Mederer, 406.
[48] Vid. čl. 10(1) Uredbe 1/2003.

iz čl. 101 UFEU neće primeniti, kako bi razjasnila pravni osnov i osigurala doslednu primenu prava u EU, a naročito u odnosu na nove vrste sporazuma ili postupanja koja još nisu na jednoobrazan način utvrđena u postojećoj sudskoj i upravnoj praksi. Druga mogućnost za učesnike na tržištu u EU je da zatraže neformalno mišljenje EK. Naime, prema pasusu 38 uvodnog obrazloženja Uredbe 1/2003 kada se u određenim slučajevima pojavi pravna nesigurnost i nedorečenost u odnosu na nova ili nerešena pitanja u vezi sa primenom, ako se za to ukaže potreba, učesnici na tržištu mogu zatražiti neslužbeno mišljenje EK. Svakako da bi u slučaju prelaska na sistem samoprocene bilo potrebno normirati na koji način bi se kod nas rešavale navedene situacije.

Drugo, opravdano može da se postavi pitanje značaja i funkcije uredbi o grupnim izuzećima.[49] Do donošenja Uredbe 1/2003, osnovna svrha uredbi o grupnim izuećima je bila rasterećenje EK u određenim slučajevima,[50] te regulisanje slučajeva koji su česti u praksi. Međutim, jasno je da se posle reforme u EU njihova uloga značajno promenila i da one sada imaju deklaratorno dejstvo,[51] jer se njima potvrđuje u kojim slučajevima se čl. 101(3) UFEU neposredno primenjuje. Iako je otvorena rasprava o njihovoj funkciji, smatramo da u svakom slučaju, grupna izuzeća i danas u značajnoj meri doprinose pravnoj sigurnosti i ujednačenoj primeni komunitarnog prava u državama članicama. Mišljenja smo da bi pre eventualnog prelaska na sistem samovrednovanja kod nas trebalo pažljivo sagledati i ovo pitanje.

Treće, u sistemu samoprocene sporno bi moglo da bude određivanje relevantnog tržišta,[52] jer samo ukoliko su učesnici na tržištu u mogućnosti da ispravno odrede relevantno tržište oni će moći da uspešno ocene svoj sporazum.

4. MOGUĆA REŠENJA *DE LEGE FERENDA*

Predloge *de lege ferenda* iznećemo u vidu četiri potencijalna rešenja. Prva mogućnost je da se zadrži trenutni sistem pojedinačnih izuzeća i obavezne notifikacije restriktivnih sporazuma. Propuštanje prijave takvog sporazuma KZK predstavljalo bi povredu za koju bi KZK mogla da izrekne meru zaštite konkurencije u obliku obaveze plaćanja novčanog iznosa u visini najviše 10% od ukup-

[49] Vid. Francisco Marcos, Albert Sanches Graells, „A Missing Step in the Modernisation Stairway of EU Competition Law – Any Role for Block Exemption Regulations in the Realm of Regulation 1/2003?", The Competition Law Review, Volume 6 Issue 2, 2010, 183-184.

[50] F. Marcos, A.S. Graells, 187.

[51] Vid. više o tome kod R. Bechtold, W. Bosch, I. Brinker, 166, 169; H. Schröter, T. Jakob, R. Klotz, W. Mederer, 410.

[52] H. Schröter, T. Jakob, R. Klotz, W. Mederer, 405; R. Bechtold, W. Bosch, I. Brinker, 169.

nog godišnjeg prihoda ostvarenog na teritoriji Republike Srbije u godini koja je prethodila godini u kojoj je pokrenut postupak.[53] Drugo rešenje podrazumeva, takođe, zadržavanje sistema pojedinačnog izuzeća i obavezne notifikacije restriktivnog sporazuma, ali bi pravne posledice propuštanja notifikacije sporazuma bile drugačije. Naime, ukoliko učesnici u restriktivnom sporazumu ne prijave sporazum, koji bi mogao da bude izuzet prema čl. 11 ZZK, odnosno takav sporazum čija pozitivna dejstva imaju prevagu nad njegovim negativnim dejstvima, KZK bi mogla da izrekne meru zaštite konkurencije u manjem iznosu (npr. u iznosu od najviše 1% ukupnog prihoda). S druge strane, ako je u pitanju restriktivni sporazum koji ne ispunjava uslove iz čl. 11 ZZK, Komisija bi, kao i do sada, mogla da izrekne meru zaštite konkurencije u iznosu do 10% ukupnog godišnjeg prihoda. Prema tome, samo propuštanje notifikacije sporazuma koji ispunjava uslove iz čl. 11 ZZK bilo bi blaže sankcionisano. Treće, zamislivo je i paralelno postojanje sistema pojedinačnog izuzeća i sistema samoprocene. To znači da bi učesnici na tržištu mogli sami da ocenjuju ispunjenost uslova iz čl. 11 ZZK, a oni učesnici na tržištu koji žele pravnu sigurnost mogli bi da podnesu zahtev za pojedinačno izuzeće KZK. Jasno je da u ovom slučaju notifikacija restriktivnih sporazuma ne bi bila obavezna. Smatramo da bi navedeni sistemi mogli da budu komplementarni i da nužno ne isključuju jedan drugog. Pa ipak, prema našem mišljenju, ovo rešenje u ovom trenutku ne bi bilo dobro jer, kao što smo ranije ukazali, kod nas nisu ispunjene potrebne pretpostavke za uspešnu samoprocenu restriktivnih sporazuma od strane učesnika na tržištu. Četvrta mogućnost je uvođenje sistema samoprocene restriktivnih sporazuma.

5. REŠENJE KOJE JE PREDVIĐENO RADNOM VERZIJOM NACRTA ZAKONA O ZAŠTITI KONKURENCIJE

U radnoj verziji Nacrta Zakona o zaštiti konkurencije predviđeno je da učesnici na tržištu samostalno vrše procenu ispunjenosti uslova za izuzeće, ali mogu podneti zahtev za pojedinačno izuzeće ili negativno odobrenje najkasnije do početka primene.[54] Ukoliko učesnici na tržištu podnesu zahtev za pojedinačno izuzeće ili negativno odobrenje, teret dokazivanja ispunjenosti uslova za izuzeće je na učesnicima u konkretnom sporazumu.[55] Kao što vidimo, zahtev za pojedinačno izuzeće ili negativno odobrenje može da se podnese do početka primene restriktivnog sporazuma.

[53] Vid. čl. 68 ZZK.
[54] Vid. Čl. 30(2) Nacrta Zakona o zaštiti konkurencije.
[55] Vid. Čl. 30(3) Nacrta Zakona o zaštiti konkurencije.

Dakle, ideja domaćeg zakonopisca je da u srpsko pravo konkurencije bude uveden kombinovani sistem gde će se učesnici na tržištu opredeljivati da li će sami vrednovati svoje sporazume i prakse ili će podneti zahtev za pojedinačno izuzeće. Pored toga, uvodi se i institut negativnog odobrenja (engl. *negative clearance*). Ovakvo rešenje implicira da se u našem pravu napušta sistem obavezne notifikacije restriktivnih sporazuma i omogućava se učesnicima na tržištu da neposredno ocenjuju ispunjenost uslova za izuzeće sporazuma od zabrane. Prema mišljenju autora, u domaćem pravu još uvek nisu ispunjene neophodne pretpostavke za uspešno funkcionisanje ovog sistema, ali ipak može da se uoči jedna prednost navedenog rešenja. Naime, strane koje nisu sigurne da li njihov sporazum ispunjava uslove za izuzimanje od zabrane, mogu da podnesu zahtev za pojedinačno izuzeće i na taj način ostvare pravnu sigurnost.

Konačno, nacrt novog zakona predviđa da će učesniku na tržištu biti izrečena mera zaštite konkurencije u iznosu do 10% ukupnog godišnjeg prihoda ostvarenog na teritoriji Republike Srbije u obračunskoj godini koja prethodi godini u kojoj je pokrenut postupak i obračunatog u skladu sa zakonom ako zaključi, na drugi način učestvuje ili sprovodi restriktivni sporazum koji ne ispunjava zakonom predviđene uslove za izuzeće.[56] Prema tome, ukoliko učesnici na tržištu pogrešno ocene svoj sporazum kao dozvoljen i primenjuju ga, a Komisija utvrdi da je u pitanju povreda konkurencije, učesnicima na tržištu može biti izrečena mera zaštite konkurencije u iznosu do 10% ukupnog godišnjeg prihoda. Dakle, posledica greške u samovrednovanju sporazuma može da bude izricanje mere zaštite konkurencije.

Naš zakonopisac se u vezi sa restriktivnim sporazumima opredelio za kombinovani sistem u kojem učesnici na tržištu odlučuju da li će samovrednovati svoje sporazume ili će KZK podneti zahtev za pojedinačno izuzeće. Shodno tome, napušten je sistem obavezne notifikacije restriktivnih sporazuma. S druge strane, u oblasti koncentracija primenjen je drugačiji sistem, po kojem je prijavljivanje koncentracije obavezno, ali posledice propuštanja notifikacije zavise od toga da li je u pitanju koncentracija koja ispunjava uslove za bezuslovno odobrenje ili ne.[57] Smatramo da bi ovaj princip mogao da bude primenjen i kod restriktivnih sporazuma i da bi, s obzirom na sve navedeno, učesnicima na tržštu obezbedio veću pravnu sigurnost.

[56] Vid. čl. 109(1)(1) Nacrta Zakona o zaštiti konkurencije.
[57] Vid. čl. 109(1)(3) i 110 Nacrta Zakona o zaštiti konkurencije.

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Osnovna razlika između sistema pojedinačnog izuzeća i sistema samoprocene ogleda se u sledećem. U sistemu pojedinačnih izuzeća postoji mogućnost da sporazum bude izuzet od zabrane ukoliko budu ispunjeni uslovi predviđeni zakonom. S druge strane, kod samoprocene samim zakonom je ustanovljen izuzetak od pravila da su restriktivni sporazumi zabranjeni i ništavi. Materijalnopravne posledice ove primarno procesnopravne razlike su dalekosežne. Restriktivni sporazumi u sistemu zakonskog izuzetka mogu da se sprovode neposredno i bez prethodne kontrole, dok sistem izuzeća podrazumeva prostor za procenu javne vlasti i privrednopolitičko odmeravanje.[58] Jasno je da u sistemu pojedinačnih izuzeća regulatorna tela imaju značajna ovlašćenja u stvaranju i implementaciji politike zaštite konkurencije, s obzirom da su upravo ta tela jedina ovlašćena da odlučuju o pojedinačnim izuzećima.

Na osnovu svega iznetog smatramo da kod nas još uvek nisu isupunjene nužne pravne i ekonomske pretpostavke za uvođenje sistema samoprocene i *ex post* kontrole restriktivnih sporazuma. Iako se u EU ovaj sistem pokazao kao delotvoran, on je uveden tek kada su ispunjeni nužni uslovi. Prema našem mišljenju najpre je potrebno dodatno unaprediti pravni okvir u oblasti zaštite konkurencije, pre svega, usvajanjem neobavezujućih izvora prava koji bi pomogli da sistem bude jasniji i jednostavniji. Na taj način bile bi otklonjene eventualne sumnje u pogledu načina procene ispunjenosti apstraktnih uslova iz čl. 11 ZZK. Nadalje, potrebno je da učesnici na tržištu, ali i sudovi steknu dodatna znanja o pravilima u oblasti zaštite konkurencije. U tom smislu, ne sme se zanemariti činjenica da samovrednovanje podrazumeva složenu ekonomsku analizu, za koju mnogi od učesnika na tržištu nisu spremni.

Iako postoji zalaganje jednog dela domaće stručne javnosti za prelazak na sistem samovrednovanja, autor smatra da pri odlučivanju o ovom pitanju treba biti naročito oprezan i uzeti u obzir sve relevantne okolnosti, jer sistem samoprocene definitivno znači smanjenu pravnu sigurnost učesnika u restriktivnom sporazumu i naglašava represivni karakter zabrane restriktivnih sporazuma.

LITERATURA I IZVORI

Valentine Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford-Portland Oregon 2004.

[58] E.J. Mestmäcker, H. Schweitzer, 356.

Vlatka Butorac Malnar, Jasminka Pecotić Kaufman, Siniša Petrović, *Pravo tržišnog natjecanja*, Zagreb 2013.

David Bailey, „Reinvigorating the Role of Article 101(3) Under Regulation 1/2003", *Antitrust Law Journal*, Vol. 81, 2016, 111-144.

Ernst-Joachim Mestmäcker, Heike Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht,* 3. Auflage, München 2014.

Rainer Bechtold, Wolfgang Bosch, Ingo Brinker, *EU-Kartellrecht,* 3. Aktualisierte und erweiterte Auflage, München 2014.

Richard Whish, David Bailey, *Competition Law*, 8th edition, Oxford 2015.

Sandra Fišer Šobot, „Koncentracije spajanje učesnika na tržištu i koncentracije sticanjem kontrole u pravu konkurencije Srbije i Evropske unije", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2016, 533-547.

Sandra Fišer Šobot, „Predatorske cene kao oblik ekskluzione zloupotrebe dominantnog položaja u praksi sudova Evropske unije", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2018, 1059-1074.

Francisco Marcos, Albert Sanches Graells, „A Missing Step in the Modernisation Stairway of EU Competition Law – Any Role for Block Exemption Regulations in the Realm of Regulation 1/2003?", *The Competition Law Review*, Volume 6 Issue 2, 2010, 183-201.

Helmuth Schröter, Thinam Jakob, Robert Klotz, Wolfgang Mederer, *Europäisches Wettbewerbsrfecht – Grosskommentar*, 2. Auflage, Baden-Baden 2014.

European Commission, *XXIXth Report on Competition Policy*, 1999 dostupno na *https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/1999/en.pdf.*

European Commission, *White Paper on Modernisation of the Rules Implementing Articles 85 And 86 of the EC Treaty*, *Commission Programme No 99/027*, Brussels, 28. 04. 1999.

Zakon o zaštiti konkurencije – ZZK, *Službeni glasnik RS,* br. 51/2009 i 95/2013.

Komisija za zaštitu konkurencije, *Uputstvo u vezi sa podnošenjem zahteva za pojedinačno izuzeće restriktivnih sporazuma od zabrane*, *http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/UPUTSTVO-Podnosenje-zahteva-za-pojedinacno-izuzece-restriktivnih-sporazuma-od-zabrane.pdf.*

Radna verzija Nacrta Zakona o zaštiti konkurencije, dostupno na *https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/090519/090519-vest14.html.*

Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, OJ 013, 21.02.1962, 0204 – 0211.

Uredba o sadržini zahteva za pojedinačno izuzeće restriktivnih sporazuma od zabrane, *Službeni glasnik RS*, br. 107/2009.

Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives, Brussels, COM(2014) 453.

Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Official Journal L 1, 04.01.2003, 1-25.

Obaveštenje Komisije – Smernice o primeni čl. 101 UFEU na horizontalne sporazume o saradnji (*Communication from the Commission — Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*), Official Journal C 11, 14.1.2011, p. 1–72.

Obaveštenje Komisije – Smernice za vertikalna ograničenja (*Commission notice – Guidelines on Vertical Restraints*), Official Journal C 130, 19.05.2010, p. 1-46.

Predmet C 681/11 *Schenker & Co. and Others*, ECLI:EU:C:2013:404.

Sandra S. Fišer Šobot, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs

Is it Time for the Introduction of Self-Assesment of Restrictive Agreements into Serbian Competition Law?

Abstract: *A working group for drafting the new Law on Protection of Competition was formed in 2018. One of the issues raised was whether the legal norms regulating individual exemptions of restrictive agreements should be amended. In other words, it was discussed whether the system of notification of restrictive agreements for individual exemption should be retained or self-assesment of restrictive agreements should be introduced. Another suggested alternative was to allow undertakings to decide if they want to self-asses their agreements or to request individual exemption from the Commission for Protection of Competition.*

In this paper, the author analyses advantages and shortcomings of both systems, identifies open questions in relation to the system of self-assesment and proposes posible solutions de lege ferenda.

Keywords: *individual exemption, self-assesment, restrictive agreements, Law on Protection of Competition.*

Datum prijema rada: 24.10.2019.

Originalni naučni rad 336.77:366.5]:061.1EU
doi:10.5937/zrpfns53-24063

Dr Atila I. Dudaš, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
A.Dudas@pf.uns.ac.rs

ODGOVORNO KREDITIRANJE U FUNKCIJI ZAŠTITE POTROŠAČA OD PREZADUŽIVANJA U PRAVU EVROPSKE UNIJE*

Sažetak: *Odgovorno kreditiranje ima za cilj da spreči nastanak prezaduženosti dužnika, tj. stanja u kojem su mu obaveze po kreditnim zaduženjima tako velike da ih ne može uredno izmirivati. Posledice i socijalne implikacije prezaduženosti posebno dolaze do izražaja ako je u svojstvu dužnika fizičko lice, tj. potrošač. Ideja odgovornog kreditiranja se operacionalizuje kroz više pravnih instituta, od kojih je od najvećeg značaja obaveza kreditora da pre zaključenja ugovora o kreditu proceni kreditnu sposobnost potrošača.*

Odgovorno kreditiranje postepeno je nalazilo svoje mesto u sekundarnim izvorima komunitarnog prava. Prva Direktiva o potrošačkim kreditima br. 87/102/EEC uopšte nije uredila koncept odgovornog kreditiranja. Prvi predlog novog teksta Direktive iz 2002. godine sadržavao je obavezu kreditora da proceni kreditnu sposobnost potrošača, koja je ocenjena preterano strogom, usled čega na kraju nije usvojena u toj formulaciji. Nova Direktiva o potrošačkim kreditima br. 2008/48/EC stoga samo nalaže obavezu procene kreditne sposobnosti potrošača od strane kreditora, u formulaciji koja je mnogo blaža od one iz Predloga.

Svetska ekonomska kriza je pokazala slabosti normativnog uređenja potrošačkog kredita u kojem potreba za odgovornim kreditiranjem nije snažnije artikulisana. Poučeni iskustvom krize, u Direktivi o hipotekarnim kreditima br. 2014/17/EU neuporedivo veći značaj dobija koncept odgovornog kreditiranja, pre svega kroz institut procene kreditne sposobnosti potrošača. Tako, već u sam pojam hipotekarnog kredita koji se odnosi na stambene nepokretnosti, inkorporisan

* Članak je nastao kao rezultat rada na naučnoistraživačkom projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu pod nazivom Pravna tradicija i novi pravni izazovi. Rad je prezentovan na Međunarodnoj naučnoj konferenciji Pravna tradicija i novi pravni izazovi, održanoj 03. i 04.10.2019. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu.

je elemenat procene kreditne sposobnosti. Zatim, poseban naglasak se stavlja na finansijsku edukaciju potrošača, s ciljem da se izbegne ili smanji neodgovorno zaduživanje. Direktiva ne propisuje konkretna merila na osnovu kojih se procenjuje kreditna sposobnost potrošača, zbog potrebe da se zadrže standardi procene kreditne sposobnosti koje su razvile poslovne banke. Jedino izričito propisuje da se u pretežnom delu ocena kreditne sposobnosti ne sme zasnivati na vrednosti hipotekovane nepokretnosti. Ovim se želela izbeći praksa koja je dovela do krize hipotekarnih kredita pre desetak godina. Direktiva ne propisuje ni sankcije za povredu obaveze procene kreditne sposobnosti, ali nalaže državama članicama da obezbede srazmerne, efikasne i odvraćajuće sankcije za povredu njenih odredaba, pa tako i odredbe o obaveznoj proceni kreditne sposobnosti. U pokušaju da se utvrdi razuman i pravičan balans između odgovornog kreditiranja i odgovornog zaduživanja, tj. da u pitanju da li odgovornost za prezaduženost potrošača treba da bude na kreditoru ili na potrošaču, Direktiva ispravno pomera klatno na stranu kreditora. Zabranjuje državama članicama da ustanove pravo kreditoru na raskid ugovora zbog toga što (savestan) potrošač nije pružio kreditoru sve informacije potrebne za procenu njegove kreditne sposobnosti.

Ključne reči: *potrošački kredit, Direktiva o hipotekarnim kreditima, Direktiva o potrošačkim kreditima, potrošač, ugovor o kreditu.*

1. PARADIGMA O INFORMISANOM POTROŠAČU I KONCEPT ODGOVORNOG KREDITIRANJA

Pravna regulativa ugovora kojima kreditori[1] potrošačima pružaju finansijske usluge razvila se u poseban segment u okviru potrošačkog ugovornog prava u pravu Evropske unije. Zaštitna funkcija potrošačkog prava posebno dolazi do izražaja na planu finansijskih usluga i to iz više razloga.[2] Pre svega, vrednost ugovora koje potrošači zaključuju sa kreditorima po pravilu je značajnija. Zatim, po pravilu podrazumevaju zaključenje ugovora sa važenjem tokom dužeg vremenskog perioda, posebno kada se radi o dugoročnim kreditima. Prema tome, potrošač

[1] Za označavanje lica koje se profesionalno bavi davanjem kredita ili pružanjem finansijskih usluga, u sekundarnim izvorima komunitarnog prava koristi se termin creditor, u redakciji na engleskom jeziku. Doslovni i pravno-tehnički ispravan prevod ovog termina bio bi termin „poverilac". Međutim on u srpskoj pravnoj terminologiji podrazumeva stranu u obligacionom odnosu, dok se u izvorima komunitarnog prava misli na tzv. profesionalne zajmodavce. Stoga radi izbegavanja terminoloških protivurečnosti, u ovom radu će se za označavanje profesionalnih zajmodavaca ili pružalaca finansijskih usluga koristiti termin „kreditor", pre svega zbog njegove konciznosti i potrebe da se razlikuje od termina „poverilac", kao jedne od strana u obligacionom odnosu.

[2] Norbert Reich et al, European Consumer Law, Cambridge-Antwerp-Portland 2014, 200.

zasniva obaveze trajne prirode, te je važno da zaključenju ugovora pristupa obazrivo, a ne lakomisleno i brzopleto. Naposletku, razumevanje sadržine i posledica ugovora o finansijskim uslugama zahteva znanje i iskustvo kojima prosečan potrošač retko raspolaže, dok se kreditor zaključenjem takvih ugovora bavi profesionalno, zbog čega gotovo uvek postoji asimetrija informacija u korist kreditora. Iz ovih razloga se zaštitna funkcija pravne regulative potrošačkih kredita ostvaruje putem strože obaveze predugovornog informisanja i savetovanja potrošača od strane kreditora.

Koncept odgovornog kreditiranja asimetriju informacija između potrošača i kreditora, kao i odgovornost kreditora za povredu predugovornih obaveza informisanja i savetovanja potrošača, čini dodatno složenijom. Odgovorno kreditiranje podrazumeva takvu vrstu kreditiranja koja sprečava nastanak stanja prezaduženosti korisnika kredita.[3] Po tome se razlikuje od predatorskog (*predatory lending*)[4] i neodgovornog kreditiranja (*reckless lending*), kod kojih kreditor uopšte ne vodi ili ne vodi u dovoljnoj meri računa o tome da li će odobrenje isplate kredita korisnika dovesti u stanje prezaduženosti.

Međutim, koliko je opravdano postavljanje pitanja odgovornog kreditiranja, toliko je opravdano istražiti da li i u kojoj meri sami potrošači treba da budu odgovorni u zaduživanju. Prema tome, odgovorno kreditiranje uvek treba posmatrati u relaciji sa odgovornim zaduživanjem. Ipak, veća je odgovornost na kreditoru kao profesionalcu koji se poslovima kreditiranja bavi radi sticanja dobiti.

Cilj rada je da se analizira razvoj implementacije koncepta odgovornog kreditiranja u Direktivu o potrošačkom kreditu i Direktivu o hipotekarnim kreditima. Najveći značaj odgovorno kreditiranje dobija u jednoj posebnoj predugovornoj obavezi kreditora koja se sastoji u proceni kreditne sposobnost potrošača pre zasnivanja kreditnog odnosa. Posebno je važno i osetljivo pitanje kakve pravne posledice povlači propust kreditora da pre zaključenja ugovora o kreditu proceni kreditnu sposobnost potrošača, odnosno ako je u toj proceni načinio grešku. Pojam odgovornog kreditiranja u širem smislu dotiče i kreditorovu dužnost obaveštavanja potrošača, odnosno dužnost njegovog savetovanja, ali bi takav poduhvat daleko premašio projektovane okvire ovog rada. Stoga će se akcenat staviti samo na onaj institut kroz koji koncept odgovornog kreditiranja prvenstveno dolazi do

[3] Responsible Lending : Overview of Regulatory Tools, World Bank, Washington D.C., 2013 https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/16728 (pristup: 9. jula 2019. godine).

[4] Udruženje banaka koje pružaju hipotekarne kredite u SAD (US Mortgage Bankers Association) je u okviru akcije Stop Mortgage Fraud utvrdila spisak indikatora predatorskog kreditiranja. Najznačajniji su sledeći: nepostojeće ili blanko potpisane isprave, anuiteti i troškovi veći od predviđenih, iznos kredita koji je veći od vrednosti obezbeđenja itd. http://www.stopmortgagefraud.com/signs.htm (pristup: 9. jula 2019.).

izražaja, a to je obaveza procene kreditne sposobnosti potrošača. Najpre je međutim potrebno utvrditi šta se smatra prezaduženošću, koji su njeni indikatori i tipični uzroci.

2. POJMOVNO ODREĐENJE PREZADUŽENOSTI

Pitanjem prezaduženosti potrošača bavila se i Svetska banka i Komisija Evropske unije. U Izveštaju Svetske banke se ističe da ne postoje jedinstvena merila za utvrđivanje postojanja stanja prezaduženosti potrošača.[5] Komisija Evropske unije je u jednom istraživanju sprovedenom 2008. godine uporedila definicije stanja prezaduženosti u pravima država članica i merila za njeno utvrđivanje.[6] Došla je do zaključka da pokušaji definicije prezaduženosti postoje u aktima organa Evropske unije, ali i da mnoge države članice imaju definiciju prezaduženosti u svojim nacionalnim pravima ili soft law izvorima prava.[7] Sledeći zajednički elementi prezaduženosti bi se mogli uzeti kao zajedničko jezgro svih tih različitih definicija i merila na osnovu kojih se utvrđuje:

1. Prezaduženost se ne sme posmatrati individualno, kroz finansijske mogućnosti potrošača, kao individue, već preko ukupnih finansijskih mogućnosti domaćinstva kojem pripada. Domaćinstvo je zajednica manjeg broja ljudi (ili ga čini samo pojedinac), koji žive u jednom stambenom objektu i zajednički akumuliraju prihode i imovinska dobra, ako i ne sva, svakako njihov značajniji deo.
2. Prezaduženost se utvrđuje na osnovu svih ugovorenih finansijskih obaveza, pri čemu neformalna finansijska obavezivanja porodične prirode ne treba uzimati u obzir.
3. Platežna nesposobnost – Nesposobnost domaćinstva da na vreme izmiruje svoje redovne ugovorene finansijske obaveze.
4. Strukturalna osnova platežne nesposobnosti – Nesposobnost za izmirenje redovnih finansijskih obaveza mora da ukazuje na trajne finansijske probleme, i ne tiče se neizmirenja pojedinačnih obaveza iz drugih razloga, na primer zbog zaboravnosti.
5. Uticaj životnog standarda na nesposobnost za plaćanje – Smatra se da je domaćinstvo prezaduženo, ako ne može da izmiruje svoje redovne finansij-

[5] Responsible Lending : Overview of Regulatory Tools, World Bank, t. 11.

[6] Towards a common operational European definition of over-indebtedness, Komisija Evropska unije, 2008 (pristup: 11. jula 2019.)

[7] Towards a common operational European definition of over-indebtedness, 34-36.

ske obaveze bez spuštanja životnog standarda ispod granice minimalnog koji je neophodan za podmirenje osnovnih troškova.

6. Nelikvidnost – Prezaduženost postoji kada domaćinstvo ne može da otkloni stanje platežne nesposobnosti oslanjajući se na imovinska dobra, finansijske i nefinansijske prirode, ili drugim izvorima finansiranja kao što je kredit.[8]

Prema tome, prezaduženost domaćinstava je kompleksna, višedimenzionalna pojava. Ona ima najpre *ekonomsku* dimenziju, koja se ogleda u preteranoj opterećenosti domaćinstva preuzetim finansijskim obavezama. Zatim, *vremensku* dimenziju, jer se kratkoročnim preteranim zaduživanjima nastoje rešiti dugoročni strukturalni problemi u finansijama domaćinstva. Ima i *socijalnu* dimenziju, jer se prezaduženo domaćinstvo marginalizuje ili isključuje iz društvenog/ekonomskog života. Naposletku, ima i *psihološku dimenziju*, jer prezaduženost stvara kod članova domaćinstva ozbiljan stres i psihološku destabilizaciju.[9] Slične zaključke sadrži i studija Komisije Evropske unije iz 2010. godine.[10]

3. UZROCI PREZADUŽENOSTI

Zaduživanje domaćinstava je posledica njihove potrebe da obezbede sebi uravnotežene uslove života u dužem vremenskom periodu. Kako se prihodi pojedinaca postepeno povećavaju tokom radnog veka, posebno na njegovom početku, a smanjuju kada pojedinac ode u penziju, zaduživanje je sredstvo kojim domaćinstva balansiraju svoje izdatke u dužem vremenskom periodu. Mladi očekuju da će im se prihodi tokom vremena povećavati i u sadašnjosti troše više nego što zarađuju, očekujući da će dugove otplaćivati kasnije kada im se smanje izdaci i raspoloživi deo imovine bude veći. Međutim, u ovakvoj računici lako je napraviti grešku: kada domaćinstvo akumulira veće dugove nego što bi moglo da podnese, nastaje stanje prezaduženosti.[11]

Primarni uzrok nastanka stanja prezaduženosti je, prema Izveštaju Svetske banke, *finansijska lakomislenost* korisnika kredita, koja je redovno posledica nepotpunog sagledavanja stvarnog finansijskog tereta koji otplata kredita podrazumeva. Do njega može doći kako usled netransparentnosti uslova kredita, tj. zbog neadektvanog predugovornog obaveštavanja, s jedne, ali i usled njegove finansijske „nepismenosti“ i nesposobnosti da upravlja svojim finansijama na pravi način,

[8] Towards a common operational European definition of over-indebtedness, 37.

[9] Ibid.

[10] European Commission (2010), Over-indebtedness: New evidence from the EU-SILC special module, Research note 4/2010. Navedeno prema Responsible Lending : Overview of Regulatory Tools, World Bank, 6.

[11] Responsible Lending : Overview of Regulatory Tools, World Bank, t. 7.

tj. adekvatno planira svoje prihode i izdatke, s druge strane.[12] Osim navedenih, na finansijsku lakomislenost potrošača redovno utiče i njihova sklonost da potcenjuju verovatnoću nastupanja nekog nepredvidljivog događaja, koji negativno utiče na njihovu imovinsku situaciju.[13]

Kao drugi najznačajniji uzrok dospevanja korisnika kredita u stanje prezaduženosti Svetska banka navodi *nastanak neočekivanih okolnosti* koje menjaju uslove u svetlu kojih je ugovor između kreditora i korisnika kredita zaključen. One mogu da se tiču smanjenja prihoda (na primer, gubitak posla), povećanja rashoda domaćinstva (na primer, skupi medicinski tretmani, šteta na neosiguranoj nepokretnosti, itd.), ali i povećanja troškova u vezi sa otplatom kredita (povećanje varijabilne kamatne stope ili depresijacija domaće valute u slučaju kredita indeksiranog u nekoj stranoj valuti). Neočekivane okolnosti koje pogoršavaju imovinsku situaciju korisnika kredita mogu da se ostvare i u njegovim porodičnim odnosima (na primer razvod braka ili smrt člana uže porodice).[14]

Naposletku, treći mogući razlog nastanka stanja prezaduženosti je *siromaštvo* koje pojedinca navodi da radi podmirenja tekućih potreba uzima kredite u vezi sa kojima je gotovo izvesno da neće biti u stanju da ih otplaćuje. Ovakva situacija redovno nastaje kada kreditori imaju poteškoća u utvrđivanju stvarnih imovinskih prilika korisnika kredita, zbog nedostatka potpunih informacija o njegovoj kreditnoj istoriji i trenutnoj imovinskoj situaciji.[15]

4. INDIKATORI PREZADUŽENOSTI

Literatura beleži više pokušaja utvrđivanja konkretnih indikatora postojanja stanja prezaduženosti domaćinstava.[16] U Izveštaju Svetske banke[17], kao najprimerenijim, navodi se skup indikatora koji su predložili autori Đovani Dalezio i Stefano Jeci[18].

---

[12] O finansijskoj pismenosti i njenom uticaju na nastanak stanja prezaduženosti vid. Lusardi A. e P. Tufano (2009), Debt Literacy, Financial Experiences and Overindebtedness, NBER Working Papers 14808, National Bureau of Economic Research, Inc.

[13] Responsible Lending : Overview of Regulatory Tools, World Bank, t. 8.

[14] Responsible Lending : Overview of Regulatory Tools, World Bank, t. 9.

[15] Responsible Lending : Overview of Regulatory Tools, World Bank, t. 10.

[16] Vid. detaljnije Keese M. (2009), Triggers and Determinants of Severe Household Indebtedness in Germany, SOEP papers 239, DIW Berlin, The German Socio-Economic Panel (SOEP) or BIS – Department for Business, Innovation and Skill (2010), Over-indebtedness in Britain: Second follow-up report.

[17] Responsible Lending : Overview of Regulatory Tools, World Bank, 7.

[18] Giovanni D'Alessio and Stefano Iezzi (2013), Household Over-Indebtedness: Definition and Measurement with Italian Data, Bank of Italy Occasional Paper No. 149.

Po ovom shvatanju postoje četiri indikatora postojanja prezaduženosti od kojih svaki odgovora jednoj od četiri njene dimenzije. Prvi se tiče *finansijskog opterećenja* koje otplata kredita povlači. Po ovom indikatoru, prezaduženost postoji kada domaćinstvo troši više od 30% (ili 50%) ukupnih mesečnih prihoda na otplatu obezbeđenih i neobezbeđenih kredita; ili domaćinstvo troši 25% ukupnih mesečnih prihoda na otplatu neobezbeđenih kredita; ili ako ukupni izdaci u vezi sa otplatom svih kredita domaćinstvo spušta ispod granice siromaštva. Drugi indikator zasniva se na *obimu dugova* sa čijom otplatom je domaćinstvo u docnji. Po ovom merilu domaćinstvo se može smatrati prezaduženim, ako je u docnji sa isplatom obaveze po kreditu ili nekog računa u trajanju dužem od dva meseca. Treći indikator tiče se *broja tekućih kredita* domaćinstva: domaćinstvo je prezaduženo, ukoliko ima četiri ili više kredita po osnovu kojih ima preostale neizmirene obaveze. Naposletku, četvrti indikator je *subjektivna percepcija obaveza* po osnovu tekućih kredita: domaćinstvo će se smatrati prezaduženim ako njegovi članovi ukupna dugovanja po osnovu tekućih kredita smatraju preterano velikim finansijskim opterećenjem.

5. ODGOVORNO KREDITIRANJE U PREDLOGU NOVE DIREKTIVE O POTROŠAČKIM KREDITIMA BR. 2008/48/EC

Direktiva br. 87/102/EEC o ugovorima o potrošačkim kreditima spada u red prvih najznačajnijih direktiva usvojenih u oblasti pravne zaštite potrošača tokom osamdesetih godina. Imajući, međutim, u vidu da je ona usvojena pre stupanja na snagu Jedinstvenog evropskog akta od 1986. godine, države članice su morale postići jednoglasnost, što je podrazumevalo da je njen sadržaj bio rezultat dugih i teških pregovora.[19] Iz ovog razloga Direktivom je postignut samo minimalni nivo harmonizacije pravila potrošačkog kredita u državama članicama.[20] Ovakav stav potvrđuje i odredba koja izričito ovlašćuje države članice da ustroje viši nivo zaštite potrošača od nivoa zaštite prema Direktivi.[21] To je omogućavalo državama članicama da, između ostalog, u vezi sa pitanjem podeljene odgovornosti kreditora i potrošača za zaključenje ugovora kojim se potrošač dovodi u stanje prezaduženosti, ustroje viši standard od onog predviđenog Direktivom.

Tako je na primer u Nemačkoj već krajem osamdesetih godina XX veka učinjen jedan pokušaj pred Višim zemaljskim sudom u Štutgartu da se ustanovi

[19] P. Latham, „Dispositions communautaires relative au crédit a la consommation: la directive 87/102/CEE du 22 décémbre 1986", Revue du Marché Commun, No. 316/1988, 219-224, 219.

[20] N. Reich et al, 203.

[21] Direktiva br. 87/102/EEC, čl. 15.

odgovornost kreditora za odobravanje kredita koji korisnika kredita dovodi u stanje prezaduženosti.[22] Ovaj pokušaj nije dobio podršku od strane Vrhovnog suda Nemačke, koji je zauzeo stav da se jedino i isključivo korisnik kredita može smatrati odgovornim za valjanu procenu njegovog finansijskog stanja i da isključivo on treba da snosi posledice zaduživanja koje ga dovodi u stanje nesposobnosti da uredno servisira svoje dugove.[23] Ovaj pristup je sledila većina evropskih pravnih poredaka, ali ne svaki.[24] Ističe se primer belgijskog prava, u kojem je obaveza odgovornog kreditiranja uvedena posebnim zakonom 1991. godine. Na sličan način je postupio i švajcarski zakonodavac koji je posle dugih priprema uneo u Zakon o zaštiti potrošača obavezu odgovornog kreditiranja.[25]

Ove tendencije su došle do izražaja i u predlogu Komisije iz oktobra 2002. godine o modernizaciji Direktive o potrošačkim kreditima br. 87/ 102/EEC[26] Komisija se zalagala za jednu uravnoteženiju raspodelu odgovornosti za odobravanje kredita između kreditora i potrošača, sa nadom da će takva regulativa podsticajno delovati na obe strane da se unapred spreči nastanak stanja prezaduženosti potrošača. Uvođenje koncepta odgovornog kreditiranja, prema razumevanju Komisije, značilo bi obavezu kreditora da sveobuhvatno savetuje potrošača, između ostalog i o njegovoj sposobnosti da uredno vraća kredit koji bi mu se isplatio, radi čega je neophodno da mu potrošač saopšti sve neophodne informacije.[27] Prema predlogu Komisije odgovorno kreditiranje bi podrazumevalo da se pretpostavlja da je kreditor pre zaključenja ugovora o kreditu, sporazuma o jemstvu/garanciji, ili povećavanja iznosa kredita, odnosno garancije, prethodno procenio, na osnovu svih mogućih sredstava koja su mu na raspolaganju, da li bi se od potrošača razumno moglo očekivati da ispuni svoje ugovorne obaveze.[28] Ova odredba predloga se u doktrini tumači u smislu da je uvođenje koncepta odgovornog kreditiranja trebalo da nametne kreditoru dodatne obaveze u tri dimenzije: pooštrenu obavezu obaveštavanja potrošača pre zaključenja ugovora; obavezu procene kreditne sposobnosti potrošača na osnovu podataka dobijenih od njega i po potrebi na osnovu podataka iz zvaničnih baza podataka; odnosno da od više mogućih kreditnih proizvoda ponude potrošaču onaj koji najviše odgo-

[22] Vid. odluku Višeg zemaljskog suda u Štutgartu: OLG Stuttgart, NJW 1988, 833.

[23] Vid. odluku Saveznog vrhovnog suda Nemačke: BGH, NJW 1989, 1665.

[24] Peter Roth, „Mittverantwortung des Kreditgebers bei der Kreditaufnahme – Warum eigentlich nicht?“, BKR – Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, 21/2003, 851-859, 851.

[25] P. Roth, 851.

[26] Predlog Komisije Evropskih zajednica br. C 331 E/200 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002PC0443&from=IT (pristup stranici 2.9.2019. godine).

[27] P. Roth, 851.

[28] Predlog Komisije, čl. 9.

vara njegovim interesima i tako odrediti iznos kredita da odgovara njegovim imovinskim prilikama.[29]

Reakcije na predlog Komisije su uglavnom bile negativne. Isticano je da bi uvođenje odgovornog kreditiranja predstavljalo vid neopravdanog starateljstva nad potrošačima, da bi povećalo troškove, pa time i cenu kredita, i da bi time najsiromašnije potrošače isključilo sa tržišta kredita.[30]

6. ODGOVORNO KREDITIRANJE U DIREKTIVI O POTROŠAČKIM KREDITIMA BR. 2008/48/EC

U konačnoj redakciji teksta Direktive o potrošačkim kreditima br. *2008/48/EC*, čiji je nacrt u ovom kontekstu više puta bio menjan[31], propisana je dužnost država članica da obezbede da kreditori pre zaključenja ugovora o kreditu procene kreditnu sposobnost potrošača na osnovu informacija dobijenih od potrošača i, kada je to potrebno, na osnovu informacija dobijenih uvidom u relevantne baze podataka.[32] Očigledno malo toga je ostalo od inicijalnog predloga Komisije iz 2002. godine, koji je imao za cilj da se prezaduživanje potrošača spreči pre svega sprečavanjem zaključivanja neracionalnih kreditnih sporazuma uopšte.[33]

Uvid u relevantne baze podataka o kreditnoj istoriji i kreditnim zaduženjima potrošača, dakle, nije obavezan, već zavisi od procene kreditora da li to smatra potrebnim. Neke države članice imaju stroži sistem, na primer, Belgija, u kojoj je uvid u baze podataka obavezan elemenat procene kreditne sposobnosti.[34] Da se takva praksa ne bi proglasila protivnom Direktivi, zbog njenog načelnog opredeljenja da se postigne maksimalna harmonizacija, navedena odredba Direktive u nastavku izričito ističe da države članice čije nacionalno zakonodavstvo zahteva od kreditora da procenu kreditne sposobnosti izvrše na osnovu obaveznog uvida u relevantne baze podataka, mogu zadržati ovaj uslov.[35]

Direktiva ne nalaže obavezu državama članicama da detaljnije razrade postupak procene kreditne sposobnosti potrošača. U svakom slučaju, u Preambuli Direktive daje se preporuka državama članicama da kreditorima daju instrukcije i smernice u vezi sa procenom kreditne sposobnosti potrošača.[36]

---

[29] E. Mišćenić, 148
[30] P. Roth, 852.
[31] N. Reich et al, 218-219.
[32] Direktiva br. 2008/48/EC, čl. 8 st. 1.
[33] N. Reich et al, 219.
[34] Ibid.
[35] Direktiva br. 2008/48/EC, čl. 8 st. 1, druga rečenica.
[36] Direktiva br. 2008/48/EC, recital br. 26.

Direktiva ne propisuje nikakve pravne posledice povrede obaveze procene kreditne sposobnosti. Jedino se u Preambuli ističe značaj sprečavanja neodgovornog kreditiranja ili odobravanja kredita bez prethodne pravilne procene kreditne sposobnosti potrošača. U tom smislu se samo daje preporuka državama članicama da ostvare neophodan nadzor radi sprečavanja ovakvih pojava i utvrde načine za sankcionisanje kreditora.[37]

U praksi Suda pravde Evropske unije postavilo se pitanje pravnog dejstva izjave kojom potrošač potvrđuje da je kreditor uredno ispunio svoju obavezu predugovornog obaveštavanja o elementima ugovora koji namerava zaključiti, odnosno o ishodu procene kreditne sposobnosti potrošača. Pitanje je od dosta velikog značaja, imajući u vidu da se takve izjave često daju na tipskom obrascu, koji potrošač potpisuje zajedno sa ostalim ispravama prilikom zaključenja ugovora o kreditu, te neretko nije ni svestan toga kakvu izjavu je potpisao. Merodavnom se u ovom kontekstu smatra odluka Suda doneta u predmetu *C 449/13 CA Consumer Finance SA*.[38] Sud je zauzeo stav da je protivno odredbama Direktive, ako sud države članice samo na osnovu izjave potrošača, koja se redovno daje na unapred pripremljenom obrascu, utvrdi da je kreditor ispunio sve svoje predugovorne obaveze, jer se time teret dokazivanja istih prevaljuje na potrošača. Takva praksa ne sme da poremeti primenu pravila o teretu dokazivanja činjenice da je kreditor uredno ispunio svoje obaveze predugovornog obaveštavanja iz čl. 5 i procene kreditne sposobnosti potrošača iz čl. 8. Direktive, koji je na kreditoru. Takođe, država članica zakonom ili drugim opštim pravnim aktom ne sme da ustanovi pravilo koje bi izjavi potrošača pridavalo ovakvu dejstvo.

U istom ovom predmetu se postavilo i pitanje da li se kreditor u proceni kreditne sposobnosti potrošača može osloniti isključivo na informacije koje je dobio od njega. Pitanje je izuzetno delikatno, jer odgovorno kreditiranje istovremeno znači odgovorno zaduživanje potrošača, s jedne strane, što podrazumeva dužnost saradnje sa kreditorom u cilju da mu se pruže sveobuhvatne informacije potrebne radi procene kreditne sposobnosti potrošača. Sud je zauzeo stav da kreditor uredno ispunjava svoju obavezu procena kreditne sposobnosti potrošača u skladu sa čl. 8. st. 1. Direktive o potrošačkim kreditima, i onda ako se oslanja isključivo na informacije koje je dobio od potrošača, pod uslovom da su one odgovarajuće i potkrepljene potrebnim dokumentima, kao i da kreditor nema dužnost da sistematski proverava istinitost informacija dobijenih od potrošača.

---

[37] Ibid.

[38] C 449/13 CA Consumer Finance SA v Ingrid Bakkaus, Charline Bonato, née Savary, Florian Bonato, http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=E080771F2393FC66C66CC19727295E9D?text=&docid=160946&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12423763 (pristup 7. septembra 2019. godine).

7. ODGOVORNO KREDITIRANJE U DIREKTIVI O HIPOTEKARNIM KREDITIMA BR. 2014/17/EU

Početak poslednje etape u razvoju pravne regulative potrošačkog kredita u pravu Evropske unije predstavlja usvajanje Direktive br. 2014/17/ EU o ugovorima o potrošačkim kreditima koji se odnose na stambene nepokretnosti[39], koja se u stručnim krugovima pominje samo kao Direktiva o hipotekarnim kreditima (*Mortgage Credit Directive*). Potreba za posebnom regulativom stambenih kredita u pravu Evropske unije uvek je bila prisutna u stručnoj javnosti, kao i u planovima komunitarnih zakonodavnih tela. Međutim, svetska ekonomska kriza bila je glavni okidač zbog kojeg su radovi na Direktivi dobili konkretan oblik, zbog potrebe da se spreči da neodgovorno ponašanje kreditora u odobravanju stambenih kredita ne uruši stabilnost finansijskog sistema.[40] Usvajanje Direktive o hipotekarnim kreditima imalo je za cilj da se princip odgovornog kreditiranja što više afirmiše, kako bi se pružanjem potpunijih informacija potrošačima smanjio rizik prezaduživanja i poboljšala zaštita u slučaju docnje u otplati kredita, i time da se vrati poverenje u bankarski sistem, koje je pod udarom svetske ekonomske krize bilo ozbiljno poljuljano.[41] Stoga je s jedne strane osnovna svrha novih pravila da se potrošači bolje informišu o stvarnim troškovima uzimanja hipotekarnog kredita, što se odražava na planu dužnosti obaveštavanja i kreditnog savetovanja. S druge strane, procena kreditne sposobnosti potrošača dobija u Direktivi veći značaj u odnosu na Direktivu o potrošačkim kreditima.

Značaj odgovornog kreditiranja u Direktivi proizlazi već iz prvog njenog člana u kojem se hipotekarni kredit u smislu Direktive definiše kao kredit odobren potrošaču, osiguran hipotekom ili se na drugi način odnosi na stambene nepokretnosti, koji podrazumeva *procenu kreditne sposobnosti potrošača*.[42] Prema tome, procena kreditne sposobnosti je jedan od konstitutivnih elemenata hipotekarnih kredita koji se odnose na stambene nepokretnosti. Međutim, da bi koncept odgovornog kreditiranja funkcionisao neophodno je da se jača svest potrošača o

[39] Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, Službeni glasnik Evropske unije, L 60, 34–85.

[40] Direktiva o hipotekarnim kreditima, recital br. 3.

[41] Vid. detaljnije Đorđe Popov, „Svetska ekonomska kriza i restrukturiranje dugova", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2009, 7-20.; Đorđe Popov, „Evropska unija i Svetska ekonomska kriza", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/2010, 7-23.; Đorđe Popov, „Svetska ekonomska kriza i Srbija", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/2010, 7-27.

[42] Direktiva o hipotekarnim kreditima, čl. 1 st. 1.

tome da je dobrim delom i na njima odgovornost da se spreči nastanak stanja prezaduženosti. Iz ovog razloga, Direktiva uvodi obavezu država članica da promovišu mere kojima se podstiče obrazovanje potrošača na odgovorno zaduživanje i upravljanje dugom, posebno u vezi sa hipotekarnim kreditima. Neophodne su jasne i opšte informacije o postupku odobravanja kredita radi usmeravanja potrošača, posebno onih koji prvi put uzimaju hipotekarni kredit. Direktiva posebno nalaže državama članicama da obezbede informisanje potrošača o savetodavnim uslugama koje im pružaju organizacije za zaštitu potrošača i odgovarajući državni organi.[43] Dodatni pritisak na države članice u vezi sa finansijskim obrazovanjem potrošača predstavlja sledeća odredba Direktive, koja propisuje da je Komisija dužna objaviti procenu finansijskog obrazovanja dostupnog potrošačima i navesti primere najbolje prakse, koji se mogu dalje razraditi radi povećanja finansijske obaveštenosti potrošača.[44] Uprkos načelnom značaju odredaba o finansijskom obrazovanju, ona u doktrini nalazi na kritiku.[45] Ističe se naime da ove odredbe, onako kako su sročene u Direktivi, sadrže samo ciljeve, bez navođenja konkretnih mera za njihovo ostvarenje, te nije ni svrhovita, niti dovoljno učinkovita. Osim toga, u nekim aspektima su nejasne i kontradiktorne. Tako, na primer, jasne i opšte informacije o postupku odobravanja kredita nisu od naročite koristi potrošaču, koji nije u stanju da razume sadržinu dostupnih mu informacija.[46] Zatim, nije jasno zašto se posebno ističe potreba finansijskog obrazovanja potrošača koji prvi put uzima kredit. Zakonodavac je očigledno imao u vidu da zaštiti potrošača koji još nema iskustvo u zaključivanju ugovora o hipotekarnom kreditu. Međutim, ovim se stiče utisak kao da potrošač koji uzima drugi ili naredni put ne zavređuje posebnu zaštitu u vidu njegovog finansijskog obrazovanja. Ništa manje nema potrebu za finansijskim obrazovanjem potrošač koji se ne zadužuje prvi put hipotekarnim kreditom. Upravo suprotno, najčešće već ima neko kreditno zaduženje kada uzima drugi ili sledeći kredit, te je njegovo predugovorno finansijsko obrazovanje čak od većeg značaja.[47] Naposletku, stiče se utisak de se odredbama Direktive o finansijskom obrazovanju potrošača jedan deo finansijskih rizika pokušava prevaliti na njih. Nesumnjivo je opravdano da oni snose deo rizika povezanih sa hipotekarnim kreditima, ali treba postaviti pitanje da li je opravdano očekivati da budu finansijski obrazovani u toj meri da sagledaju sve moguće aspekte dugotrajnog zaduživanja hipotekarnim kreditima.[48] Iz ovih razloga se

[43] Direktiva o hipotekarnim kreditima, čl. 6 st. 1.

[44] Direktiva o hipotekarnim kreditima, čl. 6 st. 2.

[45] Emilia Mišćenić, „Novo europsko uređenje hipotekarnih kredita“, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, 2015, 113-169, na str. 128.

[46] Ibid.

[47] Ibid.

[48] Ibid.

može smatrati ispravnim zaključak iznet u doktrini da odredbe Direktive o finansijskom obrazovanju potrošača nikako ne smeju da predstavljaju osnov za prevaljivanje rizika hipotekarnih kredita na potrošače, već bi naglasak i dalje trebalo da bude na odgovornom kreditiranju, i dužnostima predugovornog obaveštavanja od strane kreditora o mogućim finansijskim rizicima, kao i na suzbijanju prakse ugovaranja nepoštenih odredaba u ugovoru o kreditu.[49]

7.1. Elementi na osnovu kojih se vrši procena kreditne sposobnosti

Direktiva nalaže državama članicama obavezu da obezbede da kreditori pre zaključenja ugovora izvrše sveobuhvatnu procenu kreditne sposobnosti potrošača. Procena kreditne sposobnosti se u Direktivi definiše kao procena verovatnoće urednog ispunjenja obaveze otplate kredita od strane potrošača. Ova procena u adekvatnoj meri treba da uzme u obzir činioce relevantne za utvrđivanje izgleda potrošača da u budućnosti uredno izmiruje svoje obaveze po kreditu.[50] U ovom članu Direktiva ne utvrđuje koje okolnosti treba kreditor da uzme u obzir prilikom procene kreditne sposobnosti potrošača. U Preambuli se, međutim, primera radi ističe da pri proceni kreditne sposobnosti treba uzeti u obzir buduća plaćanja ili povećanje obaveze plaćanja zbog negativne amortizacije ili odložena plaćanja glavnice ili kamata, druge redovne troškove, dugove i druge finansijske obaveze, prihode, štednju i imovinu, odnosno buduće eventualne događaje koji tokom trajanja predloženog ugovora o kreditu mogu da nastanu, kao što su smanjenje prihoda zbog odlaska u penziju, porast kamatne stope, negativne kursne razlike, itd. Direktiva međutim u okviru člana posvećenog proceni kreditne sposobnosti izričito ističe da ona ne sme da se zasniva prevashodno na onom delu vrednosti nepokretnosti koja je predmet hipoteke u kojem premašuje iznos kredita, niti na pretpostavci da će se vrednost nepokretnosti tokom vremena povećavati.[51] Ova odredba je od velikog značaja, jer ima za cilj da spreči praksu kreditora koja je 2008. godine postala jedan od najznačajnijih okidača svetske ekonomske krize. Naime, kreditori su kreditnu sposobnost klijenata redovno procenjivali imajući u vidu verovatnoću rasta vrednosti nepokretnosti koja služi obezbeđenju kredita. Kako često vrednost nepokretnosti nije rasla onom dinamikom koju su kreditori predviđali prilikom zaključenja ugovora, a štaviše, u jeku ekonomske krize došlo je i do naglog pada tržišne vrednosti nepokretnosti, redovna je postala pojava da

[49] Ibid.
[50] Direktiva o hipotekarnim kreditima, čl. 18 st. 1.
[51] Direktiva o hipotekarnim kreditima, čl. 18 st. 3.

je vrednost nepokretnosti postala premala da dalje služi kao obezbeđenje kredita.[52] U vezi sa načinom prikupljanja i utvrđivanjem verodostojnosti informacija na osnovu kojih kreditor procenjuje kreditnu sposobnost potrošača, Direktiva propisuje da se ova procena vrši oslanjajući se na informacije o prihodima i rashodima potrošača, kao i na druge okolnosti finansijske i ekonomske prirode koje su nužne, dovoljne i proporcionalne. Ove informacije mogu da potiču iz internih i eksternih izvora, uključujući i informacije koje su dobijene od samog potrošača, kao i od kreditnih posrednika i imenovanih predstavnika kreditora. U Direktivi se ističe da se ove informacije u razumnoj meri moraju proveriti, što po potrebi uključuje i uvid u isprave čija se sadržina može utvrditi na nezavisan način.[53]

Razlog zbog kojeg pravila Direktive o načinu utvrđivanja kreditne sposobnosti potrošača nisu konkretizovana može se utvrditi u opredeljenju komunitarnih legislativnih organa da zadrže u primeni interne akte poslovnih banaka.[54] Svaka banka, naime, ima svoja pravila utvrđivanja kreditne sposobnosti podnosilaca zahteva za kredit, koja se nadovezuju na manje ili više ujednačeni „credit-score" sistem. On se ogleda u numeričkom vrednovanju elemenata koji čine prihode, rashode i obaveze po tekućim kreditnim i drugim zaduženjima i zasniva se na informacijama dobijenih iz izveštaja iz zvaničnih baza podataka.[55] U Nemačkoj je to baza podataka SCHUFA, u Italiji CRIF, u Francuskoj FNIP, na primer[56], a kod nas Kreditni biro koji vodi Udruženje banaka Srbije. Značaj podataka dobijenih iz zvaničnih, odnosno baza podataka koje poslovne banke priznaju, prepoznaje i Direktiva o hipotekarnim kreditima: u Preambuli ističe da je uvid u bazu podataka o kreditima koristan elemenat u proceni kreditne sposobnosti.[57] Ukoliko kreditor podatke na osnovu kojih vrši procenu kreditne sposobnosti saznaje iz neke baze podataka, dužan je da potrošača unapred obavesti u potrebi da se izvrši uvid u nju.[58] Osim toga, značaj pristupa bazama podataka o kreditnim zaduženjima i kreditnoj istoriji potrošača potvrđuje i odredba, koja nalaže državama članicama da obezbede pristup bazama podataka kako domaćim, tako i kreditorima iz drugih država članica pod jednakim uslovima, isključivo u cilju praćenja da li potrošač ispunjava svoje kreditne obaveze za vreme važenja kreditnog spo-

[52] Pierre De Gioia-Carabellese, „The Directive on the Credit Agreements for Consumers relating to Residential Immovable Property (Directive 2014/17): A Regulatory Explanation and a Private Law Analysis", European Business Law Review, 1/2018, 34-57, na str. 42-43.

[53] Direktiva o hipotekarnim kreditima, čl. 20 st. 1.

[54] Ibid.

[55] Ibid.

[56] Ibid.

[57] Direktiva o hipotekarnim kreditima, recital br. 59.

[58] Direktiva o hipotekarnim kreditima, čl. 18 st. 5. t. (b).

razuma.[59] Pristup pod jednakim uslovima se odnosi kako na javne, tako i na privatne baze podataka.[60]

Detaljnija pravila Direktive o proceni kreditne sposobnosti pokazuju da je ovo proces u kojem obe strane iskreno treba da sarađuju. Najpre je propisana obaveza državama članicama da obezbede da kreditori već u predugovornoj fazi jasno i nedvosmisleno stave na znanje potrošaču koje informacije, odnosno koje nezavisno utvrdive dokaze treba da pruže kreditoru, kao i rok u kojem to potrošač treba da učini. Ovaj zahtev kreditora treba da bude srazmeran i ograničen samo na onaj obim informacija i dokaza koji je stvarno potreban za pravilnu procenu kreditne sposobnosti potrošača. Zatim, države članice treba da ustanove pravo kreditorima da zahtevaju od potrošača pojašnjenje dobijenih informacija, kada je to neophodno radi procene kreditne sposobnosti.[61]Da odgovorno kreditiranje znači istovremeno i odgovorno zaduživanje potrošača, jasno proizlazi iz sledećeg člana Direktive koji propisuje obavezu državama članicama da obezbede edukaciju potrošača radi jačanja njihove svesti o potrebi da kreditorima radi procene njihove kreditne sposobnosti saopštavaju tačne i potpune informacije. Kreditor ima dužnost da upozori potrošača da mu kredit neće biti odobren, ukoliko procena kreditne sposobnosti ne može da se sprovede zbog toga što potrošač nije saopštio potrebne informacije ili pružio potrebne isprave za njihovu verifikaciju.[62]

7.2. Odgovornost za neodgovorno kreditiranje

Sa razlogom je u doktrini istaknuto da je izuzetno sporno da li kreditor treba da snosi odgovornost za nastanak stanja preuzaduženosti potrošača. Ako i treba da nastane njegova pravna odgovornost, nameće se pitanje mere odgovornosti, da li ona treba da bude podeljena između kreditora i potrošača, kao i pitanje pravnih sankcija koje pogađaju kreditora koji je doprineo nastanku stanja prezaduženosti potrošača. Prema tome, pitanje je da li je odgovorno kreditiranje pravni institut koji povlači pravnu odgovornost sa jasno utvrđenim pravnim sankcijama ili je sankcija posredna, preko nametanja dodatnih novčanih obaveza kreditoru koji se ogluši o pravila o proceni kreditne sposobnosti potrošača.

Ideja o podeljenoj odgovornosti između kreditora i potrošača zasniva se na tome da se može ustanoviti pravna odgovornost kreditora za valjanost analize kreditne sposobnosti potrošača, ali odgovornost dobrim delom snosi i potrošač. S jedne strane, on je dužan da kreditoru u predugovornoj fazi dostavi sve podat-

[59] Direktiva o hipotekarnim kreditima, čl. 21 st. 1.
[60] Direktiva o hipotekarnim kreditima, čl. 21 st. 2.
[61] Direktiva o hipotekarnim kreditima, čl. 20 st. 3.
[62] Direktiva o hipotekarnim kreditima, čl. 20 st. 4.

ke, potpune, tačne i istinite, da bi kreditor pravilno mogao da proceni njegovu kreditnu sposobnost. S druge strane, ukoliko na osnovu tih podataka kreditor utvrdi da potrošač nije kreditno sposoban, ili da je kreditno sposoban u manjoj meri u odnosu na iznos traženog kredita, on bi trebalo da odustane od uzimanja kredita ili svoje potrošačke potrebe i želje uskladi sa rezultatima analize njegove kreditne sposobnosti izvršene od strane kreditora.[63]

Ovo pitanje delom uređuje i Direktiva o hipotekarnim kreditima. Ona zabranjuje kreditorima da raskinu ugovor zbog toga što informacije koje je pružio potrošač nisu bile potpune.[64] Prema tome, rizik nepravilne procene kreditne sposobnosti potrošača snosi kreditor, čak i onda ako je potrošač saopštio nepotpune informacije, pod uslovom da je potrošač savesno postupio. Imajući u vidu prethodno navedenu odredbu Direktive koja propisuje da je kreditor već u predugovornoj fazi dužan da saopšti potrošaču koje informacije će biti potrebne za procenu njegove kreditne sposobnosti, po mišljenju autora, potrošač će se uvek smatrati savesnim, ukoliko je saopštio sve informacije, odnosno pružio sve dokaze, koje je od njega kreditor u predugovornoj fazi zahtevao. Drugačije stoje stvari, ako je potrošač bio nesavestan u postupku procene njegove kreditne sposobnosti. Direktiva, naime, ovlašćuje države članice da ustanove pravo kreditorima da ugovor raskinu, pod uslovom da se dokaže da je potrošač svesno uskratio informacije ili je saopštio neistinite informacije.[65]

Pitanje odgovornosti kreditora za neodgovorno kreditiranje dobilo je tumačenje i u praksi Suda pravde Evropske unije. Radi se o predmetu C-565/12 *LCL Le Crédit Lyonnais SA v Fesih Kalhan*[66] u kojem je nacionalni sud postavio pitanje dejstva sankcija propisanih u nacionalnom pravu u slučaju nepoštovanja obaveze sprovođenja procene kreditne sposobnosti potrošača. Zahtev za odlučivanje o prethodnom pitanju potekao je od jednog francuskog suda pred kojim je vođen postupak naplate potraživanja banke protiv klijenta koji je prestao da izmiruje svoje obaveze po kreditu. Čl. 23 Direktive nalaže državama članicama obavezu da utvrde sankcije za povredu odredaba Direktive (pa tako i odredaba o obavezi procene kreditne sposobnosti potrošača), koje moraju biti efikasne, srazmerne i odvraćajuće. Ovu odredbu, u vezi sa sankcijama za povredu obaveze procene kreditne sposobnosti od strane kreditora, francuski zakonodavac je tako implementirao da je propisao da kreditor gubi pravo na ugovornu, ali zadržava pravo

[63] P. Roth, 851.

[64] Direktiva o hipotekarnim kreditima, čl. 20 st. 3.

[65] Direktiva o hipotekarnim kreditima, čl. 20 st. 3, treća rečenica.

[66] C-565/12 LCL Le Crédit Lyonnais SA v Fesih Kalhan. http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=77D98C18BE1F28F07E6AE168694A6FBA?text=&docid=149922&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=13436299 (pristup stranici 13. septembra 2019.).

na zakonsku zateznu kamatu, ukoliko u postupku odobravanja kredita nije poštovao pravila o proceni kreditne sposobnosti, utvrđena Zakonikom o zaštiti potrošača. Kreditor, između ostalog, prema Zakoniku ima obavezu da zatraži uvid u relevantne nacionalne baze podataka o kreditnim zaduženjima i kreditnoj istoriji potrošača, što tužilac u postupku nije učinio. Iz ovog razloga je nacionalni sud primenio sankciju utvrđenu Zakonikom, a to je gubitak ugovorne kamate. Paradoksalno je bilo međutim da je kreditor bio čak na boljitku od primene sankcije za neadekvatnu procenu kreditne sposobnosti potrošača. Ugovorena kamata je, naime, bila 5,60%, dok je zakonska zatezna kamata, na koju se zaračunava penal od 5% zbog toga što dužnik nije dobrovoljno ispunio svoju obavezu po presudi u roku od dva meseca računajući od dana kada je postala izvršna, ukupno iznosila 5,72%. Zato je nacionalni sud uputio Sudu pravde Evropske unije pitanje da li se pravilo nacionalnog prava koje propisuje gubitak ugovorne kamate kao sankciju za povredu obaveze da se pravilno sprovede procena kreditne sposobnosti potrošača može smatrati efikasnom, srazmernom i odvraćajućom sankcijom u skladu sa čl. 23 Direktive, ukoliko kreditor može primenom sankcije da ostvari zakonsku kamatu i penal u ukupnom procentu koji odgovara ili je čak i veći od stope ugovorne kamate. Sud je zauzeo stav da se takva sankcija nacionalnog prava ne bi mogla smatrati efikasnom, srazmernom i odvraćajućom u skladu sa čl. 23. Direktive. Stav je doduše zauzet u vezi sa Direktivom br. 2008/48/EZ o potrošačkim kreditima, ali nema pravnih prepreka da se analogno primeni i na tumačenje čl. 38 st. 1 Direktive o hipotekarnim kreditima, budući da gotovo istim rečima propisuje obavezu država članica da utvrde sankcije za povredu odredaba Direktive, koje moraju da budu efikasne, srazmerne i odvraćajuće.[67]

8. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Odgovorno kreditiranje ima za cilj da spreči nastanak prezaduženosti dužnika, tj. stanja u kojem su mu obaveze po kreditnim zaduženjima tako velike da ih ne može uredno izmirivati. Posledice i socijalne implikacije prezaduženosti posebno dolaze do izražaja ako je u svojstvu dužnika fizičko lice, tj. potrošač. Ideja odgovornog kreditiranja se operacionalizuje kroz više instituta, od kojih je od najvećeg značaja obaveza kreditora da pre zaključenja ugovora o kreditu proceni kreditnu sposobnost potrošača.

Odgovorno kreditiranje postepeno je nalazilo svoje mesto u sekundarnim izvorima komunitarnog prava. Prva Direktiva o potrošačkim kreditima br. 87/102/EEC uopšte nije propisivala obavezu odgovornog kreditiranja. Prvi predlog teksta

[67] E. Mišćenić, 149.

nove direktive iz 2002. godine sadržavao je obavezu kreditora da proceni kreditnu sposobnost potrošača, u formulaciji koja je ocenjena preterano strogom, usled čega predložena odredba na kraju nije usvojena u toj formulaciji. Nova Direktiva o potrošačkim kreditima br. 2008/48/EC stoga samo nalaže obavezu procene kreditne sposobnosti potrošača od strane kreditora, u formulaciji koja je mnogo blaža od one iz Predloga.

Svetska ekonomska kriza je pokazala slabosti normativnog uređenja potrošačkog kredita u kojem nije snažnije artikulisana potreba za odgovornim kreditiranjem. Poučeni iskustvom krize, u Direktivi o hipotekarnim kreditima br. 2014/17/EU neuporedivo veći značaj dobija koncept odgovornog kreditiranja, kroz institut procene kreditne sposobnosti potrošača. Tako, već u sam pojam hipotekarnog kredita koji se odnosi na stambene nepokretnosti, inkorporisan je elemenat procene kreditne sposobnosti potrošača. Zatim poseban naglasak se stavlja na finansijsku edukaciju potrošača, s ciljem da se izbegne ili smanji njihovo neodgovorno zaduživanje. Direktiva ne propisuje konkretna merila na osnovu kojih se procenjuje kreditna sposobnost potrošača, zbog potrebe da se zadrže standardi procene kreditne sposobnosti koje su razvile poslovne banke. Jedino izričito propisuje da se u pretežnom delu ocena kreditne sposobnosti ne sme zasnivati na vrednosti hipotekovane nepokretnosti. Ovim se želela izbeći praksa koja je dovela do krize hipotekarnih kredita pre desetak godina. Direktiva ne propisuje ni sankcije za povredu obaveze procene kreditne sposobnosti, ali nalaže državama članicama da obezbede srazmerne, efikasne i odvraćajuće sankcije za povredu njenih odredaba, pa tako i odredbe o obaveznoj proceni kreditne sposobnosti. U pokušaju da se utvrdi razuman i pravičan balans između odgovornog kreditiranja i odgovornog zaduživanja, tj. da u pitanju da li odgovornost za prezaduženost potrošača treba da bude na kreditoru ili na potrošaču, Direktiva ispravno pomera tu odgovornost na stranu kreditora. Zabranjuje državama članicama da ustanove pravo kreditoru na raskid ugovora zbog toga što (savestan) potrošač nije pružio kreditoru sve informacije potrebne za procenu njegove kreditne sposobnosti.

LITERATURA I IZVORI

De Gioia-Carabellese, Pierre, „The Directive on the Credit Agreements for Consumers relating to Residential Immovable Property (Directive 2014/17): A Regulatory Explanation and a Private Law Analysis“, *European Business Law Review*, 1/2018, 34-57.

D'Alessio, Giovanni, Iezzi, Stefano (2013), Household Over-Indebtedness: Definition and Measurement with Italian Data, Bank of Italy Occasional Paper No. 149.

European Commission (2010), Over-indebtedness: New evidence from the EU-SILC special module, Research note 4/2010

Keese, M. (2009), *Triggers and Determinants of Severe Household Indebtedness in Germany*, SOEP papers 239, DIW Berlin, The German Socio-Economic Panel (SOEP) or BIS – Department for Business, Innovation and Skill (2010), Over-indebtedness in Britain: Second follow-up report.

Latham, P. „Dispositions communautaires relative au crédit a la consommation: la directive 87/102/CEE du 22 décémbre 1986", *Revue du Marché Commun*, No. 316/1988, 219-224

Lusardi, A. e Tufano, P. (2009), Debt Literacy, Financial Experiences and Overindebtedness, NBER Working Papers 14808, National Bureau of Economic Research, Inc.

Mišćenić, Emilia, „Novo europsko uređenje hipotekarnih kredita", *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, 2015, 113-169

Popov, Đorđe, „Svetska ekonomska kriza i restrukturiranje dugova", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2009, 7-20.

Popov, Đorđe, „Evropska unija i Svetska ekonomska kriza", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2010, 7-23.

Popov, Đorđe, „Svetska ekonomska kriza i Srbija", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2010, 7-27.

Reich, Norbert *et al*, *European Consumer Law*, Cambridge-Antwerp-Portland 2014

Roth, Peter „Mittverantwortung des Kreditgebers bei der Kreditaufnahme – Warum eigentlich nicht?", BKR – Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, 21/2003, 851-859

IZVORI SA INTERNETA

http://www.stopmortgagefraud.com/signs.htm (pristup: 9. jula 2019.).

Predlog Komisije Evropskih zajednica br. C 331 E/200 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002PC0443&from=IT (pristup stranici 2. septembra 2019. godine).

Responsible Lending : Overview of Regulatory Tools, World Bank, Washington D.C., 2013 https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/16728 (pristup: 9. jula 2019. godine).

Towards a common operational European definition of over-indebtedness, Komisija Evropska unije, 2008 (pristup: 11. jula 2019.)

PROPISI I SUDSKE ODLUKE

Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit, Službeni glasnik Evropske unije, L 42, 48-53.

Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC, Službeni glasnik Evropske unije, L 133, 66-92.

Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, Službeni glasnik Evropske unije, L 60, 34–85.

Odluka Višeg zemaljskog suda u Štutgartu: OLG Stuttgart, NJW 1988, 833

Odluka Evropskog suda pravde: C 449/13 CA Consumer Finance SA v Ingrid Bakkaus, Charline Bonato, née Savary, Florian Bonato

Odluka Evropskog suda pravde: C-565/12 LCL Le Crédit Lyonnais SA v Fesih Kalhan

Odluka Saveznog vrhovnog suda Nemačke: BGH, NJW 1989, 1665.

Attila I. Dudás, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
A.Dudas@pf.uns.ac.rs

Responsible Lending as Means of Protecting Consumers in Credit Contracts in the Law of the European Union[68]

Abstract: *The traditional concept of consumer law relies on the so-called information paradigm. It postulates the ability of consumers to make rational choices if they are provided with all the necessary information as well as the required level of transparency of the transaction they are to enter into. The information paradigm gains special significance in consumer credit contracts. The reasons are manifold. Firstly, credit contracts are usually concluded for longer periods of time, quite often as long as a decade or two, in the cases of mortgage credit contracts. Secondly, they regularly involve higher financial commitment of the consumer than sale contracts the object of which is usually of lesser value in comparison to the value of credit contracts. Finally, the average consumer does not usually possesses the expertise and experience required to make rational decisions concerning the terms of a credit contract. Therefore the gap between the expertise and experience of the consumer and that of the creditor is a common occurrence. Due to the mentioned features of consumer credit contracts, the precontractual duties of the creditor are more extensive than that of the seller's in a consumer sale contract. One of them is the creditor's duty to grant credit to the consumer according to the concept of responsible lending. It requires the creditor to assess thoroughly and impartially the creditworthiness of the consumer before the conclusion of the contract, in order to prevent their over-indebtedness by avoiding credit contracts that are unreasonable from the perspective of the consumer.*

At the level of the European Union, consumer credit was first regulated by the Directive 87/102/EEC. However, responsible lending as a special precontractual duty of the creditor has not appeared in this Directive yet. During the preliminary works on the new Directive 2008/48/EC on consumer credits one of the most debated issues was whether it should envisage explicitly responsible lending as one of the precontractual duties of the creditor. The first proposal of the new Directive contained a quite strict rule, presuming that the creditor assessed by

[68] This paper has been presented at the International Scientific Conference Legal Tradition and New Legal Challenges, held on October 3rd and 4th, 2019, at the University of Novi Sad Faculty of Law.

all means available whether it could be reasonably expected that the consumer will be able to repay the credit, on the one hand, and that the creditor advised the consumer accordingly before the contract is concluded, on the other. Much of this rule was omitted from the final text of the Directive, though it still prescribes the duty of the creditor to assess the creditworthiness of the consumer.

The financial crisis, which erupted in 2007, demonstrated how vulnerable the financial situation of the consumers may become and how fragile the system of collaterals supporting credit contracts may prove in time. The experience gained from the crisis was taken into account during the drafting of the new Directive 2014/17/EU, known in short as the Mortgage Credit Directive, which attaches a much greater importance to the concept of responsible lending.

Keywords: *responsible lending, Mortgage Credit Directive, Consumer Credit Directive, contract on loan, consumer credit.*

Datum prijema rada: 18.11.2019.

Originalni naučni rad 347.27:347.235(497.11:439)“14“
doi:10.5937/zrpfns53-21250

Dr Ognjen B. Vujović, vanredni profesor
Univerzitet u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici
Pravni fakultet
ogvujovic@yahoo.com

POSEDI DESPOTA ĐURĐA BRANKOVIĆA U UGARSKOJ U KONTEKSTU POLITIČKIH ODNOSA SRBIJE I UGARSKE*

***Sažetak**: Predmet analize ovog članka je sudbina ekonomski značajnih poseda koje je despot Đurađ Branković imao u Ugarskoj. Radi se o posedima koji su bili prilično udaljeni od srpskog etničkog prostora. Reklo bi se da je Jovan Hunjadi pod velom pignusa izbegavao mogućnost da ga srpski despot optuži za otimanje imanja, ucenu, prinudu. Ugarska vladarska kuća je intenzivno koristila Brankovićevu nemogućnost da efikasno, faktički kontroliše posede koje je nominalno posedovao. Despot je uspevao da makar na papiru zadrži svoja imanja, ali ne i na terenu. Ne samo da je bio formalno vezan za nešto što faktički ne poseduje, već to nikada i nije mogao samostalno i nezavisno kontrolisati.*

***Ključne reči**: Đurđe Branković, pignus, Janko Hunjadi, Srbija, Ugarska.*

1. UVOD

Predmet analize ovog članka je sudbina ekonomski značajnih poseda koje je despot Đurađ Branković imao u Ugarskoj. Radi se o posedima koji su bili prilično udaljeni od srpskog etničkog prostora. Njih je despot dao u zalogu tadašnjem gubernatoru Ugarske, Janku Hunjadiju. U prepisu Đurđeve povelje (Inače, reč je o tome da je zaloga potvrđena dvema poveljama. Jedna je palatina Ladislava Gor-

* Rad je prezentovan na Naučnom skupu Prvi vek od prisajedinjenja: društveni, politički i pravni značaj, održanom 14. decembra 2018. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu.

janskog, a druga despota Đurđa Brankovića, koje su izdate 1450. godine),[1] kojom je to učinjeno, upotrebljen je termin *pignus* kojim je još od antičkog rimskog prava označavana zaloga. Jedna privatnopravna ustanova se našla u središtu političkih odnosa i sukoba. Zato ovo pitanje ima specifičnu težinu.

U politici je uvek najbitniji realni odnos snaga, a ne toliko pravni dokumenti. Zato politički odnosi igraju tako veliku ulogu. Ustanove onoga što se naziva privatnim pravom nikada nisu, a i ne mogu biti imune od toga. Sa tog stanovišta se i pristupilo naznačenoj temi. Pošto je jedino politika u stanju da angažuje sve resurse jednog društva, onda kada govorimo o kontekstu političkih odnosa on neizbežno zadobija i široku istorijsku dimenziju.

Posedi despota Đurđa o kojima je reč su inače posedi koje je on nasledio od svog prethodnika despota Stefana Lazarevića. Njihova sudbina je uvek bila neizvesna. Tako su oni despotu Đurđu oduzeti već 1440. godine u jeku njegovog sukoba sa ugarskim kraljem Vladislavom. Pošto su se izmirili, posedi su mu vraćeni sledeće godine. Godine 1444. Branković je najveći i ekonomski značajan deo svojih ugarskih vlastelinstava dao u zalogu Janku Hunjadiju, kao gubernatoru Ugarske, na ime naknade za ratnu pomoć koju je ovaj pružio srpskom despotu u sukobu s Turcima.[2]

2. DUNAVSKA GRANICA I TZV. GOLA SVOJINA

Nijedna ustanova se ne može razumeti bez uzimanja u obzir konteksta u kojem treba da funkcioniše. Ovde je on prilično razuđen.

Počećemo od onog najkonkretnijeg. Time što je despot dao posede u zalogu sa pravom korišćenja i ubiranja plodova, njemu faktički ostaje samo tzv. *nuda proprietas*. On time faktički i nema te posede. U svakom slučaju, videće se da mu svojina na njima u suštini ne može bitini faktički garantovana, a takva vrsta garancije je u stvari i najbitnija. Jer, šta znači to što imate nešto na papiru, ako to i stvarno ne posedujete (ako to ne koristite i ne ubirate plodove sa tih poseda).

Ova formalnopravna vezanost za ugarsku teritoriju i jednom ustanovom privatnog prava (mada u srednjem veku privatno i nije razdvojeno od javnog) je bila

[1] Već na početku treba napomenuti da je ovde upotrebljen i analiziran tekst prepisa povelje koji je objavljen u članku Aleksandra Krstića, „Povelja Despota Đurđa Brankovića o davanju u zalog poseda u Ugarskoj Jovanu Hunjadiju“, Stari srpski arhiv 11/2012, 152-157.

[2] Neven Isailović, Aleksandra Fostikov, „Povelja gospodina Đurđa Brankovića kojom potvrđuje slobode građanima Debrecina – Bia 1429, 5. maj”, Mešovita građa 33/2012, 66. „Tom prilikom je, po svemu sudeći, Đurađ bio primoran da Hunjadiju založi i Debrecin i posede u neposrednoj okolini ovog grada. Sukobi koji su izbili nakon bitke kod Varne praktično su ove despotove gubitke učinili trajnim. Uprkos povremenim najavama, mađarski posedi srpskih despota, izgubljeni 1444, nikada više nisu vraćeni predstavnicima kuće Brankovića”, Ibid.

podređena političkim razlozima i političkim ciljevima. Najbolji dokaz tome je što su ovi posedi bili lako podložni ugarskim političkim hirovima.

Despot ne samo da je bio formalno vezan za nešto što faktički ne poseduje, već to nikada i nije mogao samostalno i nezavisno kontrolisati.

Kada je u pitanju širi kontekst onda treba reći da su despotski posedi korišćeni u sklopu široko shvaćene političke trgovine. Ona nije bila imuna od iznude i prevare kojima je umela da pribegava ugarska strana, jer je koristila stanje nužde u kojoj se nalazio srpski vladalac. Čak je i ugovor o zalozi bio osnažen mirovnim ugovorom. Na taj način je u potpuni zapećak stavljen njegov privatnopravni karakter, a na najvećem značaju je dobio njegov politički karakter. O tome govori sledeće:

„Kada je zarobljen u Srbiji 1448. godine, posle teškog porazaugarske vojske u sukobu sa Turcima na Kosovu polju, Hunjadi je morao despotu da vrati Vilagoš i Vršac. Po povratku u Ugarsku, gubernator je osudio despota na konfiskaciju poseda, koje je počeo da dodeljuje svojim pristalicama. To je dovelo do otvorenih sukoba između njegovih ljudi i despotovih službenika, pa je posredovanjem palatina Ladislava Gorjanskog sklopljen napred pomenuti privremeni sporazum između srpskog vladara i ugarskog gubernatora maja 1450. godine. Tvrđava Munkač i varoši Nađbanja, Satmar, Nemeti, Debrecin, te posedi Besermenj i Dada ostali su i dalje u zalogu kod Hunjadija. Takvo stanje u pogledu navedenih vlastelinstava potvrđeno je i mirovnim ugovorom u Smederevu od 7. avgusta 1451. godine, kojim je despot Đurađ ponovo regulisao odnose sa Jovanom Hunjadijem. Na taj način su pomenuta vlastelinstva praktično trajno prešla u ruke Hunjadija, i despotska porodica nije više uspela da ih povrati“.[3]

Despot Đurađ je morao da se pomiri sa time da Ugarska kontroliše Beograd i još neka mesta na desnoj obali Dunava u zamenu za Debrecin i još neke gradove u Ugarskoj. Zašto je vršena ovakva razmena? Očigledno da Ugarskoj nije odgovaralo da despot ima kompaktnu teritoriju u kojoj ne bi bilo direktnog ugarskog uticaja i kontrole. Pored toga, odgovaralo im je da on ima posede duboko u Ugarskoj, daleko od srpskih etničkih prostora. Očigledno je da se želelo da se despot potpuno uklopi u ugarske političke prilike i da izgubi posebnost i samostalnost.

Despot Đurađ Branković je delovao u vrlo teškim okolnostima. Reč je o tome da je turski sultan Mehmed II Osvajač 1453. godine osvojio Konstantinopolj. Sada je mogao da se posveti osvajanju Ugarske. Ovaj turski vladar nije želeo da despot među svojim posedima ima Beograd, Smederevo i Golubac, već je bio

[3] Aleksandar Krstić, „Dokumenti o ugraskim posedima despota Đurđa datim u zalogu Jovanu Hunjadiju 1444. godine“, Mešovita građa 32/2011, 129.

spreman samo da mu dozvoli neke delove zemlje koju je držao njegov otac Vuk Branković u današnjoj Severnoj Makedoniji.[4]

To znači da su i Turci želeli da granice poseda srpskih vladara vide dalje od Dunava, ali za razliku od Ugara koji su nastojali da to bude severnije, Turci su želeli da to bude južnije, u unutrašnjost turskih poseda. U oba slučaja to više ne bi bile bilo kakve političke granice Srbije, već samo privatni posedi jednog od, bilo ugarskih, bilo turskih podanika.

Kada je u pitanju najširi kontekst, onda treba napomenuti i da su tek nakon dugog perioda ratova sa Turcima, Ugri donekle modifikovali svoju politiku i našli da im je u interesu da dozvole srpsko naseljavanje na posede u južnoj Ugarskoj.

"Posle propasti Srpske despotovine, narednih nekoliko decenija granica na Dunavu i Savi bila je poprište ogorčenih borbi između Turske carevine i Ugarske kraljevine. Dobro je nadgledana, imala je utvrđenja za odbranu, stalne i dobro poznate prelaze. Na dunavskoj granici centralno mesto zauzimala je Smederevska tvrđava. Posle smrti despota Lazara Brankovića, u januaru 1458. godine, Ugri su u pregovorima s despotskom porodicom uporno tražili Smederevo, u zamenu za posede u Ugarskoj. Kako u tome nisu uspeli, pokušavali su posle 1459. godine da ga oslobode, što bi omogućilo dublje prodore u Tursku. U tim pokušajima podržavali su ih Srbi, koji su već naseljavali predele s obe strane Dunava. Tursko osvajanje s juga pokrenulo je srpske seobe prema severu. Osim toga, srpski despoti su tokom 15. veka s planom naseljavali Srbe na svoje velike posede u Ugarskoj. Od polovine 15. veka južna Ugarska dobila je srpskufizionomiju. Iz Srbije su se iseljavali svi slojevi stanovništva, od sirotinje do pripadnika vlasteoskih porodica..."[5]

Imajući u vidu sve što je rečeno jasno je da je zaloga koja je uspostavljena na despotovim posedima u Ugarskoj bila svojevsrna omča oko vrata za Đurđa Brankovića.

3. PIGNUS I ZALOŽENI DESPOTOVI POSEDI

"Pignus" appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. Unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.[6]

---

[4] Vid. Halil Inalcik, „Mehmed the Conqueror (1432-1481) and His Time", Speculum 3/1960, 416.

[5] Momčilo Spremić, „Borbe za oslobođenje Smedereva (1459-1485)", Smederevski zbornik 3/2012, 15.

[6] D. 50. 16. 238, https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/, 2. 04. 2019. godine.

Gaj ovde objašnjava da termin *pignus* dolazi od *pugno*, što označava ono što je dato u zalogu, rukom preneto. Zato se pod time smatra da se zaloga zaista uspostavlja na pokretnim stvarima.

Verovatno da su, s početka, predmet zaloge mogle da budu samo pokretne stvari.

Pravila o zalozi su nastala na terenu kontrakata, a zatim su preneta i u područja tzv. zakonske i sudske zaloge.[7] Kako Kazer sumira, bilo je potrebno da se stvar u trenutku zalaganja nalazi u imovini (*in bonis*) zalogodavca. To znači da je dovoljno ili da je ona u njegovoj pretorskoj svojini ili u uzukapionoj državini. Zatim, bilo je potrebno da strane zaključe neformalni realni ugovor o zalozi i da postoji dug koji je ovom zalogom trebalo osigurati.[8] Od kasnog klasičnog perioda, kaže Kazer, imperijalnim pravom se razvija tzv zakonska zaloga (*so-called legal pledges*). Svrha ovih intervencija se delom ogleda u tome da se povlašćeno štite određene kategorije poverilaca.[9] Termin *hypotheca* je uveden još u klasičnom pravu kako bi razlikovao zalogu bez državine.[10] Pre toga je takva vrsta zaloge označavana terminom *pignus obligatum*. Inače, zaloga ili pignus je bila uniformna ustanova bez obzira da li se radilo o njenim oblicima sa ili bez državine nad založenom stvari.[11] U postklasičnom periodu je na značaju dobila zakonska generalna hipoteka, hipoteka na celoj imovini dužnika.[12] Ona se, kaže Kazer, delom razvila iz ugovorne hipoteke koja se odnosila na celu imovinu, a koja se pojavila još u klasičnom pravu. Delom se razvila pod helenističkim uticajem, pod kojim su imperatori Severi opterećivali celokupnu imovinu poreskog dužnika.[13] Oblik ugovorne zaloge gde nije dolazilo do predaje založene stvari u državinu založnom poveriocu, nazivan je *pignus conventum*, *pignus sine possessio*, a od postklasičnog perioda uglavnom je nazivan hipotekom, *hypotheca*.[14] Od prvog veka posle Hrista, pignus je postao osnovni način realnog obezbeđenja kod zaduživanja.[15]

---

[7] Vid. Max Kaser,Roman Private Law (third edition), a translation by Rolf Dannenbring, Pretoria 1980, 157. Kazer ističe kako je zaloga (pignus) predstavljala jednoobraznu (uniform) ustanovu i u klasičnom i u Justinijanovom pravu bez obzira da li je državina (possession of the thing) prenošena na kreditora, Ibid., 156.

[8] Ibid., 157.

[9] Vid. Ibid., 158.

[10] Ibid., 157.

[11] Ibid., 156.

[12] Ibid., 158.

[13] Ibid., 159.

[14] Vid. Žika Bujuklić, Forum Romanum, rimska država, pravo, religija i mitovi, Beograd 2012, 577.

[15] Donald E. Phillipson, „Development of the Roman Law of Debt Security“,Stanford Law Review 20/1968, 1236-1237.

To što se pignusom mogla založiti stvar koja se nalazila u pretorskoj (bonitarnoj) svojini zalogodavca, to dobrim delom objašnjava njegovu učestalost i to što je na kraju prevladao.

Dakle, pignusom je bilo moguće založiti i pokretne i nepokretne stvari.

Postklasični rimski izvori i rani srednjevekovni izvori iz zapadnog dela rimskog carstva su termine *fiducia* i *pignus* koristili kao sinonime. Tamo je fiducija bila jedan od oblika zaloge, kaže Sič.[16]

Postoje mišljenja da je u srednjevekovnoj Ugarskoj *pignus rei immobilis* (pignus na nepokretnostima) bio sličan obliku fiducije iz rimskog prava, *fiducia cum creditore contracta*.[17]

U svakom slučaju, u rimskom pravu, kada je reč o pignusu, založni poverilac nije imao prava da koristi stvar, jer bi onda počinio krađu korišćenja, *furtum usus*.[18] Dodatnim sporazumom je bilo moguće da se ugovori i pribiranje plodova stvari, tzv. antihreza.[19] Iz pomenute despotove povelje se može videti da se u ugraskom pravu ugovaralo da se založeni posedi mogu koristiti i da se mogu pribirati plodovi sa njih.

Inače, antihreza je u Ugarskoj dugo opstala i bila je smetnja za usvajanje hipoteke. Hipoteka je u Mađarskoj usvojena tek u devetnaestom veku.[20]

Iz povelje koja je predmet analize izdvajamo deo: „... omnibus et singulis ipsorum utilitatibus et pertinenciis quibuslibet“[21] (sve do pojedinosti što služi za njihovo korišćenje i što se tiče njih). Dakle, ovde je založeno celokupno imanje sa svim pokretnim stvarima koje sa nalaze na njemu i koje služe za njegovo korišćenje.

Kaže se da je Hunjadi kao založni poverilac ta dobra držao, posedovao i čuvao (*factarumtenuerit, possederit et conservaverit*[22]).

Sič napominje da u postklasičnom (vulgarnom) pravu ni fiducijom, ni pignusom nije prenošena svojina, a uspostavljanje državine založnog poverioca je zavisilo od sporazuma među strankama.[23] Ona navodi da je u Ugarskoj u trinae-

---

[16] Magdolna Sič, „Fiducia and pignus in sources of post-classical roman law – synonyms or terms utilized for different konds of pledges?“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1-2/2008, 494. Vidi još M. Sič, Fiducia and Pignus in sources of Post-Classical Roman Law – Synonyms or terms utilized for different kinds of pledges? – Part II“,Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 3/2008, 143-172.

[17] Tomislav Karlović, „Pignus rei immobilis kao fiducijarni posao? Shvaćanja o naravi zaloga nekretnina u Tripartitu“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 5-6/2013, 1294-1296.

[18] Vid. Žika Bujuklić, 576.

[19] Ibid.

[20] Miriam Laclavíková, Slovak Legal History (with regard to the State and Law until 1918), Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta 2013, 92.

[21] A. Krstić, „Povelja Despota Đurđa Brankovića o davanju u zalog poseda u Ugarskoj Jovanu Hinjadaji“, Stari srpski arhiv 11/2012, 155.

[22] Ibid.

[23] M. Sič (2008), 495.

stom veku nepokretnost davana u zalogu uz pravo založnog poverioca da je koristi. Ako založni dužnik nije više bio u stanju da otplaćuje svoj dug, onda je, prema uobičajenoj odredbi ugovora o zalozi (*according to the common clause of the contract of pledge*), založni poverilac dobijao pravo vlasništva na predmetu zaloge, bez obzira na korist i plodove koje je do tada pribrao.[24]

Poveljom despota Đurđa kao da je bilo predviđeno nešto drugo. Naime, tu jeste navedeno da se posedi daju u zalogu sa pravom njihovog korišćenja i pribiranja plodova od strane založnog poveroca. Međutim, navedeno je i da se pribrani plodovi zbrajaju i da nakon što se tako isplati dug, Janko Hunjadi mora založene posede da vrati despotu. Reklo bi se da ovde založeni posedi imaju, ne samo svrhu da budu obezbeđenje i garancija da će dug biti vraćen (čemu inače služi zalaganje stvari), nego da posluže kao samo sredstvo isplaćivanja duga.Bilo kako bilo, formalnopravno gledano, despot je lepo obezbedio svoje interese. Primetno je da je ovaj deo u povelji u skladu sa sledećem pravilima kojasu navedena u Justinijanovoj kodifikaciji:

> C. 4. 24. 2.
> *Imperator Alexander Severus . Quod ex operis ancillae vel ex pensionibus domus, quam pignori detineri dicis, perceptum est, debiti quantitatem relevabit. * ALEX. A. DEMETRIO. *<A 222 PP. K. OCT. ANTONINO IIII ET ALEXANDRO CONSS.>*[25]
> Prevod: Ono što robinja uradi, ili što se prikupi od izdavanja kuće, a što je dato u zalogu, oslobađa od odgovarajućeg iznosa duga.
> C. 4. 24. 3.
> *Imperator Alexander Severus. Creditor, qui praedium pignori sibi nexum detinuit, fructus quos percepit vel percipere debuit in rationem exonerandi debiti computare necesse habet et, si agrum deteriorem constituit, eo quoque nomine pigneraticia actione obligatur. * ALEX. A. VICTORI. *<A 222 PP. VI ID. DEC. ANTONINO IIII ET ALEXANDRO CONSS.>*[26]
> Prevod: Kreditor koji drži založeno imanje, plodove koje pribere ili koje je dužan da pribere, treba da uračuna u umanjenje postojećeg duga. Ako umanji vrednost zemljišta treba da odgovara po *actio pigneraticia*.

Poznato je, dakle, da su u srednjem veku bili u upotrebi različiti oblici zalaganja stvari. Njima jemoglo biti uspostavljenopravo založnog poverioca da pribira i plodove koje daje založena stvar sve dok se dug ne otplaćuje. Imao je pravo i

[24] M. Sič, „Why the opinion of Papinian preserved by Fragm. Vat. 9 was not inserted into Justinian's Digest?", Acta Universitatis Sapientiae, Legal Studies 1/2012, 118, fn. 44.

[25] https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/, 7. april 2019. godine.

[26] https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/, 7. april 2019. godine.

da zahteva svojinu nad tom stvari ukoliko nema otplate duga. Opšte je mišljenje, navodi Sič, da je na ove načine izbegavana zabrana uzimanje kamate. Ta zabrana ima korena u drevnim vremenima, ali je aktuelizovana od devetog veka pod uticajem hrišćanstva.[27] Papa Aleksandar III je u dvanaestom veku pokušao da proširi zabranu prikupljanja interesa i preko zaloge, tako što je trebalo da dug bude umanjen za vrednost plodova. Ali, je ovo retko poštovano, napominje Sič.[28]

Vratimo se despotovoj povelji. U njoj piše „...annotatis domino Johanni gubernatori, Ladislaoque et Mathie filiis suis pro prefatis centum milibus et quinquaginta quinque milibus florenis auri iuxta regni consuetudinem pignori duximus obliganda sew inscribendas...“[29] Ovde se govori da despot Đurađ na ime otplate duga ... navedenom gospodaru Jovanu gubernatoru, Ladislavu i Matiji, njegovim sinovima, duga od spomenutih sto hiljada i pedeset i pet hiljada zlatnih florena, po običaju kraljevine daje zalogu (*pignus*)... Zatim se kaže da su gubernator i njegovi sinovi u obavezi da uračunavaju godišnje prihode sa založenih dobara, u iznosu od šest hiljada i sedam stotina florena i da se to uračunava u otplatu duga (*computare atque pro solutis assummere et recipere debebunt et tenebuntur*[30]). Nakon isplate duga, Jovan, ili njegovi naslednici je trebalo da založnom dužniku, ili njegovim naslednicima vrate založena dobra.[31]

Podsetimo se rimskog prava. Nema sumnje da založena stvar ostaje u imovini dužnika, navodi se u Justinijanovoj kodifikaciji:

> C. 4. 24. 9.
> *Imperatores Diocletianus, Maximianus . Pignus in bonis debitoris permanere ideoque ipsi perire in dubium non venit...*[32]
> Navedeni sadržaj povelje Đurđa Brankovića je u potpunom skladu sa time. Što se pravnih dokumenata kao takvih tiče, despot Đurađ je ovom poveljom uspeo da odbrani svoje svojinsko pravo.
> Povelja uopšte ne pominje nemogućnost isplaćivanja duga, jer je očito da su pomenuta imanja bila izdašna i da su imala siguran priliv prihoda. Ovde do punog izražaja dolazi maksima rimskog prava da se*više sigurnosti nalazi u stvari nego u ličnosti*:
> *Plus cautionis in re est quam in persona*.[33]

[27] M. Sič (2012), 117, fn. 44.
[28] Ibid., 118, fn 44.
[29] A. Krstić (2012), 155.
[30] Ibid.
[31] Vid. Ibid., 160.
[32] https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/, 7. april 2019.
[33] D. 50. 17. 25, https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/, 7. april 2019.

U povelji se ne pominje ni institut održaja. Tako da nije jasno da li je založni poverilac mogao steći svojinu na taj način. U svakom slučaju, što se samog rimskog prava tiče takvo nešto nije bilo moguće. Znamo da despot više nikada nije povratio svoje posede, ali ne znamo kako su sada Hunjadijevi naslednici formalnopravno pravdali svoje vlasništvo. Vidimo da je izvesna Beatrisa tražila prepis te povelje kao dokaz svoga prava na posedovanje. Kao da su sama ta povelja i njen sadržaj bili dovoljan dokaz njene svojine.

3.1. Najširi kontekst

Posedi o kojima se govori u povelji nalaze se daleko od srpskih etničkih prostora.

Tako je Munkač grad u Ukrajini bio u posedu despota Stefana Lazarevića, a nakon njegove smrti je pripao Đurđu Brankoviću. Njemu je bio privremeno oduzet, pa vraćen od strane ugarske krune. Zatim ga je dao Jovanu Hunjadiju u zalogu i posle toga više nije uspeo da ga povrati.[34] Zatim Rivulidominarum koji se nalazi u današnjoj severozapadnoj Rumuniji. Bogat rudarski posed koji je još despot Stefan Lazarević dobio od ugraske krune, a koji je Đurđe Branković na isti način kao prethodno pomenuti posed izgubio iz kontrole.[35] U današnjoj severnoj Rumuniji se nalaze i varoši Satmar (sa rudnicima zlata i srebra) i Nemeti. Zatim Debrecin u današnjoj istočnoj Mađarskoj.[36] Ostala naselja koja se pominju u povelji nalaze se takođe u današnjoj Mađarskoj.

Da bi neko efikasno kontrolisao stvar, a ne samo na papiru, on mora i faktički da je kontroliše, ili da poseduje mogućnost da u svakom trenutku može da uspostavi faktičku kontrolu nad njom. Ovakva kontrola, ili njena mogućnost su naročito važni za političke odnose. Zar se u tome ne krije određenje suverenosti? Zato faktička kontrola dobija na specifičnoj težini kada su u pitanju pravni odnosi (pa i samo na prvi pogled čisto privatnopravni odnosi kakav je ugovor o zalozi) koji su usko vezani za političke odnose na najvišem državnom nivou.

Interesi despota Đurađa Brankovića su bili u žrvnju političkih odnosa sa ugarskom vladarskom kućom. Ona je intenzivno koristila njegovu nemogućnost da efikasno faktički kontroliše posede koje je nominalno posedovao. Tako da je on i pored poseda, u stvari sve vreme bio bez poseda. Na ovom mestu se nameće sličnost despotovog položaja sa položajem koje su u starom Rimu imali tzv. neprivilegovani slojevi stanovništva kada je u pitanju bila nemogućnost efikasne faktičke kontrole svojih stvari, svojih interesa. To je pitanje toliko očigledno upra-

[34] A. Krstić (2012), 167.
[35] Vid. Ibid., 168.
[36] Ibid.

vo tamo gde u prvi plan izbija potreba za faktičkom, a to znači fizičkom kontrolom stvari. Reč je o institutu održaja (*usucapio*). Tačka na kojoj se susreću institut održaja i potreba zaštite neprivilegovanih je delikt krađe (*furtum*).

Da su ne samo u politici, nego i u privatnopravnim odnosima najbitniji realni odnos snaga i faktička situacija, na najbolji način oslikava slučaj iz rimskog prava sa zabranom odžaja ukradenih stvari. Atinijev zakon (*lex Atinia de usucapione*)[37] iz drugog veka pre Hrista, kojim je bilo moguće održajem steći ukradenu stvar tek pošto ona bude vraćena njenom vlasniku, to potvrđuje na najbolji način. Tako je vlasnik efikasno zaštićen od prinude, zaplašivanja, ucenjivanja.

Atinijev zakon o održajuje donet u uslovima u kojima je iskustvo pokazalo da vlasnika više ne može efikasno da zaštiti isključivo oslanjanje na javnost. Vidimo da ni despotu Đurđu nije pomoglo to što se sa Hunjadijem sporazumevao pred ugarskim plemićima kao svedocima i svojevrsnim garantima postignutih sporazuma.

Rimska politička populistička elita je nastojala da zaštiti neprivilegovane slojeve stanovništva tamo gde oni najviše osećaju svoju ekonomsku nemoć, na terenu privatnog prava. Ta nemoć diktira i političku nemoć i obratno. Trebalo im je omogućiti istinsku slobodu volje. Trebalo im je omogućiti da povrate kontrolu nad svojim stvarima.Atinijevim zakonom je bilo predviđeno upravo to. Ukradena stvarse može steći održajem, ali samo pod uslovom da se onaprethodno vrati vlasniku, a ne onome od koga je neposredno ukradena. Tako Pavle kaže sledeće:

> *Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem eius, cui subrepta est, revertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in eius utique, cui subreptum est. Igitur creditori subrepta et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet.*[38]
> Prevod: Ono što Atinijev zakon kaže je, da ukradena stvar ne može biti stečena održajem, dok se ne vrati pod vlast onoga od koga je ukradena. Prihvaćeno je da se mora vratiti pod vlast vlasnika, a sigurno ne pod vlast onoga

[37] Gens Atinija je odigrao veliku ulogu u zakonodavstvu. Njegovi pripadnici su iniciralidonošenje par vrlo bitnih zakona. Među njima su oni kojima je osnovano nekoliko kolonija. Zatim navedeni zakon o uzukapiji i lex Atinia de tribunis plebis, vid. R. A. Bauman, „The Suppression of the Bacchanals: Five Questions“, Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte 3/1990, 341-342. Bauman ističe kako je ovaj poslednji bio uklopljen u porodičnu politiku koja je išla na rukuinteresima neprivilegovanih (underprivileged), Ibid., 342. Populističku orjentaciju ovog gensa, on objašnjava njihovim vezama sa Sempronijima Rutilima i Sempronijima Grasima, Ibid. Treba reći da se čini da su svi njihovi zakoni u stvari bili uklopoljeni u populističku politiku tog gensa, pa i ovaj zakon o održaju.

[38] https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/, 7. 04. 2019. godine.

od koga je ukradena. Dakle, ono što je ukradeno od kreditora, ono čime se neko poslužio, dužnost je vratiti pod vlast vlasnika.

Ovo znači da u ovom krajnjem slučaju najsnažniju zaštitu uživa ne interes onoga ko je neposredno kontrolisao stvar do momenat krađe, nego interes onoga ko je formalni vlasnik. Njegov interes je zaštićen tako što je traženo da mu se opet omogući neposredna kontrola stvari. Čini se da se jedino na taj način može objasniti zašto je Atinijev zakon, nakon Zakona dvanaest tablica (koji nikada nije prestao da bude pozitivnopravni propis), ponovo govorio o zabrani održaja ukradenih stvari.

Dakle, kada se stvarno hoće zaštititi vlasnik, onda je on u prvom planu. Onda je njegova kontrola u prvom planu. Toga nema kada su u pitanju posedi koje je srpski despot založio Janku Hunjadiju. Prva briga te povelje je bila da se podjednako zaštite formalni interesi i Janka Hunjadija i despota Đurađa Brankovića. Međutim, tu formalnu ravnoparavnost je u zapećak bacila faktička neravnopravnost. Hunjadi je sa despotovim posedima postupao bez mnogo osvrtanja na Brankovićeve interese i na njegovu stvarnu volju.

Zakon dvanaest tablica je prvi predviđao zabranu održaja ukradenih stvari, ali je pomenuti Atinijev zakon tu zabranu učinio efikasnom. Sada vlasniku treba vratiti stvar i time mu omogućiti da je faktički kontroliše. Na taj način on više nije bio žrtva faktičke realnosti u kojoj bi neki moćnik posedovao njegovu stvar i po kom pitanju ništa ne bi mogao da učini. Na ovaj način je on zaštićen i od prinude i od raznih ucena. Atinijev zakon je zabranjivao održaj i stvari koje su silom stečene.

Što se Brankovićevih poseda u Ugarskoj tiče, očigledno je da oni nikada nisu vraćeni pod njegovu faktičku kontrolu. Očigledno je da su standradi njihove zaštite bili dosta niski. U tom smislu su bolje stajali interesi zaštićeni gore pomenutim, dalekim rimskim zakonom. Iz navedene povelje se može videti da su despotovi posedi bez prekida bili i ostali u Hunjadijevoj faktičkoj kontroli. Naravno, pod formom pignusa. Despot je sve vreme kao strana u pregovorima u, faktički, a time i pravno, nepovoljnijoj poziciji. S druge strane, Hunjadi se borio da pignus pretvori u svoju neupitnu svojinu.

4. ZAKLJUČAK

Prilikom bekstva kroz despotove teritorije, nakon poraza od Turaka na Kosovu 1448. godine (despot se nije priključio tom ugraskom pohodu), Hunjadi je uhvaćen i priveden Đurđu Brankoviću. Takva pozicija je omogućila despotu da

sa Hunjadijem kao gubernatorom Ugarske i uz posredovanje ugarskih staleža sklopi već pomenuti sporazum. Po njemu, trebalo je okončati sva neprijateljstvima među ugovornim stranama. Hunjadi se obavezao „da pomaže despota protiv svih neprijatelja". Zatim, da Ugarska vojska neće koristiti teritoriju Srbije u ratu protiv Turske, sem ako to despot ne zatraži. Takođe, Hunjadi se obavezao da despotu vrati sve posede koje mu je oduzeo. Obavezao se i da isplati ratnu odštetu, jer je Ugarska vojska krećući se kroz Srbiju nanela veliku štetu.[39] Spremić napominje da se iz ovog ugovora može videti da je vladalo veliko neprijateljstvo između Hunjadija i despota Đurđa i to baš po pitanju otimanja despotovih poseda. Odredba o pitanju ratne odštete pokazuje da je despot bio taj koji je diktirao sporazum.[40] U svakom slučaju, nakon ovoga je Hunjadi konfiskovao despotove posede. Za takav postupak je dobio i međunarodnu podršku u vidu papine razrešnice od zakletve učinjene despotu.[41] Ratna odšteta nikada nije isplaćena.

Može se zaključiti da je Jovan Hunjadi pod velom pignusa izbegavao mogućnost da ga srpski despot optuži za otimanje imanja, ucenu, prinudu. Ugarska vladarska kuća je intenzivno koristila Brankovićevu nemogućnost da efikasno, faktički kontroliše posede koje je nominalno posedovao. Despot je uspevao da makar na papiru zadrži svoja imanja, ali ne i na terenu.Ne samo da je bio formalno vezan za nešto što faktički ne poseduje, već to nikada i nije mogao samostalno i nezavisno kontrolisati.

Đurađ Branković, kao pre njega i despot Stefan Lazarević, je od Ugara dobijao ono što teško može efikasno, faktički da kontroliše bez pomoći ugarskog, domicilnog stanovništva. Pre svega, to nije mogao da kontroliše bez volje ugarskih vlasti. Stoga darivanje poseda srpskim gospodarima nikako nije moglo politički da ugrozi Ugarsku. Tim darivanjem srpski vladari su samo čvršće privezivani za ugarske vladare i ugarsku političku scenu. Bogati posedi, sa sigurnim i konstantnim prihodima su, reklo bi se, zbog toga i davani toliko daleko od srpskog etničkog prostora.

Neko će prigovoriti da je despot u svom vlasništvu formalno imao navedena imanja. To jeste tačno, ali nije ih imao faktički, a to je u životu, a naročito u politici, vrlo bitno, a u izvesnim okolnostima i najbitnije. Što su faktičke okolnosti nepovoljnije po formalnog vlasnika, to više do izražaja dolazi nemoć sporazuma i pravnih normi.

---

[39] M. Spremić, Despot Đurađ Branković i njegovo doba, Beograd 1994, 344-345.
[40] Ibid., 345.
[41] Ibid., 350.

LITERATURA I IZVORI

Aleksandar Krstić, „Dokumenti o ugraskim posedima despota Đurđa datim u zalogu Jovanu Hunjadiju 1444. godine“, *Mešovita građa* 32/2011.

Aleksandar Krstić, „Povelja Despota Đurđa Brankovića o davanju u zalog poseda u Ugarskoj Jovanu Hunjadiju“, *Stari srpski arhiv* 11/2012.

Momčilo Spremić, „Borbe za oslobođenje Smedereva (1459-1485)“, *Smederevski zbornik* 3/2012.

Momčilo Spremić, *Despot Đurađ Branković i njegovo doba*, Beograd 1994.

Neven Isailović, Aleksandra Fostikov, „Povelja gospodina Đurđa Brankovića kojom potvrđuje slobode građanima Debrecina – Bia 1429, 5. maj”, *Mešovita građa* 33/2012.

Donald E. Phillipson, „Development of the Roman Law of Debt Security“, *Stanford Law Review* 20/1968.

Halil Inalcik, „Mehmed the Conqueror (1432-1481) and His Time“, *Speculum* 3/1960.

Magdolna Sič, „Fiducia and pignus in sources of post-classical roman law – synonyms or terms utilized for different konds of pledges?“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1-2/2008.

M. Sič, Fiducia and Pignus in sources of Post-Classical Roman Law – Synonyms or terms utilized for different kinds of pledges? – Part II“,Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 3/2008.

Magdolna Sič, „Why the opinion of Papinian preserved by Fragm. Vat. 9 was not inserted into Justinian's Digest?“, *Acta Universitatis Sapientiae, Legal Studies* 1/2012.

Max Kaser, *Roman Private Law* (third edition), a translation by Rolf Dannenbring, Pretoria 1980.

Miriam Laclavíková, *Slovak Legal History (with regard to the State and Law until 1918)*, Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta 2013.

R. A. Bauman, „The Suppression of the Bacchanals: Five Questions“, *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte* 3/1990.

Tomislav Karlović, „*Pignus rei immobilis* kao fiducijarni posao? Shvaćanja o naravi zaloga nekretnina u Tripartitu“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 5-6/2013;

Žika Bujuklić, *Forum Romanum, rimska država, pravo, religija i mitovi*, Beograd 2012.

Internet: *https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/*

Ognjen B. Vujović, Ph.D., Associate Professor
University of Pristina temporarily settled in Kosovska Mitrovica
Faculty of Law
ogvujovic@yahoo.com

Estates of the Despot Đurađ Branković in Hungary in Context of Political Relationship of Serbia and Hungary

Abstract: *The subject of analysis in this article is the fate of the economically very important possessions that Despot Djurdje Brankovic had in Hungary. These property was quite distant from the Serbian ethnic space. It would have been said that Jovan Hunjadi, under the mask of pignus, avoided the possibility that the Serbian Despot would accuse him of taking possession of property, of blackmail, of coercion. The Hungarian rulers intensively used Brankovic's inability to efficiently control the estate that he had nominally owned. Despot had his property, but not in the reality. He formally possess something that he did not actually own, and he could never independently control it.*

Keywords: *Djurdje Brankovic, pignus, Jovan Hunjadi, Serbia, Hungary.*

Datum prijema rada: 08.04.2019.

Originalni naučni rad 341.382(497.1)"1919"
doi:10.5937/zrpfns53-22959

Dr Ivana S. Krstić-Mistridželović, vanredni profesor
Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd
ivana.km@kpu.edu.rs

DELEGACIJA KRALJEVINE SHS U VERSAJU I VOJVODINA*

Sažetak: *U radu je analizirana politika Delegacije Kraljevine SHS na mirovnoj Konferenciji u Versaju u pogledu Vojvodine, koja je odlukom Velike narodne skupštine u Novom Sadu od 25. novembra 1918. godine prisajedinjena Kraljevini Srbiji i prvodecembarskim ujedinjenjem ušla u sastav novoformirane Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca. U uvodnom delu rada ukratko su izložena pitanja važna za rad Delegacije u teritorijalnim pitanjima. Potom su analizirani spoljašnji faktori koji su predstavljali objektivnu pretnju po politiku Delegacije u pogledu Vojvodine. U radu su dalje razmatrani unutrašnji faktori koji su remetili izgradnju jedinstvenih stavova jugoslovenske Delegacije u Versaju spram Vojvodine. Analizirane su i različite koncepcije o granicama jugoslovenske države u Delegaciji i rad Etnografske sekcije koji je bio posebno značajan u određivanju teritorije Vojvodine i razgraničenja sa susednim državama. Na osnovu tih analiza u završnim razmatranjima izneti su pojedini zaključci i data opšta ocena o radu Delegacije Kraljevine SHS u Versaju u pogledu Vojvodine.*

Ključne reči*: Delegacija Kraljevine SHS, Konferencija mira, Vojvodina, granice.*

1. UVOD

Delegacija Kraljevine SHS učestvovala je od januara 1919. godine do juna 1920. godine u radu Mirovne konferencije u Parizu, intenzivno radeći na međunarodnom priznanju države stvorene 1. decembra 1918. godine, određivanju njenih granica i drugim pitanjima od interesa za državu. Složenost zadataka pove-

* Rad je prezentovan na Naučnom skupu Prvi vek od prisajedinjenja: društveni, politički i pravni značaj, održanom 14. decembra 2018. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu.

renih Delegaciji učinila ju je razgranatom i brojnom. Priznanje projektovanih granica države koja je učešćem na Konferenciji mira imala otpočeti svoj međunarodni politički život bio je zadatak prvorazrednog značaja.

Najviše telo Delegacije bila je *Politička Delegacija* koja je predstavljala Kraljevinu SHS na Konferenciji mira i zajedno sa vladom kreirala politiku. Protićeva vlada imenovala je za političke delegate Nikolu Pašića (predsednik Delegacije), dr Antu Trumbića, dr Milenka Vesnića, dr Ivana Žolgera, Mateju Boškovića, dr Josipa Smodlaku i dr Otokara Ribarža, od kojih su prva četvorica bili opunomoćeni delegati i imali mandat za učešće u radu Konferencije[1], dok su ostala trojica kao vladini delegati ravnopravno učestvovali u radu i odlučivanju u samoj Delegaciji. *Političkoj delegaciji* su bili podređeni *Sekretarijat* zadužen za administrativne poslove i *Sekcije* zadužene za proučavanje problema, sređivanje podataka i pripremu publikacija za javnost. Za uobličavanje politike Delegacije u teritorijalnim pitanjima, uključujući i Vojvodinu[2], posebno važan bio je rad *Etnografsko-istorijske sekcije* pod predsedništvom Jovana Cvijića[3] i *Vojne misije* pod vođstvom generala Petra Pešića[4].

---

[1] Vladin telegram delegaciji od 12. I 1919, Ostavština Trumbića, f. 63, br. 4. Nav. prema: Andrej Mitrović, Jugoslavija na Konferenciji mira 1919-1920, Beograd 1969, 10, fn. 24. Sastav Delegacije je u toku rada Konferencije mira pretrpeo nekoliko izmena. Ibid., 11.

[2] Pojam Vojvodina je tokom vremena menjao svoj sadržaj i smisao. „Idejno uobličena 1848. godine kao vid političkog organizovanja Srba na prostorima severno od Save i Dunava zarad očuvanja nacionalne i verske samobitnosti u okviru jednog tuđinskog carstva – pod nazivom „Vojvodstvo Srbija i Tamiški Banat“ (odnosno „Srpska Vojvodina“, kako ju je nazivao narod) – ona je obuhvatala (nikada cele) prostore Srema, Bačke, Banata i Baranje u kojima je u znatnom broju živeo srpski narod“. Aleksandar Saša Gajić, Geopolitički položaj Vojvodine: istorijska perspektiva, Kultura polisa, posebno izdanje: „Vojvodina kao potencijalno geopolitičko žarište u Republici Srbiji“, 2018, 9. U vreme ujedinjenja sa Kraljevinom Srbijom (odlukom Velike narodne skupštine Srba, Bunjevaca i ostalih Slovena u Novom Sadu od 25. novembra 1918. godine) pod Vojvodinom se podrazumevao prostor Bačke, Banata i Baranje. Odluka da se Vojvodina najpre ujedini sa Srbijom, a potom uđe u jugoslovensku zajednicu označila je pobedu struje vojvođanskih radikala predvođenih Jašom Tomićem, koji je svoje viđenje stvaranja jugoslovenske zajednice iskazao čuvenom rečenicom: „Hoćemo da obučemo prvo srpsku košulju, jer nam je ona najbliža, a posle toga zaogrnućemo se ogrtačem Jugoslovena“. Dušan Popov, „Matica srpska i događaji oko oslobođenja 1918. godine, u: Prisajedinjenje Vojvodine Srbiji 1918, zbornik radova, Novi Sad 1993, 173. U socijalističkoj Jugoslaviji Autonomnu pokrajinu Vojvodinu u okviru Srbije činili su Srem, Banat i Bačka, takođe ne u celini pošto je „deo Bačke pripao Mađarskoj, deo Banata Rumuniji, a deo Srema Hrvatskoj“. Milomir Stepić, Srpsko pitanje – geopolitičko pitanje, Beograd 2004, 38.

[3] Jezgro Sekcije su, uz Cvijića, činili Tihomir Đorđević, Lujo Vojnović, Aleksandar Belić, Boža Marković, Jovan Radonić, Stanoje Stanojević i Niko Županić. Andrej Mitrović, Ibid., 23.

[4] U Misiji su, uz generala Pešića, bili generalštabni pukovnik Danilo Kalafatović, konjički major Mirko Marinković, pešadijski major Konstantin Stojanović, rezervni artiljerijski poručnik Miloje Andrić i rezervni inženjerijski poručnik Stevan Tobolar, kojima je za pomorska pitanja bio pridodat viceadmiral Vjekoslav Šušteršić. Ibid., 27.

Sastav Delegacije oličavao je Kraljevinu SHS kao nacionalnu državu, nastalu na bazi načela narodnosti. To je i bio prvi osnov njene politike na Konferenciji. Drugi osnov politike Kraljevine SHS, čvrsto vezane za rezultate Velikog rata, bio je stav da je velika i jaka jugoslovenska država u interesu savezničkih pobedničkih sila i evropskog mira. Treći osnov njene politike, da na Balkansko poluostrvo ne sme stupiti nijedna velika sila, imao je svoje uporište u istorijskom iskustvu. Iako je zvanično jugoslovenske delegate nazivala Delegacijom Srbije, Konferencija mira prihvatila je novostvorenu jugoslovensku državu kao nacionalnu državu tri srodna plemena, Srba, Hrvata i Slovenaca[5]. Drugi i treći osnov politike Kraljevine SHS osporeni su već na samom početku rada Konferencije i njena Delegacija se sve vreme morala boriti protiv raznih ideja o vaspostavljanju stanja srušenog ratom i za prihvatanje načela „Balkan balkanskim narodima".

Na Konferenciji su glavna pitanja rešavale velike sile pobednice, a malim državama bilo je omogućeno samo da njihove delegacije budu saslušane i da podnose pismene predstavke. U plenumu Konferencije velike sile imale su po pet, Srbija, Belgija i Brazil po tri, a ostale države po dva ili jednog delegata. Delegacija je bila zastupljena u raznim komisijama Konferencije, ali ne i u onoj koja je pripremala za Vrhovni savet predloge u teritorijalnim pitanjima. Sve važne odluke donosio je Vrhovni savet na tajnim savetovanjima, a plenarni sastanci uvedeni pod pritiskom javnosti bili su puka formalnost. Isključenoj iz odlučivanja, našoj Delegaciji je preostalo je da očekuje poziv da bude saslušana, upućuje zvanične note i pokušava da preko uglednih političara i uticajnih članova Delegacija utiče na odluke u pitanjima u kojima je bila zainteresovana. Vrhovni savet saslušao je jugoslovenske delegate prvi put u pitanju Banata zajedno sa rumunskim delegatima, drugi put radi obrazlaganja teritorijalnih zahteva i treći put u pitanju Rijeke.

Značajna prepreka priznanju projektovanih granica Kraljevine SHS bilo je i postojanje tajnih ugovora iz 1915. i 1916. godine, kojima su savezničke države ulazak u rat Italije i Rumunije na svojoj strani sila „plaćale" jugoslovenskim teritorijama. Delegacija i vlada Kraljevine SHS morale su upotrebiti svu diplomatsku veštinu radi oduzimanja važnosti tim ugovorima, koji su potirali načelo narodnosti kao osnovu obrazovanja jugoslovenske države.

Pored ovih spoljnopolitičkih faktora, postojali su i unutrašnji činioci koji su Delegaciji Kraljevine SHS otežavali rad. Pojedini od njih poticali su iz odnosa Delegacije i vlade Kraljevine SHS i nedovoljne pripremljenosti Delegacije za Konferenciju mira. Sa druge strane, neslaganja delegata u važnim pitanjima, kakvo je svakako bilo i pitanje granica Kraljevine SHS, otežavali su rad Delegacije.

[5] Konferencija mira je primanjem akreditiva delegata, njihovih izjava i pošte u kojoj se govori u ime Kraljevine SHS de facto priznala jugoslovensku Delegaciju, a formalnopravno je Kraljevina SHS od Konferencije priznata krajem maja 1919. godine.

Svi ovi činioci došli su do izražaja i u pitanju Vojvodine[6], koje je bilo sastavni deo i delilo sudbinu pitanja teritorijalnih zahteva jugoslovenske države. Posmatrano u svetlu svega navedenog, priznanje novostvorene Kraljevine SHS u granicama koje su obuhvatile i teritoriju današnje Vojvodine, bio je krupan uspeh politike Delegacije na Konferenciji mira.

2. OBJEKTIVNA OGRANIČENJA RADA DELEGACIJE U PITANJU VOJVODINE

2.1. Delegacija Kraljevine SHS ili Srbije?

Delegacija Kraljevine SHS je mesto na Mirovnoj konferenciji dobila kao predstavnik Kraljevine Srbije. U akreditivima delegata stajalo je ime nove države i oni su sebe smatrali predstavnicima Kraljevine SHS, nazivajući se tako u prepisci i ističući to u svakoj prilici, dok ih je Konferencija mira smatrala i nazivala samo predstavnicima Kraljevine Srbije. To je dolazilo otud što do početka Konferencije Kraljevina SHS još uvek nije bila međunarodno priznata država.[7] Konferencija je, međutim, faktički priznavala da u njenom radu učestvuje jugoslovenska Delegacija jer su velike sile učesnice Konferencije imale različite stavove o novoj državi. SAD su zvanično priznale Kraljevinu SHS već 7. februara[8], Italija je odlučno odbijala da to učini, a Engleska i Francuska su odlagale zvanično priznanje. Delegacija je iskoristila priliku da se to pitanje konačno raščisti koja se ukazala povodom priprema za potpisivanje mirovnog ugovora sa Nemačkom krajem aprila 1919. godine. U odgovoru na molbu Sekretarijata Konferencije da dostavi imena delegata koji će potpisati taj ugovor, Delegacija je izrazila nadu da će on biti redigovan tako da u njemu stoji Kraljevina SHS. Konferencija je prećutno prihvatila taj zahtev i na sastancima plenuma Konferencije 29. i 30. maja jugoslovenski delegati nazvani su delegatima Kraljevine SHS.[9] Početkom juna su Kraljevinu SHS priznale Engleska i Francuska, a potom je ime Države SHS une-

[6] Broj stanovnika u Vojvodini je 1910. godine procenjen na 1,525.904. Jože Rus, Glavni statistički podaci o državi Srba, Hrvata i Slovenaca (prema stanju od 1910, odnosno 1914. godine), Ljubljana 1920. Prema prvom popisu stanovništva u Kraljevini SHS sprovedenom 31. januara 1921. godine u Vojvodini je bilo 1,536.994, a prema popisu od 31. marta 1931. godine 1,624.158 stanovnika. Stanovništvo Srbije 1843-1953, sveska 1, 30, Zavod za statistiku i evidenciju NR Srbije, Beograd 1954. Up.: Vladimir Simeunović, Stanovništvo Jugoslavije i socijalističkih republika 1921-1961, Studije, analize i prikazi, Savezni Zavod za statistiku, Beograd 1964.

[7] Bogdan Krizman, „Pitanje međunarodnog priznanja jugoslovenske države 1919.“, Istorija XX veka, III, 345-386.

[8] Ibid., 365.

[9] Papers Relating to the Foreign Relations of the United States: The Paris Peace Conference 1919, vol. III, Washington 1943, 391, 394.

to u tekst mirovnog ugovora sa Nemačkom od 28. juna 1919. godine.[10] Time je Konferencija mira i *de iure* priznala postojanje Kraljevine SHS i njene Delegacije.

Otvoreno pitanje Delegacijinog pravnog statusa na Konferenciji mira svakako je bilo pretnja po međunarodnopravni subjektivitet Kraljevine SHS, a moglo je otežati njene već ionako složene unutrašnjepolitičke prilike. Sa druge strane, pak, zvaničan tretman Delegacije Kraljevine SHS na Konferenciji kao Delegacije Srbije imao je i izvesnih prednosti. Prvo, time je otklonjena opasnost da i Srbija, iako ratna saveznica država pobednica, bude izostavljena iz Konferencije zbog činjenice da su hrvatski i slovenački delegati predstavljali pobeđene ratne protivnike na čemu je Italija dosledno insistirala. Pod imenom Srbije Delegaciji Kraljevine SHS je zvanično dodeljeno mesto u plenumu Konferencije. Drugo, takav je tretman Delegacije Kraljevine SHS imao uticaj i na ugled nove države. Zahvaljujući ratnoj tradiciji Srbije ona je na Konferenciji uz Belgiju i Brazil bila svrstana u države drugog ranga. Pored tri predstavnika u plenumu Konferencije, Delegacija Kraljevine SHS bila je zastupljena i u Komisiji za Društvo naroda (jedno mesto), u Komisiji za ratnu odgovornost (jedno mesto u Komisiji i jedno u podkomisiji), u Komisiji za reparaciju šteta (jedno mesto u plenumu i dva u podkomisijama), u Komisiji za internacionalni režim luka, železnica i vodenih puteva (jedno mesto), u Komisiji za finansijska pitanja (jedno mesto u plenumu i dva u podkomisijama), u Komisiji za ekonomska pitanja (jedno mesto u plenumu i tri u podkomisijama) i u Komisiji za aeronautiku (jedno mesto).

2.2. Način rada i odlučivanja Konferencije

Na Konferenciji mira svi važni poslovi bili su rezervisani za velike sile. Konferencija je prvi put zasedala u plenumu 18. januara 1919. godine i u toku prvih šest meseci njenog rada bile su donete ključne odluke. Konferencijom je predsedavao Klemanso[11], a isključivo nadležan za odlučivanje bio je Vrhovni savet, tzv. Veće desetorice, sačinjeno od po dva predstavnika pet velikih sila[12]. U martu su šefovi Delegacija koji su u tom telu imali glavnu ulogu obrazovali su Veće petorice, koje je u praksi radilo kao tzv. Velika četvorka jer se japanski predstavnik uključivao samo u pitanjima od interesa za njegovu državu. Već donete odluke u

[10] Ibid., 422.

[11] Na Vilsonov predlog za predsednika Konferencije izabran je Klemanso, na čiji su predlog za potpredsednike izabrani predstavnici ostale četiri velike sile (Lansinga iz SAD-a, Lojda Džorža iz Engleske, Orlanda iz Italije i Sajonjija iz Japana). Generalni sekretar bio je Ditasta. Ibid., 164-167.

[12] Iz SAD-a Vilson i Lansing, iz Engleske Lojd Džordž i Balfur, iz Francuske Klemanso i Pižon, iz Italije Orlando i Sonino i iz Japana Sajonji i Makino. Ibid., 62.

raznim komisijama i potkomisijama Konferencije morale su biti razmotrene i prihvaćene od Vrhovnog saveta, koji je često pristupao diskusiji i odlučivanju o pitanjima kao da ona nisu već bila pretresana. O radu Vrhovnog saveta moglo se iz njegovih šturih saopštenja saznati samo kojim se pitanjima u datom trenutku to telo bavi, dok su njegova većanja i odluke bili tajna čak i za delegacije učesnice Konferencije mira. Lišena ne samo prava odlučivanja već i zvaničnih obaveštenja o razvoju pitanja u kojima je bila zainteresovana, Delegacija Kraljevine SHS je nastojala da putem nota, neposrednih susreta sa uticajnim ličnostima i zajedničkim istupom sa drugim Delegacijama malih država izdejstvuje da je Vrhovni savet sasluša u pitanjima od interesa za njenu državu. Rezultati postignuti takvom politikom Delegacije nisu bili zanemarljivi.

Vrhovni savet Konferencije prvi put je jugoslovenske delegate saslušao 31. januara 1919. godine u pitanju Banata zajedno sa rumunskim predstavnicima.[13] Braćano je tražio granicu na Dunavu pozivajući se na tajni ugovor iz 1916. godine i izneo da bi podela Banata koji je etnička, geografska i ekonomska celina bila opasna i „ne bi koristila miru“[14]. Vesnić je izneo da Srbija ne priznaje ugovor koji nije potpisala i koji je za nju bio tajna. Srbija stoji na „principima nacionaliteta i pravice“ koje su proklamovale velike sile, a koje je najkonkretnije izrazio Vilson, te nema pretenzija na ceo Banat već „samo na onaj deo, koji je naš, gde imamo relativnu većinu spram Rumuna“. Srpski narod je 1848. godine stvorio Vojvodinu čija je baza bio Banat koji u kulturnom smislu „predstavlja našu narodnu renesansu“. Glavni napad Austro-Ugarske došao sa Dunava na Moravu u srce Balkana, te Liga naroda „mora da zaštiti ovu našu feblesu, koju predstavlja

[13] Prethodno je general Pešić načelniku štaba maršala Foša predao kartu sa obeleženim granicama i 9. januara izvestio ministra vojnog da nas Francuzi upućuju na sporazum sa Rumunima i „drže se u opšte rezervisano u pitanju Banata.“ Vojni arhiv, Grupa fondova Ministarstva vojnog, popisnik III, kutija 140. To je bilo razumljivo jer je Francuska uz Englesku, Rusiju i Italiju bila potpisnica tajnog ugovora od 17. avgusta 1916. godine, kojim je Rumuniji kao naknada za ulazak u rat na strani Antante u čl. 3 priznato pravo da anektira teritorije Austro-Ugarske opredeljene u čl. 4, među kojima i Banat. Bogdan Krizman, Bogumil Hrabak, Zapisnici sa sednica Delegacije Kraljevine SHS na Mirovnoj konferenciji u Parizu 1919-1920, Beograd 1960, 308. Pešić je zatim izradio elaborat o granici prema Rumuniji na bazi strategijskog načela, naglasivši da smo iz čisto političkih razloga „našu granicu povukli mnogo zapadnije“ i „da dalje popuštanje od naše strane ne bi moglo biti“. Trumbićevi spisi u Arhivu Jugoslavenskog odbora, Arhiv JAZU, navedeno prema: Bogdan Krizman, „Pitanje granica Vojvodine na Pariškoj mirovnoj konferenciji 1919 god. (diplomatsko-historijska skica)“, Zbornik Matice srpske za društvene nauke, 1959, sv. 24, 36. Rasprave u Delegaciji o granicama otegle su se zbog neslaganja delegata do 28. januara, te memorandum još nije bio odštampan kada je sttigao poziv Vrhovnog saveta.

[14] Braćano je u prilog tvrdnji da su Rumuni u Banatu „jaka relativna većina“ izneo da Rumuna ima oko 600.000, Nemaca oko 400.000, Srba oko 240.000 i Mađara oko 200.000. Bogdan Krizman, Ibid., 43.

Morava sa granicom na Dunavu".[15] Trumbić je u ime vlade Kraljevine SHS izjavio da tajni ugovor smatra „ništavim i ne postojećim", te precizirao da u Banatu tražimo teritoriju koja se „graniči sa severa rekom Moriš, sa zapada Tisom, s juga Dunavom, i sa istoka jednom crtom od Dunava na jugu do Moriša na severu, istočno od Vršca i Temišvara". Gotovo cela krašo-severinska županija nije sporna i ona po „principu nacionaliteta ima pripasti Rumuniji", dok su Srbi „najjači element u Torontalskoj županiji, u južnozapadnom delu tamiške županije, i u onom malom delu krasovske županije kod Dunava" i tu teritoriju zahtevaju po istom principu nacionaliteta s tim da on bude dopunjem principom narodne konsultacije[16]. Pašić je u prilog našem zahtevu izneo zvaničnu kartu Vojvodine izrađenu od austrijske vlade 1853. godine, iz koje se iz rasporeda regimenti formiranih po nacionalitetu vidi da je Rumuna bilo „samo u krasovsko-severinskoj županiji"[17]. Braćano je predložio povlačenje srpske vojske iz Banata i njegovu okupaciju od savezničkih trupa do zaključenja mira[18], na šta mu je Vesnić odgovorio da su srpske trupe ušle u Banat „da oslobađaju braću", da su tamo „u svojoj zemlji" i „pod komandom Balkanske Vojske"[19]. Vrhovni savet je 1. februara na predlog Lojda Džordža rešio da se formira Komisija za rumunska pitanja i 3. februara objavio imena njenih članova[20].

Na poziv Vrhovnog saveta da iznesu teritorijalne zahteve, jugoslovenski su delegati 18. februara Konferenciji predali samo memorandume o granicama prema Bugarskoj i Rumuniji. Ovaj poslednji bio je u stvari već pomenut elaborat koji je ranije izradio general Pešić i o njemu će više reči biti u delu o pripremljenosti. Delegacije i radu Etnografske sekcije. Ostale granice za koje memorandumi još nisu bili gotovi predate su ucrtane na karti, a usmeno su ih obrazložili Vesnić, Žolger i Trumbić[21]. Vrhovni savet je na predlog Balfura rešio da se i proučavanje srpskih teritorijalnih zahteva (izuzev onih u kojima je zainteresovana Italija) poveri jednoj Komisiji, a na predlog Lansinga odlučeno je da to bude ista Komisija koja se bavila pitanjem Banata.[22]

Opisani način rada i odlučivanja Konferencije mira bio je u suprotnosti sa zvanično proklamovanim načelima, prvenstveno načelom javne diplomatije i načelom ravnopravnosti naroda. I ostala načela koja su isticana kao polazna osnova

[15] Ibid., 43-44.
[16] Ibid., 44-45.
[17] Ibid., 45.
[18] Ibid., 45.
[19] Ibid., 45.
[20] Komisiju su činila po dva predstavnika SAD-a (Day, Seymour), Engleske (Crowe, Leeper), Francuske (Tardieu, Laroche) i Italije (de Martino, Vannutelli). Ibid., 48.
[21] Bogdan Krizman, Bogumil Hrabak, Ibid., 52-54.
[22] Bogdan Krizman, Ibid., 53-54.

u povlačenju novih granica – načelo prava naroda na samoopredeljenje kao primarno i načelo prirodnih/strategijskih granica, načelo životnog ekonomskog interesa i načelo istorijskog prava kao dopunska, zamenjena su u radu Mirovne konferencije načelima zaštite državnog i nacionalnog interesa, prava pobednika i poštovanja međunarodnih pravnih obaveza (tajnih ugovora).[23]

2.3. Tajni ugovori sila saveznica sa Italijom i Rumunijom

Tajni ugovori koje su sile Antante u toku Velikog rata zaključile sa Italijom, odnosno Rumunijom, bili su potpuno u duhu tajne diplomatije karakteristične za prethodni vek. Tokom XIX veka zakulisnim dogovorima velikih sila isključivo u skladu sa njihovim interesima krojena je sudbina malih naroda, udaljenih od stolova za kojima se rešavalo o njihovoj budućnosti. U traganju za uzrocima rata veliki deo krivice pripisivan je upravo takvoj diplomatiji zasnovanoj na sebičnim interesima velikih sila i stoga su se već na početku svetskog rata čule kritike protivnika rata na račun predratne diplomatije i iznošeni zahtevi da se u buduće u međunarodnoj politici javnom diplomatijom omogući uticaj javnosti na kreiranje odluka. Takođe već u toku rata, optimizam u tom smislu pokazao se neosnovanim.

U Londonu su 26. aprila 1915. godine Francuska, Engleska i Rusija zaključile tajni ugovor sa Italijom, obećavajući joj za ulazak u rat na strani Antante naknade u teritorijama, između ostalog i austrougarskim oblastima nastanjenim jugoslovenskim narodima. U članu 16 ugovora čija je realizacija bila uslovljena pobedom Antante u ratu bilo je propisano da taj „aranžman držaće se u tajnosti".[24] Londonski ugovor je za Delegaciju Kraljevine SHS na Konferenciji mira predstavljao ključni problem, jer je novostvorenu jugoslovensku državu u koju su uključene i oblasti garantovane Italiji dovodio u direktnu konfrontaciju sa tom savezničkom silom. Teritorijalni zahtevi podneti od strane italijanskih predstavnika na Konferenciji zasnivali su se na tom ugovoru i otud je Kraljevini SHS sve vreme pretila opasnost. To je postalo jasno na samom početku rada Konferencije, kada je Orlando protestvovao zbog učešća Žolgera u jugoslovenskoj Delegaciji. Italija je svoje neprijateljsko držanje prema jugoslovenskoj Delegaciji potvrđivala sve vreme rada Konferencije, ističući da je smatra predstavnikom pobeđenog neprijatelja. Veoma obazrivo, u komplikovanim diplomatskim formulama, a usled realne opasnosti da Italija pristupi ispunjenju ugovora uz pomoć oružja, Delegacija je saopštavala da Londonski ugovor smatra pravno ništavim.

---

[23] Andrej Mitrović, Ibid., 78-81.

[24] Bogdan Krizman, Bogumil Hrabak, Ibid., 305-307.

Ugovorom zaključenim 17. avgusta 1916. godine u Bukureštu između Francuske, Engleske, Italije i Rusije na jednoj, i Rumunije na drugoj strani, i Rumuniji su sile Antante za ulazak u rat na njihovoj strani priznale pravo da anektira teritorije Austro-Ugarske[25]. Projektovana granica sa Srbijom išla je Tisom (od mesta Alđe severno od Segedina) do njenog ušća u Dunav, a potom Dunavom do sadašnje rumunske granice. Rumunija je bila obavezana da prema Beogradu ne podiže utvrđenja i u zoni koja će naknadno biti određena drži samo snage potrebne za policijsku službu, a njena vlada imala je Srbima iz Banata koji bi se iselili u roku od dve godine od dana zaključenja mira platiti odštetu za posede koje napuštaju. I ovaj ugovor sadržao je obavezu sila ugovornica da čuvaju njegovu tajnost do zaključenja mira. Rumunija je na Konferenciji mira tražila izvršenje tog ugovora, o čemu je zadržavši se u Beogradu na putu za Pariz predsednik rumunske vlade Braćano obavestio i predsednika vlade Kraljevine SHS i regenta Aleksandra. Zanimljiv je bio razlog koji je Protić naveo protiveći se Braćanu – on nije načelno odricao važnost tajnom ugovoru, već je kazao da Braćano ne može tražiti izvršenje ugovora čije je poništenje sam tražio u vreme vojnog sloma Rumunije. Delegacija Kraljevine SHS je na Konferenciji mira iznela maksimalne zahteve u Banatu i otvoreno odricala važnost tajnom ugovoru od 1916. godine. Iako se u oba slučaja radilo o prijateljskim državama, razlika u rangu između Italije i Rumunije bila je očigledna. Olakšavajuća okolnost za našu Delegaciju u pogledu Rumunije bila je i ta što su Francuska i Engleska zauzele stav da je Rumunija sama poništila ugovor iz 1916. godine, kada je 1918. godine zatražila i potpisala primirje u Bukureštu.

3. UNUTRAŠNJI FAKTORI OD UTICAJA NA PITANJE VOJVODINE

3. 1. Sastav i pripremljenost Delegacije

Delegacija Kraljevine SHS bila je među najbrojnijim na Konferenciji mira[26]. Najviše telo Delegacije, političku delegaciju, kojoj su bili podređeni sekretarijat i sve sekcije, činilo je sedam delegata. Kao što je već pomenuto, četvorica delegata imala su mandat za učešće u radu Konferencije kao opunomoćeni delegati –

[25] Wolfram Wilhelm Gottlieb, Studies in Secret Diplomacy during the First World War, London 1957; Bogdan Krizman, Bogumil Hrabak, Ibid., 308-309.

[26] Na prvom spisku Delegacije bilo je 72 lica, da bi već u februaru 1919. godine taj broj porastao na 93 člana. Pored toga, Delegacija je za razne poslove angažovala brojne saradnike. Od početka maja se po vladinim zahtevima broj članova Delegacije smanjivao, te je u času raspuštanja početkom jula 1920. godine ona brojala 12 članova. Andrej Mitrović, Ibid., 6.

Nikola Pašić, dr Ante Trumbić, dr Milenko Vesnić i dr Ivan Žolger, a ostala trojica su kao vladini delegati bili ravnopravni u radu Delegacije – Mateja Bošković, dr Josip Smodlaka i dr Otokar Ribarž[27]. Faktori koji su oblikovali fizionomiju političke delegacije – lični ugled, nacionalna pripadnost, državne i političke dužnosti, na kojima je počivao ugled svakog od delegata u zemlji i inostranstu, uticao je na ukupan rad Delegacije. Rad Delegacije u pitanju Vojvodine otežavala je činjenica da je u svom sastavu imala samo jednog ministra novostvorene države, kao i uticaj nacionalne pripadnosti na stavove političkih delegata.

Nedostatak najodgovornijih predstavnika države koja je tek trebalo da dobije svoje mesto u međunarodnoj politici slabilo je autoritet Delegacije, kako u zemlji tako i na Konferenciji, i ograničavalo joj potrebnu samostalnost u radu. Isti efekat imala je i nesaglasnost političkih delegata u pogledu teritorijalnih zahteva, uzrokovana njihovim opredeljivanjem prema užim nacionalnim interesima. Upravo je u pitanju granica novostvorene države u Delegaciji sastavljenoj od predstavnika sva tri jugoslovenska naroda do izražaja došlo podvajanje srpskih i hrvatskih delegata. Srpski delegati nastojali su da Kraljevina SHS bude priznata u najširim mogućim granicama na svim stranama, dok su hrvatski delegati prednost davali teritorijama koje su u nacionalnom smislu smatrali svojim. Na ovakav zaključak upućuje upornost hrvatskih delegata u odbrani zahteva u kojima su bili zainteresovani, naročito u jadranskom pitanju, koja je uključivala i spremnost da se zarad pozitivnog rešenja tog pitanja čine ustupci u teritorijalnim zahtevima koji su prvenstveno interesovali srpski narod. Hrvatski delegati su svojim istupanjem jasno pokazivali kojim će teritorijalnim zahtevima dati prednost u slučaju da Delegacija Kraljevine SHS na Konferenciji mira bude suočena sa izborom u pogledu granica.

Dobra pripremljenost Delegacije bila je neophodna za ispunjenje teških i složenih zadataka koji su je očekivali na Konferenciji mira. Ona je podrazumevala postojanje načela politike koju će delegati zastupati, glavnih ciljeva koje je trebalo postići, načine kojima će se u tome služiti i iole razrađenu taktiku koja bi se u slučaju nužde imala primeniti. Pored prečišćenih osnovnih početnih stavova, Delegacija je za svoj rad na Konferenciji na raspolaganju morala imati i potrebne ljude i osnovnu dokumentaciju. Za razliku od ostalih država, koje su vreme od zaključenja primirja do početka Konferencije iskoristile za pripreme za taj mirov-

[27] Krajem oktobra 1919. godine vlada je za političkog delegata naimenovala i Andriju Radovića, koji je i pre toga učestvovao u radu Delegacije kada se radilo o Crnoj Gori. U novembru 1919. godine uvažena je ostavka Boškoviću, a u aprilu 1920. godine i Smodlaki koji je još u decembru prestao učestvovati u radu Delegacije. U maju 1920. godine je i Vesnić, dobivši mandat za sastav Vlade, prestao učestvovati u radu Delegacije, iako je formalno ostao njen član. Andrej Mitrović, Ibid., 10-12.

ni kongres, tek stvorena Kraljevina SHS se u borbi za sopstveni opstanak morala baviti pitanjima unutrašnjeg društveno-ekonomskog i državnopravnog uređenja. Rešavanje brojnih problema koji su u neposredno poratnom razdoblju opterećivali novu državu ostavljalo je nadležnim činiocima malo vremena za pripremu nastupa Delegacije na mirovnom skupu. Tako se desilo da politički delegati pristižu u Pariz i članovi Delegacije određuju i nakon što je Konferencijin rad već počeo i da Delegacija mora u isto vreme pripremati dokumenta i određivati politiku koju će na Konferenciji voditi.

Srpska vlada je još u toku rata počela sa nekim pripremama za diplomatsku i političku borbu koja ju je izvesno očekivala nakon završetka sukoba oružjem. Dokumentacija koja je po njenom nalogu u cilju jugoslovenskog ujedinjenja prikupljena i izrađena bila je obimna i korisna, kao i materijal nastao kao rezultat rada jugoslovenskog odbora[28]. Međutim, ta dokumentacija nije bila posebno spremljena za mirovni kongres, te je mogla služiti samo kao podloga za stvaranje zvaničnih zahteva. Tako su delegati umesto izlaganja i dokazivanja utvrđenih političkih stavova morali ove tek izgrađivati i umesto iznošenja podataka ove tek prikupljati i pripremati za upotrebu. Trojica delegata, Pašić, Trumbić i Vesnić, bili su u potpunosti upoznati sa jugoslovenskim pitanjem u celini i imali su kako prečišćene stavove tako i određena iskustva u radu na njemu. Smodlaka je slovio za vrsnog poznavaoca etničkih pitanja, dok se poznavanje jugoslovenskog pitanja ostalih delegata svodilo na uže oblasti: Bošković je poznavao prilike u Crnoj Gori, bivši austrougarski ministar i iskusan političar Žolger dobro je poznavao samo slovenačko pitanje, a Ribarž pak samo prilike u Trstu i zapadnoj Istri. Stručnjaci

[28] Srpska vlada je još u decembru 1914. godine kao ratni cilj istakla jugoslovensko ujedinjenje i počela rad na njegovom ostvarenju. U savezničke centre poslati su istaknuti kulturni radnici (Ljuba Stojanović, Aleksandar Belić, Bogdan Popović, Nikolaj Velimirović, Boža Marković, Dragoljub Aranđelović, Kosta Stojanović, Jovan Cvijić), Stanoju Stanojeviću poverena je izrada memoranduma o srpskim pravima na Bačku i Baranju i elaborata o jadranskom pitanju, Jovanu Radoniću o Banatu, Jevti Dedijeru izrada karte jugoslovenskih zemalja. Dimitrije Kirilović, „Pitanje Vojvodine na konferenciji mira i uloga Stanoja Stanojevića na njoj kao stručnjaka“, Glasnik Istorijskog društva u Novom Sadu, XI/3-4, 123-125. U proleće 1917. godine bio je spremljen memorandum o teritorijama, koji je početkom 1918. godine imao da posluži diplomatskim predstavnicima kao osnov za pripremu dokumenta za vlade kod kojih su bili akreditovani, a nešto kasnije i biti uručen velikim silama. Dragoslav Janković, Bogdan Krizman, Građa o stvaranju jugoslovenske države, Beograd, 1964, 151-152. Jugoslovenski odbor je od svog osnivanja 1915. godine takođe mnogo činio na upoznavanju vlada i javnosti savezničkih zemalja sa jugoslovenskim pitanjem, a krajem 1918. godine njegov predsednik, dr Ante Trumbić, pripremio je za predsednika Vilsona memorandum o načelima jugoslovenskog ujedinjenja sa dokazima o pravima pojedinih oblasti da pripadnu jugoslovenskoj državi. Bogdan Krizman, „Spomenica Anta Trumbića predsjedniku Vilsonu o pitanjima jugoslovenske države 1918“, Zadarska revija, 1962/6. Stručnjaci za Vojvodinu krenuli su za Pariz sredinom januara 1919. godine, o čemu je predsednik vlade Protić obavestio Delegaciju.

u Delegaciji bili su vrsni poznavaoci pitanja koja su se pred nju postavljala, ali je sa njihovim okupljanjem bilo problema – pojedini su pristigli u Pariz u vreme kada je rad Konferencije već uveliko trajao, a neki čak nikada nisu ni preuzeli poslove za koje su bili naimenovani. Delegati i stručnjaci često su pokazivali veću volju za radom u pitanjima koja su bolje poznavali, što je bilo prirodno, ali se, kao što je već pomenuto, neretko dešavalo da u pitanjima koja ih nisu interesovala pokažu potpuno nespremnim na saradnju. Nedovoljna pripremljenost Delegacije omela je njeno odlučnije istupanje na početku rada Konferencije. Zahvaljujući koliko sposobnosti članova Delegacije, toliko i okolnostima nastalim na Konferenciji, izbegnute su moguće loše posledice usled kašnjenja sa podnošenjem memoranduma o teritorijama i njegovih manjkavosti.

3. 2. Odnos Delegacije i vlade Kraljevine SHS

Teškoće u radu Delegacije na Konferenciji proizilazile su i iz njenog odnosa sa vladom Kraljevine SHS. Ključni uzrok problema u međusobnom odnosu Delegacije i vlade bio je nedovoljno precizno razgraničenje nadležnosti u kreiranju mirovne politike novostvorene Kraljevine SHS, a situaciju je dodatno komplikovala otežana komunikacija putem telegrafskog saobraćaja i redovne kurirske pošte. Veza između Delegacije i vlade održavana je uglavnom preko predsednika oba tela. Izuzetak su bili ministar vojni i mornarice, koji je često neposredno opštio sa šefom vojne misije i Ministarstvo inostranih dela, koje je vezu sa svojim ministrom Trumbićem održavalo preko poslanstva u Parizu. Delegacija je vladi dostavljala izveštaje, tražila podatke i uputstva i iznosila svoje predloge posredstvom svog predsednika, ministra spoljnih poslova ili šefa vojne misije, a istim putem je vlada Delegaciji dostavljala uputstva, podatke, pitanja i primedbe.

Nadležnost vlade u spoljnoj politici obuhvatala je i politiku na Mirovnoj konferenciji, te je Delegacija imala samo slediti tu politiku. Pošto je mogućnost nastanka problema oko te politike formalnopravno bila isključena u stvarnosti nije bilo krupnih sukoba između vlade i Delegacije, ali je niz okolnosti doveo do toga da i Delegacija postane kreator mirovne politike. Prenošenje izvesnih nadležnosti sa vlade na Delegaciju koja je imala predstavljati državu na Mirovnoj konferenciji se podrazumevalo. Do preciziranja podele nadležnosti između vlade i Delegacije, pak, nije došlo, već se vlada zadržala na opštoj pretpostavci da Delegacija mora raditi po njenim uputstvima. Ta uputstva vlada je često davala, ali ona nisu bila načelne prirode, već su se ograničavala na pojedina konkretna pitanja. U tome je bio glavni uzrok nesigurnosti u radu Delegacije, koja se na Konferenciji u situacijama kada je trebalo preduzeti odlučne korake uzdržavala da ih

učini jer nije znala da li je za to ovlašćena. Sa druge strane, sastav Delegacije, činjenica da je bila u centru zbivanja koja su se odvijala velikom brzinom sa zadatkom da na mirovnom skupu vodi politiku, omogućavali su njen samostalniji rad. Svesna da bi nametanje politike sa kojom se delegati ne bi slagali mogla dovesti do njihove ostavke i nespremna da se izloži neprijatnostima koje bi time nastale, vlada im je prepuštala donošenje odluka.

Načelna saglasnost vlade i Delegacije da se na Konferenciji mira mora raditi isključivo na osnovu vladinih instrukcija u praksi je često bila puka forma, jer je vlada svoje instrukcije izrađivala na osnovu mišljenja Delegacije. Takav je slučaj bio i sa teritorijalnim zahtevima – Delegacija je početne teritorijalne zahteve utvrdila na svojim sednicama, uobličila ih u memorandume i predala kao zvanične zahteve Kraljevine SHS za granicama i pre no su stigla vladina uputstva. U teritorijalnim pitanjima Delegacija je bila odlučujući faktor. Tu je nadležnost vlada u potpunosti priznavala i izdavala naloge samo na zahtev Delegacije ukoliko se delegati ne bi složili u pogledu pojedinih granica. Delegati su imali punu slobodu i u osmišljavanju taktike za ostvarenje iznetih teritorijalnih zahteva. Vlada je njihovoj proceni prepuštala i izbor ličnosti kojoj će se obratiti, načina na koji će to učiniti, kao i dokaza kojima će svoje zahteve potkrepiti pred Konferencijom. U pogledu teritorijalnih zahteva, međutim, mišljenja delegata su se razilazila. Na osnovu zapisnika o radu Delegacije može se zaključiti da su u ovom pitanju postojale dve različite koncepcije, jedna koju je zastupao general Petar Pešić i koja je nastala u srpskim vojnim krugovima, i druga koju je zastupao Jovan Cvijić i koja je bila plod njegovog dotadašnjeg naučnog i političkog rada. Delegati se nisu opredeljivali za jednu od tih koncepcija prema nekakvim načelima, već su svoje stavove formirali u slučaju svake granice ponaosob pod presudnim uticajem nacionalne pripadnosti.

3. 3. Koncepcije o državnim granicama u Delegaciji

U okviru Delegacije postojale su dve različite koncepcije o granicama prve jugoslovenske države i obe su bile delimično usvojene. U uobličavanju stavova delegata o teritorijalnim zahtevima, kao što je već pomenuto, važnu uglogu imala je njihova nacionalnost. Nedostatak načelnog stava u pitanju teritorija rezultirao je nedoslednostima u njihovom mišljenju o konkretnim predlozima granica. Trumbić i Smodlaka protivili su se strategijskom principu u određivanju granica jer su se upravo na njemu temeljili italijanski zahtevi za jugoslovenskim teritorijama. Iako Delegacija strategijski princip, na kome je počivala Pešićeva koncepcija i koje je Cvijić razvio kao načelo prirodnih granica, nije isticala kao jedno od osnovnih načela, njena politika bila je delimično zasnovana na njemu. U pobijanju

italijanskih i rumunskih teritorijalnih zahteva Delegacija se pozivala na načelo narodnosti, ali se u svojoj argumentaciji služila i načelom strategijskih granica[29].

Koncepcija o granicama koju je u Delegaciji zastupao general Petar Pešić sadržana je u njegovim memorandumima o granicama Kraljevine SHS, u njegovim obrazloženjima u Delegaciji i njegovim razgovorima sa raznim ličnostima u toku Konferencije. Taj je projekat granica bio veoma ambiciozan, kakvi su bili i njegovi tvorci. Srpski vojni krugovi smatrali su da u povlačenju državnih granica strategijsko načelo mora biti primarno i prihvatali su etnografsko načelo kao dopunsko i to samo kako bi se njime omogućilo diplomatsko manevrisanje. To shvatanje bilo je praćeno uverenjem da u ratu pobeđene susedne države treba kazniti i oduzimanjem teritorija i tako ih oslabiti za budućnost. Prema Pešićevom projektu granica sa Bugarskom imala se ispraviti tako da u Kraljevinu SHS uđu dolina Strume, Pernik, Petrič, Dragoman Arčar i Vidin[30]. Granica prema Rumuniji imala je ići istočno od Bele Crkve i Vršca (koji bi pripali Kraljevini SHS), pa zapadno od Rešice (ostaje Rumuniji) i dalje rekom Moriš, tako da i Temišvar i Arad pripadnu Kraljevini SHS[31]. Prema Mađarskoj je granica išla tako da je u Kraljevini SHS ostavljala Segedin, Baju, Pečuj, Segetvar i Veliku Kanižu, pa odatle na severozapad ostavljajući i Prekomurje jugoslovenskoj državi. Granica sa Austrijom išla je rekom Murom, a potom linijom koja je južnije Kraljevini SHS ostavljala Korušku i Štajersku sa Celovcem i Beljakom [32]. Prema Italiji Pešić je granicu povukao zapadno od Soče tako da su Gorica, Tržič i Trst bili u Kraljevini SHS[33]. Granicu prema Albaniji činili su Drim i Crni Drim, s tim da se ona od mesta

[29] Osporavajući teritorijalne zahteva Italije, Delegacija je pored tvrdnje da u Julijskoj Krajini i Dalmaciji ne žive Italijani već Jugosloveni navodila i da granica na Julijskim Alpima omogućava Italiji prodor u doline Drave i Save, a time i u središte jugoslovenske države. Muriel Innes Currey, Italy Foreign Policy 1918-1932, London 1932, 15-31. Iste tvrdnje iznete su spram rumunske granice: u Banatu ne žive Rumuni, nego većinom Jugosloveni, a granicom na Dunavu i Tisi ozbiljno bi se ugrozili Beograd i moravska dolina. Sherman David Spector, Roumania at the Paris Peace Conference: A Study of the Diplomacy of Ioan I. C. Bratianu, New York 1927. Granice prema Bugarskoj i Albaniji je Delegacija branila isključivo strategijskim razlozima: granica sa Bugarskom mora se pomeriti na istok zbog obezbeđenja komunikacija timočkom i moravsko-vardarskom dolinom, a granica sa Albanijom na Drimu potrebna je zbog obezbeđenja od Italije koja će se utvrditi u Albaniji i lakšeg sprečavanja upada arbanaških četa u Kraljevinu SHS.

[30] Granica između kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca i kraljevine Bugarske od 29. decembra 1918. i Granice prema Bugarskoj od 2. januara 1919. Vojni arhiv (=VA), Grupa fondova Ministarstva vojnog (=GFMV), popisnik (=pop.) 3, kutija (=kut.) 469, fascikla (=fasc.) 1, broj (=br.) 5.

[31] Granica između kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca i kraljevine Rumunije od 29. decembra 1918. VA, GFMV, pop. 3, kut. 469, fasc. 1, br. 14.

[32] Granice prema Austro-Madžarskoj od 3. januara 1919. VA, GFMV, pop. 3, kut. 468, fasc, 1, br. 27 i 17. Vid. i Pešićevo obrazloženje strategijske granice prema Mađarskoj i Austriji od 29. decembra 1918. VA, GFMV, pop. 3, kut. 468, fasc. 1, br. 18.

[33] Granica između kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca i Italije od 29. decembra 1918. VA, GFMV, pop. 3, kut. 468, fasc. 1, br. 32.

ulaska Crnog Drima u Albaniju imala pomeriti malo zapadnije od postojeće granice[34]. Granica prema Grčkoj imala je u odnosu na granicu iz 1913. godine biti ispravljena tako da Ohridsko i Prespansko jezero pripadnu Kraljevini SHS[35].

Cvijićeva koncepcija o granicama nije bila izložena u jednom dokumentu. Za razliku od Pešićevog plana granice, Cvijićev plan počivao je na opštim načelima i složenoj i razrađenoj argumentaciji. Na osnovu načela isticanih u vreme održavanja Konferencije mira i uz oslonac na ideje iznete u ranijim radovima, Cvijić je tokom rada Konferencije izgradio koncepciju o granicama koja je sadržala kako predlog jugoslovenske granice u celini tako i predloge za svaku granicu posebno[36]. Dva osnovna načela u određivanju granica, načelo prirodnih granica i načelo etničkih granica, morala su se po Cvijićevom mišljenju dopunjavati, a ako bi u praksi došla u sukob prednost je trebalo dati načelu narodnosti, vodeći računa o svim istorijskim kretanjima naroda na tom području, kao i o volji naroda nastanjenog na tom području izraženoj plebiscitom. Kao šef Etnografske sekcije Delegacije Cvijić je doprineo njenoj politici u pogledu svih granica, ali je njegov najvažniji rad bio usmeren na Banat, Bačku i Baranju, gde su etničke prilike bile veoma složene[37]. Ove su plodne ravničarske oblasti bile neophodne jugoslovenskoj državi, te je Cvijić predlagao da se Delegacija svim silama založi da sednicama teritorijalne komisije Konferencije kada su na dnevnom redu pitanja od interesa za jugoslovensku državu prisustvuje bar jedan član Etnografske sekcije. Cvijićevo odlično poznavanje etničkih pomeranja u panonskom basenu na osnovu koga su bili već pripremljeni materijali, koji su tokom 1919. godine i objavljeni, bilo je od ključnog značaja za rad Delegacije[38]. Izradivši etničku kartu

[34] Granice između kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca i Albanije od 1. januara 1919. VA, GFMV, pop. 3, kut. 469, fasc. 1, br. 11.

[35] Granica između kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca i Kraljevine Grčke od 29. decembra 1918. VA, GFMV, pop. 3, kut. 469, fasc. 1, br. 13.

[36] Od Cvijićevih radova nastalih u okviru jugoslovenske politike o granicama na mirovnom kongresu najvažniji su Frontiere septentrionale des Yougoslaves, (sa „Carte etnografique des regions septentrionales Yougoslaves par J. Cvijić"), Pariz 1919; „Granice i sklop naše zemlje" (Srpski književni glasnik od 1. i 16. decembra 1920, 524-534) i „Koruški plebiscit" (Nova Evropa, 16. septembar 1920, 28-34). Ideje o granicama sadržane su i u njegovim pismima Delegaciji od 28. februara, 11. aprila, 3. maja, 12. i 22. septembra 1919, kao i u pismu predsedniku vlade od januara 1920.

[37] Prva srpska armija je na poziv Narodnog vijeća u Zagrebu i sa odobrenjem saveznika 9. novembra 1918. prešla Dunav i Savu i „preko Srema oslobodila celu Slavoniju i Bansku Hrvatsku, sa Baranjom i Bajskim trokutom u Mađarskoj, kao i Prekomurjem". Odlukama Konferencije mira severni deo Bajskog trougla ostao je u Mađarskoj, a Baranja, Međumurje i Subotica Kraljevini SHS. Đorđe Stanković, „Stvarnost polazišta Jugoslavije", Tokovi istorije, 2/2011, 167-185.

[38] Etnografska sekcija izradila je više publikacija koje su objavljene u Parizu 1919. godine. U seriji La question du Banat, de la Batchka et la Baranya. Etudiée et presentée par J. Cvijic, J. Radonic, St. Stanojevic et H. Zeremsky izdate su dve knjige o Baranji i po jedna o Banatu i Bačkoj. U seriji Les Serbes de Hongrie. Etudes historiques et economiques izdate su ove knjige: Le role

Banata, Bačke i Baranje[39], Cvijić je zahtev Delegacije za ovim oblastima na Konferenciji mira potpomogao i tvrdnjama da su Srbi (kao i Bunjevci i Šokci) u njoj najstariji stanovnici, da je slovenski element potiskivan silom vlasti, a ne prirodnim načinima, da uprkos tome slovensko stanovništvo i dalje čini relativnu većinu u tim oblastima i da su Srbi iz tih oblasti svojim snažnim uticajem na razvoj Srbije doprineli borbi za ujedinjenje. Na sastanku Delegacije 28. januara 1919. godine razmatrane su granice u Banatu, Bačkoj i Baranji na osnovu Cvijićeve karte i pismenog mišljenja Etnografske sekcije. Pašićev predlog da etničku granicu prema Rumuniji označenu na karti treba korigovati iz strategijskih razloga podržali su Bošković, Ribarž i Vesnić, a kako je samo Smodlaka bio za čisto etničku granicu, rešeno je da se usvoji linija projektovana na Pešićevoj karti uz izvesne korekcije (naročito u Baranji, gde se veći deo napuštao). Tu su granicu tražili jugoslovenski delegati kada su, krajem januara, kao i rumunski predstavnici, bili pozvani da pred poslanicima velikih sila izlože svoje pretenzije u Banatu i pred teritorijalnom komisijom kojoj je početkom februara povereno razmatranje granice prema Rumuniji. Istrajnost Delegacije u pitanju granice sa Rumunijom potvrđuje i prekor upućen 1. avgusta 1919. godine vladi što je pod pritiskom saveznika naredila evakuaciju vojske Kraljevine SHS iz istočnog Banata[40]. Istog dana je na sastanku šefova velikih sila na osnovu izveštaja teritorijalne komisije odlučeno: da se deo u Banatu jugoistočno od Segedina ostavi Mađarskoj, da se ostali deo Banata podeli između Kraljevine SHS i Rumunije tako da Rumunija dobije tok reke Moriš sve do okoline Segedina, luku Bazjaš na Dunavu, a Kraljevina SHS obe obale donje Tise i železnicu koja povezuje Veliku Kikindu, Veliki

---

des Serbes de Hongrie dans la vie nationale du people Serbe i Histoire nationale succiente des Serbes, des Croates et das Slovenes Stanoja Stanojevića; Histoire des Serbes de Hongrie, La Batchka, Le Banat i The Banat and the Serbo-Roumanian frontier problem Jovana Radonića, La Baranya Stevana Mihaldžića, La vérité sur les Roumains de Serbie Tihomira Đorđevića i La question du Banat, de la Batchka et de la Baranya Aleksandra Belića i Stevana Mihaldžića.

[39] Cvijić je činjenicama pobijao tvrdnje Rumuna da su sve oblasti do Tise i Dunava etnički rumunske, naglašavajući da se ovaj narod tek od XVIII veka iz karpatskih planinskih predela počeo spuštati u banatske ravnice i da su Pančevo, Bela Crkva, Vršac, Veliki Bečkerek i Velika Kikinda središta srpske kulture. U februaru 1919. Cvijić je od vlade tražio i dobio podatke o Subotici, a u jesen 1919. je proputovao severnu Bačku, nakon čega je Delegaciji predložio pomeranje zahtevane granice za desetak kilometara severnije ostavljajući Baju, Čavolj, Gornji Sveti Ivan i Bačku Jabuku u našoj državi. Cvijić je nakon putovanja promenio mišljenje o Baranji i predložio da se i ova oblast kao pretežno nastanjena slovenskim življem traži za jugoslovensku državu, iako je ranije na etnografskoj karti njene južne krajeve označio kao srpske, a severne kao nemačke i mađarske. Potvrdivši ranije stanovište da je Pečuj etnički mađarski, Cvijić je Delegaciji predložio da se on traži na osnovu toga što je jedina prirodna granica Baranje planina Meček koja leži severno od Pečuja.

[40] Bogdan Krizman, „Pitanje granica Vojvodine na Pariškoj mirovnoj konferenciji 1919 god“, 62-65.

Bečkerek i Vršac sa Pančevom, a da železnica Vajte–Bazjaš bude pod nadzorom „Savezničkih i Udruženih sila"; da Kraljevini SHS pripadne deo Bačke koji se proteže transferzalno u produženju jugoslovenske granice u Banatu od tačke jugoistočno od Segedina do tačke na Dunavu severno od Kisköszeg-a (dajući joj i prostrane atare Subotice i Sombora), a čiju severnu granicu čini Dunav uzvodno od ušća Drave, a potom Drava uzvodno do ušća Mure; da Kraljevini SHS pripadnu i Prekomurje i Baranja[41]. Time je pitanje Vojvodine na Konferenciji mira bilo rešeno.

4. ZAVRŠNA RAZMATRANJA

Delegacija Kraljevine SHS na Konferenciji mira u Parizu je po svom sastavu oličavala novostvorenu jugoslovensku državu kao nacionalnu, nastalu na bazi načela narodnosti. Čvrsto vezana za rezultate Velikog rata, smatrala je da je velika i jaka jugoslovenska država u interesu savezničkih pobedničkih sila i evropskog mira i da upravo radi očuvanja tog mira na Balkansko poluostrvo ne sme stupiti nijedna velika sila. Priznanje projektovanih granica novostvorene Kraljevine SHS, koja je učešćem na Konferenciji mira otpočela svoj međunarodni politički život, bio je cilj od vitalnog interesa njene politike. Važan segment tih granica odnosio se upravo na područje Vojvodine, koja je odlukom Velike narodne skupštine u Novom Sadu od 25. novembra 1918. godine prisajedinjena Kraljevini Srbiji i 1. decembra 1918. godine ušla u Kraljevinu SHS. Ostvarenju tog cilja od strane Delegacije na Konferenciji mira na putu su stajale kako objektivne, tako i subjektivne teškoće.

Objektivne teškoće u prvom redu sastojale su se u organizaciji i načinu rada same Konferencije mira. Na njoj su glavna pitanja rešavale velike sile pobednice, dok je za male države bilo rezervisano samo pravo da njihove delegacije budu saslušane i da podnose pismene predstavke. U plenumu Konferencije, koji je bio uveden pod pritiskom javnosti i predstavljao puku formalnost pošto su sve važne odluke donošene na tajnim savetovanjima Vrhovnog saveta, Kraljevina SHS je imala tri delegata. Iako je bila zastupljena i u raznim komisijama Konferencije, ona u Komisiji za teritorijalna pitanja koja je pripremala predloge za Vrhovni sa-

[41] Pošto je predsednik teritorijalne Komisije za rumunska i jugoslovenska pitanja Tardije saopštio da je Komisija 22. jula primila jugoslovenski memorandum u kome je na osnovu zaključka Delegacije tražena korekcija severne granice „It was decided to adhere to the boundary line in Prekomurye formerly adopted by the Supreme Council which line in general follows the watershed between the Mur and the Raab". Zatim je pročitan memorandum o Baranji, za koju je rešeno da granica ostane ona koju je Komisija već predložila. Papers Relating to the Foreign Relations of the United States: The Paris Peace Conference 1919, vol. VII, Washington 1952-1954, 454.

vet nije imala predstavnika. Još jednu krupnu prepreku priznanju granica Kraljevine SHS predstavljali su tajni ugovori, koje su 1915. i 1916. godine zaključile savezničke države sa Italijom i Rumunijom, a kojima su im za ulazak u rat obećane naknade u jugoslovenskim teritorijama.

Subjektivne teškoće koje su ometale rad na priznavanju projektovanih granica jugoslovenske države poticale su od sastava Delegacije, nedovoljne pripremljenosti Delegacije i odnosa između Delegacije i vlade Kraljevine SHS. Sastav Delegacije, kojim se išlo na to da se svetskoj javnosti pokaže da je novostvorena Kraljevina SHS jedinstvena država u nacionalnom smislu, odnosno da su Srbi, Hrvati i Slovenci tri plemena istog naroda, u pitanju granica bio je ometajući faktor. Delegati su se pokazali nespremnim za doslednu odbranu teritorijalnih zahteva zasnovanih na određenim načelima, formirajući svoje mišljenje i stavove u pogledu svake granice ponaosob spram interesa oblasti čiji su predstavnici u nacionalnom smislu bili. Neadekvatna pripremljenost Delegacije usporavala je njen rad u pitanju teritorija, pošto je umesto da na Konferenciji mira samo argumentovano dokazuje i brani svoje zahteve za granicama već iskristalisane na osnovu odgovarajućih materijala, ona bila primorana da svoje mišljenje o jugoslovenskoj granici u celini i o svakoj granici posebno tek stvara, taktiku kojom će to mišljenje zastupati tek razrađuje, a materijale i dokaze kojima će ga argumentovati tek pribavlja. Najzad, nedovoljno precizno određen odnos između Delegacije i vlade Kraljevine SHS u pogledu nadležnosti je sve vreme Konferencije mira otežavao rad Delegacije u teritorijalnim pitanjima, uzdržavajući je u nekoliko navrata od donošenja odluka za koje nije bila sigurna da je ovlašćena.

Uprkos navedenim teškoćama na Konferenciji mira teritorijalna politika Delegacije Kraljevine SHS imala je uspeha. Priznanje novostvorene jugoslovenske države u granicama kojima je bila obuhavaćena i današnja Vojvodina postignuto je zahvaljujući radu Delegacije, prvenstveno članova Etnografske sekcije, kome su na ruku išle i srećne okolnosti nastale tokom rada same Konferencije mira.

LITERATURA I IZVORI

Belic, A., Mihaldjitch, S.: *La question du Banat, de la Batchka et de la Baranya*, Paris 1919.

Gajić, A. S.: *Geopolitički položaj Vojvodine: istorijska perspektiva*, Kultura polisa, posebno izdanje: „Vojvodina kao potencijalno geopolitičko žarište u Republici Srbiji“, 2018, 9-23.

Georgevitch, T. R.: *La vérité sur les Roumains de Serbie*, Paris 1919.

Gottlieb, W. W.: *Studies in Secret Diplomacy during the First World War,* London 1957.

Granica između kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca i Kraljevine Grčke od 29. decembra 1918. Vojni arhiv, Grupa fondova Ministarstva vojnog, pop. 3, kut. 469, fasc. 1, br. 13.

Granica između kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca i Italije od 29. decembra 1918. Vojni arhiv, Grupa fondova Ministarstva vojnog, pop. 3, kut. 468, fasc. 1, br. 32.

Granica između kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca i kraljevine Bugarske od 29. decembra 1918. i *Granice prema Bugarskoj* od 2. januara 1919. Vojni arhiv, Grupa fondova Ministarstva vojnog, pop. 3, kut. 469, fasc. 1, br. 5.

Granica između kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca i kraljevine Rumunije od 29. decembra 1918. Vojni arhiv, Grupa fondova Ministarstva vojnog, pop. 3, kut. 469, fasc. 1, br. 14.

Granice između kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca i Albanije od 1. januara 1919. Vojni arhiv, Grupa fondova Ministarstva vojnog, pop. 3, kut. 469, fasc. 1, br. 11.

Granice prema Austro-Madžarskoj od 3. januara 1919. Vojni arhiv, Grupa fondova Ministarstva vojnog, pop. 3, kut. 468, fasc, 1, br. 27 i 17.

Janković, D., Krizman, B.: *Građa o stvaranju jugoslovenske države,* Beograd, 1964.

Kirilović, D.: „Pitanje Vojvodine na konferenciji mira i uloga Stanoja Stanojevića na njoj kao stručnjaka“, *Glasnik Istorijskog društva u Novom Sadu,* XI/3-4, 123-125.

Krizman, B.: „Pitanje granica Vojvodine na Pariškoj mirovnoj konferenciji 1919 god. (diplomatsko-historijska skica)“, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke,* 1959, sv. 24, 31-72.

Krizman, B.: „Pitanje međunarodnog priznanja jugoslovenske države 1919.“, *Istorija XX veka*, III, 345-386.

Krizman, B.: „Spomenica Anta Trumbića predsjedniku Vilsonu o pitanjima jugoslovenske države 1918“, *Zadarska revija*, 1962/6.

Krizman, B., Hrabak, B.: *Zapisnici sa sednica Delegacije Kraljevine SHS na Mirovnoj konferenciji u Parizu 1919-1920*, Beograd 1960.

Currey, M. I.: *Italy Foreign Policy 1918-1932,* London 1932.

Mitrović, A.: *Jugoslavija na Konferenciji mira 1919-1920*, Beograd 1969.

Mihaldjitch, S.: *La Baranya*, Paris 1919.

Papers Relating to the Foreign Relations of the United States: The Paris Peace Conference 1919, vol. III, Washington 1943.

Papers Relating to the Foreign Relations of the United States: The Paris Peace Conference 1919, vol. VII, Washington 1952-1954.

Pešićevo obrazloženje strategijske granice prema Mađarskoj i Austriji od 29. decembra 1918. Vojni arhiv, Grupa fondova Ministarstva vojnog, pop. 3, kut. 468, fasc. 1, br. 18.

Popov, D.: „Matica srpska i događaji oko oslobođenja 1918. godine, u: *Prisajedinjenje Vojvodine Srbiji 1918*, zbornik radova, Novi Sad 1993, 171-175.

Radonitch, J.: *Histoire des Serbes de Hongrie*, Paris 1919.

Radonitch, J.: *La Batchka*, Paris 1919.

Radonitch, J.: *Le Banat,* Paris 1919.

Radonitch, J.: *The Banat and the Serbo–Roumanian frontier problem*, Paris 1919.

Rus, J.: *Glavni statistički podaci o državi Srba, Hrvata i Slovenaca (prema stanju od 1910, odnosno 1914. godine),* Ljubljana 1920.

Simeunović, V.: *Stanovništvo Jugoslavije i socijalističkih republika 1921-1961*, Studije, analize i prikazi, Savezni Zavod za statistiku, Beograd 1964.

Spector, S. D.: *Roumania at the Paris Peace Conference: A Study of the Diplomacy of Ioan I. C. Bratianu*, New York 1927.

Stanković, Đ.: „Stvarnost polazišta Jugoslavije“, *Tokovi istorije,* 2/2011, 167-185.

Stanovništvo Srbije 1843-1953, sveska 1, Zavod za statistiku i evidenciju NR Srbije, Beograd 1954.

Stanojevic, S.: *Histoire nationale succiente des Serbes, des Croates et das Slovenes*, Paris 1919.

Stanojevic, S.: *Le role des Serbes de Hongrie dans la vie nationale du people Serbe*, Paris 1919.

Stepić, M.: *Srpsko pitanje – geopolitičko pitanje*, Beograd 2004.

Telegram generala Pešića ministru vojnom od 9. januara 1919. godine. Vojni arhiv, Grupa fondova Ministarstva vojnog, popisnik III, kutija 140.

Cvijić, J.: „Granice i sklop naše zemlje“, *Srpski književni glasnik* od 1. i 16. decembra 1920, 524-534.

Cvijić, J.: „Koruški plebiscit“, *Nova Evropa*, 16. septembar 1920, 28-34.

Cvijić, J.: *Frontiere septentrionale des Yougoslaves. Carte etnografique des regions septentrionales Yougoslaves par J. Cvijić*, Paris 1919.

Ivana S. Krstić-Mistridželović, Ph.D., Associate Professor
University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade
ivana.km@kpu.edu.rs

Delegation of the Kingdom of SHS in Versailles and Vojvodina

Abstract: *The paper analyzes the policy of the Delegation of the Kingdom of SCS at the Peace Conference in Versailles in respect of Vojvodina, which was incorporated into the Kingdom of Serbia by the decision of the Grand National Assembly in Novi Sad dated November 25, 1918, and joined the newly formed Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes. The introductory part of the paper summarizes issues important for the work of the Delegation in territorial matters. External factors that posed an objective threat to the Delegation's policy regarding Vojvodina were analyzed afterwards. The paper further discusses internal factors that disturbed the construction of the unique views of the Yugoslav Delegation in Versailles against Vojvodina. Different concepts on the borders of the Yugoslav state in the Delegation and the work of the Ethnographic Section which was especially significant in determining the territory of Vojvodina and demarcation with neighboring countries were both analyzed. On the basis of these analyzes in the final discussions were given some specific conclusions, as well as an a general assessment of the work of the Delegation of the Kingdom of SCS in Versailles regarding Vojvodina was given.*

Keywords*: Delegation of the Kingdom of SCS, The Peace Conference, Vojvodina, Borders.*

Datum prijema rada: 29.08.2019.

Originalni naučni rad 342.15:342.4 (497.1)“1921/1931“
doi:10.5937/zrpfns53-22977

Dr Marko S. Stanković, vanredni profesor
Univerzitet u Beogradu
Pravni fakultet u Beogradu
stankovicm@ius.bg.ac.rs.

TERITORIJALNA ORGANIZACIJA KRALJEVINE SRBA, HRVATA I SLOVENACA (KRALJEVINE JUGOSLAVIJE)*

Sažetak: *U radu se analizira teritorijalno uređenje Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, odnosno Kraljevine Jugoslavije. Nakon kratkog osvrta na nastanak te države, koji je u velikoj meri uticao na njenu teritorijalnu organizaciju, razmatraju su sistemi teritorijalnog uređenja u oba njena ustava – Vidovdanskom i Septembarskom. Na kraju se iznosi ocena stepena samouprave koji su ti sistemi predviđali.*

Ključne reči*: – Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca. – Teritorijalna organizacija. – Vidovdanski ustav. – Septembarski ustav. – Lokalna samouprava.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Prva zajednička država južnoslovenskih naroda, Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca, nastala je neposredno po okončanju Prvog svetskog rata, 1. decembra 1918. Formiranju te države prethodili su značajni istorijski događaji, a proces njenog nastanka je bio složen. Nakon što je 1914. Austro-Ugarska objavila rat Srbiji, koji je ubrzo prerastao u svetski rat, beleže se izvesne ideje o ujedinjenju, među kojima treba posebno istaći Nišku deklaraciju (1914), formiranje Jugoslovenskog odbora u Londonu (1915), kao i Crnogorskog odbora u Parizu (1917). Konkretne pokušaje realizacije ideja o zajedničkoj državi jugoslovenskih naroda predstavljala su dva akta – Krfska deklaracija (1917) i Ženevski sporazum (1918).

---

* Rad je prezentovan na Naučnom skupu Prvi vek od prisajedinjenja: društveni, politički i pravni značaj, održanom 14. decembra 2018. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu.

Uprkos postojanju ovih sporazuma, do ujedinjenja Kraljevine Srbije i međunarodno nepriznate države austrougarskih Jugoslovena (tzv. Države Slovenaca, Hrvata i Srba) došlo je na sasvim drugačiji način od onog koji je u njima bio predviđen. Nakon što je Središnji odbor Narodnog veća Države Slovenaca, Hrvata i Srba 24. novembra 1918. odlučio da se ta država ujedini sa Kraljevinom Srbijom, izabrao je delegaciju od 28 članova koju je ovlastio da „u sporazumu" sa Kraljevinom Srbijom „sprovedu organizaciju jedinstvene države" i toj delegaciji dao precizna uputstva na koji način bi ujedinjenje trebalo sprovesti. Ali, događaji koji su usledili uticali su da se ujedinjenje ne izvrši na način predviđen uputstvima. „Reč je pre svega o odlukama novosadske i podgoričke skupštine, koje su ojačale položaj Srbije prema državi austrougarskih Jugoslovena."[2] Naime, Velika narodna skupština Srba, Bunjevaca i ostalih Slovena u Vojvodini donela je 25. novembra 1918. u Novom Sadu Rezoluciju o ujedinjenju Banata, Bačke i Baranje sa Srbijom, a sličnu odluku o prisajedinjenju Crne Gore Kraljevini Srbiji donela je i Velika narodna skupština Crne Gore u Podgorici. Podstaknut ovakvim razvojem događaja, po dolasku delegacije Središnjeg odbora Narodnog veća u Beograd 1. decembra 1918, regent Aleksandar je, nakon što je primio izjavu te delegacije, u svojoj izjavi proglasio „ujedinjenje Srbije sa zemljama nezavisne države Slovenaca, Hrvata i Srba u jedinstveno kraljevstvo Srba, Hrvata i Slovenaca". Razmena izjava između prestolonaslednika Srbije i predstavnika Narodnog veća smatra se formalnim činom osnivanja Kraljevine SHS. Regent je svojom izjavom prejudicirao važna pitanja budućeg ustavnog sistema – pre svega oblik vladavine („jedinstveno") i oblik državnog uređenja („kraljevstvo") – čime je umnogome ograničio vlast ustavotvorne skupštine. Na taj način je presudno usmerio i njenu buduću teritorijalnu organizaciju.

Za nešto više od dve decenije postojanja, Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca (od 1929. Kraljevina Jugoslavija) prošla je kroz dva ustavna i dva vanustavna perioda. Prvi vanustavni period (ustavni provizorijum) je trajao od momenta kada je država nastala 1918, do donošenja ustava. Prvi ustav Kraljevine, Vidovdanski ustav, donesen je 28. juna 1921, dve i po godine nakon ujedinjenja u zajedničku državu, a važio je do 6. januara 1929, kada ga je kralj Aleksandar suspendovao i uveo ličnu diktaturu. Tada je počeo drugi vanustavni period u Kraljevini. Takvo stanje je potrajalo do 3. septembra 1931, kada je kralj „darovao" novi ustav „svom dragom narodu". Taj ustav, koji se, zbog vremena i načina na koji je donesen, obično naziva „Septembarskim" ili „Oktroisanim", primenjivao se do kapitulacije Kraljevine Jugoslavije u Drugom svetskom ratu, 18. aprila 1941. Ratko Marković je ustavnu istoriju prve Jugoslavije podelio u

[2] Ratko Marković, Ustavno pravo, Beograd 2014, 106-107.

pet glavnih perioda: doba privremene ustavnosti (1918-1921), doba monarhijskog parlamentarizma (1921-1929), doba apsolutne monarhije (1929-1931), doba posrednog parlamentarizma (1931-1939) i doba egzekutivne (nepredstavničke) vlasti (1939-1941).[3]

Kraljevina je bila unitarna država, iako je postojao čitav niz argumenata – istorijskih, nacionalnih, privrednih, pa i geografskih – u prilog prihvatanja federalnog državnog uređenja. Opredeljenje za unitarno državno uređenje imalo je značajan uticaj na teritorijalnu organizaciju jugoslovenske monarhije za sve vreme njenog postojanja.

2. TERITORIJALNA ORGANIZACIJA U PERIODU VAŽENJA VIDOVDANSKOG USTAVA

Vidovdanskim ustavom od 1921. uspostavljen je trostepeni model teritorijalne organizacije, koji su činile opštine, srezovi i oblasti, pri čemu su i okruzi zadržani tamo gde su ranije postojali. Ustav je položaj jedinica teritorijalne organizacije definisao kao mesnu samoupravu koja se zasnivala na izbornom načelu (čl. 96. Ustava). Suštinski, mesna samouprava je bila kombinacija elemenata lokalne uprave i lokalne samouprave. Opština je bila čisto samoupravna jedinica, dok su srez i oblast bili jedinice u kojima su se vršile i državna i samoupravna vlast, dok se u okruzima, tamo gde su postojali, obavljala isključivo državna vlast. Prema rečima Slobodana Jovanovića, „oblasti, srezovi i opštine uređene (*sic!*) su po načelu samouprave, ali ne i okruzi.“[4]

Položaj opština nije bio precizno uređen ustavom, jer propisivanje pojedinosti u vezi sa lokalnom samoupravom i nije deo ustavne materije, već je po pravilu predmet regulisanja u posebnom zakonu. Jedino što je nedvosmisleno proizlazilo iz ustavnih odredaba bilo je da je opština jedinica lokalne samouprave prvog stepena, u kojoj se vrši isključivo samoupravna vlast. Za nepunih osam godina primene Vidovdanskog ustava, nije donesen zakon o opštinama, već su se primenjivali zakoni koji su na odgovarajućim delovima državne teritorije primenjivani pre stvaranja Kraljevine SHS.[5] Na području centralne Srbije primenjivan je Zakon o opštinama od 1903, na područjima koja su pre Prvog svetskog rata bile u sastavu Austro-Ugarske primenjivalo se zakonodavstvo iz tog perioda, dok u Crnoj Gori

[3] R. Marković, 126.

[4] Slobodan Jovanović, Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, Beograd 1995, 452. „U okrugu postoje samo državne vlasti, a u opštini samo samoupravne. U oblasti i u srezu postoje i državne i samoupravne vlasti“ (Ibid., 456).

[5] Vid. Predrag Dimitrijević, Dejan Vučetić, Sistem lokalne samouprave, Beograd 2011, 187.

i Makedoniji uopšte nije bilo zakona koji bi uredili položaj opština. Zbog tako velike heterogenosti u položaju opština, gotovo je nemoguće napraviti bilo kakvu generalizaciju u vezi sa njihovim položajem, nadležnostima i organizacijom. Može se jedino kazati da su svuda postojali opštinski organi izabrani od strane građana (a u Srbiji i organ neposredne demokratije – opštinski zbor), dok je njihov delokrug bio vezan uglavnom za potrebe lokalnog stanovništva (upravljanje opštinskom imovinom, prihodima, obavljanje opštinskih službi i upravljanje institucijama).

S druge strane, položaj oblasti i srezova bio je uređen posebnim Zakonom o oblasnoj i sreskoj samoupravi od 1922. godine. Ovaj model lokalne samouprave bio je sličan francuskom.[6] Oblasti su bile najviše jedinice administrativno-teritorijalne podele prema Vidovdanskom ustavu, uspostavljene da bi se osujetili eventualni pokušaji nacionalnog grupisanja i očuvalo unitarno državno uređenje. Zbog toga je jedna oblast mogla imati najviše 800.000 stanovnika. „Preovladalo je mišljenje da je i to pogodan način razrešavanja dela unutrašnjih problema izazvanih prilagođavanjem 'različitim civilizacijama' i različitim državnim tradicijama na kojima počivaju sastavni delovi Kraljevine SHS."[7] Osim toga, prema rečima Ratka Markovića, „time je omogućeno sprovođenje centralizovanog državnog uređenja i ostvarivanje koncepcije o jedinstvenom narodu, kojem odgovara jedinstvena nacionalna država."[8] Uspostavljeno je ukupno 33 oblasti[9], a njihova je područja trebalo da budu određivana prema prirodnim, ekonomskim i socijalnim, a ne prema nacionalnim i istorijskim kriterijumima. Ipak, „uglavnome, podela na oblasti izvedena je u starim pokrajinskim, odnosno državnim granicama."[10]

Oblasti i srezovi su, kao upravne i samoupravne jedinice, imali državne i samoupravne organe. Predstavnik države u oblasti bio je veliki župan, kojeg je imenovao kralj i koji je poslovima državne uprave u oblasti upravljao preko državnih organa. Sličnu funkciju u srezu obavljao je sreski poglavar. U postavljanju velikog župana i sreskog poglavara „samoupravna predstavništva nemaju nikakva udela – i za svoj službeni rad ti organi odgovaraju samo pred nadležnim ministrima, a ne i pred samoupravnim predstavništvima."[11] Veliki župan i sreski poglavar bili su, dakle, organi opšte državne uprave, čisto državni organi.

---

[6] Upor. Dobrosav Milovanović, Pravno ustrojstvo lokalne samouprave, Beograd 1994, 95.

[7] Ljubodrag Dimić, Istorija srpske državnosti – Srbija u Jugoslaviji (knjiga III), Novi Sad 2001, 111.

[8] R. Marković, 116.

[9] Podela na oblasti nije izvršena zakonom, nego uredbom od 26. aprila 1922. Ta uredba je imala zakonsku snagu.

[10] S. Jovanović, 455.

[11] Ibid., 461. Opširnije o nadležnostima velikog župana i sreskog poglavara: Ibid., 456-461.

Kad je reč o samoupravnoj sferi, oblasti i srezovi su raspolagali sopstvenim nadležnostima i organima. U oblasti je postojala oblasna skupština i oblasni odbor, koji su vršili samoupravne poslove koje su predvideli Ustav (čl. 96) i zakon. Ti poslovi su bili raznorodni i ticali su se javnih radova, građevine, privrede, upravljanja imovinom, zdravstva, socijalnih službi, saobraćaja, prosvete, trgovine, kulture itd. Oblasna skupština je bila predstavnički organ, čiji su članovi birani na četiri godine, opštim, jednakim, neposrednim i tajnim glasanjem. Održavala je redovna i vanredna zasedanja. „Oblasna skupština imala je generalno ustavno ovlašćenje za donošenje oblasnih uredaba o svim pitanjima iz okvira oblasne nadležnosti, tj. u krugu oblasne samouprave.“[12] Oblasne uredbe proglašavao je veliki župan.

Oblasni odbor je bio izvršni organ u oblasti, sačinjen od pet do osam članova, koje je birala skupština na period od četiri godine. Članovi su među sobom birali predsednika, a podela poslova je vršena po resorskom principu. Oblasni odbor je sprovodio akte koje donese oblasna skupština, rukovodio je oblasnom administracijom i nadzirao rad oblasnih ustanova. On je imao još neke, veoma značajne, nadležnosti, kao što je konačno odlučivanje o budžetima određenih opština, donošenje privremenih uredaba kada skupština nije bila na okupu (o svim pitanjima osim o budžetu), zastupanje oblasti i dr.

Nadzor države nad oblasnom samoupravom bio je veoma širok, a vršio ga je veliki župan. On je imao pravo da zadrži akt oblasnih organa od izvršenja, ukoliko je smatrao da nije u skladu sa ustavom, zakonom ili oblasnom uredbom. O ustavnosti i zakonitosti tih akata konačnu odluku je donosio Državni savet, koji je bio najviši upravni sud u zemlji.[13] Osim što je mogao da zadrži akte od izvršenja, veliki župan je imao pravo da prisustvuje sednicama oblasnog odbora, da govori na tim sednicama, kao i da zabrani da se sednice proglase tajnim. Oblasni odbor je, na zahtev velikog župana, bio obavezan da mu dostavlja obaveštenja. Kada oblasni organi nisu vršili poslove na koje su bili obavezani posebnim zakonima, nadzorni organi su ih prvo opominjali, a nakon toga su imali mogućnost da sami, na teret oblasnih organa, izvrše te poslove. Ovako snažna kontrolna i nadzorna sredstva državnih organa dovode u pitanje postojanje bilo kakve samouprave u oblastima.

Oblasti su imale redovne i vanredne prihode, koji su se utvrđivali budžetom. Prema oceni Radivoja Marinkovića, izvesno je da su oblasti imale određenu finansijsku autonomiju.[14] Strogi nadzor ni u ovoj sferi, međutim, nije iz-

[12] R. Marković, 116.

[13] „Nadzor celishodnosti postoji samo kod finansijskih akata lokalne samouprave“ (S. Jovanović, 473).

[14] Radivoje Marinković, Lokalna samouprava – stare i nove nedoumice, Beograd 1998, 256.

ostao. Štaviše, on je u domenu finansija bio najsveobuhvatniji, jer je, pored kontrole ustavnosti i zakonitosti, omogućavao i ocenu celishodnosti oblasnih akata. Ministar finansija je odobravao oblasni budžet, kao i veliki broj oblasnih prireza, zajmova i otuđenje oblasne imovine. Za žalbe oblasti na rešenja ministra bio je nadležan Državni savet, a završni račun je upućivan na odobrenje Glavnoj kontroli, koja je bila pomoćni organ parlamenta, zadužen da vrši nadzor nad izvršenjem budžeta i da pregleda račune državne administracije. Veliki župan je mogao da raspusti oblasnu skupštinu kada ona dva puta uzastopno propusti da usvoji budžet.

Srez je bio jedinica srednjeg stepena (međustepena) u administrativno teritorijalnoj podeli, sa državnim i samoupravnim ovlašćenjima. Većina pitanja u vezi sa položajem i organizacijom sreske samouprave bila je regulisana na istovetan način kao i za oblasti. Poslovi sreza bili su utvrđeni zakonom i odnosili su se na finansije, javne radove, poljoprivredu, upravljanje imovinom, saobraćaj, ustanove za kreditiranje i uzajamnu pomoć, pomaganje trgovine, zanatstva, industrije i zadrugarstva itd. Samoupravni organi u srezu bili su sreska skupština i sreski odbor (imao je pet članova), čiji je položaj bio uređen gotovo identično kao položaj odgovarajućih oblasnih organa. Predstavnik državne vlasti u srezu bio je sreski poglavar, koji je u odnosu na sreske samoupravne organe imao istovetna prava kao veliki župan u odnosu na oblasne. Jedna od retkih značajnih razlika u položaju oblasti i sreza bila je u tome što je sreska skupština pitanja iz svoje nadležnosti regulisala pravilnicima, koji, za razliku od uredaba koje je donosila oblasna skupština, nisu obavezivali građane neposredno, već samo sreske samoupravne organe. I u pogledu finansija i nadzora položaj sreza bio je sličan položaju oblasti, s tom razlikom što je u sferi finansija nadređeni organ za srez bio veliki župan (a ne ministar), a u pogledu nadzora glavnu ulogu je imao sreski poglavar (a ne veliki župan).

Nakon državnog udara koji je kralj Aleksandar izvršio 1929. godine, Kraljevina SHS, koja je do tada bila ustavna („ograničena“) monarhija, postala je apsolutna monarhija.[15] Pojedina pitanja iz ustavne materije kralj Aleksandar je regulisao zakonima koje je sam donosio. Između ostalog, ukinuta je i lokalna samouprava. Zakon o oblasnoj i sreskoj samoupravi je ukinut 3. oktobra 1929, a istog dana donesen je Zakon o nazivu i podeli Kraljevine na upravna područja. Samoupravni organi su raspušteni, a državni organi u nižim teritorijalnim jedinicama (srezovima i opštinama) su zadržani. Država je dobila naziv Kraljevina Jugoslavija, a uspostavljeno je devet banovina: Dravska sa sedištem u Ljubljani, Savska

[15] Jovan Stefanović, Ustavno pravo Jugoslavije i komparativno pravo, knjiga I, Zagreb 1965, 229.

sa sedištem u Zagrebu, Vrbaska sa sedištem u Banja Luci, Primorska sa sedištem u Splitu, Drinska sa sedištem u Sarajevu, Zetska sa sedištem u Cetinju, Dunavska sa sedištem u Novom Sadu, Moravska sa sedištem u Nišu i Vardarska sa sedištem u Skoplju. Beograd sa Zemunom i Pančevom je izdvojen kao posebno upravno područje. Kako navodi Ratko Marković, „banovine su imale za cilj da učvrste nacionalni unitarizam i državni centralizam", a „način na koji su bile određivane, otkriva da su bile zamišljene kao sredstvo za postizanje nacionalnog jedinstva – integralnog jugoslovenstva."[16] Banovine su bile organizovane u skladu sa centralističkim načelima, jer je bana postavljao kralj, a ban je oličavao monarhovu vlast u banovini.

3. TERITORIJALNA ORGANIZACIJA U KRALJEVINI JUGOSLAVIJI

Diktatura koju je uveo kralj Aleksandar, nakon što je 6. januara 1929. suspendovao Vidovdanski ustav i raspustio Narodnu skupštinu i sve političke stranke i druge grupe, isključivala je bilo kakvu samoupravu na lokalnom nivou. Sve jedinice administrativno-teritorijalne podele bile su potčinjene centralnim organima. Srezovima su upravljali sreski načelnici, koji su bili predstavnici vlade, gradskim opštinama gradski načelnici, a „običnim" opštinama opštinska uprava, koju je nadzirao ministar zadužen za unutrašnje poslove.

Vanustavno stanje, odnosno „međuustavni" period, potrajao je nešto duže od dve i po godine. Oktroisanim ustavom od 3. septembra 1931, zemlja je bila podeljena na banovine, srezove i opštine. Zadržana je podela na devet banovina, koje su bile zamišljene tako da eliminišu istorijske i etničke podele. Prema rečima Ferda Čulinovića, „ustrojstvo države po Oktroiranom ustavu bilo je centralističko, ali s nekim stepenom decentralizacije: pored centralnih vrhovnih državnih organa vlasti Ustav je zadržao devet banovina, koje su već otprije bile regulirane Zakonom od 3. oktobra 1929. godine."[17] U banovini je postojao ban, kao predstavnik državne vlasti. Njega je postavljao kralj, na predlog predsednika Ministarskog saveta. Ban je bio čisto državni organ.[18]

---

[16] R. Marković, 117-118.

[17] Ferdo Čulinović, Jugoslavija između dva rata, knjiga II, Zagreb 1961, 36.

[18] „Ban je imao vrlo veliku vlast ne samo nad banskom upravom nego i nad banovinskim samoupravnim organima i nad samoupravom u opštinama. On je bio predstavnik Kraljevske vlade u banovini, imao je najvišu političku i upravnu vlast, starao se za ekonomski i kulturni razvoj, predstavljao banovinu kao pravno lice, ali je bio i nadzorna vlast nad samoupravama" (P. Dimitrijević, D. Vučetić, 192).

„Samoupravni organi“ u banovini bili su banovinsko veće i banovinski odbor. Banovinsko veće je birano na četiri godine, opštim, jednakim i neposrednim pravom glasa, javnim glasanjem. Javno glasanje je bilo jedno od temeljnih pravila propisanih Septembarskim ustavom i samo jedan u nizu uzroka zbog kojih se taj ustav svrstava u grupu autoritarnih ustava između dva svetska rata.[19] Banovinsko veće je iz reda svojih članova biralo banovinski odbor, koji je bio samoupravni organ egzekutive u banovini.[20] Banovinskom veću bila je data vlast donošenja autonomnih uredbi (banovinskih uredbi), radi uređivanja „pojedine grane banovinske uprave i života“, a takve uredbe imale su „u dotičnoj banovini silu zakona“. Ratko Marković smatra da su time „banovine dobile obeležje političko-teritorijalne autonomije, a to znači da su prevazišle obeležje prostih upravnih jedinica koje samo izvršavaju zakonske norme donesene od strane centralnog zakonodavnog organa.“[21] Takvo stanovište je sasvim ispravno, jer je jedno od glavnih obeležja teritorijalne autonomije upravo pravno na donošenje sopstvenih zakona.[22] Banovinske uredbe bile su podvrgnute prethodnoj kontroli ustavnosti i zakonitosti, koju je vršio Državni savet, najviši upravni sud u zemlji. Ukoliko Državni savet ne bi dao saglasnost na uredbu, ban ne bi mogao da je proglasi i ona ne bi stupila na snagu. Rok za davanje saglasnosti Državnog saveta bio je mesec dana, a ako se on u tom roku ne bi izjasnio, smatralo se da je saglasnost data (čl. 91. Ustava).[23]

Ali, iako je banovinsko veće imalo ovlašćenje da donosi akte sa zakonskom snagom, što je ključno obeležje teorijskog modela teritorijalne autonomije, nadzorna ovlašćenja državnih organa su tu autonomiju u velikoj meri anulirala. Ban je imao pravo da obustavi sve odluke banovinskog veća i odbora, „a kralj je mogao na predlog ministra unutrašnjih poslova raspustiti banovinsko veće i pre isteka četvorogodišnjeg mandata i narediti izbore za novo veće.“[24] Na taj način je autonomija banovina izgubila svoju suštinu.[25]

---

[19] Vid. R. Marković, 118-123.

[20] „Banovine su bile i samoupravne jedinice“ (P. Dimitrijević, D. Vučetić, 191).

[21] R. Marković, 122.

[22] Uostalom, reč autonomija u doslovnom prevodu i znači „samozakonodavstvo“ (autos = sam, nomos = zakon).

[23] Upor. P. Dimitrijević, D. Vučetić, 191.

[24] R. Marković, 123.

[25] Ovakvo uređenje u vezi sa banovinama je postojalo do 1939, kada je, na protivustavan način, donesena Uredba o Banovini Hrvatskoj (Službene novine Kraljevine Jugoslavije, br. 194-A-LXVIII, XXI, od 26. avgusta 1939). Prema toj uredbi, Banovina Hrvatska je znatno teritorijalno uvećana i to u skladu sa nacionalnim principima, a dobila je i veće nadležnosti i drugačiju organizaciju vlasti nego ostale banovine. Na taj način je uvedeno asimetrično državno uređenje, a Banovina Hrvatska je imala autonomiju u rangu federalne jedinice u federaciji. S obzirom na to da je Banovina Hrvatska nastala spajanjem Savske i Primorske banovine, uz dodavanje pojedinih

Kad je reč o nižim jedinicama teritorijalne podele države, „Ustavom nije bila uvedena samouprava sreza, dok su opštine određene kao 'samoupravna tela'".[26] Drugim rečima, u Kraljevini Jugoslaviji su jedino opštine predviđene kao oblik lokalne samouprave, jer su banovine bile upravne oblasti sa elementima teritorijalne autonomije, dok su srezovi bili čiste upravne jedinice, oblik teritorijalne dekoncentracije vlasti.[27]

Ustavom je propisana opštinska samouprava, a opštine su određene kao „samoupravna tela" i „pravna lica po javnom i privatnom pravu". Država nije imala svoje organe u opštinama, a kad joj je nešto bilo potrebno, obraćala se za pomoć samoupravnim organima opština. Zakonodavac je na osnovu ustavnog ovlašćenja 1934. godine doneo dva zakona – Zakon o opštinama i Zakon o gradskim opštinama – predvidevši tako postojanje dve vrste opština, običnih i gradskih, čiji je pravni režim bio u osnovi veoma sličan, ali sa nekim bitnim razlikama. Kad je reč o nadležnostima, one su bile istovetne za obe vrste opština. U njihov delokrug spadali su brojni i raznovrsni poslovi iz oblasti imovine, finansija, saobraćaja, socijalnih službi, zdravstva, poljoprivrede i prosvete, kao i policijski poslovi, ukoliko ih nije obavljala nadležna državna vlast. Pored navedenih nadležnosti, gradske opštine (gradovi), kojih je bilo 74, davali su mišljenja o zakonima i drugim pitanjima kada se to od njih zatraži i vršili su poslove državne uprave u određenim oblastima kao prvostepeni organi.

Organi opštine bili su opštinski odbor i opštinska uprava, a organi gradske opštine gradsko veće i predsednik. Opštinsko veće je bilo predstavnički organ, biran od strane građana na period od tri godine, javnim glasanjem.[28] Odbor se sastajao najmanje jedanput u tri meseca, za odlučivanje mu je bio potreban kvorum (polovina više jedan od ukupnog broja odbornika), a odluke je donosio većinom glasova prisutnih.

Opštinska uprava bila je izvršni organ opštine, koji su činili predsednik i dva do pet članova. Predsednik opštine je bio nosilac izvršne funkcije. Pojedini delovi opštine koji su činili zasebnu celinu mogli su da steknu pravo da vode računa o svojim posebnim interesima preko svojih posebnih organa – mesnog zbora i mesnog starešine.

Predstavnički organ u gradskoj opštini bilo je gradsko veće, čiji su članovi bili delom neposredno birani, a delom imenovani. Građani su javnim glasanjem

srezova iz drugih, graničnih banovina, nakon donošenja uredbe, Kraljevina je bila podeljena na osam banovina.

[26] R. Marković, 123

[27] O položaju srezova prema Ustavu od 1931. Vid. P. Dimitrijević, D. Vučetić, 190-191.

[28] Interesantan je bio sistem raspodele mandata: lista sa najvećim brojem glasova dobijala je čak 2/3 odborničkih mesta (odbor je mogao brojati između 24 i 36 članova), dok je preostala trećina raspodeljivana po D'Ontovom sistemu.

(po listama) birali 2/3 njegovih članova, dok je ostale postavljao ban (u Beogradu i Pančevu ministar unutrašnjih poslova). Sednice gradskog veća održavale su se po potrebi, a u pogledu kvoruma su se *mutatis mutandis* primenjivala pravila koja su važila za opštinski odbor.

Predsednik gradske opštine biran je istovremeno sa gradskim većem, tako što je na čelo svake liste stavljan kandidat za predsednika, a mandat je dobijao kandidat sa liste koja je osvojila najveći broj glasova. On je bio nosilac izvršne funkcije u gradskoj opštini u pravom smislu reči, jer je imao široka ovlašćenja u vezi sa odlukama veća (pripremanje i izvršavanje odluka, odlaganje izvršenja odluka kada ih je smatrao nezakonitim, obustavljanje izvršenja odluka kada ih je smatrao štetnim po interese grada i vraćanje veću na ponovno razmatranje, podnošenje odluka na potvrdu kada je to propisano), imovinom (upravljanje imovinom, donošenje odluka u vezi sa budžetom, prihodima i zajmovima), gradskim službenicima i prenesenim delokrugom gradske opštine.

Poznato je da lokalne samouprave ne može biti bez finansijske samostalnosti lokalnih jedinica. Opštine i gradovi su imali sopstvene izvore prihoda, a svi prihodi i rashodi su se utvrđivali budžetom, što je moglo stvoriti privid njihove finansijske samostalnosti. Oni su, međutim, usled strogog nadzora nad raspolaganjem prihodima, pojedinih zakonskih ograničenja u vezi sa raspolaganjem imovinom, kao i nemogućnosti dobijanja dodatnih materijalnih sredstava od države u slučaju nužde, suštinski bili vrlo ograničeni u pogledu finansija.

Široka nadzorna ovlašćenja državnih organa su, osim u sferi finansija i imovine, postojala i u drugim oblastima. Nadzor u opštinama vršio je sreski načelnik, u gradovima ban, a u Beogradu i Pančevu ministar unutrašnjih poslova. Nadzorni organ je imao pravo da prisustvuje sednicama predstavničkih organa, da u svako vreme pregleda kasu opštine ili grada, da zadržava od izvršenja odluke predstavničkog organa ukoliko ih je smatrao nezakonitim ili štetnim po državne interese itd. Ban je imao pravo da razreši funkcije predsednika opštine, članove opštinske uprave i odbornike ukoliko je smatrao da oni svoje dužnosti ne obavljaju uredno. Protiv takve odluke bana bila je dozvoljena žalba upravnom sudu čija je odluka bila konačna. Zbog toga je, prema ispravnoj oceni Radivoja Marinkovića, lokalna samouprava u Kraljevini Jugoslaviji bila „pod izuzetno strogim nadzorom države koji je u nekim slučajevima poprimao karakter prave tutele“[29], pogotovu što je za pojedine oblike nadzora preduzimanje odgovarajućih mera zavisilo jedino od subjektivne ocene nadzornog organa.

[29] R. Marinković, 264.

4. ZAKLJUČAK

Kraljevina Srbija, koja je imala bogatu ustavnu tradiciju tokom devetnaestog i u prve dve decenije dvadesetog veka, „utopila“ se u novostvorenu Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca, prekinuvši svoj dotadašnji ustavni kontinuitet. Jedna od posledica takvog ustavnog razvoja bilo je i napuštanje dotadašnjeg koncepta lokalne samouprave, koji je ispunjavao tadašnje evropske standarde, naročito u periodu kada je na snazi bio Ustav Kraljevine Srbije od 1888.

S druge strane, Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca bila je strogo centralizovana država, u kojoj je egzekutiva imala jasnu prevagu nad ostalim granama vlasti. Visok stepen centralizacije bio je uzrokovan pre svega činjenicom da je, uprkos postojanju mnoštva razloga za uspostavljanje složenog državnog uređenja, usvojen unitarni oblik državnog uređenja i podela državne teritorije na oblasti kao najveće administrativno-teritorijalne jedinice. Oblasti su bile koncipirane tako da spreče grupisanje na nacionalnoj osnovi, po formuli da je poželjno formirati „veliki broj malih oblasti“. Nakon ukidanja oblasti i uvođenja podele na devet banovina 1929, koja je zadržana i u Oktroisanom ustavu od 1931, stepen centralizacije Kraljevine Jugoslavije bio je još veći. Jedino su opštine u propisima bile definisane kao jedinice lokalne samouprave, ali usled strogog nadzora državnih organa, njihova samouprava u suštini nije postojala.

Stoga, iako na prvi pogled deluje paradoksalno, sasvim je ispravno zaključiti da je opštinska samouprava bila najveća u prvom ustavnom periodu („periodu monarhijskog parlamentarizma“), dok je funkcionisala u skladu sa predratnim zakonima. Nakon uvođenja monarhove diktature 1929, više se i nije moglo govoriti o bilo kakvoj samoupravi, jer su, uprkos postojanju lokalnih organa i nadležnosti, nadzorna ovlašćenja državnih organa bila preširoka. Prema rečima Čulinovića, „polazeći od gledišta jugoslavenskoj jednonacionalnosti, Ustav je isticao neophodnost centralizma.“[30] Ustav od 1931. bio je u svakom pogledu korak unazad u odnosu na njegovog deset godina starijeg prethodnika, zbog čega se opravdano svrstava u red autoritarnih ustava svoga doba.

LITERATURA I IZVORI

Ljubodrag Dimić, *Istorija srpske državnosti – Srbija u Jugoslaviji* (knjiga III), Novi Sad 2001.

Predrag Dimitrijević, Dejan Vučetić, *Sistem lokalne samouprave*, Beograd 2011.

[30] F. Čulinović, 36.

Slobodan Jovanović, *Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Beograd 1995.
Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2014.
Radivoje Marinković, *Lokalna samouprava – stare i nove nedoumice*, Beograd 1998.
Dobrosav Milovanović, *Pravno ustrojstvo lokalne samouprave*, Beograd 1994.
Jovan Stefanović, *Ustavno pravo Jugoslavije i komparativno pravo*, knjiga I, Zagreb 1965.
Ferdo Čulinović, *Jugoslavija između dva rata*, knjiga II, Zagreb 1961.

Marko S. Stanković, Ph.D., Associate Professor
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
stankovicm@ius.bg.ac.rs.

Territorial Organization of Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes (Kingdom of Yugoslavia)

Abstract: *The paper analyzes territorial organization of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes, i.e. the Kingdom of Yugoslavia. After a brief review of the emergence of that country, which largely influenced its territorial organization, the systems of territorial organization in both of its constitutions– the „Vidovdan" Constitution and the „September" Constitution – were analyzed. Finally, there is a short evaluation of the degree of self-government that these systems envisioned.*

Keywords: *– Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes. – Territorial organization. – The Vidovdan Constitution. – The September Constitution. – Local self-government.*

Datum prijema rada: 30.08.2019.

Originalni naučni rad 347.441.23:[347.251:347.962(497.11)
doi:10.5937/zrpfns53-23941

Dr Marko S. Knežević, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
mknezevic@pf.uns.ac.rs

Dr Radenka M. Cvetić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
rcvetic@pf.uns.ac.rs

PRIRODA ROKOVA ZA SUDSKU DRŽAVINSKU ZAŠTITU (ČL. 77 ZOSPO)

Sažetak: *Sudska zaštita državine – tzv. posesorna zaštita u posebnom parničnom postupku – je oročena. Vladajuće shvatanje u tom smislu govori o rokovima za tzv. državinske tužbe, koji su materijalnopravnog karaktera. Ujedno, međutim, zakonodavac odavno tretira ove rokove kao procesnopravne, s obzirom da neblagovremenost tužbe predstavlja razlog za njen odbačaj. U radu se ispituje priroda ovih rokova polazeći od sasvim drugačijeg poimanja subjektivnih prava od onog koji je još uvek većinski. Smetanjem državine nastaju državinski zahtevi kao posebna kategorija subjektivnih prava, a ne nekakvo pravo na tužbu. Rokovi iz čl. 77 ZOSPO su ništa drugo do rokovi trajanja zahteva, prekluzivnog i materijalnopravnog karaktera.*

Ključne reči: *sudska državinska zaštita; rok za tužbu; subjektivno pravo; zahtev.*

1. SUDSKA DRŽAVINSKA (POSESORNA) ZAŠTITA

Kompleksnost državine kao ustanove na najbolji način opisuju *Vodinelićeve* početne rečenice iz njegove skorašnje monumentalne studije: „malo toga je nesporno o državini u pogledu osnovnih pitanja. Ali je bar nesporno da je sporno".[1] Poznato je da do danas vlada spor o prirodi državine (faktičko stanje koje se štiti

[1] Vladimir Vodinelić, *Državina*, Beograd 2015, 16.

ili subjektivno pravo),[2] kao i spor o razlogu zaštite državine, odnosno o tome šta se štiti u tzv. posesornom sporu.[3] Kako god da se zauzme stav o navedenim pitanjima, pozitivnopravno gledano, jasno je da držalac, bez obzira na pravo na državinu, uživa zaštitu od samovlasnog i protivpravnog smetanja državine, u čemu se vidi zaštitna funkcija državine kao njeno najznačajnije pravno dejstvo.[4] Put zaštite je dvojak: samopomoć (čl. 76 ZOSPO), ili sudska zaštita (čl. 77 i sled. ZOSPO), koja se naziva i sudskom državinskom (posesornom) zaštitom.

Skupni izraz za sve radnje kojima se vrši povreda državine je smetanje državine (čl. 75 ZOSPO; upor. i čl. 448 i sled. ZPP). Tipološki, smetanje državine je već prema pozitivnom pravu dvojako. S jedne strane je oduzimanje državine, u smislu potpunog deposedovanja dotadašnjeg držaoca (gubitak državine), dok su svi ostali slučajevi uznemiravanje državine. U okviru potonjeg, analogno uznemiravanju svojine,[5] izdvajaju se dalje vrste: delimično ograničenje državine zasnivanjem trajnog stanja (npr. istovar šuta na parcelu), povremeno ili trajno otežano korišćenje faktičke vlasti (prelazak preko parcele, imisije preko granice tolerancije).[6, 7]

Za sudsku posesornu zaštitu je karakteristično da se govori da se ona ostvaruje tužbom (tzv. državinska tužba), s obzirom da se zaštita pruža u parničnom

---

[2] Preciznije subjektivno pravo na isključivanje drugih od uticaja na državinu, što zastupa V. Vodinelić, (2015), 38 i sled. Za iscrpno upućivanje na literaturu o prirodi državine vid. V. Vodinelić (2015), 15.

[3] Up. V. Vodinelić (2015), 104 i sled., naročito 135 i sled. gde postavlja tezu o zatečenoj pojavnoj slici prava i obaveza kao razloga državinske zaštite.

[4] Up. Harry Westermann, *Sachenrecht*, Karlsruhe 1960[4], § 21 br. 1; Helmut Koziol, Rudolf Welser, *Grundriss des bürgerliches Rechts, Bd. I*, Wien 2000[11], 241; Miroslav Lazić, „Pravna dejstva državine prema Srpskom građanskom zakoniku", u: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu 'Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika* (1844-1994)", Niš 1995, 180; Slavica Krneta, „Posjed", u: *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Beograd 1978, 1011.

[5] Korišćenje istih termina – uznemiravanje svojine (čl. 42 st. 1 ZOSPO) i uznemiravanje državine (čl. 75 ZOSPO) – te suštinska ista pravozaštitna funkcija (obezbeđivanje zaštite državine, na osnovu prava na državinu ili na osnovu same državine), dozvoljavaju da se tipologija smetanja državine, naročito uznemiravanja, izradi analogno uznemiravanju svojine. O toj povezanosti iz perspektive nemačkog prava, koje se na redakcijskom planu za ovaj kontekst ne razlikuje od ZOSPO, upor. Hans Prütting, u: H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich (Hrsg.), *BGB Kommentar*, Köln 2009[4], § 859 br. 3, § 862 br. 1.

[6] Da su nedopuštene imisije takođe smetanje državine danas up. Obren Stanković, u: O. Stanković, M. Orlić, Stvarno pravo, Beograd 1995[9], 48 (br. 163); Danica Popov, „Tužba zbog smetanja državine izazvanih imisijama", *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2015, 1498. Za nemačko pravo reprezentativno *BGH* (*Savezni sud*), 14.10.1994, V ZR 76/93, *Neue Juristische Wochenschrift* (*NJW*) 1995, 132. Za druge pravne sisteme vid. sa daljim upućivanjima V. Vodinelić (2015), 83/84.

[7] O brojnim dilemama u pogledu pojedinosti pojma „smetanja" V. Vodinelić (2015), 76 i sled.

postupku. Tako su spram tipologije smetanja konstruisane različite „državinske tužbe": tužba zbog oduzimanja državine, koja je uperena na predaju oduzete stvari; tužba zbog uznemiravanja državine, koja je prema vrsti uznemiravanja usmerena ili na uspostavljanje ranijeg državinskog stanja (u gornjem primeru uznemiravanja istovarom šuta, uperena je na njegovo uklanjanje), ili na zabranu, propuštanje radnji koje predstavljaju uznemiravanje državine.

Osnovne odlika sudske posesorne zaštite u našem pravu je njena provizornost, te hitnost i sumarnost postupka. Postojeći model koji odslikava ove odlike je nesumnjivo austrijskog porekla.

Provizornost podrazumeva da pravnosnažnost odluke u ovom sporu ne utiče na kasniji tzv. petitorni spor – spor u kojem će se raspravljati o pravu na državinu; odluka iz posesornog postupka je u tom smislu uvek privremena, provizorna.[8] Smatra se da je izraz te zamisli koncept odlučivanja u posesornom sporu: meritorna odluka o tužbi nije presuda, već rešenje,[9] što je preuzeto iz austrijskog prava, gde je tako nešto istorijski uslovljeno.[10]

Težnja za brzim okončanjem postupka se ogleda ne samo u tome da su ovi sporovi hitni (čl. 449 st. 1 ZPP), što bi značilo da zakazivanje ročišta u njima ima prioritet u odnosu na druge, kao i u pogledu odlučivanja o pravnim lekovima, već su i sama pravila postupka u smislu redukcije opštih pravila izraz ideje o brzom okončanju: tužba se ne dostavlja na odgovor tuženom, već se odmah zakazuje ročište za glavnu raspravu (čl. 449 st. 2 ZPP), a rok za žalbu je osam dana (čl. 452 st. 2 ZPP).

Sumarnost je vidljiva iz predmeta raspravljanja, tj. isključivanja raspravljanja o pravu na državinu, pravnom osnovu i savesnosti državine, te u nemogućnosti kumuliranog utuženja odštetnih zahteva (čl. 450 st. 1 ZPP).[11]

2. OROČENOST SUDSKE DRŽAVINSKE ZAŠTITE

Sudska državinska zaštita je oročena. Prema ZOSPO, ona se može tražiti samo u određenim, kratkim rokovima. Otuda se govori o rokovima za državinske

[8] Upor. Karl-Heinz Schwab, *Sachenrecht*, München 1989[22], 40; Robert Fucik, u: W. Rechberger, T. Klicka (Hrsg.), *Kommentar zur ZPO*, Wien 2019[5], 1686 (§ 459 br. 1); Aleksandar Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2017[9], 725 (br. 3824). Štaviše, u austrijskoj doktrini se govori o „bliskosti sa privremenim merama"; tako Andreas Konecny, u: H. Fasching, A. Konecny (Hrsg.), *Kommentar zu Zivilprozessgesetzen*, Bd. III/1, Wien 2017[3], 2 (Einl. br. 4).

[9] O. Stanković, u: O. Stanković, M. Orlić, 54 (br. 185).

[10] Oskar Ballon, *Einführung in das österreichischen Zivilprozessrecht*, Graz 2009[12], br. 497.

[11] O shvatanjima za slučaj da tuženi podnese petitornu protivtužbu up. Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku, prema tekstu zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama*, Beograd 2009, 1046.

tužbe. Sadašnji koncept koji postoji od 1956. godine podrazumeva dva roka – subjektivni i objektivni. Subjektivni iznosi 30 dana i računa se od saznanja za smetanje državine i učinioca; objektivni iznosi godinu dana i računa se od učinjenog smetanja (čl. 77 ZOSPO).[12] Subjektivni rok teče u okviru objektivnog, i istekom potonjeg istekao je i subjektivni, iako možda nije isteklo 30 dana od saznanje za smetanje i učinioca. Uz to, u oročenost sudske državinske zaštite svakako spada i oročavanje zahteva za izvršenje: on postoji samo 30 dana od izvršnosti državinskog rešenja (čl. 453 ZPP).

Smisao oročenosti sudske zaštite državine se uglavnom obrađuje spram konkretnog vremena, dakle u smislu kratkoće rokova. U tom smislu, kratkoća rokova je posledica provizornosti državinske zaštite: ukoliko se priznaje zaštita od samovlasnog smetanja državine jednom licu nezavisno od njegovog prava na državinu, a ona je provizorna, obzirom da rezultat postupka (pravnosnažna odluka) ne utiče na kasniji tzv. petitorni spor, onda je kratkoća rokova smislena; ona je izraz koncepta hitnosti.[13] Time je i prećutno dat razlog za postojanje bilo kakvog roka: ako je zaštita provizorna i hitna, onda mora da bude oročena uopšte.[14] To je stabilizirajuća funkcija u smislu da protekom određenog vremena po učinjenom smetanju stanje državine ne treba da se putem državinske zaštite iznova menja, već da se stvar raspravi samo u petitornom sporu.[15]

Na procesnom planu, u pogledu razrade koncepta oročenosti tužbe, prisutno je postojano rešenje: neblagovremena državinska tužba se odbacuje. Tako nešto je bilo predviđeno još u predratnom pravu (§ 548 reč. 3 Grpp), i predstavljalo je odstupanje od austrijskog uzora.[16] Donošenjem prvog posleratnog ZPP 1956. godine taj koncept je potvrđen, ali na opštem planu: nije bilo predviđeno da se neblagovremena državinska tužba odbacuje, već uopšte, svaka neblagovremena tužba treba da se odbaci (čl. 271 st. 1 ZPP 1956). Time je jasno bilo da je neblagovremenost tužbe postala procesna smetnja, kao pojavni oblik procesne pretpostavke. Takav koncept je preuziman u svim sledećim zakonima, zaključno sa danas važećim ZPP (čl. 294 st. 1 t. 2). U njemu je, kao i u njegovom prethodniku, te noveliranom ZPP iz 1976, dodatno potvrđen koncept: meritorno odlučivanje o

---

[12] Do Zakona o parničnom postupku iz 1956. godine, postojao je samo subjektivni rok od 30 dana od saznanja za smetanje i učinioca. Radilo se o pravilu iz § 548 reč. 2 Građanskog parničnog postupka (Grpp) iz 1929, koji je bio, uz određene, ne tako brojne izmene, prevod austrijskog Grpp (aGrpp). Ovaj koncept oročenosti je još uvek važeći u Austriji (§ 454 aGrpp).

[13] Up. V. Vodinelić, 91/92.

[14] U tom smislu Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 1986[6], 662.

[15] Up. H. Westermann, § 21 br. 3.

[16] U austrijskom Grpp nije sadržana odredba po kojoj neblagovremenu državinsku tužbu sud odbacuje. O shvatanju ovog problema u austrijskom pravu vid. dole fn. 28.

neblagovremenoj tužbi je apsolutno bitna povreda postupka, koja vodi ukidanju odluke i odbacivanju tužbe (čl. 374 st. 2 t. 3, 391 st. 3 ZPP).

3. SHVATANJA O PRIRODI ROKOVA ZA SUDSKU DRŽAVINSKU ZAŠTITU; POSTAVLJANJE PROBLEMA

Pitanje koje se postavlja u pogledu rokova, pored onog koji je naročito praktične prirode (početak rokova kod ponovljenih i trajnih smetanja),[17] jeste i ono o pravnoj prirodi, i to u dvostrukom smislu. Prvo, da li je to procesnopravni ili materijalnopravni rok, a drugo, ako je materijalnopravni, onda da li je prekluzivni ili zastarni, s obzirom da procesno pravo ne poznaje zastarelost.

Dilema da li su rokovi procesnopravni ili materijalnopravni danas je utihnula, s obzirom da gotovo i da nema onih koji bi negirali materijalnopravnu prirodu, i to u smislu prekluzivnosti rokova.[18] Ipak, argumentacija za materijalnopravnu prirodu se redovno ne daje. Tamo gde je to slučaj, vidljiva su dva pravca. Prvi je suštinski, jer polazi od predmeta oročenosti. Tako, pošto je rok za tužbu zapravo rok postojanja samog prava za koje se traži zaštita u parnici, onda je on materijalnopravni.[19] Drugi je formalni, jer vezuje prirodu roka za mesto gde je on propisan, a tvrdi se da je to jedan od pouzdanijih kriterijuma.[20] Ovaj drugi pravac nije zapravo nov, već je postojao i ranije, sa drugačijim rezultatom. Naime, polazeći od okolnost da su rokovi ranije bili sadržani u procesnim propisima, zastupao se stav da su oni procesne prirode.[21]

---

[17] O tome više O. Stanković, u: O. Stanković, M. Orlić, 49 (br. 167-168); B. Poznić, 1045; A. Jakšić, 724 (br. 3818-3819); Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2015[17], 532; *GO VSS* od 19.10.1978, Zbornik sudkse prakse 35 (1980), 50. Za nemačko pravo sa daljim upućivanjima na teoriju vid. *BGH*, 14.10.1994, V ZR 76/93, *NJW* 1995, 132. Za austrijsko pravo sa daljim upućivanjima na sudsku praksu vid. R. Fucik, u: W. Rechberger, T. Klicka (Hrsg.), 1683 (§ 454 br. 6).

[18] B. Poznić, 1044; S. Triva, V. Belajec, M. Dika, 662; A. Jakšić, 724 (br. 3817); B. Poznić. V. Rakić-Vodinelić, 532; Života Janković, u: M. Janković *et alt*., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd 1990[3], 458; Gordana Stanković, *Građansko procesno pravo*, Niš 2007[7], 530; Ranko Keča, u: Borivoj Starović, Ranko Keča, *Građansko procesno pravo*, Novi Sad 20043, 450; Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Stvarno pravo*, Niš 2006, 70; Suprotno samo Ilija Babić, *Građansko pravo, Knjiga 1, Uvod u građansko pravo*, Beograd 2011, 243 (br. 991), koji iako se ne izjašnjava izričito o prirodi roka, tvrdi da je ovaj prekluzivni rok propisan „u procesnom pravu“, a isto tvrdi i za „rok za tužbu za poništenje rušljivog ugovora“. Samo u rezultatu isto Danica Popov, *Građansko pravo*, Novi Sad 2012[7], 315: „procesnopravna priroda”.

[19] B. Poznić, 694.

[20] R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić (2006), 70 fn. 44.

[21] Srećko Zuglia, Ante Verona, Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama (Građanski parnični postupak) (s.a.), 656/657; Dragoljub Aranđelović, *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije II*, Beograd 1933, 261 fn. 93.

Zastupnici teze o materijalnopravnoj prirodi rokova, većinom ipak ne problematizuju pozitivnopravno stanje u pogledu svrstavanja blagovremenosti tužbe u procesne pretpostavke. To čini samo onaj deo koji se bavi prevashodno procesnim pravom. Polazeći od rečene prirode roka, jedni kritikuju zakonsko rešenje, s obzirom da bi bilo teorijski ispravno da se tužba odbija, a ne odbacuje.[22] Drugi ga brane, smatrajući da se radi zapravo o pojavnom obliku apsolutne nenadležnosti suda,[23] odnosno o nedostatku tuživosti.[24]

Izložene dileme su skicirale probleme rada. Okolnost što danas nema spora o prirodi rokova iz čl. 77 ZOSPO u smislu da li je materijalnopravne ili procesnopravne prirode ne znači da ne postoji potreba da se ispita valjanost vladajućeg shvatanja. Čini se da problem nije u samom rezultatu, već u argumentaciji, odnosno ishodištu. Ne postavlja se dublje dogmatičko pitanje, makar ne sasvim izričito i svesno. Ono glasi: na šta se zaista odnosi rok, odnosno koja je konkretna posledica prekluzije – šta se gubi protekom rokova iz čl. 77 ZOSPO? Čini se da je to posledica, pre svega, već evidentiranog deficita bavljenja temom subjektivnih prava u ukupnom jugoslovenskom i postjugoslovenskom prostoru.[25] Jer, postavljena pitanja su neodovojivi deo učenja o subjektivnim pravima. Pri tome, ona nemaju veze sa vekovnim sporom o prirodi državine, već sa pojmom subjektivnog prava uopšte.

4. PREKLUZIVNOST ROKOVA

Traženje sudske zaštite, kako je to određeno u čl. 77 ZOSPO, nedvosmisleno ukazuje da se radi o roku za podnošenje tužbe. Jer, upravo se propisuje rok za traženje sudske zaštite, a ona se traži tužbom u parničnom postupku.[26] S obzirom na čl. 370 ZOO, po kojem se na rokove predviđene za ponodšenje tužbe pravila o

---

[22] S. Triva, V. Belajec, M. Dika, 663; B. Poznić, 694.

[23] Mihalo Dika, *Građansko parnično pravo, Parnične radnje, V. knjiga*, Zagreb 2008, 66 fn. 87.

[24] A. Jakšić, 422 (br. 2094).

[25] Nikola Gavella, „O odnosu materijalnog i procesnog građanskog prava u parnicama", u: A. Uzelac, J. Garašić, A. Maganić (ur.), *Djelotvorna pravna zaštita u pravčnom postupku, Liber amicorum Mihajlo Dika*, Zagreb 2013, 189 fn. 5.

[26] Da je propisan rok za tužbu, a da se ne koriste te reči, pokazuje primer prava preobražajne tužbe za slučaj rušljivosti zaveštanja (čl. 170 ZN); upor. samo Dejan Đurđević, *Institucije naslednog prava*, Beograd 2015[7], br. 338. O pravima preobražajne tužbe kao subjektivnim pravima Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg 2002[8], 40-41 (br. 83 i dalje); o sporu da li se radi o materijalnopravnom ili procesnopravnom (time i javnopravnom) subjektivnom pravu vid. sa daljim upućivanjima: Leo Rosenberg, Karl-Heinz Schwab, Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München 2010[17], 501 (§ 91 br. 2 i dalje); Herbert Roth, u: *Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordung, Bd. IV*, Tübingen 2008[22], ispred § 253 br. 103; Dorothea Assmann, u: *Wieczorek/Schütze,*

zastarelosti ne primenjuju, jasno je da se ovde ne radi o roku zastarelosti. Time svakako nije rešeno osnovno pitanje: da li se radi o materijalnopravnom ili procesnopravnom roku.

5. MATERIJALNOPRAVNI KARAKTER ROKOVA

5.1. Nepodobnost formalnog kriterijuma (mesto uređenja)

Formalni kriterijum za određivanje pravne prirode rokova za sudsku državinsku zaštitu, u smislu mesta uređenja (procesni ili materijalnopravni zakon), ne predstavlja podoban argument. Suprotno od onoga što se tvrdi, mesto norme ne pruža pouzdan oslonac za stav o njenoj prirodi, a pitanje je da li pruža bilo kakav oslonac. Stav zakonodavca na kom mestu će da uredi jedno pitanje nikada nema značaj ni indicije za određivanje pravne prirode. Upravo zato je razumljivo što je u domaćoj teoriji do 1980. godine, kada su rokovi za sudsku državinsku zaštitu bili sadržani u procesnim zakonima, većinski stav bio da se radi materijalnopravnom roku,[27] a tako je još uvek u austrijskom pravu.[28]

Kvalifikacija pravne prirode mora da se zasniva na suštinskim razlozima. Da li je jedna norma materijalnopravne ili procesnopravne prirode, zavisi od toga šta ona uređuje. U kontekstu rokova: na šta se oni odnose, koja su njihova pravna dejstva. Prema tome, prethodno pitanje je: šta zaista nastaje smetanjem državine?

5.2. Posledica smetanja državine: šta zaista nastaje?

Smetanjem državine ne nastaje nikavo pravo na tužbu, ili tužba u materijalnom smislu, što bi bila zapravo posledica učenja još uvek većinske doktrine kod

Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Bd. 4, Berlin 2013[4], ispred § 253 br. 14; Andreas Geroldinger, u: H. Fasching, A. Konecny (Hrsg.), 65-66 (§ 226 br. 58 i dalje).

[27] Za predratno pravo Srećko Culja, *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije, sv. 1*, Beograd 1936, 658; Franjo Goršić, *Komentar Građanskog parničnog postupka II*, Beograd 1932, 306; za posleratno pravo Borivoje Poznić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 1962, 338; Borivoje Poznić, u: B. Poznić, M. Vražalić, F. Bačić, *Zakon o parničnom postupku, sa komentarom*, Beograd 1957, 370; Siniša Triva, Građansko procesno pravo I, Zagreb 1972[2], 649; Milka Janković *et alt.*, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd 1977, 519.

[28] Već 1902. godine OGH (*Vrhovni sud*), AmtSlgNF IV, br. 577 zauzima stav da je rok materijalno pravni, jer se ne odnosi prosto na tužbu kao parničnu radnju, već na materijalno pravo koje se tužbom ostvaruje. Danas to je vladajuće shvatanje teorije i sudske prakse, vid. sa daljim upućivanjima R. Fucik, u: W. Rechberger, T. Klicka (Hrsg.), 1682 (§ 454 br. 5); Walter Rechberger, Daphne-Ariane Simotta, *Zivilprozessrecht*, Wien 2009[7], 502 (br. 952); Hans Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, Wien 1990[2], br. 1651. Suprotno samo Georg Kodek, u: A. Fenyves, F. Kerschner, A. Vonklich (Hrsg.), *ABGB Klang, Bd. 6*, Wien 2011[3], 416 i dalje (§ 339 br. 240 i dalje).

nas. Po tom učenju, povredom subjektivnog prava nastaje tužba u materijalnom smislu, za koju je još koristi termin „zahtev“ kao sinonim, a koja nije nikakvo posebno subjektivno pravo, već ukorenjeni element postojećeg subjektivnog prava koji se aktivira u slučaju povrede.[29] Tužba u materijalnom smislu je zapravo svedena na mogućnost da se povređeno subjektivno pravo ostvari sudskim putem,[30] pa upravo na taj način ovo učenje objašnjava zastrelost i prekluziju: kada dođe do zastarelosti ne gubi se samo subjektivno pravo, već tužba u materijalnom smislu; [31] kod prekluzije pravo prestaje.[32] Za razliku od tužbe u materijalnom smislu, koja je suština, postoji tužba u formalnom, a to je sam inicijalni podnesak u postupku – sam akt obraćanja sudu.[33] Za slučaj smetanja državine, s obzirom da se zastupa teza da to nije subjektivno pravo, nastaje jedna takva tužba ili zahtev, ali on nije subjektivno pravo.[34] U pogledu ključnog pitanja – „Šta je to ako nije subjektivno pravo?” – ne daje se odgovor.

U ukupnosti ovo učenje nije ništa drugo do akcionopravno shvatanje subjektivnih prava i prava na tužbu, koje je gotovo identično shvatanju *Savinjija*.[35, 36] Ono je bilo prihvatljivo u njegovo vreme (sredina XIX veka) kada se procesna dogmatika još nije bila razvila, pa je sve bilo objašnjavano materijalnopravnim kategorijama. Onda ne čudi da je suština tužbe bila zapravo materijalnopravna kategorija, te da je bilo vladajuće učenje o materijalnopravnom predmetu spora – to je bila upravo tužba u materijalnom smislu.[37]

---

[29] Vid. Milijan Popović, *Pojam subjektivnog prava*, Novi Sad 1974, 245 i sled., 259 i sled.; Andrija Gams, Ljiljana Đurović, *Uvod u građansko pravo* 1994[17], 65 i sled., 239; Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, Novi Sad 2013[11], 223; I. Babić, 126-127 (br. 430-431); D. Popov (2012), 128/129; Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Uvod u građansko pravo*, Niš 2008, 161/162, 388.

[30] Poboljšana verzija ovog shvatanja je stav da je tužba u materijalnom smislu, odnosno zahtev, „mogućnost da se od nekog određenog lica traži ostvarenje nekog imovinskog efekta na osnovu subjektivnog prava prinudnim putem” (A. Gams. Lj. Đurović, 66).

[31] D. Nikolić, 245; A. Gams, Lj. Đurović, 65, 191; I. Babić, 237 (br. 964-965), 243 (br. 993).

[32] Upor. I. Babić, 242-243 (br. 990 i dalje).

[33] A. Gams, Lj. Đurović, 239; I. Babić, 127 (br. 431): „materijalni deo tužbe je zahtev u materijalnom smislu, a procesna tužba je oblik u kome se ovaj zahtev ispoljava“.

[34] A. Gams, Lj. Đurović, 66.

[35] Upor. Carl Friedrich von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts, Bd. V*, Berlin 1841, 4 i sled. Za sažetu rekonstrukciju *Savinjijevih* shvatanja i prihvaćenost njegove teorije u XIX veku Dieter Hesselberger, *Die Lehre vom Streitgegenstand*, Köln 1970, 72 i sled.; Horst Kaufmann, „Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens“, *Juristenzeitung* 1964, 488.

[36] Ocenu da je ovakvo shvatanje tadašnje jugoslovenske doktrine ništa drugo do nastavljanje *Savinjijevog* učenja daje već Slavica Krneta, „Evolucija pojma ’zahtjev’ i njegov odnos prema subjektivnom pravu“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* XXIII (1975), 306/307; upor. i Marko Knežević, „Teret dokazivanja imisija kao pretpostavke negatornog zahteva“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2013, 356 i sled.

[37] O ovom pravcu u razvoju teorije o pravu na tužbu iscrpno Mihajlo Dika, *Pravo na tužbu*, Zagreb 1987, 19 i sled. (civilistički monizam u XIX veku), 155 i sled. (civilistički monizam u domaćoj teoriji).

Akcionopravno učenje je odavno napušteno u uporednom pravu, pre svega u Nemačkoj gde se zaokruženo artikulisalo. Savremeno shvatanje subjektivnih prava polazi od toga da – u kontekstu podele prema sadržini ovlašćenja – pored prava vlasti, prava ličnosti, preobražajnih prava,[38] prava pripadanja, postoje i zahtevi, kao prava traženja. U njih spadaju kako potraživanja, tako i svi drugi zahtevi, koji nastaju ili kao posledica povrede nekog drugog subjektivnog prava (npr. reivindikacioni zahtev kao posledica porede prava svojine), ili kao posledica povrede nekog zaštićenog interesa ili pravne pozicije (tipičan primer je povreda pravila o poštenoj tržišnoj utakmici).[39] U odnosu na njih, zahtev ima zaštitnu i pomoćnu funkciju (nem. *Schutz- und Hilfsfunktion*),[40] ali se time ne negira da je subjektivno pravo. Zahtev podrazumeva ovlašćenje jednog lica da od drugog traži neko činjenje ili nečinjenje; on je materijalnopravne prirode, jer se odnosi na ponašanje učesnika pravnog prometa, odnosno ne tiče se postupka kao takvog. On nema nikakve veze sa pravom na tužbu, jer nije uperen prema državi – njegov adresat je lice na kome leži obaveza. To što je njega moguće ostvariti sudskim putem – što je „utuživ" – je samo njegova osobina kao prava, jer su prava u pravnoj državi redovno zaštićena.[41] Kako to još *Vindšajd* (*Windscheid*) napominje, ako bismo govorili o pravu na sudsko sprovođenje (ostvarivanje), o jednom pravu tužbe, umesto samo o zahtevu, onda bismo imenovali posledicu umesto osnova; odnosno, utuživost je jedna strana zahteva, ali ne ona koja ga stvara. [42] U svakom slučaju, tuživost kao takvu ne treba nikako brkati sa pravom na tužbu, koje ima sasvim drugo značenje. Ukoliko se govori o vladajućem shvatanju, koje je i oprav-

[38] Još uvek je sporno u domaćoj nauci da se radi o subjektivnim pravima. Negativan stav: Obren Stanković, u: O. Stanković, V. Vodinelić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd 20075, 107; A. Gams, Lj. Đurović, 67 i sled.; D. Nikolić, 221/222; I. Babić, 127-128 (br. 433-434). Pozitivan stav: Slavica Krneta, „Subjektivna prava", u: *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Beograd 1977, br. 75; Vladimir Vodinelić, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd 2012, 213 i dalje. Za austrijsko i nemačko pravo, gde je nesporno da su preobražajna prava subjektivna prava, umesto svih, sa daljim upućivanjima H. Koziol, R. Welser, 45; Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerliches Gesetzbuchs*, Tübingen 2011[3], 121 i dalje (br. 280 i dalje, naročito 285, 297).

[39] Upor. D. Medicus, 31 (br. 63), 35 i dalje (br. 73 i dalje); Hans Brox, *Allgemeiner Teil des BGB*, München 1999[23], 274 (br. 579), 280 i dalje (br. 591 i dalje); Helmut Köhler, *BGB Allgemeiner Teil*, München 2007[31], 231 (§ 17 br. 11), 237 i dalje (§ 18 br. 1 i dalje); H. Koziol, R. Welser, 44/45; za domaću teoriju upor. S. Krneta (1975), 308; V. Vodinelić (2012), 210 i sled.; M. Knežević (2013), 357 i sled.

[40] Ludwig Raiser, „Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht", *Juristenzeitung* 1961, 466/467; V. Vodinelić (2012), 211 i sled.

[41] Up. S. Krneta (1977), br. 30; Marko Knežević, „Krug opozicionih razloga u prigovoru protiv rešenja o izvršenju na osnovu izvršne isprave", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2014, 343.

[42] Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* I, Düsseldorf 1875[4], 105.

dano spram pozitivnopravnog stanja, pravo na tužbu je pravo na pravosuđe (*Justizgewährungsanspruch*), koje uopšte ne garantuje nikakav meritorni rezultat. Ono je osnovno ljudsko procesno pravo, danas jasno zagarantovano kroz pravo na pravično suđenje (čl. 32 st. 1 Ustava),[43] ali i već kroz samo postojanje vladavine prava (čl. 1 Ustava), odnosno pravne države.[44]

Okolnost da se u domaćim zakonima još uvek koristi akcionopravna redakcija kada se predviđaju zahtevi ne utiče da dogmatiku građanskog prava. Dakle, to što nije predviđeno npr. da „vlasnik ima zahtev za predaju individualno određene stvari prema držaocu", već da „vlasnik može tužbom zahtevati od držaoca povraćaj individualno određene stvari" (čl. 37 st. 1 ZOSPO), ne znači da vlasnik nema zahtev kao subjektivno pravo. Radi se samo o reliktu akcionopravnog shvatanja, odnosno o njegovom uticaju na redaktore zakona. S druge strane, ima primera da redaktori nisu bili pod takvim uticajem. Tako, većina odredba ZOO zahvaljujući *Konstantinovićevoj* „Skici" ne spominje tužbe, već prosto zahteve i obaveze. Primera radi, u čl. 262 st. 1 ZOO predviđa se da je „poverilac u obaveznom odnosu ovlašćen da od dužnika zahteva ispunjenje obaveze", a ne, kako bi bila akcionopravna redakcija, da „poverilac u obaveznom odnosu može tužbom da od dužnika zahteva ispunjenje obaveze". Da je jedan sistem moguće shvatiti u skladu sa savremenim učenjem o zahtevima pokazuje sadašnja obrada austrijskog OGZ, koji je redigovan u akcionopravnom maniru, jer je on tada bio vladajući. Tamošnja literatura nema problem da npr. reivindikacioni zahtev označi kao subjektivno pravo u vidu zahteva, iako još uvek važi odredba koja govori o tužbi (§ 366).[45]

Imajući u vidu rečeno, smetanjem državine nastaje zahtev kao subjektivno pravo: pravo držaoca da traži od smetaoca, već prema tipologiji smetanja, da nešto uradi (da vrati stvar, da ukloni šut sa parcele), ili da ne uradi (da ne prolazi preko parcele, da ne parkira auto na njoj, da ne proizvodi imisije).[46] To je upravo posledica savremenog učenja o subjektivnim pravima. Rečeno uopšte nije uslovljeno stavom da je državina kao takva subjektivno pravo. Jer, čak i da se to ne-

---

[43] Up. A. Jakšić, 65 i dalje (br. 89 i dalje); B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, 67 i dalje; za austrijsku doktrinu upor. W. Rechberger, D.-A. Simotta, 7-8 (br. 18 i dalje).

[44] Za takav argument vid. *BVerfG* (*nemački Savezni ustavni sud*), 12.2.1992 – 1 BvL 1/89 *Neue Juristische Wochenschrift* 1992, 1673; L. Rosenberg, K.-H. Schwab, P. Gottwald, 15 (§ 3 br. 4).

[45] Upor. H. Koziol, R. Welser, 44/45; Georg Kodek, u: A. Fenyves, F. Kerschner, A. Vonklich (Hrsg.), *ABGB Klang, Bd. 6A*, Wien 2011[3], 554 (§ 366 br. 1): „radi se o zahtevu izvedenom iz stvarnog prava, otuda o stvarnopravnom zahtevu".

[46] Vid. već Lazar Marković, *Građansko pravo, prva knjiga, Opšti deo i Stvarno pravo*, Beograd 1912, 282; izričito danas V. Vodinelić (2012), 211, 238; upor. V. Vodinelić (2015), 35; u hrvatskoj teoriji Nikola Gavella, u: N. Gavella *et alt.*, *Stvarno pravo*, Zagreb 2007[2], 234.

gira, što je većinski slučaj, opet je državinski zahtev subjektivno pravo.[47] Kako je rečeno, nastanak zahteva uopšte ni ne pretpostavlja povredu postojećeg subjektivnog prava.

5.3. Rokovi trajanja državinskih zahteva umesto roka za tužbu

Iz pojma državinskog zahteva proizlazi pravi smisao roka za sudsku zaštitu iz čl. 77 ZOSPO, što je samo razrada opšte koncepcije. Naime, ukoliko je utuženje jednog prava oročeno, to nije ništa drugo do propisivanje ograničenog vremenskog trajanja jednog prava. U rezultatu, državinski zahtev kao subjektivno pravo se gasi istekom predviđenih rokova, isto kao što se pravo traženja poništaja ugovora, kao pravo preobražajne tužbe, gasi istekom rokova iz čl. 117 ZOO.

Ovaj stav je razumljiv ukoliko se pođe od razlikovanja zastarelosti i prekluzije. Kao što je već rečeno, još uvek većinsko akcionopravno shvatanje polazi od toga da se zastarelošću ne gubi samo pravo, već zahtev, tj. tužba u materijalnom smislu, a kod prekluzije dolazi do gubitka prava. Suprotno, savremeno učenje o zahtevu drugačije objašnjava zastarelost, time i prekluziju. Zastarelost u smislu proteka potrebnog vremena, pre svega, sama za sebe ne znači ništa u odnosu na zahtev, već se time stvara tek protivpravo pasivne strane – nastanak prava prigovora, prava da odbije ispunjenje zahteva (*Leistungsverweigerungsrecht*).[48] Tek ukoliko se ovo, takođe subjektivno pravo[49] ostvari izjavom volje – isticanjem prigovora[50] – dolazi do promene, koja se manifestuje u trajnoj suspenziji sudske

---

[47] Upravo tako, primera radi, Manfred Wolf, *Sachenrecht*, München 2006[22], br. 165: „[i]ako državina kao faktička vlast na stvari sama nije subjektivno pravo, iz nje proizlaze subjektivna prava odbrane [državinski zahtevi, prim. aut.] [...]".

[48] Upor. već za domaću doktrinu L. Marković (1912), 264; Srećko Zuglia, *Prirodne obaveze u teoriji i srpskom privatnom pravu*, Subotica 1924, 8. Učenje o prigovornoj prirodi zastarelosti se vraća na učenje *Vindšajda*, vid. B. Windscheid, 321. Kasnije je ono uobičeno u prigovorno pravo pasivne strane da odbije ispunjenje obaveze, kako je to na kraju uobličeno u nemačkom Građanskom zakoniku. Ovu koncepciju prihvata deo savremene austrijske doktrina, i pored toga što se u austrijskom Opštem građanskom zakoniku tako nešto ne spominje; tako izričito Peter Vollmaier, u: A. Fenyves, F. Kerschner, A. Vonklich (Hrsg.), *ABGB Klang, Bd. 26*, Wien 2012[3], 39-40 sa daljim upućivanjima (§ 1451 br. 8).

[49] Da se radi o subjektivnom pravu nesporno je u nemačkoj doktrini, ali ne postoji saglasnost koje je prirode; up. H. Brox, 289 (br. 611), koji prosto govori o subjektivnom pravu; D. Medicus, 41 (br. 86) koji ga svrstava u preobražajna prava; H. Köhler, 231 (§ 17 br. 13) koji ga svrstava u relativna prava. I u domaćoj doktrini, ali manjinski, postoji stav da se radi o subjektivnom pravu; vid. već Lazar Marković, *Građansko pravo*, Beograd 1927[2], 87: „subjektivno pravo"; M. Knežević (2014), 343: „preobražajno pravo".

[50] Up. R. Bork, 133 (br. 315); Marko Knežević, *Raspravno načelo u srpskom parničnom postupku*, Beograd 2016, 422 i sled.; M. Knežević (2014), 343 i sled.

ostvarivosti zahteva: on je lišen tog svojstva, ali opstaje.[51] Prekluzija, s druge strane, znači gubitak zahteva kao takvog. Dakle, ne gubi se mogućnost zaštite,[52] jer je to upravo ono što se gubi isticanjem prigovora zastarelosti. Jednostavno, prekluzijom zahtev prestaje da postoji, gasi se, isto kao u slučaju drugih načina njegovog gašenja: ako protekne rok, zahtev je prestao, jednako kao da je on ispunjen, ili je ispunjenje nemoguće. To što je u najvećem broju slučajeva zakonska redakcija takva da se govori o roku za sudsku zaštitu, ili roku za tužbu, kako je rečno, samo je relikt akcionopravnog učenja, i ne menja rečeno. Isto tako, prekluziji nisu podložna samo preobražajna prava kako se to ponekad tvrdi,[53] već i sva druga, uključujući i zahteve.[54] Štaviše, trend je u domaćem pravu da se sve više uvode prekluzivni rokovi za zahteve.[55] Koliko je to pravnopolitički opravdano, budući da je zahteve, a naročito potraživanja u okviru njih, primerenije podvrgunti režimu zastarelosti, drugo je pitanje.

5.4. Međuishod: materijalnopravna priroda roka iz čl. 77 ZOSPO

Okolnost da su rokovi za sudsku zaštitu državine zapravo rokovi postojanja državinskih zahteva kao subjektivnih prava, znači i da su oni materijalnopravne prirode. Ne odnose se na postupak, nisu rokovi za vršenje parničnih radnji, odnosno od njih ne zavisi nastupanje procesnopravnih dejstva. Oni se odnose na sâmo postojanje prava koje je nesumnjivo materijalnopravne prirode, isto kao i drugi rokovi iste kategorije, poput roka trajanja autorskog prava. Radi se, dakle, o čistom materijalnopravnom dejstvu.

---

[51] V. Vodinelić (2012), 212, 521; N. Gavella, (2013), 198 fn. 31; M. Knežević (2014), 343 i sled.; za nemačku doktrinu umesto svih R. Bork, 133 (br. 314;) za zastupljenost ovog shvatanja u austrijskom pravu umesto svih Peter Vollmaier, u: A. Fenyves, F. Kerschner, A. Vonklich (Hrsg.), *ABGB Klang, Bd. 26*, Wien 2012^3, 39-40 sa daljim upućivanjima (§ 1451 br. 8).

[52] Tako međutim za prekluziju, iako difuzno, I. Babić, 242 (br. 990).

[53] Tako Obren Stanković, u: O. Stanković, V. Vodinelić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd 2007^5, 213. Upor. D. Medicus, 47-48 (br. 100-101) koji polazi od takve teze, ali priznaje da nju nije moguće dosledno održati zbog pozitivnopravnih primera prekuzivnih rokova za neke zahteve.

[54] Up. V. Vodinelić (2012), 526/527.

[55] U Zakonu o privrednim društvima je za brojna potraživanja predviđen prekluzivni rok (npr. čl. 18 st. 3, 28 st. 4, 197 st. 2). Dalje, u većini zakona koji uređuju pravo intelektualne svojine su predviđeni prekuzivni rokovi za zahteve koji nastaju povredom ovih prava, a povrh toga i za odštetne zahteve, tj. potraživanja (čl. 137 st. 1 Zakona o patentima; čl. 74 Zakona o oznakama geografskog porekla; čl. 65 st. 1 Zakona o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna; čl. 74 st. 1 Zakona o žigovima).

5.5. Dogmatička opravdanost svrstavanja blagovremenosti tužbe u procesne pretpostavke

Priroda rokova za utuženje bilo kog prava, pa i državinskih zahteva, morala bi da ima posledice na način odlučivanja u postupku kada je istekao rok, tj. kada je tužba neblagovremena. Sud bi morao meritorno da odluči, i to negativno – da odbije tužbeni zahtev. Međutim, kako je rečeno, u domaćem pravu odavno izričito važi drugačiji režim, po kojem je pitanje blagovremenosti tužbe procesna pretpostavka; ako je tužba neblagovremena, ona se odbacuje. Zapravo, iz koncepta procesnih pretpostavki – uslovi koji moraju da postoje da bi se uopšte meritorno raspravljalo, potom i meritorno odlučivalo – proizlazi da o neblagovremenoj tužbi uopšte ne sme da se meritorno odluči, pa čak i da tuženi prizna tužbeni zahtev. Jer, i da bi se donela takva presuda (odnosno rešenje u posesornom sporu), procesne pretpostavke moraju da budu ispunjene.

Potez zakonodavca, kao što je rečeno, kritikovan je u procesnoj literaturi, upravo argumetima koji su ovde izneti: radi se o pitanju koje je materijalnopravnog karaktera.[56] Međutim, postoji i stavovi koji opravdavaju postojeći koncept. U tom smislu, *Dika* zastupa stav da istek roka za tužbu zapravo znači prestanak „judicijabilosti određenog slučaja", te prestanak nadležnosti domaćeg suda za njegovo rešavanje, konačno nedopuštenost sudskog puta pravne zaštite, te je u tom smislu odbacivanje tužbe opravdano.[57] S druge strane, *Jakšić* smatra da je neblagovremenost tužbe pojavni oblik neutuživosti, koja je procesna smetnja.[58]

Stav *Dike* ne treba shvatiti tako da on tvrdi da protekom rokova za tužbu prestaje međunarodna nadležnost domaćeg suda (iako je postojala), odnosno da prestaje nadležnost suda kao državnog organa, tako da je sada nadležan neki drugi organ. Suštinski gledano, stav se vraća na jednu teorijsku varijantu tuživosti subjektivnog prava: ako je protekao rok za tužbu – rok za obraćanje sudu – onda je isključeno meritorno bavljenje suda, tj. tužba čija osnovanost zavisi od jednog takvog prava je nedozvoljena.[59] Međutim, *Dika* na drugom mestu sasvim drugačije shvata tuživost, tako da ona nije procesna pretpostavka, već kvalitet samog subjektivnog prava; kraće: to je pitanje merituma.[60]

---

[56] Vid. gore fn. 22.

[57] M. Dika (2008), 66 fn. 87.

[58] A. Jakšić, 422 (br. 2094).

[59] Tako za samo pojedine, izolovane slučajeve u nemačkom pravu, kada se rok za tužbu kvalifikuje kao isključenje tuživosti; upor. sa daljim upućivanjima Urlich Foerste, u: J. Musielak (Hrsg.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München 2013[10], 886 (ispred § 253 br. 6); L. Rosenberg, K.-H. Schwab, P. Gottwald, 489-491 (§ 89 br. 23, 29).

[60] Mihalo Dika, *Građansko parnično pravo, Tužba, VI. knjiga*, Zagreb 2009, 26 i sled.

Jakšić s druge strane zastupa šire shvatanje tuživosti: to je bilo koje isključenje podobnosti jednog subjektivnog prava da bude predmet zaštite. Pored neblagovremene tužbe, to je za njega i zahtev iz privatne opklade, te i tada tužbu treba odbaciti.[61] Ipak, upravo taj primer je i u nemačkom, i u austrijskom pravu, primer utuživosti kao materijalnopravne kategorije, što u rezultatu znači da se tužba odbija.[62] Radi se o nepotpunim, nesavršenim potraživanjima (*unvollkommene/unvollständige Forderungen*) koje počivaju na pravnom poslu koji ne stvara obaveznost, ali ukoliko se one ispune, nema kondikcijskog zahteva.[63] Dakle, to je primer za prirodne obaveze u našem pravu (čl. 213 ZOO). Nedostatak tuživosti je tu zaista stvar materijalnopravne komponente, pa je zato ispravan stav da tužbu treba odbiti.

Kada se rečeno prenese na polje rokova za tužbu, a imajući u vidu njihovu dogmatičku prirodu, čini se da se ne može govoriti o njima u kontekstu tuživosti. Zakonska redakcija odredaba koje oročavaju tužbu, kako je rečeno, ima prirodu oročavanja samog subjektivnog prava, a ne svesnu odluku zakonodavca da isključi pozivanje suda i u tom smislu sudsku zaštitu.[64] Stoga, ukoliko se podnese neblagovremena tužba, onda ona nije nedozvoljena zbog toga što je utuženo pravo prestalo; ona je neosnovana upravo zbog toga. No, sve dok se ZPP ne izmeni u tom pravcu, dogmatički nesklad ostaje. Takve greške zakonodavca mogu da se saniraju isključivo kroz zakonodavne promene.

---

[61] A. Jakšić, 422-423 (br. 2095 i dalje).

[62] Za nemačko pravo: *BGH*, 4.3.2004 – III ZR 124/03, *NJW Rechtsprechungs-Report* 2004, 778 sa daljim upućivanjima; U. Foerste, u: J. Musielak (Hrsg.), 886 (ispred § 253 br. 6); L. Rosenberg, K.-H. Schwab, P. Gottwald, 489 (§ 89 br. 22); Reinhold Greger, u: *Zöller, Zivilprozessordnung*, Köln 2007[26], 791 (ispred § 253 br. 19). Za austrijsko pravo: W. Rechberger, D.-A. Simotta, 257 sa daljim upućivanjem i na suprotne stavove (br. 507); Martin Stefula, u: A. Fenyves, F. Kerschner, A. Vonklich (Hrsg.), *ABGB Klang, Bd. 23*, Wien 2012[3], 77-78 (§§ 1270-1272 br. 70). Upor. i OGH, 18.3.1976 – 7 Ob 255/75, *Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen (SZ)* 49, br. odluke 40 za generalni stav da je tuživost u austrijskom pravu pitanje materijalnog prava.

[63] Iz nemačke perspektive umesto svih Dieter Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, München 2006[17], 9-10 (br. 24); vid. §§ 656, 762 nemačkog Građanskog zakonika.

[64] Kada je to po sredi onda se radi o neutuživosti kao procesnoj smetnji, koja je po svojoj prirodi ista isključivanju redovnog pravnog puta; tako austrijska doktrina: Hans Fasching, u: H. Fasching (Hrsg.), *Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen I*, Wien 2000[2], Einl. br. 153 sa daljim upućivanjem; W. Rechberger, D.-A. Simotta, 257-258 (br. 507). Za shvatanje nemačke doktrine i sudske prakse up. samo L. Rosenberg, K.-H. Schwab, P. Gottwald, 489-491 (§ 89 br. 23, 29).

LITERATURA I IZVORI

Attila Fenyves, Ferdinand Kerschner, Andreas Vonklich (Hrsg.), *ABGB Klang, Bd. 6*, Wien 2011[3]

Attila Fenyves, Ferdinand Kerschner, Andreas Vonklich (Hrsg.), *ABGB Klang, Bd. 6A*, Wien 2011[3]

Attila Fenyves, Ferdinand Kerschner, Andreas Vonklich (Hrsg.), *ABGB Klang, Bd. 23*, Wien 2012[3]

A. Fenyves, F. Kerschner, A. Vonklich (Hrsg.), *ABGB Klang, Bd. 26*, Wien 2012[3]

Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts I*, Düsseldorf 1875[4]

Carl Friedrich von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts, Bd. V*, Berlin 1841

Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg 2002[8]

Dieter Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, München 2006[17]

Hans Brox, *Allgemeiner Teil des BGB*, München 1999[23]

Hans Fasching (Hrsg.), *Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen I*, Wien 2000[2]

Hans Fasching, Andreas Konecny (Hrsg.), *Kommentar zu Zivilprozessgesetzen, Bd. III/1*, Wien 2017[3]

Hans Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, Wien 1990[2]

Hans Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich (Hrsg.), *BGB Kommentar*, Köln 2009[4]

Harry Westermann, *Sachenrecht,* Karlsruhe 1960[4]

Helmut Köhler, *BGB Allgemeiner Teil*, München 2007[31]

Helmut Koziol, Rudolf Welser, *Grundriss des bürgerliches Rechts, Bd. I*, Wien 2000[11]

Jaochim Musielak (Hrsg.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München 2013[10]

Karl-Heinz Schwab, *Sachenrecht*, München 1989[22]

Leo Rosenberg, Karl-Heinz Schwab, Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München 2010[17]

Ludwig Raiser, „Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht“, *Juristenzeitung* 1961, 465

Nikola Gavella *et alt.*, *Stvarno pravo*, Zagreb 2007[2], 234

Nikola Gavella, „O odnosu materijalnog i procesnog građanskog prava u parnicama”, u: A. Uzelac, J. Garašić, A. Maganić (ur.), *Djelotvorna pravna zaštita u pravčnom postupku, Liber amicorum Mihajlo Dika*, Zagreb 2013

Oskar Ballon, *Einführung in das österreichischen Zivilprozessrecht*, Graz 2009[12]

Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerliches Gesetzbuchs*, Tübingen 2011[3]

Srećko Zuglia, Ante Verona, Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama (Građanski parnični postupak) (s.a.)

Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordung, *Bd. IV,* Tübingen 2008[22]

W. Rechberger, T. Klicka (Hrsg.), *Kommentar zur ZPO*, Wien 2019[5]

Walter Rechberger, Daphne-Ariane Simotta, *Zivilprozessrecht*, Wien 2009[7]

Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Bd. 4, Berlin 2013[4]

Zöller, Zivilprozessordnung, Köln 2007[26]

Aleksandar Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2017[9],

Andrija Gams, Ljiljana Đurović, *Uvod u građansko pravo* 1994[17]

Borivoj Starović, Ranko Keča, *Građansko procesno pravo*, Novi Sad 2004[3]

Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2015[17]
Borivoje Poznić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 1962
Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku, prema tekstu zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama*, Beograd 2009
Borivoje Poznić, Mihailo Vražalić, Franjo Bačić, *Zakon o parničnom postupku, sa komentarom*, Beograd 1957
Vladimir Vodinelić*, Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd 2012
Vladimir Vodinelić, *Državina*, Beograd 2015
Gordana Stanković, *Građansko procesno pravo*, Niš 2007[7]
Danica Popov, *Građansko pravo*, Novi Sad 2012[7]
Danica Popov, „Tužba zbog smetanja državine izazvanih imisijama", *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2015, 1498
Dejan Đurđević, *Institucije naslednog prava*, Beograd 2015[7]
Dragoljub Aranđelović, *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije II*, Beograd 1933
Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, Novi Sad 2013[11]
Ilija Babić*, Građansko pravo, Knjiga 1, Uvod u građansko pravo*, Beograd 2011
Lazar Marković, *Građansko pravo*, Beograd 1927[2]
Lazar Marković, *Građansko pravo, prva knjiga, Opšti deo i Stvarno pravo,* Beograd 1912
Marko Knežević, „Krug opozicionih razloga u prigovoru protiv rešenja o izvršenju na osnovu izvršne isprave", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2014
Marko Knežević, „Teret dokazivanja imisija kao pretpostavke negatornog zahteva", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2013
Marko Knežević, *Raspravno načelo u srpskom parničnom postupku*, Beograd 2016
Milijan Popović, *Pojam subjektivnog prava*, Novi Sad 1974
Milka Janković *et alt.*, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd 1990[3]
Milka Janković *et alt.*, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd 1977
Miroslav Lazić, „Pravna dejstva državine prema Srpskom građanskom zakoniku", u: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu 'Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika* (1844-1994)", Niš 1995
Mihajlo Dika, *Pravo na tužbu*, Zagreb 1987
Mihalo Dika, *Građansko parnično pravo, Parnične radnje, V. knjiga*, Zagreb 2008
Mihalo Dika, *Građansko parnično pravo, Tužba, VI. knjiga*, Zagreb 2009
Obren Stanković, Vladimir Vodinelić, Uvod u građansko pravo, Beograd 2007[5]
Obren Stanković, Miodrag Orlić, Stvarno pravo, Beograd 1995[9]
Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Stvarno pravo*, Niš 2006
Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić*,* Uvod u građansko pravo, Niš 2008
Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 1986[6]
Siniša Triva, *Građansko procesno pravo I*, Zagreb 1972[2]

Slavica Krneta, „Evolucija pojma „zahtjev“ i njegov odnos prema subjektivnom pravu“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* XXIII (1975)
Slavica Krneta, „Posjed”, u: *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Beograd 1978
Slavica Krneta, „Subjektivna prava“, u: *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Beograd 1977
Srećko Zuglia, *Prirodne obaveze u teoriji i srpskom privatnom pravu*, Subotica 1924
Srećko Culja, *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije, sv. 1*, Beograd 1936
Franjo Goršić, *Komentar Građanskog parničnog postupka II*, Beograd 1932

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

Dr. Radenka M. Cvetić, ordentliche Professorin
Universität Novi Sad
Juristische Fakultät
rcvetic@pf.uns.ac.rs

Die Natur der Fristen zum gerichltichen Besitzschutz (Art. 77 EigentumsG)

Zusammenfassung: *Gerichtlicher Besitzschutz – sog. posessorischer Schutz, der in der besonderen Verfahrensart gewährleistet wird – ist befristet (Art. 77 Gesetz über Eigentumsrechtlichegrundrisse – EigentumsG). Die h.M. spricht dabei von die Fristen der sog. Besitzklagen, die ihrer Natur nach materiellrechtlich sind. Zudem aber behandelt sie der Gesetzgeber nach wie vor z.T. als prozessual, weil eine unrechtzeitige Klage zurückzuweisen ist. Ausgegangen von einer im Vergleich mit noch überwiegender heimlichen Lehre verschiedene Auffassung der subjektiven Rechten wird im Aufsatz die Rechtsnatur dieser Fristen aufgegriffen. Aus der Besitzstörung hervorgehen die possesorische Ansprüche als besondere Art der subjektiven Rechten, dagegen kein bloßes Klagerecht. Die Fristen aus Art. 77 EigentumsG sind nichts anders als die Zeit, in der ein Anspruch besteht. Daher sind sie präklusiv und materiellrechtlich.*

Schlüsselwörter: *gerichtlicher Besitzschutz; Klagefirst; subjektives Recht; Anspruch.*

Datum prijema rada: 08.11.2019.

Originalni naučni rad 336.226.2:
doi:10.5937/zrpfns53-23559

Dr Cvjetana M. Cvjetković Ivetić, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
C.Cvjetkovic@pf.uns.ac.rs

Dr Goran B. Milošević, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
G.Milosevic@pf.uns.ac.rs

Dr Luka O. Baturan, asistent sa doktoratom
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
L.Baturan@pf.uns.ac.rs

AMORTIZACIJA NEPOKRETNOSTI ZA SVRHU OPOREZIVANJA IMOVINE*

Sažetak: *U radu se razmatra amortizacija nepokretnosti obveznika koji ne vode poslovne knjige za svrhu oporezivanja imovine. Cilj ovog rada je da se detaljnoj analizi podvrgnu odredbe Zakona o porezima na imovinu posvećene amortizaciji nepokretnosti obveznika koji ne vode poslovne knjige, kao i nedavna odluka Ustavnog suda Srbije koja se odnosi na ovo pitanje. Nastojaće se utvrditi i kako jedinice lokalne samouprave u Srbiji sprovode relevantne odredbe Zakona o porezima na imovinu, te je u tom smislu formiran reprezentativni uzorak jedinica lokalne samouprave.*

Ključne reči: *porez na imovinu; amortizacija nepokretnosti; obveznici poreza na imovinu koji ne vode poslovne knjige; Odluka Ustavnog suda br. Iuz -155/2014.*

* Rad je nastao kao rezultat rada na projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi", čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

1. UVODNA RAZMATRANJA

U uslovima sve izraženije tendencije ka fiskalnoj decentralizaciji pažnja teoretičara i kreatora poreske politike, u sve većoj meri, usmerava se ka porezu na imovinu, koji se može tretirati kao idealan lokalni porez. Međutim, vrlo često reforme koje imaju za cilj povećanje fiskalnog značaja ovog poreza nailaze na otpor obveznika. Iako se ni za jedan porez ne može reći da ga obveznici rado plaćaju, kod poreza na imovinu ta nevoljnost posebno dolazi do izražaja, naročito kod fizičkih lica. Naime, za razliku od nekih drugih neposrednih poreza koji se plaćaju po odbitku, pa poreski obveznici nisu ni svesni iznosa poreske obaveze koju snose, porez na imovinu karakteriše vidljivost prilikom plaćanja. Osim toga, otpor je izražen jer se plaća bez obzira na to da li imovina stvara prihode ili ne. Upravo je to navelo pojedine finansijske teoretičare da ga kvalifikuju kao „porez kojeg svi vole da mrze".[1]

Svaki element poreza na imovinu je izazov prilikom implementacije, a naročito kada je uređenje nekog od njih, u potpunosti ili delimično, prepušteno jedinicama lokalne samouprave. Poreska osnovica je najbolja potvrda toga, jer kod ovog elementa postoji čitav niz dilema koje su vezane za njen izbor.[2] Srpski zakonodavac je porez na imovinu koncipirao kao *ad valorem* porez, s tim da se vrednost, tj. osnovica poreza na imovinu utvrđuje na različite načine, u zavisnosti od toga da li obveznik vodi ili ne vodi poslovne knjige. Vrednost nepokretnosti obveznika koji ne vodi poslovne knjige, a koja se određuje na osnovu korisne površine i prosečne cene kvadratnog metra odgovarajućih nepokretnosti u zoni u kojoj se nepokretnost nalazi, umanjuje se za amortizaciju, koja je i okosnica ovog istraživanja.[3]

Cilj rada je da se detaljnoj analizi podvrgnu odredbe Zakona o porezima na imovinu (u dalje tekstu: ZPI) posvećene amortizaciji nepokretnosti, ali i odluka Ustavnog suda Srbije kojom se ukida odredba čl. 5, st. 4 ZPI. Kako bi se utvrdilo na koji način lokalne vlasti u Srbiji sprovode zakonske odredbe posvećene amortizaciji nepokretnosti za svrhu oporezivanja imovine obveznika koji ne vode po-

---

[1] Jay Rosengard, The Tax Everyone Loves to Hate: Principles of Property Tax Reform, Mossavar Rahmani Center for Business and Government, Harvard Kennedy School, Cambridge, Massachusetts 2012, 1.

[2] Vid. Cvjetana Cvjetković, Porez na imovinu u statici, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2015, 53-74.

[3] Vid. čl. 5, čl. 6, st. 1 Zakona o porezima na imovinu – ZPI, Službeni glasnik RS, br. 26/01, Službeni list SRJ, br. 42/02 – odluka SUS i Službeni glasnik RS, br. 80/2002, 80/2002 – dr. zakon, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12 – odluka US, 47/13 i 68/14 – dr. zakon, 95/2018 i 99/18 – odluka US.

slovne knjige, formiran je reprezentativni uzorak jedinica lokalne samouprave. U uzorak je uključeno 20 jedinica lokalne samouprave u kojima su prihodi od poreza na imovinu po glavi stanovnika u 2011. godini bili najviši (Beograd, Čajetina, Pećinci, Novi Sad, Lapovo, Subotica, Inđija, Kladovo, Vrnjačka Banja, Raška, Požarevac, Vršac, Bor, Stara Pazova, Kikinda, Zrenjanin, Negotin, Gornji Milanovac, Apatin, Svilajnac), kao i 20 jedinica lokalne samouprave u kojima su ovi prihodi, u istoj godini, bili najniži (Gadžin Han, Žitorađa, Lebane, Trgovište, Preševo, Bojnik, Tutin, Bujanovac, Bogatić, Vlasotince, Doljevac, Krupanj, Sjenica, Medveđa, Bela Palanka, Merošina, Aleksinac, Bosilegrad, Vladičin Han, Knić).[4] Iako je akcenat istraživanja bio na odlukama o stopama amortizacije na osnovu kojih je u odabranom uzorku jedinica lokalne samouprave utvrđen porez na imovinu za 2019. godinu, analizirane su i one odluke koje su u njima bile na snazi od 2013. godine, koja nesumnjivo predstavlja prekretnicu u primeni „novog" načina oporezivanja imovine, pa i prekretnicu u pogledu amortizacije nepokretnosti obveznika koji ne vode poslovne knjige.

Ako se ima u vidu lista jedinica lokalne samouprave u kojima su prihodi od poreza na imovinu bili najviši i najniži u 2011. godini, već na prvi pogled, jasno je da se na vrhu liste, po pravilu, nalaze one razvijenije, a na dnu manje razvijene, odnosno nerazvijene lokalne vlasti. Otuda će se u radu za prvu grupu koristiti termin „razvijene", a za drugu grupu termin „nerazvijene" jedinice lokalne samouprave. U prilog korišćenju ovakve terminologije govori i odgovarajući podzakonski akt[5] koji kategorizuje jedinice lokalne samouprave prema stepenu njihove razvijenosti.[6] Polazna hipoteza od koje se pošlo u istraživanju bila je da između „razvijenih" i „nerazvijenih" jedinica lokalne vlasti iz reprezentativnog uzorka postoji razlika u pogledu visine stope amortizacije, odnosno da se u „nerazvijenim" primenjuju maksimalno dopuštene stope, kako bi umanjenje osnovice bilo što je moguće veće, a u „razvijenim" stope niže od najviše zakonom dopuštene, imajući u vidu veću ekonomsku snagu obveznika poreza na imovinu na njihovim teritorijama.

---

[4] Podaci o jedinicama lokalne samouprave u kojima su prihodi od poreza na imovinu po glavi stanovnika u 2011. godini bili najviši i najniži preuzeti su iz istraživanja koje je tokom 2012. godine sprovela grupa autora. Vid. Milojko Arsić, Saša Ranđelović, Aleksandar Bućić, Dušan Vasiljević, Reforme poreza na imovinu u Srbiji: rezultati i perspektive, Fondacija za razvoj ekonomske nauke, Beograd 2012, 28-29.

[5] Vid. čl. 3 Uredbe o utvrđivanju jedinstvene liste razvijenosti regiona i jedinica lokalne samouprave za 2014. godinu, Službeni glasnik RS, br. 104/14.

[6] O svrstavanju jedinica lokalne samouprave iz odabranog uzorka u odgovarajuće grupe prema stepenu razvijenosti vid. C. Cvjetković, 3-4.

2. AMORTIZACIJA NEPOKRETNOSTI OBVEZNIKA KOJI NE VODE POSLOVNE KNJIGE U SRPSKOM PORESKOM PRAVU

ZPI je od svog donošenja, 2001. godine, bio podvrgnut brojnim izmenama i dopunama, s tim da su nesumnjivo najveće promene u pravcu povećanja izdašnosti ovog poreza izvršene 2013. godine, kada su, između ostalih, promenu pretrpele i odredbe posvećene amortizaciji nepokretnosti.

Od 2001. do 2010. godine osnovica poreza na imovinu obveznika koji ne vode poslovne knjige bila je tržišna vrednost nepokretnosti na dan 31. decembra godine koja prethodi godini za koju se utvrđuje i plaća porez na imovinu. Nju je utvrđivao nadležni poreski organ, s tim da se ona svake godine umanjivala za amortizaciju propisanu nomenklaturom sredstava za amortizaciju (1,5%), a najviše do 70%. Izmenama i dopunama ZPI iz 2010. godine bilo je predviđeno da se vrednost nepokretnosti, kao osnovica poreza na imovinu poreskog obveznika koji ne vodi poslovne knjige, istekom svake kalendarske godine u odnosnu na godinu u kojoj je izvršena izgradnja, odnosno poslednja rekonstrukcija objekta, umanjuje za amortizaciju po stopi od 0,8%, primenom proporcionalne metode, a najviše do 40%.[7] Dakle, umanjenje vrednosti nepokretnosti za amortizaciju i dalje je bilo obavezno, i to po zakonom propisanoj stopi, s tim da je maksimalna stopa amortizacije sa 70% snižena na 40%, i to kako bi se zaustavilo dalje obezvređivanje poreske osnovice. Međutim, pojedina istraživanja sprovedena u tom periodu pokazala su da bi ograničavanje maksimalne amortizacije na 25% do 30% verodostojnije oslikavalo stanje na tržištu nekretnina.[8]

Izmenama i dopunama ZPI iz 2013. godine ustanovljeno je pravilo, koje je i trenutno na snazi, da se vrednost nepokretnosti poreskog obveznika koji ne vodi poslovne knjige, osim zemljišta, može umanjiti za amortizaciju po stopi do 1% godišnje, primenom proporcionalne metode, a najviše do 40%, počev od isteka svake kalendarske godine u odnosu na godinu u kojoj je izvršena izgradnja, odnosno poslednja rekonstrukcija objekta. Tada je i propisano da se visina stope amortizacije određuje odlukom skupštine jedinice lokalne samouprave, koja važi na dan 15. decembra tekuće godine. Uz to se zahteva da odluka bude objavljena u skladu sa ZPI.[9]

Dakle, po prvi put, od 2013. godine jedinicama lokalne samouprave prepušteno je da potpuno samostalno odluče da li će vrednost nepokretnosti obveznika

---

[7] Vid. čl. 3, st. 2 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o porezima na imovinu, Službeni glasnik RS, br. 101/10.

[8] Vid. Nikola Altiparmakov, „Poreska pravičnost glavnih poreskih oblika u Srbiji“, Kvartalni monitor 24/2011, 90.

[9] Čl. 5, st. 3 ZPI.

koji ne vode poslovne knjige umanjiti za amortizaciju, kao i da samostalno, u okvirima postavljenog limita (ukoliko se odluče za umanjenje), odrede i stopu amortizacije. Ne samo da reč „može“ upućuje na to da jedinice lokalne samouprave ne moraju doneti odluku o stopama amortizacije, nego na to upućuju i relevantni članovi ZPI u kojima je eksplicitno propisano koje odluke, odnosno akte moraju da objave jedinice lokalne samouprave za potrebe utvrđivanja poreza na imovinu za 2014. godinu.[10] Među njima se ne nalazi odluka o stopi amortizacije.

Prilikom propisivanja stope amortizacije, jedinice lokalne samouprave se moraju pridržavati ograničenja predviđenih ZPI. Prvo, propisan je maksimalno dopušteni iznos amortizacije (40%), kao i maksimalna godišnja stopa amortizacije, što je potpuno opravdano, jer ovo rešenje sprečava da se vrednost „starijih” građevinskih objekata potpuno obezvredi, što je u jednom periodu primene ZPI, kao što je prethodno spomenuto, bio slučaj. Drugo, jedinice lokalne samouprave su vezane i metodom obračuna amortizacije, tj. dužne su da primenjuju proporcionalnu metodu, koja znači da se svake godine otpisuje isti iznos na ime amortizacije, odnosno da se vrednost nepokretnosti, kao osnovica poreza na imovinu, umanjuje svake godine za isti procenat, koji je utvrđen odlukom jedinice lokalne samouprave.[11]

Jedinice lokalne samouprave ne moraju svake godine da donose „novu“ odluku o visini stope amortizacije. Dovoljno je samo da na dan 15. decembra tekuće godine postoji važeća odluka.

ZPI propisuje da se umanjenje osnovice sprovodi nakon isteka godine u kojoj je izvršena *izgradnja*, odnosno poslednja *rekonstrukcija* objekta, pa je otuda važno da se odredi njihovo značenje, kao i da se napravi razlika između njih i nekih srodnih pojmova, kao što je *adaptacija*.

Izgradnja podrazumeva izvođenje građevinskih i građevinsko-zanatskih radova, ugradnju instalacija, postrojenja i oprema tako da objekat predstavlja upotrebnu celinu zaštićenu od vremenskih i spoljnih uticaja, a *rekonstrukcija* suštinske izmene na objektu, odnosno izvođenje građevinskih radova na postojećem objektu u gabaritu i volumenu objekta kojima se utiče na stabilnost i sigurnost objekta, kojima se menjaju konstruktivni elementi ili tehnološki proces i kojima se menja spoljni izgled objekta ili povećava broj funkcionalnih jedinica. *Adapta-*

[10] Vid. čl. 36, st. 1 (samostalni član) Zakona o izmenama i dopunama Zakona o porezima na imovinu.

[11] Pored proporcionalne metode, u metode obračuna amortizacije spadaju i degresivna i funkcionalna metoda. Kod degresivne metode vrednost se u prvim godinama veka trajanja stalnog sredstva intezivnije amortizuje, dok je za funkcionalnu metodu svojstveno da se koristi za ona stalna sredstva čije je trajanje u srazmeri sa obimom korišćenja (npr. saobraćajna sredstva), pa će stopa amortizacije biti veća u onim godinama u kojima se sredstvo više koristi. Vid. Dejan Popović, Poresko pravo, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2017, 384.

cija je izvođenje građevinskih i drugih radova na postojećem objektu kojima se vrši promena organizacije prostora u objektu, zamena uređaja, opreme, instalacija istog kapaciteta kojima se ne utiče na stabilnost i sigurnost objekta, kojima se ne menjaju konstruktivni elementi, ne menja spoljni izgled i ne utiče na bezbednost susednih objekata, saobraćaja, zaštite od požara i životne sredine.[12]

Iako u osnovi propisivanja rešenja da se vrednost nepokretnosti umanjuje za amortizaciju leži, između ostalog, i težnja da se obezbedi ostvarivanje načela pravičnosti, u smislu da se nejednako tretiraju „stari" i „novi" građevinski objekti, ta težnja se neće ostvariti u svakom konkretnom slučaju. Naime, umanjenje vrednosti nepokretnosti za amortizaciju ne mora ići u prilog realizaciji načela horizontalne pravičnosti, jer je moguće da ono dovede do toga da se dve nepokretnosti iste vrednosti različito tretiraju sa poreske tačke gledišta samo zato što je njihova starost različita.

Sve do intervencije Ustavnog suda 2018. godine, čl. 5 ZPI je sadržavao i st. 4 u kome je bilo propisano da se vrednost nepokretnosti neće umanjivati za amortizaciju ako skupština jedinice lokalne samouprave ne utvrdi visinu stope amortizacije, ili je ne utvrdi u skladu sa zakonom, odnosno ako je utvrdi, ali ne objavi u skladu sa zakonom.[13] Srpski zakonodavac je u opisanim situacijama pošao od pretpostavke da se jedinica lokalne samouprave nije opredelila da sprovede umanjenje vrednosti nepokretnosti za amortizaciju.

Dakle, sve do decembra 2018. godine lokalne vlasti u Srbiji su, oslanjajući se na čl. 5, st. 3-4 ZPI, imale mogućnost da potpuno samostalno odluče da li će osnovicu obveznika koji ne vode poslovne knjige umanjiti za amortizaciju. Takvo rešenje je u skladu sa načinom na koji je srpski zakonodavac regulisao pitanje stopa poreza na imovinu. Naime, u srpskom poreskom pravu zakonom su određene najviše dopuštene stope koje mogu uvoditi lokalne vlasti, dok u pogledu najnižih stopa nisu predviđena nikakva pravila,[14] pa one, rukovodeći se time, mogu, umanjenjem osnovice za amortizaciju, izložiti poreske obveznike nižem efektivnom poreskom opterećenju, u odnosu na ono ustanovljeno odlukom, odnosno zakonom.[15] Dakle, donošenje odluka koje se odnose na efektivno poresko opterećenje bilo je prepušteno lokalnim vlastima, jer su one, po prirodi stvari, najbolje upoznate sa specifičnostima na lokalnom tržištu nekretnina. Sve do de-

[12] Vid. čl. 2, st. 1, tač. 22), 31), 32), 34) Zakona o planiranju i izgradnji, Službeni glasnik RS, br. 72/09, 81/09 – ispr., 64/10 – odluka US, 24/11, 121/12, 42/13 – odluka US, 50/13 – odluka US i 98/13 – odluka US, 132/14, 145/14, 83/18, 31/19 i 37/19 –dr. zakon.

[13] Čl. 5, st. 4 ZPI.

[14] O stopama poreza imovinu i (ne)pridržavanju odredbi ZPI: Cvjetana Cvjetković Ivetić, „Stope poreza na imovinu u Republici Srbiji", Pravni život 10/2018, 707-724.

[15] Zakonske stope će se primeniti u situacijama kada skupštine jedinica lokalne samouprae ne odrede visinu stopa ili ih utvrde preko maksimalnog iznosa. Vid. čl. 11, st. 2 ZPI.

cembra 2018. godine na nivou lokalne samouprave se procenjivao stepen odstupanja prosečne cene kvadratnog metra svih građevinskih objekata od prosečne cene „starijih“ objekata. Na osnovu te procene, prvo se donosila odluka o tome da li će se uopšte umanjiti vrednost nepokretnosti za amortizaciju, a potom i o visini same stope. Osim toga, i kod stopa poreza na imovinu srpski zakonodavac je postupio slično – propisao je alternativno rešenje, tj. pravilo koje će se primenjivati u slučaju da skupštine lokalnih vlasti ne utvrde stope poreza na imovinu.[16] Pitanje je da li bi Ustavni sud intervenisao da je st. 4 bio koncipiran tako da se u slučajevima neodređivanja stope amortizacije primenjuje maksimalno dopuštena stopa od 1%, tj. da li bi se i tada moglo smatrati da postoji diskriminacija.

Sloboda izbora u pogledu umanjenja vrednosti nepokretnosti za amortizaciju mogla bi da se tretira i kao mehanizam za jačanje fiskalne decentralizacije, s obzirom na to da obezbeđuje jedinicama lokalne samouprave mogućnost da i na ovaj način utiču na visinu efektivne poreske stope. Za razumevanje ovakvog rešenja treba imati u vidu činjenicu da je starost objekta, nesumnjivo, već uticala na formiranje prosečne cene kvadratnog metra po zonama, u smislu da je ona niža nego da su u prometu bili samo „novi” građevinski objekti To nam govori da je umanjenje vrednosti nepokretnosti za amortizaciju više izraz težnje za realizacijom socijalno-političkih ciljeva, odnosno namere da se spreči uvećanje poreskog duga za veliki broj obveznika koji su imaoci prava, odnosno držaoci ili korisnici „starijih” građevinskih objekata, ali i izraz nespremnosti da se konačno raskrsti sa praksom umanjenja vrednosti nepokretnosti za amortizaciju.

3. ODLUKA USTAVNOG SUDA SRBIJE U PREDMETU BR. IUZ -155/2014[17]

Nakon što je Ustavnom sudu podneta inicijativa,[18] odnosno dopuna incijative[19] za ocenu ustavnosti odredaba čl. 5, st. 3 i 4 ZPI, doneto je rešenje o pokretanju postupka za utvrđivanje njihove neustavnosti. Naime, Ustavni sud je sma-

[16] Vid. čl. 11, st. 2 ZPI.

[17] Vid. Odluku Ustavnog suda Srbije br. Iuz -155/2014, Službeni glasnik RS, br. 99/18.

[18] U inicijativi je, prvenstveno, istaknuto da odredbe čl. 5, st. 3 i 4 dovode poreske obveznike u neravnopravan položaj, jer umanjenje osnovice za amortizaciju isključivo zavisi od ažurnosti skupština jedinica lokalne samouprave.

[19] U dopuni inicijative inicijator se pozvao na odluku Ustavnog suda u kojoj je istaknuto da „ostvarivanje Zakonom predviđenog prava na konverziju prava korišćenja u pravo svojine ne može zavisiti od efikasnosti postupanja organa nadležnih da sprovedu postupak u kome se o pravu odlučuje, te stoga ni gubitak ustanovljenog prava, a što je posledica isteka propisanog roka, ne može zavisiti od toga da li su nadležni organi postupak okončali u okviru propisanog roka ili ne“. Vid. Iuz- 74/2010.

trao da se kao osnovano može postaviti pitanje njihove usklađenosti sa ustavnim načelom jednakosti građana pred zakonom.[20] Nakon toga, ovo rešenje je dostavljeno Narodnoj skupštini, radi davanja odgovora. U odgovoru koji je Narodna skupština dostavila Ustavnom sudu istaknuto je da osporene odredbe propisuju mogućnost, ali ne i obavezu da jedinice lokalne samouprave na svojoj teritoriji umanje vrednost nepokretnosti po osnovu amortizacije, tj. da umanjenje poreske osnovice za amortizaciju nije zakonom propisano pravo o kome bi nadležni organ u svakom konkretnom slučaju odlučivao. Donosilac propisa je, takođe, istakao da mogućnost umanjenja poreske osnovice za amortizaciju svoj osnov ima u čl. 2 Zakona o finansiranju lokalne samouprave[21] i da je deo sistema poreskih pogodnosti kojima se ostvaruju određeni ekonomsko-socijalni ciljevi poreske politike, kao i fiskalne decentralizacije. Na kraju je zaključeno da se osporenim odredbama ne narušava načelo zabrane diskriminacije, jer se vrednost objekata na teritoriji jedne jedinice lokalne samouprave utvrđuje na isti način za datu kategoriju obveznika, bez obzira na to da li je odluka o visini stope amortizacije doneta ili nije.

Nakon dobijanja odgovora Narodne skupštine, u sprovedenom postupku, Ustavni sud je utvrdio sledeće:

1. Iz okolnosti da je amortizacija objektivna činjenica koja utiče na vrednost svake nepokretnosti (osim zemljišta), proizlazi da su svi poreski obveznici koji ne vode poslovne knjige u istoj činjeničnoj i pravnoj situaciji, kao i da umanjenje vrednosti nepokretnosti na osnovu amortizacije nije mogućnost jedinice lokalne samouprave, već zakonsko pravo obveznika. Domašaj amortizacije, kao vida poreske pogodnosti, može da bude različit u različitim jedinicama lokalne samouprave, pa se određivanje visine stope amortizacije, u okvirima zakonskih limita, ujedno, može tretirati i kao izraz odgovarajuće poreske politike i fiskalne decentralizacije.

2. Pošto zakonodavac ima obavezu da poreski sistem uredi na način da on bude jednak za sve građane koji se nalaze u istoj poreskopravnoj situaciji, neuzimanje u obzir amortizacije, bilo da se radi o tome da nadležni organ konkretne jedinice lokalne samouprave nije doneo odluku o stopi amortizacije, bilo da je nije doneo blagovremeno ili u skladu za zakonom, može imati za posledicu dovođenje obveznika poreza na imovinu u različit položaj.

---

[20] Vid. čl 21 Ustava Republike Srbije, Službeni glasnik RS, br. 98/06.

[21] Reč je o tome da stope izvornih prihode, u koje spada i porez na imovinu,odnosno načine i merila za utvrđivanje njihove visine utvrđuju jedinice lokalne samouprave. Vid. čl. 2, st. 1, tač. 1), čl. 6-7 Zakona o finansiranju lokalne samouprave, Službeni glasnik RS, br. 62/06, 47/11, 93/12, 99/13, 125/14, 95/15, 83/16, 91/16, 104/16, 96/17, 89/18, 95/18.

3. Kod ostvarivanja zakonom predviđenog umanjenja poreske osnovice za iznos amortizacije ne mogu se postaviti pitanja specifičnosti jedinice lokalne samouprave, kao što se postavljaju kod uređivanja oblasti koje su u izvornoj nadležnosti lokalnih vlasti, za koje je svojstvena sloboda različitog uređivanja, u zavisnosti od potreba građana koji tu žive i rade i mogućnosti same jedinice lokalne samouprave. Imajući to u vidu, zakonom predviđeni raspon poreskog umanjenja na osnovu amortizacije je upravo osnov za razlikovanje, koji je utemeljen na posebnostima jedinica lokalne samouprave.

Saglasno svemu izloženom, Ustavni sud je utvrdio da odredba čl. 5 st. 4 ZPI nije u skladu sa ustavnim načelom jednakosti svih pred zakonom. Istovremeno je odbio zahtev za utvrđivanje neustavnosti odredbe čl. 5, st. 3 ZPI, pod uslovom da se ona tumači tako da umanjenje vrednosti nepokretnosti za amortizaciju nije mogućnost lokalne samouprave, već zakonsko pravo obveznika.

Važno je spomenuti to da je uz ovu odluku priloženo i izdvojeno mišljenje, u kojem je istaknuto da je Ustavni sud utvrdio neustavnost odredbe ZPI na osnovu netačnog shvatanja pojma amortizacije nepokretnosti, ali i porešnog razumevanja obaveza jedinica lokalne samouprave i pojma jednakosti lica pred Ustavom i zakonom.

Što se tiče amortizacije, u izdvojenom mišljenju je naglašeno da se kod građevina ne može uvek zaključiti da se njihova vrednost umanjuje protekom vremena i korišćenjem.[22] Štaviše, i konstatacija da amortizacija zemljišta ne postoji označena je kao relativna.[23] Kako nijedan propis ne obavezuje lokalne vlasti da donesu odluku o stopi amortizacije, osporen je i stav Ustavnog suda da je to njihova obaveza, odnosno u izdvojenom mišljenju je istaknuto da je njeno određivanje zakonom propisan način da lokalna vlast pruži poreskim obveznicima određene povoljnosti. Osporeno je poimanje lokalne samouprave od strane Ustavnog suda. Istaknuto je da je ovaj organ zanemario da je njena suština u tome da se njome omogući da se prava i obaveze građana razlikuju, u zavisnosti od toga gde žive i rade, u svim pitanjima koja spadaju u nadležnost jedinica lokalne samouprave, što je slučaj sa određivanjem merila za utvrđivanje poreza na imovinu, kao njihove izvorne nadležnosti. To vodi ka tome da je, povodom stopa amortizacije, jednakost pred ustavom i zakonom obezbeđena ako su pojedinci jednaki na teritoriji iste jedinice lokalne samouprave.[24] U izdvojenom mišljenju je, takođe, is-

[22] Istaknuto je da neka dela arhitekture, ako su adekvatno održavana, mogu imati veću vrednost sto godina nakon izgradnje, nego u momentu završetka.

[23] Kao primer se navodi poljoprivredno zemljište, koje zbog intezivne eksploatacije i hemikalija gubi svoju prirodnu plodnost, minerale i druge sastojke.

[24] Ukazano je i to da Ustavni sud nije razmatrao to što u pogledu utvrđivanja stope amortizacije zakon pravi razliku između poreskih obveznika koji vode i onih koji ne vode poslovne

taknuto da je zanemareno da upravo veliki raspon u kome se može odrediti stopa amortizacije, a na koji se poziva Ustavni sud, kao mehanizam za uvažavanje specifičnosti lokalne sredine, vodi ka tome da jednakost pred zakonom ne bi bila povređena rešenjem koje bi omogućilo da se u jednoj lokalnoj samoupravi poreska osnovica umanji za 40%, a u drugoj za samo 0,04%.

4. PRIMENA ODREDABA O STOPAMA AMORTIZACIJE OD STRANE JEDINICA LOKALNE SAMOUPRAVE IZ REPREZENTATIVNOG UZORKA

Što se tiče stopa amortizacije za potrebe utvrđivanja poreza na imovinu u 2019. godini, u odabranom uzorku jedinica lokalne samouprave, njih, čak, 23 (Beograd, Čajetina, Pećinci, Inđija, Vrnjačka Banja, Raška, Požarevac, Vršac, Kikinda, Stara Pazova, Gornji Milanovac, Gadžin Han, Žitorađa, Trgovište, Preševo, Bojnik, Bujanovac, Doljevac, Sjenica, Aleksinac, Vladičin Han, Vlasotince i Medveđa), i to 12 „nerazvijenih“ i 11 „razvijenih“ se opredelilo da propiše maksimalno dopuštenu stopu amortizacije (1% godišnje), 11 (Novi Sad, Subotica, Bor, Kladovo, Zrenjanin, Negotin, Apatin, Tutin, Bosilegrad, Knić i Bogatić), i to sedam „razvijenih“ i četiri „nerazvijene“ za stopu amortizacije u visini od 0,8% godišnje, dve (Lapovo, Svilajnac) za stopu čija visina iznosi 0,6% godišnje, jedna (Krupanj) za stopu u visini 0,4%. Tri jedinice lokalne samouprave iz odabranog uzorka, i to tri „nerazvijene“ (Lebane, Merošina i Bela Palanka) nisu uopšte donele odluku o visini stope amortizacije.

Kada se posmatra period od poreske 2014. do poreske 2019. godine, uočljivo je to da najveći broj jedinica lokalne samouprave iz reprezentativnog uzorka nije menjao odluku o visini stope amortizacije. Izuzetak među „razvijenim“ jedinicama lokalne samouprave jeste grad Beograd, a među „nerazvijenim“ Trgovište, u kojima je stopa amortizacije sa 0,8% povećana na 1%.[25] Istraživanje je pokazalo da su pojedine „nerazvijene“ jedinice lokalne samouprave iz reprezentativnog uzorka u posmatranom periodu (Gadžin Han, Vlasotince, Bojnik, Sjenica i Bosilegrad) donosile „nove“ odluke o stopama amortizacije iako za tim i nije bilo potrebe, jer se visina stope u odnosu na prethodnu godinu nije menjala.[26]

---

knjige, iako takvo rešenje omogućuje da za dve istovetne nekretnine poreska obaveza bude drastično različita.

[25] U Beogradu je stopa amortizacije za potrebe utvrđivanja poreza na imovinu u poreskoj 2014. i 2015. godini iznosila 0,8%, a počev od poreske 2016. godine iznosi 1%. U Trgovištu je stopa amortizacije u periodu od poreske 2014. do poreske 2017. godine iznosila 0,8%, a počev od poreske 2018. godine primenjuje se stopa od 1%.

[26] Moguće je da je u dve jedinice lokalne samouprave (Vlasotince i Bojnik) donošenje „novih“ odluka bilo posledica nastojanja da se otkloni propust učinjen u prethodnoj poreskoj godini,

Imajući u vidu da se određivanjem visine stope amortizacije utiče na efektivno opterećenje poreskih obveznika, važno je da one budu ustanovljene odlukom skupština lokalnih vlasti, što je i učinjeno u jedinicama lokalne samouprave iz reprezentativnog uzorka. Najveći broj njih je doneo posebnu odluku koja reguliše isključivo pitanje stopa amortizacije, dok su neke od njih (Stara Pazova, Inđija, Požarevac, Gornji Milanovac, Gadžin Han, Trgovište, Bosilegrad, Bojnik i Knić) stopu amortizacije propisale u odlukama kojima su uređeni i drugi elementi poreza na imovinu. U jednoj od njih (Novi Sad) stopa amortizacije je određena u Odluci o utvrđivanju stopa poreza na imovinu,[27] što i te kako ima smisla, jer se njome utiče na visinu efektivnog opterećenja. Upravo spomenuta odluka Grada Novog Sada pokazuje da nema razloga da se pitanje stopa amortizacije i stopa poreza na imovinu tretira na različit način, odnosno pokazuje da je mogućnost samostalnog određivanja stope amortizacije samo neki vid „dopune" ovlašćenja koje lokalne vlasti imaju u pogledu određivanja stopa, a sve u kontekstu jačanja fiskalne decentralizacije.

5. AMORTIZACIJA NEPOKRETNOSTI U UPOREDNOM PRAVU

Nezavisno od toga da li je porez na imovinu koncipiran kao *ad valorem* ili kao specifičan porez, odnosno nezavisno od toga da li je osnovica tržišna ili netržišna, u uporednom pravu se sreću rešenja da se prilikom oporezivanja imovine vodi računa o starosti građevinskog objekta. Navedeno važi i za zemlje u kojima je usvojen sistem oporezivanja imovine zasnovan na površini (eng. *area based system*). Primera radi, u Albaniji je propisano da visina poreza koji se plaća po kvadratnom metru nepokretnosti zavisi od lokacije, namene, ali i od starosti građevinskih objekata, u smislu da su različite stope predviđene za objekte izgrađen pre ili posle 1993. godine.[28] Slična situacija u smislu uvažavanja starosti objekta postoji i u zemljama (npr. u Kazahstanu) koje su se opredelile da kao osnovicu uzmu neku normativnu vrednost.[29] Što se tiče zemalja u kojima je osnovica poreza na imovinu tržišna vrednost, prisutna su rešenja i da se ograničava (npr. u Turskoj[30]

kada odluke o stopama nisu donete blagovremeno, a ne posledica neadekvatnog tumačenja odredaba ZPI. Ako je to bio razlog, za ovakvim postupanjem nije bilo potrebe jer su i te neblagovremeno donete odluke bile na snazi na dan 15. decembra narednih poreskih godina.

[27] Odluka o utvrđivanju stopa poreza na imovinu, Službeni list Grada Novog Sada, br. 65/13.

[28] Vid. Anila Gijka, „Property Tax in Albania", Land Tenure Journal 2/2015, 193

[29] Vid. William McCluskey, „Real Property Taxation in the Republic of Kazakhstan", Land Tenure Journal 2/2015, 124.

[30] Tugba Günes, Ümit Yıldız, „Property Valuation and Taxation for Improving Local Governance in Turkey", Land Tenure Journal 2/2015, 145-146.

i Crnoj Gori[31]) i da se ne ograničava (npr. u Severnoj Makedoniji)[32] maksimalna stopa amortizacije. U ovom kontekstu interesantno je spomenuti i rešenje u Severnoj Makedoniji u kojoj je stopa amortizacije na objekat do deset godina starosti 0%, dok se na objekte preko deset godina starosti priznaje stopa amortizacije u visini od 0,5%, i to ne na tržišnu ili normativnu vrednost, nego na građevinsku vrednost.[33] To je u potpunosti u skladu sa troškovnim metodom određivanja tržišne vrednosti objekta, do koje se dolazi kada se od troškova izgradnje oduzmu rashodi na ime amortizacije.[34] Države koje su se opredelile za sintetičko oporezivanje dohotka (npr. Australija) mogu sebi dozvoliti i rešenje da se rashodi na ime amortizacije nepokretnosti priznaju kao poreska olakšica na terenu poreza na dohodak fizičkih lica.[35]

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Porez na imovinu kao lokalni porez igra sve značajniju ulogu u kontekstu fiskalne decentralizacije. Toga je bio svestan i srpski zakonodavac, pa je poslednjih godina pristupio unapređenju rešenja u ovoj oblasti u cilju povećanja njegove izdašnosti. Međutim, ne možemo se oteti utisku da je kod poreza na imovinu prisutna izvesna „bolećivost“ kreatora poreske politike, prvenstveno, prema poreskim obveznicima fizičkim licima, koji predstavljaju značajno biračko telo, pa se i reforme sprovode postepeno. Otuda kod ovog poreza prevagu često odnose socijalno-politički ciljevi, u odnosu na fiskalni cilj. Stanje u Srbiji u tom pogledu ne predstavlja izuzetak.

Srpski zakonodavac je i u pogledu stopa amortizacije nepokretnosti obveznika koji ne vodi poslovne knjige relativno često vršio izmene zakonskog teksta, tragajući za rešenjem koje bi bilo optimalno i za poresku vlast i za poreske obveznike. Intervenciju u ovoj oblasti vršio je i Ustavni sud, koji je stavio van snage odredbu čl. 5 st. 4 ZPI.

---

[31] Vid. čl. 5 Zakona o porezu na nepokretnosti, Službeni list Republike Crne Gore, br. 65/01, 75/10, 9/15; čl. 2, 3, 10 i 12 Uredbe o bližim kriterijumima i metodologiji za određivanje tržišne vrijednosti nepokretnosti, Službeni list Republike Crne Gore, br. 36/11, 66/15.

[32] Vid. čl. 5, st. 4 Zakon za danocite na imot, Služben Vesnik na Republika Makedonija, br. 61/04, 92/07, 102/08, 35/11, 53/11 i 84/12, 154/15, 192/15, 23/16; čl. 5, st. 3 Metodologijata za procena na pazarnata vrednost na nedvižen imot, Služben Vesnik na Republika Makedonija, br.54/12, 17/13, 21/13, 142/14.

[33] Ibid.

[34] Joan Youngman, Legal Issues in Property Valuation and Taxation, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge, Massachusetts 2006, 34-35.

[35] Vid. Real Estate News, https://www.realestate.com.au/advice/property-depreciation-101/, 26. mart 2019. godine.

Kako bi se kritički analizirala ova odluka Ustavnog suda i kako bi se razumeo institut amortizacije, treba imati u vidu širu sliku, odnosno, preciznije, treba imati u vidu pravila za utvrđivanje poreske osnovice nepokretnosti obveznika koji ne vode poslovne knjige. U ovom kontekstu važno je naglasiti da su svi subjekti koji su se izjašnjavali o saglasnosti odredaba o amortizaciji sa Ustavom Srbije pogrešno poimali amortizaciju kao poresku pogodnost. Dakle, generalni utisak jeste da oni nisu najbolje razumeli institut amortizacije u kontekstu oporezivanja imovine.

Naime, jedna od komponenti na osnovu koje se određuje vrednost – osnovica poreza na imovinu za građevinske objekte obveznika koji ne vode poslovne knjige, jeste prosečna cena kvadratnog metra date vrste nepokretnosti u zoni u kojoj se nepokretnost nalazi. Po prirodi stvari, ta prosečna cena je formirana i na osnovu cene „starijih" građevinskih objekata, tako da je starost objekta već uvažena prilikom utvrđivanja poreske osnovice. Upravo zbog toga, srpski zakonodavac je prvobitno predvideo da jedinice lokalne samouprave mogu (ali ne moraju) dodatno umanjiti vrednost nepokretnosti za amortizaciju ukoliko smatraju da prosečna cena kvadratnog metra odgovarajuće kategorije građevinskog objekta odstupa od prosečne cene starijih građevinskih objekata. Takvo rešenje je potpuno opravdano, jer su one, poznavajući stanje na lokalnom tržištu nekretnina, u najboljoj poziciji da to ocene. Dakle, upravo ta sloboda izbora treba da omogući uvažavanje specifičnosti na lokalnom tržištu nekretnina. Samim tim, ako umanjenje poreske osnovice za amortizaciju ne predstavlja obavezu za jedinice lokalne samouprave, u slučaju nedonošenja odluke o visini stope amortizacije, ne radi se o samovoljnom propuštanju nadležnih organa jedinice lokalne samouprave da odluče o pravu poreskih obveznika, niti o kršenju načela zabrane diskriminacije, jer se vrednost objekata na teritoriji jedne jedinice lokalne samouprave svih obveznika koji ne vode poslovne knjige utvrđuje na jednak način, bez obzira na to da li je odluka o visini stope amortizacije doneta ili nije.

Osim toga, odredbe o stopama amortizacije treba sagledati i u odnosu na zakonska rešenja posvećena stopama poreza na imovinu, tj. treba imati u vidu da u okvirima zakonskih limita jedinice lokalne samouprave mogu samostalno da utvrde njihovu visinu. U tom smislu, mogućnost samostalnog određivanja stopa amortizacije predstavlja način na koji jedinice lokalne samouprave mogu da utiču na visinu efektivnog poreskog opterećenja, što je u skladu sa tendencijom jačanja fiskalne decentralizacije. Kada bi se rezon kojim se rukovodio Ustavni sud u predmetu Iuz -155/2014 primenio i na zakonska rešenja posvećena stopama poreza na imovinu, i odredbu čl. 11, st. 2 ZPI bi trebalo proglasiti neustavnom, jer i ona „kažnjava" obveznike poreza na imovinu „neažurnih" jedinica lokalne samo-

uprave, zbog propisivanja pravila da će se maksimalne zakonske stope primeniti u slučaju da ih lokalne vlasti ne odrede.

Vezano za odluku Ustavnog suda, postavlja se pitanje da li je forma važnija od suštine, tj. da li je samo važno izvršiti zakonsku obavezu, pa i propisivanjem stope amortizacije od 0,0001% ili je važno uvažiti specifičnosti svake jedinice lokalne samouprave, posebno specifičnosti na lokalnom tržištu nekretnina. Pošto je spomenuta odluka Ustavnog suda objavljena tek 2018. godine, ostaje da vidimo da li će se jedinice lokalne samouprave u narednim poreskim godinama pridržavati slova zakona, tj. da li će doneti odluku o stopama amortizacije i ko će intervenisati u slučaju nepridržavanja, tim više jer je evidento da u sferi oporezivanja imovine nepoštovanje zakonskih odredbi nije tako retka pojava.

Istraživanje je pokazalo da procentualno mali broj jednica lokalne samouprave iz reprezentativnog uzorka (7,5%) nije doneo odluku o stopama amortizacije. U pitanju su male i nerazvijene jedinice lokalne samouprave, u kojima verovatno prosečna cena svih (i starih i novih) građevinskih objekata ne odstupa od prosečne cene novih objekata, pa da se zbog toga smatralo da osnovicu starijih objekata ne treba umanjivati za amortizaciju. Kada su tržišta nepokretnosti manja, lakše je izvući takav zaključak. U prilog takvom rezonovanju govori i to da male i nerazvijene jedinice lokalne samouprave, imajući u vidu socijalno-političke ciljeve, nemaju interes da izlože dodatnom poreskom opterećenju vlasnike starijih objekata, odnosno one nemaju interes da kod ove kategorije obveznika ne ostvare princip oporezivanja u skladu sa ekonomskom snagom. Dakle, nedonošenje odluke o stopama amortizacije verovatno je odražavalo stanje na tržištu nekretnina. Takođe, istraživanje je pokazalo da je najveći broj jedinica lokalne samouprave iz reprezentativnog uzorka (23 od ukupno 40) propisao maksimalno dopuštenu stopu amortizacije i da suštinski povodom toga nema većih razlika između „razvijenih“ i „nerazvijenih“ lokalnih vlasti (od 23 jedinice lokalne samouprave sa maksimalnom stopom amortizacije, njih 12 spada u kategoriju „nerazvijenih“, a 11 u kategoriju „razvijenih). To znači da polazna hipoteza od koje se pošlo u ovom radu nije potvrđena.

LITERATURA I IZVORI

Altiparmakov Nikola, „Poreska pravičnost glavnih poreskih oblika u Srbiji“, *Kvartalni monitor* 24/2011.

Arsić Milojko, Ranđelović Saša, Bućić Aleksandar, Vasiljević Dušan, *Reforme poreza na imovinu u Srbiji: rezultati i perspektive*, Fondacija za razvoj ekonomske nauke, Beograd 2012.

Gijka Anila, „Property Tax in Albania“, *Land Tenure Journal* 2/2015.

Günes Tugba, Yıldız Ümit, „Property Valuation and Taxation for Improving Local Governance in Turkey“, *Land Tenure Journal* 2/2015.

McCluskey William „Real Property Taxation in the Republic of Kazakhstan“, *Land Tenure Journal* 2/2015.

Popović Dejan, *Poresko pravo*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2017.

Rosengard Jay, *The Tax Everyone Loves to Hate: Principles of Property Tax Reform*, Mossavar Rahmani Center for Business and Government, Harvard Kennedy School, Cambridge, Massachusetts 2012.

Cvjetković Cvjetana, *Porez na imovinu u statici*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2015.

Cvjetković Ivetić Cvjetana, „Stope poreza na imovinu u Republici Srbiji“, *Pravni život* 10/2018.

Youngman Joan, *Legal Issues in Property Valuation and Taxation*, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge, Massachusetts 2006.

Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/06.

Zakon o porezima na imovinu, *Službeni glasnik RS*, br. 26/01, *Službeni list SRJ*, br. 42/02 – odluka SUS i *Službeni glasnik RS*, br. 80/2002, 80/2002 – dr. zakon, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12 – odluka US, 47/13 i 68/14 – dr. zakon, 95/2018 i 99/18 – odluka US.

Zakon o planiranju i izgradnji, *Službeni glasnik RS*, br. 72/09, 81/09 – ispr., 64/10 – odluka US, 24/11, 121/12, 42/13 – odluka US, 50/13 – odluka US i 98/13 – odluka US, 132/14, 145/14, 83/18, 31/19 i 37/19 – dr. zakon.

Zakon o porezu na nepokretnosti, *Službeni list Republike Crne Gore*, br. 65/01, 75/10, 9/15.

Zakon za danocite na imot, *Služben Vesnik na Republika Makedonija,* br. 61/04, 92/07, 102/08, 35/11, 53/11 i 84/12, 154/15, 192/15, 23/16.

Odluka o utvrđivanju stopa poreza na imovinu, *Službeni list Grada Novog Sada*, br. 65/13.

Uredba o utvrđivanju jedinstvene liste razvijenosti regiona i jedinica lokalne samouprave za 2014. godinu, *Službeni glasnik RS,* br. 104/14.

Uredba o bližim kriterijumima i metodologiji za određivanje tržišne vrijednosti nepokretnosti, *Službeni list Republike Crne Gore*, br. 36/11, 66/15.

Metodologijata za procena na pazarnata vrednost na nedvižen imot, *Služben Vesnik na Republika Makedonija,* br.54/12, 17/13, 21/13, 142/14.

Odluka Ustavnog suda Srbije br. Iuz -155/2014, *Službeni glasnik RS*, br. 99/18.

Real Estate News, *https://www.realestate.com.au/advice/property-depreciation-101/.*

Cvjetana M. Cvjetković Ivetić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
C.Cvjetkovic@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

Luka O. Baturan, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
L.Baturan@pf.uns.ac.rs

Depreciation of Real Estate for the Purpose of Property Tax

Abstract: *The subject of this paper is depreciation of real estate of taxpayers who do not keep accounts for the purpose of property tax. The aim of the paper is to analyze the provisions of the Law on Property Taxes related to the depreciation of real estate of taxpayers who do not keep accounts, as well as recent decision of the Constitutional Court of Serbia regarding this issue. In order to determine how units of local government in Serbia implement provisions of the Law on Property Taxes related to the depreciation of real estate of taxpayers who do not keep accounts, representative sample of local government has been formed.*

Keywords*: property tax; depreciation of real estatea; taxpayers who do not keep accounts; Decision of the Constitutional Court of Serbia no. Iuz -155/2014.*

Datum prijema rada: 11.10.2019.

Originalni naučni rad 343.55:34385
doi:10.5937/zrpfns53-23251

Dr Saša M. Marković, docent
Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd
sasamarkovic975@gmail.com

STRATEGIJA SUPROSTAVLJANJA NASILJU U PORODICI*

Sažetak: *Autor se u radu bave analizom efektivnosti i efikasnostu rada državnih organa Srbije, pre svega policije, javnog tužilaštva i suda, u suprostavljanju nasilju u porodici. Naime, policija donošenjem (2016.) i primenom (jun 2017.) Zakona o sprečavanju nasilja u porodici (u daljem tekstu – Zakon) dobija ključnu ulogu u ovoj oblasti. Mnoga istraživanja pokazuju da je od inkriminacije krivičnog dela nasilje u porodici u naš kazneni sistem 2002. godine, u zvaničnim evidencijama policije, javnog tužilaštva i suda ova društveno-negativna pojava višestruko porasla. Suprotan trend nije usledio ni nakon donošenja (2005.) i primene (2006.) Porodičnog zakona (PZ), i inkriminisanja u naš pravni sistem porodičnopravnih mera zaštite od nasilja u porodici. Evidentno je to da je država tražila efikasnije načine da se suprostavi ovoj pojavi. Pri tome, treba imati u vidu činjenicu da iako je svima poznata krilatica „najefikasniji je preki sud", on kao takav, bez obzira na brzinu rešavanja spornih pitanja, ne postoji nigde u savremenom demokratskom društtvu, niti bilo ko razmatra mogućnost takvog suđenja. Poštovanje ljudskih prava zahteva određene procedure i pravila koji neminovno usporavaju postupak, i negativno utiču na efikasnost. U krivičnom i parničnom postupku u suprostavljanju nasilju u porodici glavnu ulogu imaju javno tužilaštvo i sud. Javno tužilaštvo podiže optužbu i podnosi tužbu a sud donosi presudu. Policija preuzima mere po nalogu i pod kontrolom javnog tužilaštva i suda. Međutim, Zakon policiji daje novu ulogu, da samostalno, po službenoj dužnosti, u vremenski ograničenom i hitnom postupku, izriče hitne mere u trajanju 48 časova. Sud može da ih produži za novih 30 dana, ali ne može da ih ukine. Autor ovog rada razmatra postignute rezultate u suprostavljanju nasilju u poro-*

* Rad je rezultat istraživanja na projektu Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije pod nazivom „Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprostavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovima međunarodnih integracija" br. 179045.

dici nakon donošenja novog Zakona i da li je propisivanjem hitnih mera i prepuštanjem ključne uloge u suprostavljanju nasilju u porodici policiji, rešen ovaj društveno-negativni problem? Pri tome, autor zaključuje da Zakon ne daje policiji mogućnost izbora prilikom donošenja naređenja. Ako procena rizika ukazuje na najmanja sumnju da može doći do nasilja u porodici u neposrednoj budućnosti, to rezultira izricanjem hitnih mera. Zato je u Srbiji za godinu dana izrečeno više hitnih mera nego u državama sa sličnim brojem stanovnika na petogodišnjem nivou. Međutim, broj ubijenih žena je konstantan i nije smanjen primenom Zakona.

Ključne reči: *nasilje u porodici, policija, hitne mere, mere zaštite, prevencija.*

1. UVOD

Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije (MUP) prvi put u svojoj istoriji 2017. donelo je javni dokument pod nazivom *Strateška procena javne bezbednosti.* Ovaj dokument „prikazuje stanje i kretanje u oblastima javne bezbednosti iz nadležnosti Direkcije policije“, i „identifikuje ključne bezbednosne pretnje i rizike, određuje strateške bezbednosne prioritete u radu policije za narednih pet godina i za svaki od prioriteta daje projekciju kretanja i preporuke u pogledu unapređenja normativnog okvira i praktičnog rada, jačanje institucionalnih i stručnih kapaciteta, razvijanje operativnih procedura, i unapređenje prevencije i saradnje na nacionalnom, regionalnom i međunarodnom nivou“[1]. Četvrti deo dokumenta nosi naziv *Strateška analiza* i tu je u oblasti analize krivičnih dela opšteg kriminala analizirano i nasilje u porodici. U petom delu koje nosi naziv *Strateška procena*, na osnovu strateške analize izdvojeno je osam strateških prioriteta[2] u radu srpske policije za narednih pet godina (2017-2021), i među njima nije prepoznato nasilje u porodici. U 2018. donet je *Strateški plan policije* za period 2018-2021. kojim je razrađen plan aktivnosti za sprovođenje strateških prioriteta. U februaru 2019. urađena je i prva revizija ovog dokumenta, pri čemu je dodat i

[1] Videti: Strateška procena javne bezbednosti, Ministarsvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, Direkcija policije, Beograd, 2017, 3-4.

[2] Strateški prioriteti su: 1)Organizovani kriminal, 2) Suzbijanje proizvodnje i krijumčarenja drogga s težištem na marihuanu i sintetičke droge, 3) Suzbijanje korupcije, 4) Borba protiv zloupotreba informaciono-komunikacionih tehnologija, 5) Borba protiv terorizma i nasilnog ekstremizma koji vodi ka terorizmu, 6) Unapređenje stanja javnog reda i mira suprostavljanjem nasilju, s posebnim osvrtom na nasilje na sportskim priredbama, u školama i na javnim mestima, 7) Unapređenje bezbednosti saobraćaja na državnim putevima uključujući i prolazak državnih puteva kroz naselja, 8) Iregularna migracija i krijumčarenje ljudi.

novi, deveti prioritet – sprečavanje i suzbijanje nasilja u porodici i partnerskim odnosima. Postavlja se pitanje, šta se promenilo za godinu dana u ovoj oblasti? Da li nova strateška analiza, koja je urađena godinu i po dana nakon primene Zakona, pokazuje da suprostavljanje nasilju u porodici ne daje očekivane rezultate? Policija je samo u prvih godinu dana primene Zakona izrekla 24996 hitnih mera učiniocima nasilja u porodici i to 17119 mera privremene zabrane učiniocu da kontaktira žrtvu i prilazi joj i 7877 mera privremenog udaljenja učinioca iz stana. U ovom kratkom periodu primene zakona 2083 hitne mere su izrečene licima prema kojima su hitne mere već izricane, tj.takva lica možemo označiti kao povratnike.[3] Podneto je i 1598 zahteva za pokretanje prekršajnog postupka zbog kršenja hitnih mera, odnosno zbog činjenja prekršaja iz član 36. st 1 Zakona.[4]

2. ANALIZA STANJA KOJE JE PRETHODILO POČETKU PRIMENE ZAKONA O SPREČAVANJU NASILJA U PORODICI

U periodu 2007-2017. srpska policija je podnela 45.582 krivične prijave za nasilje u porodici. Pri tome, 2007. je podneto 2553, 2012. godine 3264, a 2017. čak 7095 krivičnih prijava. Trend rasta je bio konstantan u ovom periodu (jedino je u 2012. zabeležen pad za 411 prijava u odnosu na 2011.), a za poslednje četiri godine analiziranog perioda podnet je isti broj prijava kao za prethodnih sedam godina. Na osnovu policijske statistike utvrdili smo da je godišnja kvota kriminaliteta za ovo krivično delo porasla tri puta, od 35 kolika je bila 2007, na 99 koliko je zabeležena 2017.[5] Kvota kriminaliteta u 2017. je još veća ako koristimo statistiku pravosudnih organa. Oni koristi drugačiju metodologiju, i broj prijava se ne evidentira u godini kada su podnete, već u godini kada se završi rad javnog tužioca po krivičnoj prijavi i donese odluka kojom je: odbačena prijava, prekinuta istraga, obustavljena istraga ili podneta optužba. Samim tim, podaci nisu identični policijskim ali su slični bez obzira na to što se jedan broj prijava javnom tužilaštvu podnese direktno od strane građana ili drugih institucija. Podaci Republičkog zavoda za statistiku pokazuju da je u ovom periodu podneto ukupno 46.724 krivične prijave, i to najmanje u 2007. godini 2550, a najviše u 2017, čak 7795. Pri tome, u ovom periodu 22434 lica je optuženo, i broj je rastao od 1495 koliko je bilo 2007. na 3077 koliko je evidentirano 2017. Broj osuđenih lica, u istom perio-

[3] Ovaj podatak ne znači da je bilo 2083 povratnika, jer su nekim licima hitne mere izricane tri ili više puta.

[4] Saša Marković, „Pojedina iskustva u primeni Zakona o sprečavanju nasilja u porodici“, u: Organizacija pravosuđa i efikasnost sudske zaštite (Evropski standardi i stanje u Srbiji) – Krivičnopravni aspekt (ur. Stanko Bejatović), septembar 2018, Zlatibor, 245-260.

[5] Saša Marković, Sprečavanje i suzbijanje nasilja u porodici, Beograd 2018a, 193.

du, porastao je sa 1312 na 2713. Broj kazni lišenja slobode je porastao sa 239 koliko je zabeleženo 2007, na 953 (od kojih 145 kućnog zatvora) koliko je zabeleženo 2017. Broj uslovnih osuda porastao je sa 887 na 1736. Uslovna osuda, mera upozorenja kojom se utvrđuje kazna zatvora ali ne izriče jer po mišljenju suda pretnja kaznom je dovoljna da pozitivno utiče na učinioca, je bila dominantan vid krivične sankcije za nasilje u porodici.[6] Izrečena je u 66% osuđujućih presuda, odnosno od ukupno 18790, u čak 12412.

Ovi podaci nam ukazuju da je krivičnopravna zaštita žrtava nasilja bila nedovoljna. Iz urađene analize zaključujemo da se oko 50% prijavljenih lica optuži, a oko 30% prijavljenih osudi i to najčešće merom upozorenja. A nasilja u porodici evidentirano je iz godine u godinu sve više. Rezultati jednog istraživanja nam pokazuju da se krivična prijava podnese od strane policije u 30% prijavljenih slučajeva nasilja u porodici.[7]

Pri tome, u ovom periodu, vođen je mali broj parničnih postupaka za određivanje mera zaštite od nasilja u porodici. Tom problemu ćemo posvetiti poseban deo rada.

Broj lica lišenih života u porodičnom nasilju je bio konstantan. U 2015. lišeno života je 47 lica (35 lica ženskog pola i 12 lica muškog pola), u 2016. godini 54 lica (38 lica ženskog pola i 16 lica muškog pola), u 2017. godini 47 lica (31 lice ženskog pola i 16 lica muškog pola).[8]

3. MERE ZAŠTITE OD NASILJA U PORODICI

Kada su u pitanju porodično-pravne mere zaštite od nasilja u porodici, po podacima Ministarstva pravde, u 2018. sudovima u Srbiji podneto je 2479 tužbi za određivanje mera zaštite. Pri tome, naglašavamo da ovo ministarstvo ne poseduje informacije o tome ko je podnosilac tužbi. Pored toga, prema istom izvoru saznanja, formirano je 17783 predmeta za produženje hitnih mera.[9] Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja nas je dopisom obavestilo da ne poseduju podatak o broju podnetih tužbi za određivanje mera zaštite koje su podneli CSR. Isto ministarstvo nas upućuje na RJT jer su oni dužni da formiraju

[6] U kojoj meri je uslovna osuda najizricanija krivična sankcija i za druge oblike kriminaliteta vidi: Dragana Kolarić, „Uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom i druge alternativne krivične sankcije u Krivičnom zakoniku Srbije“, u: Alternativne krivične sankcije (ur. Stanko Bejatović i Ivan Jovanović), 2018, Beograd, 73-92.

[7] Tatjana D. Bugarski, „Borba protiv nasilja u porodici u praksi nadležnih organa u Novom Sadu“, Zbornik radova Pravnog fakulteta Novi Sad, 1/2018, 101

[8] Dopis MUP-a, 0.513 broj 235-50619/19 -1 od 17.jun 2019.

[9] Dopis Ministarstva pravde, broj 7-00-00229/2019-32 od 7.jun 2019.

Centralnu evidenciju na osnovu odredaba Zakona o sprečavanju nasilja u porodici.[10] Međutim, tri godine nakon donošenja zakona takva evidencija nije uspostavljena.

Po podacima Republičkog javnog tužilaštva (RJT), u istom periodu osnovna javna tužilaštva podnela su 297 tužbi za određivanje mera zaštite i 17915 predloga za produženje hitnih mera.[11] To znači da je u ovoj godini u sudovima opšte nadležnosti bilo sedam puta više postupaka po odredbama Zakona o sprečavanju nasilja u porodici nego po odredbama PZ. Pri tome, javni tužilac u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici je stranka koja po svojoj proceni može podneti tužbu, a kod produženja hitnih mera ima obavezu podnošenja predloga ako utvrdi postojanje rizika od neposredne opasnosti od nasilja u porodici, uz pretnju disciplinske odgovornosti. Istraživanje koje smo uradili pokazuje, da su se pojedina javna tužilaštva „probudila" tek sa početkom primene Zakona počevši da razmišljaju da je svrha donošenja Zakona – da se hitnim merama zaštiti žrtva do donošenje presude u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici. Ali, i dalje je relativno mali broj tužbi podnetih od osnovnog javnog tužilaštva (OJT) i centara za socijalni rad (CSR). Na osnovu navedenih podataka, javno tužilaštvo je u 2018. podnelo 12% od ukupnog broja tužbi za određivanje mera zaštite od nasilja u porodici.

Da bi ovu konstataciju potvrdili, uradili smo istraživanje za period od pet godina, od 2014. do 2018. na području većih osnovnih sudova (OS) u Srbiji, u kom smo analizirali broj podnetih tužbi za određivanje mera zaštite od nasilja u porodici i ko ih je podneo. Tako, u OS u Nišu podneto je 225 tužbi. Od toga je 131 podneta u četvorogodišnjem vremenskom periodu 2014-2017 (OJT 7, a CSR 10, dok su ostale tužbe – 114, podnete od strane članova porodice ili njihovih zastupnika). Međutim, u 2018, od 94 predmeta, OJT Niš je inicirao čak 67 predmeta dok je CSR podneo 6 tužbi.[12] U Drugom osnovnom sudu u Beogradu u petogodišnjem periodu podneto je 779 tužbi, od kojih je javno tužilaštvo podnelo 132 a CSR 28. Zanimljivo da je javno tužilaštvo sve tužbe podnelo nakon donošenja Zakona, i to 33 u 2017. i 99 u 2018 godini.[13] U OS u Šapcu podneto je 267 tužbi, CSR je podneo 6 a OJT 56. Zanimljivo je da je OJT Šabac u 2018. godini podneo 54 tužbe, a članovi porodice 47, dok CSR nije podneo nijednu.[14] U OS u Zrenjaninu, podneto je 662 tužbi, od kojih je OJT podneo 236, a CSR 183. Iz izveštaja ovog suda vidimo da je od donošenja Zakona naglo porastao broj tužbi koje su podne-

[10] Dopis Ministarstva za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja, 07-00-00351/2019-15 od 7. juna 2019.

[11] Dopis RJT, broj Pi 37/19, od 12. jun.2019.

[12] Dopis OS u Nišu, Su II-17A 20/19 od 6. jun 2019.

[13] Dopis Drugog osnovnog suda u Beogradu, II Su.br.17A-39/19 -2 od 13. juna 2019. i II Su.br.17A-39/19 – 5 od 3. jul 2019.

[14] Dopis OS u Šapcu, SU VIII- 42 -10/2019 od 20. jun 2019.

li OJT i CSR. Tako, OJT je u 2014. podneo 18, 2015. – 8, 2016. – 8, 2017. – 97, a 2018. – 105 tužbi, dok je CSR 2014. podneo 14, 2015. – 27, 2016. – 37, 2017. – 90, i 2018. godine 79 tužbi.[15] Od donošenja Zakona i početka rada grupe za kordinaciju i saradnju u Zrenjaninu kada se učinilac nasilja lišava slobode na osnovu odredbi Zakonika o krivičnom postupku onda OJT podnosi tužbu, a u drugim slučajevima to radi CSR. Ova dve državne institucije su podnele 64% tužbi za određivanje mera zaštite od nasilja u porodici. Smatramo da dobru praksu u Zrenjaninu treba proširiti i na druga područja.

Zatim, u OS u Užicu, OJT nije podneo nijednu tužbu, a CSR 5, od ukupno podnete 53 tužbie.[16] U OS u Sremskoj Mitrovici, u istom periodu od 5 godina, od ukupno 51 tužbe, CSR je podneo 7 tužbi a OJT samo 3 i to sve u toku 2018. godine.[17] U OS u Vranju od ukupno 69 tužbi, CSR je podneo 39, a OJT 5, i to svih pet u 2017. godini.[18] U OS u Smederevu, od ukupno 378 podnetih tužbi, CSR je podneo 103, OJT 10 a u jednom slučaju tužbu je podnelo više javno tužilaštvo. Ostale tužbe su podneli članovi porodice. Zanimljivo je da je javno tužilaštvo podnelo samo jednu tužbu 2017. a nijednu 2018. godine.[19] U OS u Pančevu od ukupno 112 tužbi, CSR je podneo 16 a OJT, 5 i to sve je podneo u 2015. godini.[20] U Prvom osnovnom sudu u Beogradu, od 880 tužbi za određivanje mera zaštite od nasilja u porodici koje su podnete od 2014. do 2018, samo je 7 podnelo osnovno javno tužilaštvo, a 11 nadležni Gradski centar za socijalni rad. U ovom sudu državne institucije su podnele samo 2% tužbi, a član porodice i njegov zakonski zastupnik 98%.[21]

U OS u Kraljevu od ukupno 133 tužbe u ovom petogodišnjem periodu samo jednu je podneo CSR, i to 2018. Ostale su podneli članovi porodice.[22] U OS Novi Sad, podneto je 746 tužbi i to sve su podnete od strane člana porodice.[23] Na osnovu dopisa suda zaključujemo da OJT i CSR nisu podneli nijednu tužbu u petogodišnjem periodu iako su zakonom za to ovlašćeni.[24] U OS u Kragujevcu podneto je 494 tužbe i to sve od strane člana porodice.[25] U OS u Valjevu, u ovom periodu podneto je samo 30 tužbi, i to od strane člana porodice.[26] U OS u Pančevu, od

[15] Dopis OS u Zrenjaninu Su II-17A 12/19 od 5. jun 2019.
[16] Dopis OS u Užicu, Su II-17A-21/2019 od 7. jun 2019.
[17] Dopis OS Sremska Mitrovica, Su II-17A 10/19 od 10.jun 2019.
[18] Dopis OS Vranje, Su II – 17A-22/19 od 17. jun 2019.
[19] Dopis OS u Smederevu, II SU- broj 17A-7/19-3 od 19.jun 2019.
[20] Dopis OS u Pančevu, Su II-17A-13/19 od 11. jun 2019.
[21] Dopis Prvog osnovnog suda u Beogradu, II SU- broj 17A-215/19 od 18. jun 2019
[22] Dopis OS u Kraljevo, II SU- broj 17A-15/19 od 25. jun 2019.
[23] Dopis OS Novi Sad, Su VIII -42-27/2019 od 10. jun 2019.
[24] Vid. i uporedi: T. Bugarski, 111.
[25] Dopis OS u Kragujevcu, Su VIII -42-14/2019 od 13. jun 2019.
[26] Dopis OS u Valjevu, SU II 17A br.44/2019 od 19. jun 2019.

ukupno 106 podnetih tužbi OJT nije podneo nijednu.[27] U Trećem OS u Beogradu podneto je 457 tužbi u petogodišnjem periodu, od čega je u 2018. podneto samo 10 tužbi. Da li možemo konstatovati da su na području ovog suda hitne mere zamenile mere zaštite. Predsednik ovog suda nas je obavestio da nema podatak ko je podnosilac tužbe, odnosno „da u „AVP sistemu ovog suda ne postoji pretraga po zadatim kriterijumima", što je neverovatno s obzirom da svi ostali sudovi poseduju takve podatke.[28]

Iz sprovedenog istraživanja, u kojem smo koristili podatke sudova, vidimo da su četiri OJT (Zrenjanin, Niš, Šabac i Drugo osnovno tužilaštvo u Beogradu) podneli 299 tužbi za određivanje mera zaštite od nasilja u porodici u 2018. godini, što predstavlja preko 99% svih tužbi koje su podnosila ostala osnovna javna tužilaštva obuhvaćena istraživanjem. I ovaj podatak ide u prilog konstatacije da je neophodno da RJT hitno uvede centralnu evidenciju, jer podaci četiri osnovna suda nam govore da je od strane OJT na ovim poručjima podneto za 2 više tužbe nego od svih javnih tužilaštava na teritoriji Srbije, po podacima RJT (297:299). Pored toga, CSR još u manjem broju, u odnosu na javna tužilaštva, podnose tužbe. Izuzetak su u Smederevu i Vranju, dok u Zrenjaninu, iako su podneli manji broj tužbi od javnog tužilaštva, ove dve institucije podnesu 2/3 tužbi, a članovi porodice samo 1/3. Možemo zaključiti da žrtve nasilja u porodici nisu jednako zaštićene, i nemaju isti pristup pravnoj zaštiti na celokupnoj teritoriji Srbije, već to zavisi od rukovodioca državnog organa. Zato treba zakonom bolje, i na jedinstven način urediti ovu materiju.

Treba naglasiti da hitne mere traju najduže 32 dana (48 časova policija i još 30 dana sud) i ne mogu se ponovo produžavati, osim ako se ne dogodi novi događaj nasilja pa se radi nova procena tj. sprovodi se postupak u celini. Dakle, nema automatizma. Mere zaštite traju do godinu dana i mogu se produžiti neograničen broj puta ako je zahtev za produženje podnet u vreme trajanja istih. Kada je trajanje izrečene mere zaštite od nasilja u porodici isteklo, ne može se podneti zahtev za njeno produženje, već tužba za ponovno određivanje.[29] PZ (član 199) predviđa da se mera zaštite od nasilja u porodici može produžavati dok ne prestanu razlozi zbog kojih je bila određena. Ograničenja u broju produženja nisu predviđena. Kod produženja hitnih mera sud donosi odluku u formi rešenja, a u drugom slučaju, sud donosi meritornu odluku u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici u formi presude. U oba postupka žalba ne odlaže izvršenje. Kršenjem hitnih mera učinilac čini prekršaj iz člana 36. stav 1 Zakona za koji je predviđena zatvorska kazna,

[27] Dopis OS u Pančevu, SU II 17A 8/2019 od 17. jun 2019.
[28] Dopis Treći OS u Beogradu II SU 17A – 28/2019-1 od 10. juna 2019.
[29] S. Marković, (2018a), 280.

a kršenjem mera zaštite čini krivično delo predviđeno članom 194. stav 5. Krivičnog zakonika (KZ).

Praksa pokazuje da i pored toga što je mogućem učiniocu izrečena porodičnopravna mera zaštite od nasilja u porodici nadležni policijski službenik će utvrditi rizik od neposredne opasnosti od nasilja u porodici i izreći hitne mere. Ovde se može postaviti pitanje celishodnosti izricanja hitnih mera u vreme trajanja mera zaštite od nasilja u porodici jer se neke od mera zaštite u potpunosti poklapaju sa hitnim merama i pored toga, kao što smo videli, mere zaštite duže traju. Takođe, stvar može dodatno da zakomplikuje situacija u kojoj bi i hitne mere i mere zaštite paralelno egzistirale, pa dođe do njihovog kršenja. Da li postoji prekršaj ili krivično delo iz člana 194 stav 5 KZ? Prekršajni postupak je efikasniji i u tom smislu njegovim okončanjem bi se mogla stvoriti situacija u kojoj je moguća primena načela *ne bis in idem*. Moguće je i da prekršajni sud kada sazna za vođenje krivičnog postupka pa dostavi spise krivičnom sudu na dalje postupanje.

4. IZRICANJE HITNIH MERA U SRBIJI

Skup mera koje se, prema odredbama čl. 17, 19, 25 st. 2 i 29-31 Zakona, primenjuju kada je neposredna opasnost od nasilja u porodici otkrivena, realizuje se, pre svega izricanjem i produžavanjem hitnih mera i zaštitom žrtava kroz planiranje i realizaciju pojedinačnih i konkretnih mera predviđenih individualnim planom zaštite žrtve. Takvom fokusiranošću Zakona, težište u postupanju policije i drugih organa i ustanova nadležnih za sprečavanje nasilja u porodici, suštinski se prenosi sa tradicionalno prioritetnog prikupljanja dokaza i rasvetljavanja nasilja koje je izvršeno – u prošlosti (represivno delovanje) na prioritetno sprečavanje nasilja koje se može dogoditi – u budućnosti (preventivno delovanje).[30]

Iako u Zakonu nisu, kao na primer u KZ u članu 112, definisani izrazi koji se koriste, zaključujemo da je zakonodavac predvideo četiri faze u statusu lica koje je prijavljeno ili prepoznato kao „mogući učinilac“ nasilja u porodici. Naime, u Zakonu se, osim termina „mogući učinilac“ i „učinilac“, koriste i pojmovi „lice kome je hitna mera izrečena“ i „lice kome je hitna mera produžena“.[31]

Odredbom člana 15. Zakona, u prvom stavu, propisano je da nadležni policijski službenik mora da mogućem učiniocu koji je doveden u nadležnu organi-

[30] Obrad Stevanović, Dane Subošić, Dalibor Kesić, „Specifične karakateristike zakona o sprečavanju nasilja u porodici“, Zbornik radova Pravnog fakulteta Novi Sad, 1/2018, 156.

[31] Dragana Kolarić, Saša Marković, Pojedine nedoumice u primeni Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1/108, 58.

zacionu jedinicu policije pruži priliku da se izjasni o svim bitnim činjenicama, da prikupi potrebna obaveštenja od drugih policijskih službenika, odmah proceni rizik neposredne opasnosti od nasilja u porodici i da, pod uslovima određenim Zakonom, izrekne hitnu meru za sprečavanje nasilja u porodici. Član 17, u prvom stavu, određuje koji su uslovi predviđeni za izricanje hitnih mera. Naime, ako posle procene rizika ustanovi neposrednu opasnost od nasilja u porodici, nadležni policijski službenik donosi naređenje kojim izriče hitnu meru učiniocu koji je doveden u nadležnu organizacionu jedinicu policije. Odredbe Zakona o policiji (čl. 73–74) i Pravilnika o policijskim ovlašćenjima (čl. 6-7) propisuju policijsko ovlašćenje – naređenje. Naređenjem se određuje šta ko mora da učini ili od koje činidbe mora da se uzdrži i kakve mere će biti preduzete prema onome ko se ne bude ponašao po naređenju.

Neophodan uslov za izricanje hitnih mera, pored urađene procene rizika koja ukazuje na neposrednu opasnost od nasilja u porodici, je i to da je mogući učinilac doveden, a samim tim i zadržan zbog vođenja postupka, tj. da je prisutan u prostorijama područne policijske uprave u vreme donošenja naređenja. Dakle, hitne mere se ne mogu izreći mogućem učiniocu koji nije dostupan policijskim službenicima, odnosno koji se ne nalazi u službenim prostorijama policije. On može biti doveden a moguće je i da sam, bez prethodnog poziva, dođe do prostorija policijske uprave/stanice, ili ako se prethodno udaljio sa lica mesta događaja po pozivu nadležnog policijskog službenika pristupi u nadležnu organizacionu jedinicu policije. Naime, policijski službenik ovlašćen je da lice, za koje se osnovano pretpostavlja da raspolaže obaveštenjima neophodnim za obavljanje policijskih poslova[32], pozove na razgovor (pismenim putem). Izuzetno, poziv može da bude saopšten usmeno ili odgovarajućim telekomunikacionim sredstvom, pri čemu je dužan da saopšti razlog pozivanja, a uz saglasnost lica može i da preveze lice do službenih prostorija.[33]

Hitne mere su: mera privremenog udaljenja učinioca iz stana i mera privremene zabrane učiniocu da kontaktira žrtvu nasilja i prilazi joj.

Kako se pokazalo u dosadašnjoj praksi mera privremenog udaljenja učinioca iz stana, po pravilu se ne izriče samostalno, već uvek uz meru privremene zabrane učiniocu da kontaktira žrtvu nasilja i prilazi joj. Logično je da ako učinioca nasilja udaljimo iz porodičnog stana, domaćinstva ili stambenog objekta u kojem žrtva ima boravište ili prebivalište, da je neophodno da mu zabranimo i mogućnost kontakta i prilaska žrtvi nasilja u porodici.

---

[32] Policijski poslovi su, između ostalih, i prevencija kriminala i unapređenje bezbednosti u zajednici. Vid. Zakon o policiji (ZP), Službeni glasnik RS“, br. 6/2016, 24/2018, 87/2018, član 30.

[33] Vid. ZP, član 79-81.

Cilj hitnih mera jeste prevencija. One treba da deluju u cilju sprečavanja činjenja nasilja po prvi put ili ponavljanja takvog ponašanja. Takođe, treba da deluju u odnosu na mogućeg učinioca ali i u odnosu na druge da se uzdrže od vršenja takvih ponašanja. U teoriji postoji stanovište da su hitne mere kvazisankcije koje su sadržajno istovetne sa sankcijama krivičnog prava, ali se ne izriču u postupku koji njima prethodi.[34] Mogli bismo prihvatiti da su one po svojoj prirodi bliske merama bezbednosti jer otklanjaju uslove koji pogoduju vršenju „događaja nasilja".

Hitne mere ne štite samo žrtve nasilja, već i učinioce, jer ih svojim postojanjem i delovanjem sprečavaju u činjenju i ponavljanju nasilja i sledom toga štite ih od trpljenja težih zakonskih posledica. Žrtvama hitne mere treba da obezbede bezbednost, obavljanje svakodnevnih životnih aktivnosti za određeni vremenski period, oslobađanje od trauma i oporavak od zadobijenih povreda, ali i vreme potrebno da se podnese tužba i da sud donese porodičnopravne zaštitne mere.[35]

U toku 2018, po podacima koji se vode u elektronskim bazama MUP-a, ukupno je evidentirano 27738 događaja sa obeležjima nasilja u porodici, pri čemu je obuhvaćeno 28752 mogućih učinilaca nasilja. Pri tome, u 18503 događaja je utvrđeno da postoji rizik od nasilja, kod 19621 mogućeg učinioca je utvrđena neposredna opasnost od nasilja u porodici i to kod 16795 osoba muškog pola i 2826 osoba ženskog pola. Zaključujemo da je prilikom procene rizika kod 9131 mogućih učinilaca utvrđena opasnost koja nije neposredna. Od ukupno 19150 donetih naređenja, izrečeno je 8305 mera privremenog udaljenja učinioca iz stana, a 19074 mera privremena zabrana učiniocu da kontaktira žrtvu nasilja i prilazi joj. U policijskim evidencijama pojavljuje se jedan mali broj slučajeva (od 0,5% do 1,5%) gde je mogući učinilac privremeno udaljen iz stana a da nije izrečena i mera privremene zabrane da kontaktira žrtvu i prilazi joj. Uzimajući u obzir činjenicu da je autor rada tokom istraživanja izvršio uvid u veliki broj naređenja i rešenja o produženju hitnih mera, pri čemu nije ni u jednom slučaju naišao na predmet u kojem je učiniocu izrečena mera privremenog udaljenja iz stana samostalno, smatramo da se radi o statističkoj grešci u policijskim evidencijama.[36]

Jedno skorije istraživanje nam pokazuje da je u period od 1. juna 2017. do 31. maja 2018. produženo 56,5% hitnih mera[37]. Po podacima MUP-a za 2018. go-

[34] Branislav Ristivojević, „Da li je Zakon o sprečavanju nasilja u porodici zakazao", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2018, 150.

[35] Saša Marković, „Measures for prevention of domestic violence and for protection of victims in Serbia's legal system with special reference to emergency measures", NBP-Žurnal za kriminalistiku i pravo, 2/2019, 50.

[36] Dopis MUP-a, 0.513 broj 235-50619/19 -1 od 17. jun 2019.

[37] Aleksandar Bošković, Jasmina Puhača, „Analiza praktične primene Zakona o sprečavanju nasilja u porodici s posebnim osvrtom na primenu hitnih mera", NBP-Žurnal za kriminalistiku i pravo, 1/2019, 44

dinu od 27202 izrečene hitne mere, produženo je 17083 ili 63%. Međutim, po podacima RJT podneto je 17915 predloga da se produže hitne mere a sud je usvojio 17300 dok Ministarstva pravde daje slične podatke kao RJT, vođeno je 17783 postupaka za sprečavanje nasilja u porodici. Ako ukrstimo ove podatke, dobićemo drugačiji zaključak u odnosu na istraživanja koja koriste samo podatke MUP-a, najverovatnije iz razloga što se rešenja o produženim hitnim merama ne evidentiraju ažurno od strane nadležnih policijskih službenika u zvaničnim evidencijama. Naše istraživanje za 2018. godinu pokazuje da za 94% naređenja javno tužilaštvo daje predlog za produženje hitnih mera, a sud usvaja 97% predloga.[38]

5. PROCENA RIZIKA

Rizik (italijanski *riscare* – usuditi se) je verovatnoća nastupanja povrede, štete ili gubitka u nekoj specifičnoj oblasti tokom određenog vremenskog perioda.[39] Znači, pod pojmom rizika, u teorijskom smislu, podrazumeva se verovatnoća (mogućnost) nastanka povrede, štete ili gubitka u budućnosti. Stoga bi pojam rizika od nasilja u porodici trebao da se odredi kao verovatnoća (mogućnost) nastanka nasilja. Međutim, naš zakonodavac prepoznaje neposrednu opasnost od nasilja u porodici, koja ne mora da znači da je do nasilja došlo nego da postoji mogućnost da neko po prvi put učini nasilje. Prema članu 3. pojam tog rizika se određuje kao neposredna opasnost od nasilja u porodici, koja postoji kada iz ponašanja mogućeg učinioca i drugih okolnosti proizilazi da je on spreman da to nasilje učini prvi put ili ponovi u vremenu koje neposredno postoji.

Nadležni policijski službenik hitne mere izriče nakon izvršene procene rizika. Pri tome, kada utvrdi da postoji neki od faktora rizika procenjuje da postoji rizik koji ukazuje na neposrednu opasnost od nasilja u porodici i izriče hitnu meru. Naređenje se donosi u formi akta bez obrazloženje, već se navodi da je procenjen rizik od nasilja, i iz tog razloga doneta hitna mera. Ne postoji način da se ta odluka ospori. Spise predmeta dobijaju samo nadležni organi, a licu kojem su hitne mere izrečene uručuje se samo primerak naređenja. On nema uvid u spise predmeta. Javni tužilac, nakon vrenovanja procene rizika, može podneti predlog sudu da se produže hitne mere.

Rezultati istraživanja koje smo za potrebe ovog rada sproveli nam pokazuju da u 19621 slučaja u kojima je utvrđena neposredna opasnost od nasilja u porodici u 2018. godini, jedan od najprisutnijih faktora rizika je bio da je mogući učinilac ranije ili neposredno pre procene rizika učinio nasilje u porodici i da je spreman

[38] S. Marković, (2019), 59.
[39] Andrew P. Sage, Systems Engineering for Risk Management, Netherlands, 1995, 3.

da ga ponovi. Evidentiran je kod 11683 lica ili u 60% slučajeva. U 1291 ili u oko 7% slučaja mogući učinilac je pretio ubistvom, dok je u približno istom broju, 1294 slučaja, pretio samoubistvom. Zatim, 823 mogućih učinilaca je posedovalo oružje u legalnom posedu i isto im je privremeno oduzeto od strane policije odmah po saznanju za postojanje nasilja u porodici, odnosno neposredne opasnosti od nasilja. Pored toga, oko 1%, tj. 186 mogućih učinilaca, kod kojih je procenjeno da postoji neposredna opasnost od nasilja u porodici, su bili zaposleni u MUP-a i samim tim većina je bila dužna da nosi službeno vatreno oružje jer im je ono sredstvo za rad. Najviše ih je evidentirano u evidencijama PU Beograd – 23, PU Leskovac – 18, PU Požarevac, PU Novi Sad i PU Niš – po 16, PU Zrenjanin, PU Jagodina, PU Vranje, PU Šabac, PU Kraljevo, PU Pančevo – 7, PU Smederevo i PU Kikinda po 6.[40]

Kod 1845 mogućih učinilaca je evidentirano da imaju problema sa mentalnim bolestima. Za 1609 mogućih učinilaca, ili 8%, je utvrđeno da konzumiraju opojne droge. Faktor rizika koji se odnosi na sukob oko starateljstva nad detetom ili oko načina održavanja ličnih odnosa deteta i roditelja koji je mogući učinilac je evidentiran u 1781 slučaju, sa tim da je u 1245 slučaja, razvod braka između mogućeg učinioca i žrtve bio u toku. U 2353, ili u 12% slučaja, mogućem učiniocu je prethodno izrečena hitna mera ili mera zaštite od nasilja u porodici. Direktne žrtve su se izjasnile u 13625 ili u 74% slučajeva da osećaju strah od mogućeg učinioca nasilja u porodici.[41]

To, što je zakonodavac u članu 16. Zakona istakao da se pri proceni rizika naročito vodi računa o navedenim faktorima rizika, ne znači da se ne mogu uzeti u obzir i drugi faktori koji nisu izričito pomenuti. U skladu sa tim, MUP-a je sačinilo unificirani obrazac u kojem su taksativno navedeni, pored zakonom predviđenih, i drugi faktori rizika, i to: da li mogući učinilac preti upotrebom oružja (u 2018. godini u Srbiji po podacima MUP-a, ovaj faktor rizika evidentiran je u 1251 slučaju), da li konzumira alkohol (za nešto manje od 50%, 9488 mogućih učinilaca, je utvrđeno da povremeno ili stalno u većim količinama konzumura alkohol), postoji li kriminalna prošlost (utvrđena u u 6390 ili 33% slučaja), da li je pokušao/la samoubistvo (u 632 slučaja), da li preti žrtvi i članovima njene porodice (utvrđeno u 10953 ili 56%slučaja), da li su deca direktne ili indirektne žrtve (u 3561 ili 18% slučaja), da li se iz ranijeg ponašanja mogućeg učinioca u odnosu na žrtvu može zaključiti da postoji proganjanje (u 2172 slučaja), uznemiravanje (u 12290 slučajeva), ljubomora (u 4016 slučajeva), da li mogući učinilac ima problema sa poslom i finansijama (u 4261 slučaju), da li mogući učinilac ima zdravstve-

[40] Dopis MUP-a, 0.513 broj 235-50619/19 -1 od 17. jun 2019.
[41] Ibid.

ne probleme (u 1733 slučaja), da li postoji raskid intimne veze (u 1515 slučaja) ili nova intimna veza (u 653 slučaja), da li je mogući učinilac dobio uslovni otpust nakon zatvorske kazne zbog nasilja u porodici (u 118 slučajeva). Na kraju obrasca je navedeno i otvoreno polje da bi nadležni policijski službenik naveo druge moguće rizike koji su evidentni u toj porodici a kao takvi nisu prepoznati u obrascu (navedeno u 5548 slučajeva).[42]

6. ZAKLJUČAK

Naše istraživanje pokazuje da je prekinut trend rasta broja podnetih krivičnih prijava koji je neprekidno trajao od 2012. do 2017. godine. U 2018. podneto je 5959 krivičnih prijava ili za 1136 manje nego u „rekordnoj" 2017, odnosno za 231 manje nego u 2016. Trend pada je nastavljen i u 2019, za prvih osam meseci smanjen je broj podnetih krivičnih prijava za 646 ili 16% manje, u odnosu na isti period 2018. Ako se ovakav trend nastavi, u 2019. godini kvota kriminaliteta za nasilje u porodici će biti na nižem nivou nego u 2015.[43]

Međutim, iako to možemo posmatrati kao dobar efekat Zakona, smatramo da svi nadležni posebnu pažnju moraju posvetiti onim slučajevima nasilja u porodici gde se dođe do saznanja da mogući učinilac upućuje kvalifikovanu pretnju žrtvi. Naime, broj lica lišenih života u porodičnom nasilju nakon početka primene Zakona je ostao isti, u 2018. lišeno života je 47 lica (34 lica ženskog pola i 13 lica muškog pola), odnosno isti broj kao 2017. i 2015.[44] Iz primera koji se desio u Novom Sadu u maju 2019, možemo zaključiti da nadležne institucije nisu preduzele efikasne i efektivne mere da spreče nasilje i zaštite žrtve i ako su imale saznanja da je učinilac pretio lišenjem života žrtvi. Nadležni policiski službenik je nakon prijave nasilja 11. maja izrekao hitne mere, koje je sud produžio.[45] Osumnjičeni za kvalifikovanu pretnju (pretnju ubistvom) nije uhapšen, već ja nakon konsultacija sa javnim tužiocem podneta krivična prijava za nasilje u porodici u redovnoj proceduri. Posledice su bile tragične, trostruko ubistvo desetak dana nakon izricanja i produžavanja hitnih mera. Mogući učinilac je lišio života suprugu (direktnu žrtvu nasilja kojoj je direktno prećeno ubistvom ako prijavi nasilje policiji) i njene roditelje kod kojih je boravila sa zajedničkom maloletnom decom nakon prijave nasilja nadležnim organima.

[42] Ibid.

[43] Kvota kriminaliteta za nasilje u porodici u Srbiji je 2014. iznosila 53, 2015. – 74, 2016. – 87, a 2017. – 99. Vid. S. Marković, (2018a), 197.

[44] Dopis MUP-a, 0.513 broj 235-50619/19 -1 od 17. jun 2019.

[45] Rešenje OS Novi Sad, NP-409/19 od 12. maj 2019.

Ubistvo je učinjeno u prisustvu dece. Učinilac je uhapšen i istom je određen pritvor.[46]

Zato ne treba zaboraviti da su hitne mere samo jedna u nizu mera koje su predviđene zakonskim propisima. U slučajevima, gde je učinjeno krivično delo sa elementima nasilja koje se goni po službenoj dužnosti, nakon izricanja hitnih mera, ako su ispunjeni uslovi za određivanje pritvora, policija treba da uhapsi osumnjičenog i da ga uz krivičnu prijavu dovede javnom tužiocu. To naročitio ako je osumnjičeni uputio kvalifikovanu pretnju žrtvi. Policijsko hapšenje je ovlašćenje policije, a ne javnog tužioca. Zato policija ima obavezu da ga primeni ako su ispunjeni zakonski uslovi. Pitamo se da li bi došlo do ovakvih tragičnih posledica po ovu porodicu da je policija uhapsila osumnjičenog a sud odredio pritvor.

Naravno, i grupa za koordinaciju i saradnju bi morala da sačini adekvatan plan zaštite žrtve, kojim bi, u zavisnosti od procene opasnosti po žrtvu, predvidela i fizičku zaštitu žrtve kada se osumnjičeni nađe na slobodi. *U prvoj godini* primene Zakona o sprečavanju nasilja u porodici grupe za koordinaciju i saradnju izradile su čak 10.503 individualna plana zaštite žrtve.[47] Složićemo se ogroman broj planova. Ali kakva je svrha donošenja plana ako se on ne sprovodi, odnosno ako predviđene mere zaštite žrtve nisu delotvorne. Pomenuti slučaj iz Novog Sada nije jedini gde se izreknu hitne mere, što znči da su državni organi procenjivali rizik od nasilja, a žrtva kasnije bude lišena života. Pomenućemo i događaj iz Pančeva koji se desio 12. jula 2019, u kojem je P.M je sa više uboda nožem u predelu vrata, leđa i abdomena, na javnom mestu, na ulici pored autobuske stanice, lišio života svoju suprugu D.M. Građani koji su posmatrali događaj su ga lišili slobode i predali policiji koja je došla na lice mesta događaja. Isti je uhapšen, podneta je krivična prijava i istom je određen pritvor.[48] Prethodno, učiniocu su 25 juna izrečene, a zatim i produžene hitne mere, a žrtva je od 21. juna smeštena u sigurnu kuću. Policiji je pre izricanja hitnih mera prijavljeno da žrtva strahuje za svoj život i život svoje dece, a nakon izricanja hitnih mera bilo je prijavljeno od strane zaposlenih u sigurnoj kući da je učinilac dolazio i tražio informaciju da li je žrtva nasilja smeštena kod njih. Državni organi nisu zaštitili žrtvu. Ishod je lišenje života žrtve koja je tražila pomoć i zaštitu od nasilja.

Mere porodičnopravne zaštite treba da budu dosta više zastupljene. Naše istraživanje nam daje rezultate da državni organi, pre svega javno tužilaštvo samo u četri osnovna javna tužilaštva, pored uloge u krivičnim postupcima i u postup-

---

[46] Policijski službenici Policijske uprave Novi Sad su podneli krivičnu prijavu zbog osnova sumnje da je učinjeno krivično delo iz člana 114. tačka 11 KZ, Ku – 3328/19 od 27. maja 2019.

[47] https://www.srbija.gov.rs/vest/327226/za-godinu-prijavljeno-priblizno-45000-slucajeva-porodicnog-nasilja.php, posećeno 1. septembra 2019.

[48] PU Pančevo podnelo krivičnu prijavu, KU-1342/2019 od 12. jula 2019.

cima za produženje hitnih mera, preuzimaju i glavnu ulogu u parničnim postupcima koji se vode zbog porodičnopravne zaštite žrtava nasilja u porodici – podnose tužbe za određivanja mera zaštite od nasilja u porodici.

Cilj izricanja i produženja hitnih mera nije samo da se učiniocu nasilja odrede određene zabrane koje će sprečiti nasilje u porodici u narednih 32 dana, već da se omogući dovoljno vremena nadležnim organima da razmotre slučaj i donesu odgovarajuće mere trajnijeg karaktera. Nekada će to biti krivičnopravne sankcije i mere, nekada porodičnopravne. Bitno je da žrtva sve vreme bude zaštićena od strane državnih organa, jer da joj ne treba zaštita ne bi se ni obraćala državi za pomoć.

LITERATURA I IZVORI

Bošković Aleksandar, Puhača Jasmina, „Analiza praktične primene Zakona o sprečavanju nasilja u porodici s posebnim osvrtom na primenu hitnih mera“, *NBP-Žurnal za kriminalistiku i pravo*, 1/2019, 33-52.

Bugarski Tatjana, Borba protiv nasilja u porodici u praksi nadležnih organa u Novom Sadu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Novi Sad*, 1/2018, 91-115

Zakon o policiji, *Službeni glasnik RS”, br. 6/2016, 24/2018, 87/2018,*

Kolarić Dragana, Uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom i druge alternativne krivične sankcije u Krivičnom zakoniku Srbije, *u: Alternativne krivične sankcije* (Stanko Bejatović i Ivan Jovanović), Beograd, 2018.

Kolarić Dragana, Marković Saša, Pojedine nedoumice u primeni Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 73-92.

Marković Saša, „Pojedina iskustva u primeni Zakona o sprečavanju nasilja u porodici“, u: *Organizacija pravosuđa i efikasnost sudske zaštite (Evropski standardi i stanje u Srbiji) – Krivičnopravni aspekt* (Stanko Bejatović), septembar 2018, Zlatibor, 245-260.

Marković Saša, *Sprečavanje i suzbijanje nasilja u porodici*, Beograd 2018a,

Marković Saša, „Measures for prevention of domestic violence and for protection of victims in Serbia’s legal system with special reference to emergency measures“*, NBP-Žurnal za kriminalistiku i pravo*, 2/2019, 45-63.

Ristivojević Branislav, „Da li je Zakon o sprečavanju nasilja u porodici zakazao“*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2018, 137-152

Sage Andrew, *Systems Engineering for Risk Management*, Netherlands, 1995,

Stevanović Obrad, Subošić Dane, Kekić Dalibor, „Specifične karakateristike zakona o sprečavanju nasilja u porodici“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Novi Sad*, 1/2018, 153-168.

Strateška procena javne bezbednosti, Ministarsvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, Direkcija policije, Beograd, 2017.

Saša M. Marković, Ph. D., Assistant Professor
University of Criminalistic and Police Studies, Belgrade
sasamarkovic975@gmail.com

Strategy for Countering Domestic Violence

***Abstract**: The author deals with the analysis of the effectiveness and efficiency of the work of the state bodies of Serbia, above all the police, public prosecutor's office and the court, in countering domestic violence. Namely, by adopting (2016) and implementing (June 2017) the Law on Prevention of Domestic Violence (hereinafter – the Law), the police have a key role to play in this area. Many studies have shown that since the incrimination of the crime of domestic violence into our penal system in 2002, in the official records of the police, public prosecutor's office and court, this socio-negative phenomenon has increased many times. The opposite trend did not follow even after the adoption (2005) and implementation (2006) of the Family Law, and incrimination into our legal system of family legal measures to protect against domestic violence. It is evident that the state was looking for more effective ways to counter this phenomenon. However, it should be borne in mind that, although everyone is aware of the phrase 'the most effective kangaroo court', as such, no matter how fast the issues are resolved, there is nowhere in modern democratic society, nor does anyone consider such a trial. Respect for human rights requires certain procedures and rules that inevitably slow down proceedings and adversely affect efficiency. Public prosecutors and courts play a major role in criminal and civil proceedings in countering domestic violence. The Public Prosecution Service charges and sues, and the court rules. The police take measures as ordered and under the control of the public prosecutor's office and the court. However, the Law gives the police a new role, independently, ex officio, in a time-limited and urgent procedure, to pronounce urgent measures for 48 hours. The court can extend them for another 30 days, but it cannot repeal. The author of this paper looks at the results achieved in combating domestic violence after the new law was passed, and has this socio-negative problem been addressed by prescribing urgent measures and leaving a key role in combating domestic violence to the police? In doing so, the author concludes that the Law does not give the police the opportunity to choose when passing orders. If the risk assessment indicates the least suspicion that domestic violence may occur in the immediate future, then immediate action is taken. That*

is why more urgent measures have been pronounced in Serbia in a year than in countries with similar population at the five-year level. However, the number of women killed is constant and has not been reduced by the implementation of the Act.

***Keywords**: strategy, domestic violence, police, urgent measures, protection measures.*

Datum prijema rada: 20.09.2019.

Originalni naučni rad 2-78(4)
doi:10.5937/zrpfns53-24008

Dr Dalibor B. Đukić, docent
Univerzitet u Beogradu
Pravni fakultet u Beogradu
dalibor.djukic@ius.bg.ac.rs

IZAZOVI REGULISANJA PRAVNOG POLOŽAJA VERSKIH ORGANIZACIJA U SRBIJI I OKRUŽENJU*

Sažetak: *Početkom aprila 2019. godine iz Uprave za saradnju sa crkvama i verskim zajednicama Ministarstva pravde Republike Srbije stigla je vest da su u toku pripreme za izmenu važećeg Zakona o crkvama i verskim zajednicama. Najavljenim izmenama planira se preciziranje i ograničavanje beneficija koje uživaju crkve i verske zajednice u Republici Srbiji kao i ograničavanje kruga subjekata koji ostvaruju pravo na njih. Slične zakonodavne intervencije već su sprovedene u Bugarskoj i Mađarskoj, dok je u Crnoj Gori u toku procedura izrade novog zakona o pravnom položaju verskih zajednica. U radu su analizirani novi propisi kojima je uređen pravni položaj verskih organizacija u pomenutim državama, identifikovane su njihove zajedničke osobine i ukazano je na stvaranje novih tendencija u oblasti državno-crkvenog prava u regionu jugoistočne Evrope.*

Ključne reči: *verske organizacije, pravni subjektivitet, registracija, beneficije.*

1. UVOD

Pravno regulisanje statusa verskih organizacija u državama regiona trenutno karakteriše izuzetna dinamika. Za razliku od druge polovine prošlog veka kada su zakoni kojima je bio regulisan pravni položaj verskih organizacija retko menjani, prve dve decenije 21. veka obeležene su aktuelizovanjem problematike državno-crkvenih odnosa i traženjem odgovarajućih zakonskih rešenja koji bi

* Rad predstavlja prilog projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu „Identitetski preobražaj Srbije“ za 2019. godinu.

bili u skladu sa novim društvenim okolnostima.[2] Za razliku od perioda komunističke vladavine, tokom tranzicije u državama centralne i istočne Evrope crkve su uživale izuzetan ugled.[3] U Srbiji, kao i u državama regiona, doneti su početkom ovog veka zakoni kojima je regulisan položaj crkva i verskih zajednica. Pomenuti zakoni u velikoj meri su usklađeni sa međunarodnim standardima zaštite ljudskih prava i posebno prava na slobodu savesti i veroispovesti. Karakteristično je i da su pomenuti zakoni sadržali brojna liberalna rešenja, koja su išla u prilog manjim i novoosnovanim verskim organizacijama. U onim državama koje nisu donele nove zakone, ostali su na snazi zakoni nastali za vreme komunističke vladavine. Ti zakoni, iako u određenim aspektima neprilagođeni savremenom poimanju prava na slobodu veroispovesti, ne sadrže diskriminišuće odredbe i istovetno tretiraju sve verske organizacije. Potreba za regulisanjem pravnog položaja verskih organizacija na modernim osnovama dovela je do toga da samo u Crnoj Gori ostane na snazi Zakon o pravnom položaju verskih zajednica iz 1977. godine,[4] iako je postupak izrade novog zakona u toku. Donošenje novih zakona i izmena važećih zakonskih rešenja karakteriše tendencija ograničavanja privilegija verskih organizacija zbog čega se otvara čitav niz spornih pitanja.

U radu će biti predstavljene intervencije u zakonodavstvu kojim je regulisan pravni položaj verskih organizacija u Mađarskoj, Bugarskoj, Srbiji i Crnoj Gori. Cilj je da se komparativnom analizom utvrde sličnosti i razlike u predloženim ili implementiranim rešenjima, da se identifikuju njihove glavne prednosti i nedostaci, kao i da se ukaže na mogućnosti njihovog poboljšanja i usklađivanja sa međunarodnim standardima, posebno u oblasti zaštite kolektivnog aspekta slobode veroispovesti. Članak se sastoji iz tri dela. U prvom su sumarno prikazani važeći zakoni o crkvama i verskim zajednicama u državama koje su predmet analize sa akcentom na pitanjima koja će biti posebno analizirana u drugim delovima rada. U drugom delu obrađena su zakonska rešenja kojima se regulišu registracija crkava i verskih zajednica i kontinuitet njihovog pravnog subjektiviteta. Treći deo rada sadrži analizu propisa kojima se menja i iznova reguliše obim beneficija i privilegija koje pravni poredak pruža crkvama i verskim zajednicama. U zaključnim razmatranjima izneti su rezultati analize i ukazano je na dalje pravce razvoja regulative u domenu državno-crkvenog prava.

---

[2] U socijalističkoj Jugoslaviji za sve vreme njenog postojanja donet je svega jedan zakon kojim je bila uređena oblast slobode veroispovesti: Zakon o pravnom položaju verskih zajednica, Službeni list FNRJ, br. 22/1953. Nakon ustavnih reformi doneti su novi zakoni na nivou republika, koji se nisu bitno razlikovali od navedenog Zakona.

[3] Balázs Schanda, „Religion and State in the Candidate Countries to the European Union: Issues concerning Religion and State in Hungary“, Sociology of Religion 3/2003, 336.

[4] Zakon o pravnom položaju vjerskih zajednica, Sl. list SRCG, br. 9/77, 26/77, 29/89, 39/89, 27/94 i 36/03.

2. REGULISANJE PRAVNOG POLOŽAJA VERSKIH ORGANIZACIJA

U državama regiona propisi kojima su regulisani najbitniji aspekti ostvarivanja prava na slobodu veroispovesti sadržani su u posebnim zakonima. U Republici Srbiji na snazi je Zakon o crkvama i verskim zajednicama iz 2006. godine.[5] Nedugo nakon njegovog donošenja Ustavnom sudu RS podneto je nekoliko predloga za utvrđivanje neustavnosti i dve inicijative za pokretanje postupka za ocenu ustavnosti više odredaba Zakona o crkvama i verskim zajednicama. Takođe, podnet je predlog za utvrđivanje neustavnosti Zakona u celini.[6] Između ostalog, osporene su odredbe kojima se uvodi podela crkava i verskih zajednica na tradicionalne, konfesionalne i ostale, kao i odredbe kojima je regulisan postupak registracije. Podnosioci predloga i inicijativa za ocenu ustavnosti izneli su stav da uvođenje više kategorija crkava i verskih zajednica predstavlja diskriminaciju netradicionalnih verskih organizacija i da se krši ustavno načelo ravnopravnosti svih crkava i verskih zajednica. Posebno je osporena podela na tradicionalne i konfesionalne crkve i verske zajednice, jer se u oba slučaja radi o verskim organizacijama koje su stekle pravni subjektivitet na osnovu ranijih propisa. Tradicionalne crkve i verske zajednice upisane su *ex officio* u Registar crkava i verskih zajednica koji vodi nadležno ministarstvo i time je garantovan kontinuitet njihovog pravnog subjektiviteta (čl. 2-6 Pravilnika o sadržini i načinu vođenja Registra crkava i verskih zajednica).[7] Nasuprot tradicionalnim, konfesionalne crkve i verske zajednice koje su stekle pravni subjektivitet na osnovu zakona donetih tokom socijalističkog perioda, imaju obavezu da se registruju u skladu sa odredbama Zakona iz 2006. godine. Istim Zakonom nije eksplicitno predviđeno da ukoliko one to ne učine, dolazi do prekida kontinuiteta njihovog pravnog subjektiviteta.[8] Od donošenja Zakona o crkvama i verskim zajednicama Evropski sud za ljudska prava nije doneo nijednu presudu protiv Republike Srbije za povredu čl. 9 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

U Mađarskoj je do 2011. godine bio na snazi Zakon br. IV o slobodi savesti i veroispovesti i crkvama iz 1990. godine. Crkve i verske zajednice bile su registrovane od strane mesno nadležnih sudova, a sve verske zajednice koje su imale

[5] Zakon o crkvama i verskim zajednicama, Službeni glasnik RS, br. 36/06.

[6] Ustavni sud RS, Br. predmeta: IUz-455/2011.

[7] Pravilnik o sadržini i načinu vođenja Registra crkava i verskih zajednica, Službeni glasnik RS, br. 64/06.

[8] „Otvorena pitanja postupka ocene ustavnosti Zakona o crkvama i verskim zajednicama“, Pravo, vera kultura (ur. Aleksandar Raković, Vladimir Đurić), Beograd 2012, 126.

više od 100 članova sticale su status priznate crkve.[9] Zahvaljujući veoma liberalnom postupku registracije koji je predviđao Zakon iz 1990. godine status crkve je steklo preko četiri stotine različitih verskih organizacija. Takvo stanje potrajalo je sve do 1. decembra 2012. godine kada je na snagu stupio Zakon br. CCVI o pravu na slobodu savesti i veroispovesti i o pravnom statusu crkava, verskih denominacija i verskih zajednica iz 2011. godine.[10] U skladu sa tim Zakonom status „crkve" izgubilo je preko tri stotine verskih organizacija. Ujedno, sve one izgubile su pravo na deo prihoda od poreza koji plaćaju njihovi članovi. Zbog velikog pritiska međunarodne i domaće javnosti, broj *ex lege* priznatih crkava povećan je 1. marta 2012. godine (sa 14 na 32), a odmah sledeće godine zakon je dopunjen novim odredbama, u skladu sa kojima je uveden dvostepeni sistem registracije crkava i verskih zajednica. U međuvremenu je Ustavni sud Mađarske doneo presudu kojom je deregistraciju priznatih crkava proglasio protivustavnom.[11] Odmah nakon usvajanja spornog Zakona iz 2011. godine, više verskih organizacija podnelo je predstavku Evropskom sudu za ljudska prava. U septembru 2014. godine Evropski sud je utvrdio je da je došlo do povrede prava iz čl. 11 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, a u vezi sa čl. 9 iste Konvencije.[12] Nakon što su odredbe Zakona iz 2011. godine naišle na kritiku Evropskog suda za ljudska prava usledili su pokušaji izrade novog zakonskog rešenja. Izmene i dopune spornog Zakona usvojene su u decembru 2018. godine, a stupile su na snagu 15. aprila 2019. godine.[13]

U Bugarskoj su delovanje, registracija i finansiranje crkava i verskih zajednica regulisani Zakonom o veroispovestima iz 2002. godine.[14] Postupak registracije regulisan je na veoma liberalan način: za sticanje pravnog subjektiviteta i upis u registar dovoljno je da verska organizacija poseduje ustav ili statut u kojem su navedeni najvažniji podaci o sedištu, strukturi, funkcionisanju, finansiranju i

[9] Termin crkva koristi kao genusni pojam i označava podjednako verske organizacije koje se samoidentifikuju kao crkve kao i one koje se samoindentifikuju kao verske zajednice. H. David Baer, Hungary's New Church Law Is Worse than the First, https://hungarianspectrum.org/tag/law-on-churches/, 30. oktobar 2019.

[10] Act CCVI of 2011 on the Right to Freedom of Conscience and Religion and the Legal Status of Churches, Denominations and Religious Communities of Hungary, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2012)009-e, 31. oktobar 2019.

[11] Hungary: Amended Church Law Remains at Variance with OSCE Standards and the European Convention on Human Rights, https://www.osce.org/odihr/186866?download=true, 6. novembar 2019.

[12] Magyar Keresztény Mennonita Egyház and others v. Hungary, Applications nos. 70945/11, 23611/12, 26998/12, 41150/12, 41155/12, 41463/12, 41553/12, 54977/12, 56581/12.

[13] Erika Schlager, Minority Faiths under the Hungarian Religion Law, https://www.csce.gov/international-impact/minority-faiths-under-hungarian-religion-law, 6. novembar 2019.

[14] Zakon za veroizpovedaniята, Държавен vestnik, br. 120/2002, 33/2006, 59/2007,74/2009, 68/2013, 61/2015, 79/2015, 108/2018, 29/2019, 34/2019.

upravljanju verskom organizacijom. Registraciju verskih organizacija kao celine vrši Sofijski gradski sud, dok organi lokalnih samouprava registruju mesne organizacione jedinice crkava i verskih zajednica.[15] U skladu sa Zakonom o veroispovestima država može da finansijski pomaže različite delatnosti crkava i verskih zajednica. Upravo pitanje državnog finansiranja rada verskih organizacija zahtevalo je precizniju regulativu. Iz tog razloga Zakon o veroispovestima je noveliran u dva navrata, decembra 2018. i marta 2019. godine.[16] Tim izmenama definisani su pojmovi kojima se označavaju bogoslužbena mesta, preciziran je način finansiranja verskih organizacija i status verskih službenika i uvedene su novine kada je reč o postupku deregistracije verskih organizacija.

Kao što je već pomenuto, u Crnoj Gori je na snazi Zakon o pravnom položaju verskih zajednica iz 1977. godine.[17] Tim Zakonom nije predviđena procedura registracije, već samo obaveza novoosnovanih verskih organizacija da podnesu prijavu opštinskom organu uprave nadležnom za unutrašnje poslove na čijoj se teritoriji nalazi njihovo sedište. U skladu sa istim Zakonom, sve verske zajednice imaju svojstvo građansko-pravnog lica (čl. 2 Zakona). Pošto je Zakon iz 1977. godine pisan u drugačijim društvenim okolnostima pojavila se potreba njegove modernizacije i usklađivanja sa međunarodnim standardima zaštite prava na slobodu veroispovesti. Nacrt zakona o slobodi veroispovesti objavljen je 2015. godine. Nacrt je predviđao uvođenje procedure registracije svih (postojećih i novoosnovanih) verskih zajednica, brojna ograničenja njihove autonomije i podržavljenje crkvene imovine. Srpska pravoslavna crkva, kao dominanta verska organizacija u Crnoj Gori, oštro je istupila protiv usvajanja Nacrta u tom obliku i iznela je niz primedbi na njegov tekst.[18] U maju 2019. godine Vlada Crne Gore utvrdila je Predlog zakona o slobodi veroispovesti ili uverenja i pravnom položaju verskih zajednica.[19] U Predlogu zakona zadržana su sva sporna rešenja koja je sadržao Nacrt iz 2015. godine uz manje izmene odredbi kojima se uređuje individualni

---

[15] Наредба за регистрация на ръководните органи на местните поделения на признатите от министерския съвет изповедания в Република България, Държавен вестник, бр. 87/1994.

[16] Zakon za izmenenie i dopълnenie na Zakona za veroizpovedaniята, Dъržaven vestnik, br. 108/2018 i Zakon za izmenenie i dopълnenie na Zakona za veroizpovedaniята, Dъržaven vestnik, br. 29/2019.

[17] Zakon o pravnom položaju vjerskih zajednica, Službeni list SRCG, br. 9/77, 26/77, 29/89, 39/89, 27/94, 36/03.

[18] Pravni savjeti Mitropolije crnogorsko-primorske i eparhija Budimljansko-nikšićke, Zahumsko-hercegovačke i Mileševske, Primjedbe na Nacrt zakona o slobodi vjeroispovijesti, Podgorica 2015.

[19] Vlada utvrdila Predlog zakona o slobodi vjeroispovijesti ili uvjerenja i pravnom položaju vjerskih zajednica, http://www.gov.me/vijesti/199409/Vlada-utvrdila-Predlog-zakona-o-slobodi-vjeroispovijesti-ili-uvjerenja-i-pravnom-polozaju-vjerskih-zajednica.html, 05. novembar 2019.

apsekt slobode veroispovesti. Rasprave o utvrđenom Predlogu zakona o slobodi veroispovesti ili uverenja i pravnom položaju verskih zajednica i dalje traju.

3. REGISTRACIJA, DEREGISTRACIJA, (P)REREGISTRACIJA

Uvođenje u život novog zakonodavstva kojim se reguliše registracija crkava i verskih zajednica po pravilu podrazumeva regulisanje statusa onih verskih organizacija koje su stekle određeni status i pravni subjektivitet u skladu sa postojećim propisima. Za već registrovane ili priznate verske organizacije ovo pitanje ima izuzetan značaj,[20] jer (ne)priznavanje kontinuiteta pravnog subjektiviteta ima implikacije na brojna prava i privilegije koje one ostvaruju. Koliko je ova materija osetljiva i ujedno značajna za ostvarivanje kolektivnog aspekta slobode veroispovesti pokazuje i objavljivanje Zajedničkih smernica o pravnom subjektivitetu religijskih ili verskih zajednica (*Joint Guidelines on the Legal Personality of Religious or Belief Communities*), a koje su zajednički pripremili OEBS-ova Kancelarija za demokratske institucije i ljudska prava i Evropska komisija za demokratiju kroz pravo (Venecijanska komisija).[21] Na kraju, Evropski sud za ljudska prava u više navrata je zauzeo stav da odbijanje države da prizna pravni subjektivitet crkava i verskih zajednica predstavlja povredu prava garantovanih čl. 9 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.[22] U ovom delu rada biće prikazano na koji način je pitanje priznavanja kontinuiteta pravnog subjektiviteta i registracije verskih organizacija regulisano najnovijim izmenama propisa u zemljama u okruženju.

Uglavnom postoje tri mogućnosti koje su na raspolaganju zakonodavcu: prva je *ex lege* priznavanje pravnog subjektiviteta svim verskim organizacijama čiji je status bio regulisan ranijim propisima. U tom slučaju ne vrši se deregistracija i reregistracija crkava i verskih zajednica koje su stekle pravni subjektivitet na osnovu nekada važećih propisa. Ovaj model mogao bi se nazvati sistemom opšte preregistracije verskih organizacija. Kontinuitet pravnog subjektiviteta ga-

---

[20] Pravo na sticanje pravnog subjektiviteta potpada pod garancije iz čl. 9 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Silvio Ferrari, W. Cole Durham, Laws on Religion and the State in Post-Communist Europe, Peeters 2004, HIII.

[21] European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) and OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (OSCE/ODIHR), Joint Guidelines on the Legal Personality of Religious or Belief Communities, Adopted by the Venice Commission At its 99th Plenary Session (Venice, 13-14 June 2014).

[22] Magyar Keresztény Mennonita Egyház and others v. Hungary, Applications nos. 70945/11, 23611/12, 26998/12, 41150/12, 41155/12, 41463/12, 41553/12, 54977/12, 56581/12; Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova, Application no. 45701/99.

rantovan je zakonom, a državni organi sprovode sve procedure koje su neophodne kako bi se raniji sistem evidencije uskladio sa onim koji se tek uvodi u život.

Primer ovog modela iz okruženja je Bugarska. U skladu sa prelaznim i završnim odredbama Zakona o veroispovestima iz 2002. godine sve veroispovesti koje su registrovane u skladu sa Zakonom o veroispovestima iz 1949. godine zadržavaju svojstvo pravnog subjekta.[23] Uprava za vere Vlade Bugarske (*Direkcija „Veroizpovedanija"*) bila je u obavezi da u roku od mesec dana od dana donošenja Zakona dostavi registar svih registrovanih veroispovesti Sofijskom gradskom sudu,[24] u čiju nadležnost je preneta registracija verskih organizacija (čl. 15 Zakona o veroispovestima). Sofijski gradski sud je u obavezi da na zatvorenoj sednici po službenoj dužnosti upiše u registar sve ranije registrovane verske organizacije. Zakonodavac ide korak dalje i propisuje da „u tom slučaju Sud ne može da odbije upis" (čl. 2, st. 3 Zakona o veroispovestima).[25] Očigledna je intencija zakonodavca da obezbedi kontinuitet pravnog subjektiviteta svih ranije priznatih veroispovesti bez obzira na promenu propisa kojima je regulisan postupak njihove registracije. Ovaj model regulisanja je najkomotniji za verske organizacije pošto ne zahteva preduzimanje nikakvih radnji sa njihove strane, dok istovremeno obezbeđuje maksimalnu zaštitu stečenih prava.

Nasuprot gore izloženom modelu regulisanja pravnog subjektiviteta verskih organizacija nalazi se sistem opšte deregistracije verskih organizacija. Novi zakoni po pravilu sadrže odredbe o registraciji verskih organizacija koje se značajno razlikuju u odnosu na propise koji su važili pre njihovog donošenja. Sve crkve i verske zajednice imaju obavezu da se registruju u skladu sa novim propisima. Ako se ne registruju gube pravni subjektivitet koji su posedovali. Posebno je sporno pitanje da li crkve i verske zajednice gube pravni subjektivitet u momentu donošenja novih propisa ili ukoliko se ne registruju nakon proteka određenog vremenskog perioda. U oba slučaja dolazi do prekida kontinuiteta pravnog subjektiviteta, jer se novi postupak registracije, po pravilu, okončava donošenjem rešenja o upisu koje ima konstitutivni, a ne deklaratorni karakter.

---

[23] Zakona za izpovedanijata, Dъržaven vestnik, br. 48/1949,1 i 13/1951, 15/1991, 49/1992. Vid. čl. završnih i prelaznih odredbi Zakona o veroispovestima: Zakon za veroizpovedanijata, Dъržaven vestnik, br. 120/2002, 33/2006, 59/2007,74/2009, 68/2013, 61/2015, 79/2015, 108/2018, 29/2019, 34/2019.

[24] Postoji više primera država u kojima su sudovi nadležni za registraciju crkava i verskih zajednica. U centralnoj Evropi to je Mađarska. Vid. B. Schanda, „Religious Entities as Legal Persons-Eastern Central Europe (Czech Republic, Hungary, Poland, Slovakia, Slovenia)", Churches and other religious organizations as legal persons: proceedings of the 17th meeting of the European Consortium for Church and State Research (ed. Lars Friedner), Peeters 2007,10.

[25] Jedini izuzetak je Bugarska pravoslavna crkva čiji je status regulisan čl. 10 Zakona o veroispovestima.

Primer takvog zakonodavstva jeste crnogorski Predlog zakona o slobodi veroispovesti ili uverenja i pravnom položaju verskih zajednica.[26] Tim Predlogom zakona predviđeno postojanje dva različita registra: *evidencije postojećih verskih zajednica*, u koju bi bile upisivane verske zajednice koje su u skladu sa čl. 2 Zakona o pravnom položaju verskih zajednica iz 1977. godine podnele prijavu opštinskom organu uprave nadležnom za unutrašnje poslove na čijoj se teritoriji nalazi njihovo sedište, i *registra verskih zajednica*, u koji bi bile upisivane novoosnovane verske zajednice i verske zajednice koje poseduju pravni subjektivitet ali nisu prijavljene kod nadležnog organa uprave. U oba slučaja postupak se okončava donošenjem rešenja o upisu, na osnovu kojeg verska zajednica stiče pravni subjektivitet (čl. 18 Predloga zakona o slobodi veroispovesti ili uverenja i pravnom položaju verskih zajednica). To znači da verske zajednice koje nisu novoosnovane tek nakon upisa u registar verskih zajednica stiču pravni subjektivitet, što implicira da se postojeći pravni subjektivitet gasi i da dolazi do prekida kontinuiteta njihovog pravnog subjektiviteta.[27] Ovakav model promene statusa priznatih verskih zajednica nepovoljan je za verske organizacije jer ih izlaže pravnoj nesigurnosti i može dovesti do različitih pravnih peripetija i zloupotreba. Zakonodavac bi trebalo da garantuje pun obim stečenih prava svim verskim organizacijama u periodu pre, nakon i u toku sprovođenja postupka registracije.

Treći model koji se nalazi na sredokraći između dva prethodna jeste sistem delimične deregistracije i reregistracije crkava i verskih zajednica. Kod ovog modela novim propisima se vrši deregistracija svih verskih organizacija uz određene izuzetke. Manji broj verskih organizacija *ex officio* zadržava postojeći pravni subjektivitet bez ispunjavanja uslova koji su predviđeni za sve ostale crkve i verske zajednice. Glavni problem sa kojim se zakonodavac susreće jeste određivanje kriterijuma na osnovu kojeg će biti odabrane verske organizacije koje uživaju privilegiju da se na njih ne odnose opšta pravila o registraciji. Od tih kriterijuma zavisi da li se propisivanjem nejednakih uslova za registraciju vrši diskriminacija neprivilegovanih crkava i verskih zajednica. Kriterijumi bi trebalo da budu objektivni i ne smeju biti osnov za proizvoljno mešanje vlasti u materiju registracije verskih organizacija. Takođe, „zakon mora dovoljno jasno ukazati na obim diskrecionih prava nadležnih vlasti i na način na koji se ta prava ostvaruju“.[28] Ovakva zakonska rešenja postoje u Mađarskoj i Srbiji.

---

[26] Vlada utvrdila Predlog zakona o slobodi vjeroispovijesti ili uvjerenja i pravnom položaju vjerskih zajednica, http://www.gov.me/vijesti/199409/Vlada-utvrdila-Predlog-zakona-o-slobodi-vjeroispovijesti-ili-uvjerenja-i-pravnom-polozaju-vjerskih-zajednica.html, 05. novembar 2019.

[27] Pravni savjet i grupa autora, Protiv pravnog nasilja nad vjerom, Cetinje-Berane 2019, 43.

[28] Hasan and Chaush v. Bulgaria, Application no. 30985/96, 84.

U skladu sa mađarskim Zakonom br. CCVI o pravu na slobodu savesti i veroispovesti i o pravnom statusu crkava, verskih denominacija i verskih zajednica iz 2011. godine izgubile su svoj status sve do tada registrovane crkve i verske zajednice. U skladu sa čl. 14, st. 2 i čl. 33 pomenutog Zakona nadležno ministarstvo ima obavezu da u roku od 30 dana registruje po službenoj dužnosti crkve čija su imena navedena u prilogu Zakona. Tim crkvama se eksplicitno garantuje kontinuitet pravnog subjektiviteta (čl. 33, st. 2), iako je predviđeno da će im biti dodeljen novi registracioni broj. Na taj način je registrovano ukupno 14 verskih organizacija.[29] Za sve ostale verske organizacije koje su izgubile status priznate crkve propisani su novi stroži uslovi i komplikovana procedura registracije.[30] Spisak crkava koje su priznate *ex lege* proširen je 2012. godine. Zbog velikog nezadovoljstva verskih organizacija i međunarodne javnosti Zakon iz 2011. je izmenjen i dopunjen sredinom 2013. godine. U skladu sa čl. 6 verske zajednice se dele na *priznate crkve* i *organizacije koje sprovode verske aktivnosti*. Uveden je dvostepeni sistem registracije kako bi se obezbedilo da sve one verske organizacije koje nisu stekle status priznate crkve mogu da steknu pravni subjektiviteta, ali da nemaju isti status koji imaju priznate crkve.[31] Uslovi i postupak registracije organizacija koje sprovode verske aktivnosti su jednostavniji u odnosu na registraciju priznatih crkava.[32] Registrovane organizacije koje sprovode verske aktivnosti mogu da apliciraju za priznavanje statusa registrovane crkve, pod uslovom da ispunjavaju stroge zakonom propisane uslove. Svim verskim udruženjima *ex lege* je priznat status organizacija koje sprovode verske aktivnosti i zakonom im je priznat status sukcesora crkava priznatih u skladu sa Zakonom o slobodi savesti

[29] Reč je o Rimokatoličkoj crkvi i nekoliko protestantskih i pravoslavnih crkava. https://www.legislationline.org/download/id/3610/file/Hungarian_Act_C_on_Freedom_of_Religion_adopted_12.07.2011_en.pdf, 9. novembar 2019.

[30] Da bi stekla status crkve verska organizacija bi trebalo, između ostalog, da deluje u Mađarskoj najmanje 20 godina ili na međunarodnom nivou najmanje 100 godina, da prikupi potpise najmanje 1000 vernika i da njenu registraciju odobri Parlament na plenarnoj sednici kvalifikovanom većinom glasova svih poslanika.

[31] Dvostepeni ili višestepeni sistem registracije podrazumeva postojanje više kategorija verskih organizacija-jedne imaju niži rang koji je dostupan svim verskim organizacijama dok druge imaju viši rang jer ispunjavaju veoma zahtevne uslove ili zato što ih je zakonodavac strstao u tu grupu. Pun obim privilegija ostvaruju samo zajednice koje spadaju u višu kategoriju. Cole Durham, „Legal Status of Religious Organizations: A Comparative Overview“, The Review of Faith & International Affairs 3-14/2010.

[32] Registraciju organizacija koje sprovode verske aktivnosti vrši Okružni sud u Budimpešti po pojednostavljenoj proceduri. Uslov za registraciju organizacije koja sprovodi verske aktivnosti, između ostalog, je da akt o njenom osnivanju prihvati najmanje deset njenih članova (čl. 9/V Zakona iz 2011. godine).

i veroispovesti i o crkvama iz 1990. godine, a koji je važio do 1. januara 2012. godine.[33]

Iako je uvođenjem dvostepenog sistema registracije omogućeno da crkve koje su registrovane u skladu sa Zakonom iz 1990. godine sačuvaju pravni subjektivitet koji im je ranije zakonodavstvo priznavalo, Evropski sud za ljudska prava stao je na stanovište da su mađarske vlasti uvođenjem novog zakonodavstva povredile prava zaštićena čl. 11 u svetlu čl. 9 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Sud je zauzeo stav da su mađarske vlasti zanemarile svoju obavezu da budu neutralne prema verskim zajednicama jer je, po mišljenju suda, deregistracija priznatih crkava isuviše stroga mera, propisani postupak reregistracije je politički obojen, a status koji imaju organizacije koje sprovode verske aktivnosti razlikuje se od statusa priznatih crkava ne samo u pogledu mogućnosti saradnje sa državom, već i u pogledu ostvarivanja prava na beneficije koje su im neophodne da bi ostvarivale svoje verske ciljeve.[34] Izvršenje presuda Evropskog suda za ljudska prava zavisi uglavnom od političkih interesa država pa nisu retki slučajevi kašnjenja.[35] Izmene spornog Zakona stupile su na snagu tek 15. aprila 2019. godine. Tim izmenama formiran je veoma kompleksan sistem registracije koji, međutim, ne odstupa u svojim osnovnim načelima od zakonskih rešenja iz 2011. i 2013. godine. Naime, uveden je višestepeni postupak registracije. Postoje četiri kategorije verskih organizacija: verska udruženja, upisane crkve, registrovane crkve i priznate crkve. Pun obim beneficija i dalje mogu da ostvare samo priznate crkve.

Dakle, kod višestepenog postupka registracije nije dovoljno da sve crkve i verske zajednice steknu pravni subjektivitet, već da je sličan obim prava i privilegija dostupan svim kategorijama verskih organizacija. Takođe, postupak registracije ne sme imati političku dimenziju, već bi trebalo da bude isključivo upravni postupak, oslobođen direktnog uticaja političkih subjekata.

U Srbiji su status i postupak registracije crkava i verskih zajednica regulisani Zakonom o crkvama i verskim zajednicama (ZCVZ) iz 2006. godine.[36] Pre donošenja tog Zakona u Srbiji nije postojao nijedan opšti pravni akt kojim je bio regulisan status verskih organizacija.[37] Zakonom o crkvama i verskim zajednica-

---

[33] Act CCVI of 2011on the right to freedom of conscience and religion and the legal status of churches, denominations and religious communities, https://njt.hu/translated/doc/J2011T0206P_20180101_FIN.pdf, 10. novembar 2019.

[34] Magyar Keresztény Mennonita Egyház and others v. Hungary, Applications nos. 70945/11, 23611/12, 26998/12, 41150/12, 41155/12, 41463/12, 41553/12, 54977/12, 56581/12, 115.

[35] Bojan Tubić, „Izvršavanje presuda Evropskog suda za ljudska prava“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1/2019, 212.

[36] Zakon o crkvama i verskim zajednicama (ZCVZ), Službeni glasnik RS, br. 36/06.

[37] Zakon o pravnom položaju verskih zajednica stavljen je van snage 1993. godine.

ma propisana je procedura registracije verskih organizacija bez obzira na status koji su imale u momentu njegovog donošenja. Ta procedura nije ista za sve verske organizacije. Zakonom je uvedena kategorija tradicionalnih crkava i verskih zajednica čiji je pravni subjektivitet priznat *ex officio* i koje se registruju samo na osnovu prijave koja sadrži njihov naziv i podatke o sedištu i licu ovlašćenom da ih predstavlja. Sve ostale verske organizacije, pored prijave, podnose zahtev koji, između ostalog, treba da sadrži odluku o osnivanju „sa potpisima osnivača od najmanje 0,001% punoletnih državljana Republike Srbije koji imaju prebivalište u Republici Srbiji prema poslednjem zvaničnom popisu stanovništva" (čl. 18 ZCVZ), odnosno broj osnivača verske organizacije iznosi najmanje 100 (čl. 7 Pravilnika o sadržini i načinu vođenja Registra crkava i verskih zajednica).[38] Veći broj verskih zajednica bio je prijavljen kod opštinskih organa uprave nadležnih za unutrašnje poslove u skladu sa Zakonom o verskim zajednicama iz 1977. godine.[39] Njih je ZCVZ svrstao u posebnu kategoriju-konfesionalne crkve i verske zajednice. Iako čine posebnu kategoriju na njih se primenjuju opšti propisi o registraciji. Dakle, da bi verske organizacije (konfesionalne i nekonfesionalne) stekle pravni subjektivitet u skladu sa ZCVZ neophodno je da se registruju. Jedini izuzetak su tradicionalne crkve i verske zajednice čiji je kontinuitet pravnog subjektiviteta priznat *ex officio*. Dakle, ZCVZ nije konfesionalnim crkvama i verskim zajednicama priznao pravni subjektivitet koji su stekle po propisima koji su važili do njegovog donošenja.

U toku rasprave pred Ustavnim sudom RS postavilo se pitanje da li razlike u postupku registracije mogu da dovedu do povrede načela jednakosti i samim ti do diskriminacije pojedinih crkava i verskih zajednica.[40] Pošto je u pitanju model delimične deregistracije i reregistracije postojećih crkava i verskih zajednica najpre treba utvrditi kriterijum na osnovu kojeg je izvršena podela na one verske organizacije koje nemaju obavezu da se ponovo registruju i na one koje tu obavezu imaju.[41] Taj kriterijum sadržan je u čl. 10 ZCVZ: „Tradicionalne crkve su one koje u Srbiji imaju viševekovni istorijski kontinuitet i čiji je pravni subjektivitet

[38] Pravilnik o sadržini i načinu vođenja Registra crkava i verskih zajednica, Službeni glasnik RS, br. 64/06.

[39] Zakon o pravnom položaju verskih zajednica, Službeni glasnik SRS, br. 44/1977.

[40] „Otvorena pitanja postupka ocene ustavnosti Zakona o crkvama i verskim zajednicama", Pravo, vera kultura (ur. Aleksandar Raković, Vladimir Đurić), Beograd 2012, 116. O rapsravi pred Ustavnim sudom vid. Tanasije Marinković, „Prilog za javnu raspravu o ustavnosti Zakona o crkvama i verskim zajednicama", Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 1/2011; Sima Avramović, Poimanje sekularnosti u Srbiji – refleksije sa javne rasprave u Ustavnom sudu, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 2/2011.

[41] Nenad Đurđević, Ostvarivanje slobode veroispovesti i pravni položaj crkava i verskih zajednica u Republici Srbiji, Beograd 2009, 211.

stečen na osnovu posebnih zakona". Glavni kriterijum je viševekovni istorijski kontinuitet. Njegovo postojanje utvrđuje se na osnovu objektivne činjenice da su tradicionalne crkve i verske zajednice stekle pravni subjektivitet na osnovu posebnih zakona. Za razliku od Mađarske gde je lista priznatih crkava utvrđena arbitrarnom odlukom parlamenta, u Srbiji su tradicionalne crkve i verske zajednice stekle taj status na osnovu utvrđenih istorijskih činjenica, čime je bilo kakva arbitrarnost državnih organa u njihovom odabiru apsolutno isključena.[42] Ovde treba naglasiti da je jednak obim prava i beneficija obezbeđen svim kategorijama crkava i verskih zajednica i da se jedino njihovo razlikovanje vidi u postupku registracije.[43] To razlikovanje opravdano je iz krajnje praktičnih razloga: država ne poseduje osnovne podatke o crkvama i verskim zajednicama koje su bile prijavljene u skladu sa zakonima iz 1953. i 1977. godine.[44] Takođe, potreba za prikupljanjem i ažuriranjem podataka bila je još izraženija jer je pitanje registracije verskih organizacija 13 godina bilo neregulisano. Zakon ne precizira karakter pravnog subjektiviteta crkava i verskih zajednica tako da se ne može tvrditi da postoji razlika u statusu koji imaju registrovane tradicionalne i netradicionalne verske organizacije.[45] Uzimajući u obzir sve navedeno, može se zaključiti da je registracija crkava i verskih zajednica u Srbiji regulisana tako da je postignuta razumna veza proporcionalnosti između sredstava koja su upotrebljena i legitimnog cilja.

4. PITANJE BENEFICIJA I IMOVINSKIH PRAVA VERSKIH ORGANIZACIJA

Redefinisanje pravnog statusa verskih organizacija neretko je skopčano sa redukcijom beneficija i privilegija koje im pravni poredak priznaje. Deregistracija koja sa sobom povlači gubitak određenog statusa po pravilu onemogućava

[42] Da je ovaj kriterijum načelno prihvatljiv ističu i drugi autori: Aleksandar Matković, „Pravni status crkava i verskih zajednica u Republici Srbiji – pozitivnopravni okviri i pitanje verske ravnopravnosti", Srpska pravna misao 50/2017, 168.

[43] Postoje određene privilegije koje država obezbeđuje za tradicionalne crkve i verske zajednice čiji vernici predstavljaju preko 95% ukupnog stanovništva R. Srbije, pri čemu je reč beneficijama koje nemaju veze sa osnovnim i temeljnim pravima i slobodama. Sima Avramović, Prilozi nastanku Državno-crkvenog prava u Srbiji, Beograd 1997, 188.

[44] „Otvorena pitanja postupka ocene ustavnosti Zakona o crkvama i verskim zajednicama", Pravo, vera kultura (ur. Aleksandar Raković, Vladimir Đurić), Beograd 2012, 125.

[45] Vladimir Đurić, „Pravni položaj crkava i verskih zajednica u Republici Srbiji u svetlu odluke Ustavnog suda", Crkvene studije 11/2014, 444. Postoje i stavovi da crkve i verske zajednice imaju sui generis pravni subjektivitet. Milan Radulović, Obnova srpskog državno-crkvenog prava. Fondacija Konrad Adenauer i Hrišćanski kulturni centar, Beograd 2009, 117.

versku organizaciju da koristi državne subvencije i druge vidove materijalne pomoći za vršenje verskih poslova. Ako verska organizacija izgubi pravni subjektivitet ili ne uspe da ga stekne u skladu sa novim propisima onda može biti ugrožena njena pokretna i nepokretna imovina. Kada je reč o državama regiona, može se tvrditi da iza svih inicijativa za izmenu propisa kojim je uređen položaj verskih organizacija stoji namera da se smanji obim beneficija i broj beneficijara.

Vlada Mađarske je pravdajući donošenje Zakona br. CCVI o pravu na slobodu savesti i veroispovesti i o pravnom statusu crkava, verskih denominacija i verskih zajednica iz 2011. godine iznela argument da je cilj novih propisa bio da se spreče brojne zloupotrebe do kojih je došlo zahvaljujući liberalnim propisima Zakona o slobodi savesti i veroispovesti i o crkvama iz 1990. godine. Naime, veliki broj crkava je osnovan i registrovan samo radi dobijanja državnih subvencija koje su u nekim slučajevima korišćene i za lične potrebe pojedinaca, a da pri tom te crkve nisu sprovodile nikakve verske aktivnosti. Upravo je novim zakonom trebalo stati na put ovakvoj praksi, koju je mađarska vlada okarakterisala kao „verski biznis“ (*church business*).[46] Evropski sud za ljudska prava je ipak zauzeo stav da preduzeta mera nije bila srazmerna željenom cilju.

Crnogorski Predlog zakona o slobodi veroispovesti ili uverenja i pravnom položaju verskih zajednica osoben je po tome što reguliše status imovine crkava i verskih zajednica. U skladu sa čl. 62 i 62 Predloga zakona „verski objekti i zemljište koje koriste verske zajednice na teritoriji Crne Gore koji su izgrađeni, odnosno pribavljeni iz javnih prihoda države ili su bili u državnoj svojini do 1. decembra 1918. godine, i za koje ne postoje dokazi o pravu svojine verskih zajednica, kao kulturna baština Crne Gore, državna su svojina“. Isto važi i za objekte koji su izgrađeni zajedničkim ulaganjima građana do 1. decembra 1918. godine.[47] Podržavljenje crkvenih objekata i zemljišta opravdava se tvrdnjama da je crkvena imovina pre 1918. godine bila u državnoj svojini, dok je crkva imala samo pravo plodouživanja.[48] Činjenica je da ne postoji nijedan relevantan dokaz u prilog ovih tvrdnji.[49] Čak i kada bi se prihvatila tvrdnja da je sva crkvena imovina bila u državnom vlasništvu, ona je protekom perioda dužeg od sto godina održajem prešla

[46] Magyar Keresztény Mennonita Egyház and others v. Hungary, Applications nos. 70945/11, 23611/12, 26998/12, 41150/12, 41155/12, 41463/12, 41553/12, 54977/12, 56581/12, 62.

[47] Predlog zakona o slobodi veroispovesti ili uverenja i pravnom položaju verskih zajednica, https://www.paragraf.me/nacrti_i_predlozi/predlog-zakona-o-slobodi-vjeroispovijesti-ili-uvjerenja-i-pravnom-polozaju-vjerskih-zajednica.pdf, 13. novembar 2019.

[48] European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Opinionon the Draft Law on Freedom of Religion or Beliefs and legal status of religious communities, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2019)010-e, 16, 13. novembar 2019.

[49] Pravni savjet i grupa autora, Protiv pravnog nasilja nad vjerom, Cetinje-Berane 2019, 131-134.

u svojinu crkve. Ovde bi trebalo istaći da je crkvena imovina u katastru nepokretnosti upisana na mitropoliju i eparhije SPC u Crnoj Gori. Pravo na posedovanje imovine ima poseban značaj za crkve i verske zajednice u sekularnom društvu.[50] Deregistracija svih crkava i verskih zajednica, do koje će doći ako Predlog zakona bude usvojen, uz očiglednu nameru državnih vlasti da nacionalizuju crkvenu imovinu stvara opravdan strah od mogućnosti da postupak reregistracije bude zloupotrebljen. Naime, moguće je da se pre sadašnjeg imaoca prava svojine nad crkvenom imovinom registruje druga verska organizacija sa sličnim imenom i da pretenduje na njenu imovinu. Sadašnji vlasnik bio bi onemogućen da koristi pravna sredstva sve dok mu se ne prizna pravni subjektivitet, tj. dok se ne registruje. Takođe, nakon okončanja postupka registracije verske organizacije će dobiti nove identifikacione brojeve koji se unose u vlasničke listove. Pitanje je kako će teći postupak izmene podataka u katastru nepokretnosti i da li će se taj momenat zloupotrebiti za eventualno razvlašćivanje sadašnjih vlasnika crkvene imovine. U svakom slučaju, deregistracija svih verskih organizacija doprinosi atmosferi pravne nesigurnosti i razlog je opravdane zabrinutosti svih subjekata verske slobode. Da bi se takve tenzije izbegle, potrebno je preciznim i nedvosmislenim propisima zagarantovani neprikosnovenost prava svojine nad crkvenom imovinom i kontinuitet pravnog subjektiviteta postojećih verskih organizacija.

Prema najavama koje su stigle iz Uprave za crkve i verske zajednice Ministarstva pravde R. Srbije u toku su pripreme za izmene aktuelnog Zakona o crkvama i verskim zajednicama.[51] Izmenama bi trebalo da bude preciziran status verskih službenika, bogoslužbenog prostora koji ne podleže oporezivanju, način sahranjivanja na crkvenim grobljima, ostvarivanje prava na dečiji dodatak roditelja učenika i studenata verifikovanih verskih škola kao i način uplate doprinosa za obavezno penzijsko i invalidsko i zdravstveno osiguranje za sveštenike i verske službenike iz sredstava budžeta Republike Srbije. Planira se izmena propisa o registraciji crkava i verskih zajednica i uvođenje strožih uslova za upis verskih organizacija u Registar koji vodi nadležno ministarstvo. Umesto dosadašnjih 100 potpisa neophodnih za registraciju, najavljeno je da će novim propisima biti uvedeno pravilo da je za upis u registar neophodno najmanje 1000 potpisa. Zanimljivo je da se najavljene izmene pravdaju zloupotrebom važećih propisa jer je u poslednje vreme zabeležen nagli porast broja registrovanih crkava i verskih zajednica. Pretpostavlja se da je motiv za njihovu registraciju ostvarivanje različitih privilegija koje su rezervisane za registrovane verske organizacije, među kojima je i uplata doprinosa za penzijsko, invalidsko i zdravstveno osiguranje za svešte-

[50] Paul G. Kauper and Stephen C. Ellis, „Religious Corporations and the Law“, Michigan Law Review 8/1973, 1500.

[51] https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/100419/100419-vest12.html, 13. novembar 2019.

nike i verske službenike.[52] Navedene izmene neće uticati na status registrovanih crkava i verskih zajednica. Primetno je, međutim, da se i u Srbiji pitanje beneficija i privilegija koje ostvaruju verske organizacije dovodi u vezu sa propisima kojima se reguliše njihova registracija i postupak sticanja pravnog subjektiviteta.

Izmenama Zakona o veroispovestima detaljno je regulisan obim različitih beneficija i državnih subvencija namenjenih registrovanim verskim organizacijama u Bugarskoj.[53] Reč je o dva propisa kojima se preciziraju vrste bogoslužbenog prostora, formira se javni registar bogoslužbenih prostora svih verskih organizacija i propisuje se da bogoslužbeni prostori ne mogu biti predmet izvršenja. Takođe, sadržani su propisi o verskim grobljima i statusu verskih službenika. Veoma detaljno je regulisan iznos budžetskih sredstava koja se isplaćuju verskim organizacijama po različitim osnovama. Kada je reč o postupku registracije, uvodi se nova obaveza registrovanih verskih organizacija da u roku od sedam dana od registracije, obaveste Direkciju za veroispovesti i da joj dostave sudsku odluku o registraciji. Takođe, izmenama zakona ovlašćen je Gradski sud u Sofiji da suspenduje registraciju verskih organizacija na njihov zahtev ili na zahtev Direkcije za veroispovesti ukoliko svojim aktivnostima krše Ustav i zakone. Bugarski zakonodavac nije uveo nove i strože uslove za registraciju crkava i verskih zajednica, ali je uveo nove propise o verskim organizacijama, njihovim službenicima i obimu prava i privilegija koje mogu ostvarivati. Eventualne zloupotrebe trebalo bi da budu sprečene precizno formulisanim normama i detaljno regulisanim procedurama za ostvarivanje pomenutih prava.

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

U Srbiji i zemljama u njenom okruženju aktuelan je proces izrade novih zakonskih rešenja u oblasti državno-crkvenog prava. Kao što je prilikom analize tih propisa ukazano, zakonodavac se fokusirao na dva međusobno povezana i izuzetno značajna predmeta regulisanja. To su registracija verskih organizacija i obim beneficija i privilegija koje im garantuje pravni poredak.

Kada je reč o registraciji verskih organizacija, analiza je pokazala da se uglavnom uvode stroži uslovi za upis u registar i otežava se sticanje statusa koji omogućava pristup državnim subvencijama i drugim beneficijama. Posebno je osetljivo pitanje statusa već registrovanih verskih organizacija koje su u skladu sa

[52] Uredba o uplati doprinosa za penzijsko i invalidsko i zdravstveno osiguranje za sveštenike i verske službenike, Službeni glasnik RS, br. 46/2012.

[53] Zakon za izmenenie i dopълnenie na Zakona za veroizpovedaniята, Държaven vestnik, br. 108/2018 i 29/2019.

blažim propisima već stekle pravni subjektivitet. Postoje tri različita modela regulisanja tog pitanja. Prvi je model opšte preregistracije koji postoji u onim zemljama u kojim zakonodavac priznaje pravni subjektivitet svim već registrovanim verskim organizacijama bez bilo kakvih procedura ili ispunjavanja drugih formalnosti. Drugi je model opšte deregistracije verskih organizacija, kod kojeg zakonodavac nameće opštu obavezu svim crkvama i verskim zajednicama da se reregistruju u skladu sa novim propisima. Treći model, tj. model delimične deregistracije i reregistracije je hibrid dva prethodna modela: zakonom je predviđena deregistracija svih verskih organizacija, ali se istim propisom utvrđuje lista verskih organizacija koje su registrovane *ex lege* ili *ex officio*. Upravo je treći model najpogodniji za savremene društvene okolnosti u državama u okruženju. Prednost ovog modela nalazi se u njegovoj fleksibilnosti. Zakonodavac može da uspostavi ravnotežu između zahteva za modernizacijom i uvođenjem novih pravila registracije crkava i verskih zajednica sa jedne strane i potrebe za uvažavanjem statusa koji su određene verske organizacije stekle zahvaljujući svom istorijskom i društvenom značaju sa druge strane.

U većini država crkve i verske zajednice uživaju određene poreske olakšice i ostvaruju pravo na državne subvencije i razne druge beneficije. U državama regiona aktuelna je tendencija ograničavanja obima beneficija i kruga njihovih korisnika. Mogu se primetiti dva različita zakonodavna rešenja. Jedan je uvođenje višestepenog sistema registracije i stvaranje više kategorija verskih organizacija.[54] U tom slučaju se samo jednoj kategoriji priznaje pravo da uživa sve privilegije i beneficije. Drugo rešenje koje se susreće u većini država jeste uvođenje strožih uslova registracije i preciziranje obima i uslova za ostvarivanje beneficija. U oba slučaja izazov je formulisanje normi koje neće diskriminisati nijednu versku organizaciju.

Činjenica je da su u državama regiona zabeleženi slučajevi izigravanja propisa o crkvama i verskim zajednicama. Motiv je, po pravilu, ostvarivanje neke od materijalnih beneficija koje verske organizacije uživaju. Izrada jasnih i preciznih propisa uz poštovanje stečenih prava registrovanih crkava i verskih zajednica najbolji je put da se spreče takve zloupotrebe i da se unapredi delovanje svih verskih organizacija.

[54] U većini evropskih zemalja crkve i verske zajednice mogu imati različite statuse. Gerhard Robbers, „Specific Treatment of Traditional Churches and Religious Communities Provided for in the Act on Churches and Religious Communities of the Republic of Serbia“, Annals FLB – Belgrade Law Review 3/2010, 271.

LITERATURA I IZVORI

Literatura

Raković A, Đurić V, *Pravo, vera kultura*, Beograd 2012.

Schanda B, „Religious Entities as Legal Persons-Eastern Central Europe (Czech Republic, Hungary, Poland, Slovakia, Slovenia)“, *Churches and other religious organizations as legal persons: proceedings of the 17th meeting of the European Consortium for Church and State Research* (ed. Lars Friedner), Peeters 2007.

Schanda B, „Religion and State in the Candidate Countries to the European Union: Issues concerning Religion and State in Hungary“, *Sociology of Religion* 3/2003.

Durham C, „Legal Status of Religious Organizations: A Comparative Overview“, *The Review of Faith & International Affairs* 3-14/2010.

Robbers G, „Specific Treatment of Traditional Churches and Religious Communities Provided for in the Act on Churches and Religious Communities of the Republic of Serbia“, *Annals FLB – Belgrade Law Review* 3/2010.

Kauper G. P, Ellis C. S, „Religious Corporations and the Law“, *Michigan Law Review* 8/1973.

Ferrari S, C. Durham, *Laws on Religion and the State in Post-Communist Europe*, Peeters 2004.

Matković A, „Pravni status crkava i verskih zajednica u Republici Srbiji – pozitivnopravni okviri i pitanje verske ravnopravnosti“, *Srpska pravna misao* 50/2017.

Đurić V, „Pravni položaj crkava i verskih zajednica u Republici Srbiji u svetlu odluke Ustavnog suda“, *Crkvene studije* 11/2014.

Radulović M, *Obnova srpskog državno-crkvenog prava*, Fondacija Konrad Adenauer i Hrišćanski kulturni centar, Beograd 2009.

Đurđević N, *Ostvarivanje slobode veroispovesti i pravni položaj crkava i verskih zajednica u Republici Srbiji*, Beograd 2009.

Pravni savjet i grupa autora, *Protiv pravnog nasilja nad vjerom*, Cetinje-Berane 2019.

Pravni savjeti Mitropolije crnogorsko-primorske i eparhija Budimljansko-nikšićke, Zahumsko-hercegovačke i Mileševske, *Primjedbe na Nacrt zakona o slobodi vjeroispovijesti*, Podgorica 2015.

Avramović S, „Poimanje sekularnosti u Srbiji – refleksije sa javne rasprave u Ustavnom sudu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2011.

Avramović S, *Prilozi nastanku Državno-crkvenog prava u Srbiji*, Beograd 1997.

Marinković T, „Prilog za javnu raspravu o ustavnosti Zakona o crkvama i verskim zajednicama“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2011.

Sudska praksa

Ustavni sud RS, Br. predmeta: IUz-455/2011.

Magyar Keresztény Mennonita Egyház and others v. Hungary, Applications nos. 70945/11, 23611/12, 26998/12, 41150/12, 41155/12, 41463/12, 41553/12, 54977/12, 56581/12.

Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova, Application no. 45701/99.
Hasan and Chaush v. Bulgaria, Application no. 30985/96.

Propisi

Zakon o pravnom položaju vjerskih zajednica, *Službeni. list SRCG*, br. 9/77, 26/77, 29/89, 39/89, 27/94 i 36/03.
Zakon o crkvama i verskim zajednicama, *Službeni glasnik RS*, br. 36/06.
Pravilnik o sadržini i načinu vođenja Registra crkava i verskih zajednica, *Službeni glasnik RS*, br. 64/06.
Закон за вероизповеданията, *Държавен вестник*, бр. 120/2002, 33/2006, 59/2007,74/2009, 68/2013, 61/2015, 79/2015, 108/2018, 29/2019, 34/2019.
Наредба за регистрация на ръководните органи на местните поделения на признатите от министерския съвет изповедания в Република България, *Държавен вестник*, бр. 87/1994.
Закон за изменение и допълнение на Закона за вероизповеданията, *Държавен вестник*, бр. 108/2018 и Закон за изменение и допълнение на Закона за вероизповеданията, *Държавен вестник*, бр. 29/2019.
Zakon o pravnom položaju vjerskih zajednica, *Službeni list SRCG*, br. 9/77, 26/77, 29/89, 39/89, 27/94, 36/03.
European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) and OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (OSCE/ODIHR), Joint Guidelines on the Legal Personality of Religious or Belief Communities, Adopted by the Venice Commission At its 99th Plenary Session (Venice, 13-14 June 2014).
Закона за изповеданията, *Държавен вестник*, бр. 48/1949,1 и 13/1951, 15/1991, 49/1992.
Zakon o pravnom položaju verskih zajednica, *Službeni glasnik SRS*, br. 44/1977.
Predlog zakona o slobodi veroispovesti ili uverenja i pravnom položaju verskih zajednica, https://www.paragraf.me/nacrti_i_predlozi/predlog-zakona-o-slobodi-vjeroispovijesti-ili-uvjerenja-i-pravnom-polozaju-vjerskih-zajednica.pdf, 13. novembar 2019.
Uredba o uplati doprinosa za penzijsko i invalidsko i zdravstveno osiguranje za sveštenike i verske službenike, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2012.
Zakon o pravnom položaju verskih zajednica, *Službeni list FNRJ*, br. 22/1953.

Internet izvori

Act CCVI of 2011 on the Right to Freedom of Conscience and Religion and the Legal Status of Churches, Denominations and Religious Communities of Hungary, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2012)009-e.
H. David Baer, Hungary's New Church Law Is Worse than the First, https://hungarianspectrum.org/tag/law-on-churches/.

Hungary: Amended Church Law Remains at Variance with OSCE Standards and the European Convention on Human Rights, https://www.osce.org/odihr/186866?-download=true.

Erika Schlager, Minority Faiths under the Hungarian Religion Law, https://www.csce.gov/international-impact/minority-faiths-under-hungarian-religion-law.

Vlada utvrdila Predlog zakona o slobodi vjeroispovijesti ili uvjerenja i pravnom položaju vjerskih zajednica, http://www.gov.me/vijesti/199409/Vlada-utvrdila-Predlog-zakona-o-slobodi-vjeroispovijesti-ili-uvjerenja-i-pravnom-polozaju-vjerskih-zajednica.html, 05. novembar 2019.

https://www.legislationline.org/download/id/3610/file/Hungarian_Act_C_on_Freedom_of_Religion_adopted_12.07.2011_en.pdf.

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Opinionon the Draft Law on Freedom of Religion or Beliefs and legal status of religious communities, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?-pdffile=CDL-AD(2019)010-e.

https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/100419/100419-vest12.html.

Dalibor B. Đukić, Ph.D., Assistant Professor
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
dalibor.djukic@ius.bg.ac.rs

Challenges of Regulating the Legal Status of Religious Organizations in Serbia and the Region

Abstract: *At the beginning of this century, laws regulating the status of churches and religious communities were adopted in Serbia and the countries of the region. These laws are aligned with international standards for the protection of human rights. This paper will present the most significant aspects of new legislation regulating the legal status of religious organizations in Hungary, Bulgaria, Serbia and Montenegro. The aim is to identify similarities and differences in the proposed or implemented solutions by comparative analysis, to identify their main advantages and disadvantages, as well as to point out the possibilities of their improvement and harmonization with international standards, especially in the field of protection of the collective aspect of freedom of religion. The article consists of three parts. The first summarizes the laws on churches and religious communities in the mentioned countries with an emphasis on issues that will be analyzed separately in other parts of the paper. The second part deals with the registration of churches and religious communities and the continuity of their legal personality. The third part of the paper contains an analysis of the regulations that change and re-regulate the scope of benefits and privileges afforded to churches and religious communities by the legal order. The concluding considerations outline the results of the analysis and point out further directions for the development of regulation in the domain of state-church law.*

Keywords: *religious organizations, legal personality, registration, benefits.*

Datum prijema rada: 14.11.2019.

Originalni naučni rad 347.440.44:347.472]:347.214.1
doi:10.5937/zrpfns53-24301

Nikolina B. Miščević, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
N.Miscevic@pf.uns.ac.rs

FORMA OBEĆANJA POKLONA POKRETNE STVARI

Sažetak: *U radu će biti reči o formi ugovora o poklonu koji za predmet ima prenos prava svojine na pokretnoj stvari. Tačnije, predmet rada je forma obećanja poklona pokretne stvari, tj. ugovora o poklonu koji se zaključuje bez istovremene predaje stvari. Kako ugovor o poklonu nije regulisan važećim propisom na njega se primenjuju pravila predratnog prava. Međutim, kada je reč o formi ugovora o poklonu, u domaćem pravu od Srpskog građanskog zakonika do danas sreću se zakonodavna rešenja i predlozi rešenja kojima se ona na različite načine reguliše. Zbog toga nije sasvim jednostavno dati odgovor na pitanje koja bi pravila trebalo primeniti na pitanja koja se tiču forme obećanja poklona pokretne stvari. Takođe, u domaćoj teoriji sporna su i druga pitanja u vezi sa formom obećanja poklona. U radu su izložene odredbe kojima je forma obećanja poklona u domaćem pravu bila regulisana, kako one iz propisa koji su stupili na snagu, tako i onih koji nikada nisu ni usvojeni, kao i rešenja iz uporednog prava koja su zakonodavcu poslužila kao uzor prilikom njenog regulisanja. Pored toga, izložena su različita shvatanja domaćih autora o formi obećanja poklona i posledicama nedostataka forme. Na kraju, u radu je dat predlog na koji bi način formu obećanja poklona trebalo regulisati kako bi se otklonile postojeće nejasnoće.*

Ključne reči: *forma ugovora, ugovor o poklonu, obećanje poklona, forma obećanja poklona, posledice nedostataka forme obećanja poklona.*

1. UVOD

Ugovor o poklonu je saglasnost volja kojom se jedna strana obavezuje da, na račun svoje imovine i bez naknade, na drugu stranu prenese pravo svojine na određenoj stvari ili neko drugo pravo ili učini određenu korist. Za punovažan nasta-

nak ugovora o poklonu nije dovoljna prosta saglasnost volja ugovornih strana, već ona mora biti izražena u određenoj formi. Pitanje forme ugovora o poklonu koji za predmet imaju prenos prava svojine na nepokretnostima je rešeno regulisanjem forme ugovora o prometu nepokretnosti, te je i za ovaj ugovor obavezna forma javnobeležnički potvrđene (solemnizovane) privatne isprave.[1]

Međutim, kada je reč o pokretnim stvarima, u domaćem pravu nije tako jednostavno dati odgovor na pitanje u kojoj se formi ugovor o poklonu ima sačiniti da bi proizvodio pravno dejstvo. U domaćoj teoriji se govori o „konkurenciji formi ugovora o poklonu".[2] Pod time se podrazumeva mogućnost da ovaj ugovor, kada za predmet ima prenos prava svojine na pokretnoj stvari, bude punovažno zaključen usmenom saglasnošću ugovornih strana koja je praćena istovremenom predajom stvari ili saglasnošću volja kod koje je predaja odložena za neki kasniji trenutak. U ovom drugom slučaju nije dovoljna prosta saglasnost volja, već je neophodno i da ona bude izražena u određenom obliku. Upravo kada je reč o formi u kojoj saglasnost volja ugovornih strana mora biti izražena kada je ne prati istovremena predaja stvari postoji značajan broj nejasnoća u domaćoj teoriji. Ovo je posledica činjenice da ugovor o poklonu nije regulisan važećim propisom, te se na njega primenjuju pravila predratnog prava. Kada je reč o formi ugovora o poklonu pokretne stvari, već davanje odgovora na pitanje šta je važeće pravo predstavlja izazov, a iz ovog pitanja proizlaze još brojna druga pitanja na koja domaći autori daju različite odgovore.

U cilju davanja odgovora na ova pitanja, u radu će biti navedena zakonodavna rešenja i predlozi rešenja iz perioda pre i posle donošenja Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije[3] kao i shvatanja domaćih autora o formi ugovora o poklonu i pravnim posledicama njenih nedostataka. Ali pre toga u radu će biti izložena rešenja iz zakonodavstava Austrije, Nemačke i Švajcarske radi jasnijeg sagledavanja rešenja iz domaćih propisa, kako onih koji su primenjivani, tako i onih koji nisu, ali i onih koji nikada nisu ni usvojeni. Na kraju, u radu će biti dat predlog rešenja kojim bi se, prema shvatanju autora, poklonodavcu obezbedio potreban stepen zaštite, te otklonile nejasnoće koje proizlaze iz postojećeg stanja u zakonodavstvu.

---

[1] Čl. 4 Zakona o prometu nepokretnosti, *Sl. Glasnik RS*, br. 93/2014, 121/2014 i 6/2015 i čl. 93, st. 2, tač. 1 Zakona o javnom beležništvu – ZJB, *Sl. glasnik RS*, br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – dr. zakon, 93/2014 – dr. zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015.

[2] Slobodan Perović, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Beograd 1964, 77; Mihajlo Cvetković, *Zaključenje i prestanak ugovora o poklonu*, doktorska disertacija, Niš 2015, 196. O „konkurenciji formi" kao slučaju kada se ugovor može zaključiti u jednoj od više predviđenih formi govori i *Vizner* u Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978, 308.

[3] Zakon o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije– Zakon o nevažnosti, *Sl. list FNRJ*, br. 86/46, 105/46, 96/47.

2. UGOVOR O POKLONU POKRETNIH STVARI U UPOREDNOM PRAVU

2.1. Nemačka

U Nemačkoj je ugovor o poklonu (*Schenkung*) regulisan §§ 516-534 Građanskog zakonika[4]. U nemačkom pravu pravi se razlika između ručnog poklona (*Handschenkung*) i obećanja poklona (*Schenkungsversprechen*). Pod ručnim poklonom podrazumeva se zaključenje ugovora o poklonu uz istovremenu predaju stvari dok obećanje poklona označava saglasnost ugovornih strana kod koje će predaja stvari biti izvršena naknadno. Za punovažno zaključenje ručnog poklona dovoljna je predaja stvari, tj. saglasnost ugovornih strana ne mora biti izražena u određenoj formi.[5] Sa druge strane, da bi obećanje poklona punovažno nastalo potrebno je ono potvrđeno od strane javnog beležnika (*Notarielle Beurkundung*).[6] Ipak, nedostatak navedene forme može se otkloniti ispunjenjem obećane činidbe.[7]

2.2. Austrija

Ugovor o poklonu regulisan je odredbama 938–955 austrijskog Opšteg građanskog zakonika.[8] U austrijskom, kao i u nemačkom pravu pravi se razlika između ručnog poklona i obećanja poklona. Za punovažnost ručnog poklona do-

---

[4] Nemački Građanski zakonik (*Bürgerliches Gesetzbuch*) – NGZ u verziji od 2. januara 2002. (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738). Poslednji put menjan 31. januara 2019. godine (BGBl. I S. 54).

[5] U domaćem pravu predaja stvari prilikom zaključenja ugovora smatra se posebnom vrstom forme, realnom formom, te se u pretežnom delu domaće teorije navodi da je za punovažan nastanak ručnog poklona naophodna realna forma. Suprotno tome, Stanković ističe da se ugovor o poklonu ne može svrstati u realne ugovore. Više o tome vid. U Obren Stanković, „Realni ugovori u Srpskom građanskom zakoniku, njegovom izvorniku i uporedno pravo“, *Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika* (1844-1994), Beograd 1996, 279.

Sa druge strane, u nemačkom pravu se predaja stvari ne smatra posebnom vrstom forme. O vrstama forme u nemačkom pravu vid. Hein Kötz, *Vertragsrecht*, Tübingen 2012, 75-78; Wolfgang Fikentscher, Andreas Heinemann, *Schuldrecht*, Berlin 2006, 77; Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeiner Teil des BGB*, München 2014, 138-143. Tako se u nemačkoj teoriji ručni poklon smatra neformalnim, a obećanje poklona formalnim ugovorom. Vid. Heinz-Peter Mansel u Rolf Stürner (Hrsg.), *Jauernig: BGB Kommentar*, 17. Aufl. 2018, BGB § 518 Rn. 1-2; Petra Pohlmann, *Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung*, Berlin 1992, 82; Ingo Saenger u Heinrich Dörner, Ina Ebert, Jörn Eckert, Thomas Hoeren, Reiner Kemper, Ingo Saenger, Hans Schulte-Nölke, Reiner Schulze, Ansgar Staudinger, Volker Wiese, *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, Reiner Schulze (Red.), Baden Baden 2019, (*BGB Handkommentar 2019*), § 516, Rn. 1.

[6] § 518 (I) NGZ.

[7] § 518 (II) NGZ.

[8] Austrijski građanski zakonik – AGZ (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) iz 1811. godine (JGS Nr. 970/1846). Poslednji put menjan 29.oktobra 2019. godine (BGBl. I Nr. 105/2019).

voljna je takođe predaja stvari, a dok se za obećanje poklona zahteva određena forma. O formi obećanja poklona u AGZ govori se u § 943 prema kojem „iz prostog usmenog, bez prave predaje zaključenog ugovora o poklonu ne nastaje za poklonoprimca tužbeno pravo (*Klagerecht*). Ovaj zahtev mora biti zasnovan na pisanoj ispravi". Dakle, prema § 943 AGZ za punovažnost obećanja poklona potrebno je da ono bude dato u pisanoj formi. Međutim, iako je ova odredba još uvek sadržana u AGZ, ona je derogirana još 1871. godine donošenjem Zakona o notarskim aktima[9] u kojem je u § 1 forma javnobeležničkog akta (*Notariatsakt*) predviđena kao obavezna, između ostalih, i za ugovore o poklonu „bez prave predaje".[10] Time je i u austrijskom pravu prosta pisana forma postala nedovoljna za punovažno zaključenje ugovora o poklonu kada saglasnost volja ugovornih strana nije praćena istovremenom predajom stvari, već će ona uslediti u nekom kasnijem trenutku.

Interesantno je da je pooštrenje forme obećanja poklona u austrijskom pravu prošlo gotovo neopaženo u posleratnoj domaćoj teoriji, te se u radovima koji sadrže uporednopravni prikaz forme obećanja poklona navodi da je u austrijskom pravu obavezna pisana forma iz § 943 AGZ.[11]

2.3. Švajcarska

Švajcarsko pravo, poput nemačkog i austrijskog, takođe pravi razliku između ručnog poklona (*Schenkung von Hand zu Hand*) i obećanja poklona (*Schenkungsversprechen*). I prema švajcarskom Građanskom zakoniku[12] za punovažnost ručnog poklona dovoljna je predaja stvari, međutim u pogledu forme obećanja poklona švajcarski zakonodavac postavio je blaži uslov. Prema

---

[9] Austrijski zakon o notarskim aktima (*Notariatsaktsgesetz*) – aZNA od 25. jula 1871. godine, *RGBL. Nr . 76/1871.*

[10] Forma javnobeležničkog akta ne može biti zamenjena overom potpisa od strane javnog beležnika budući da se na taj način samo potvrđuje autentičnost potpisa, dok izostaje poučavanje stranaka, tj. prvenstveno poklonodavca o posledicama ugovora. Gunter Ertl u Fenveyes, Kerschner, Vonkilch, 3. Auflage des von Dr. Heinrich Klang begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 938 bis 1001, Wien 2013, 79;

[11] Vesna Radovčić, *Pravna problematika i razvitak instituta darovanja*, Zagreb 1983, 124; Dragoljub Lazarević, Ugovor o poklonu, Beograd 2010, 36; Marko Đurđević, *Ugovor o poklonu*, Beograd 2012, 146; M. Cvetković, 165; Slobodan Perović, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, 77 i 78. *Perović* ne kaže izričito da je u austrijskom pravu za obećanje poklona obavezna pisana forma, ali ističe da je § 943 AGZ izvornik §564 SGZ u kojem je predviđena pisana forma, a pritom ne navodi da je ova odredba u austrijskom pravu derogirana, a kao primer zakonika u kojima je za obećanje poklona predviđena svečana, javnobeležnička forma navodi *Code civil*, NGZ i građanski zakonik tadašnje RSFSR.

[12] Švajcarski građanski zakonik – ŠGZ, peti deo: Obligaciono pravo iz 1911. godine u verziji od 01. januara 2014. godine.

čl. 243 ŠGZ za punovažnost obećanja poklona potrebno je da ono bude dato u pisanoj formi.[13] Ipak, u st. 3 ovog člana predviđeno je da će se, u slučaju ispunjenja obećanja poklona koje nije sačinjeno u potrebnoj formi, smatrati da se radi o ručnom poklonu.

3. FORMA OBEĆANJA POKLONA U DOMAĆEM PRAVU

3.1. Domaća regulativa pre donošenja Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije

Iako su odredbe o ugovoru o poklonu bile sadržane u Skici o obligacijama i ugovorima[14] one nisu uvrštene u tekst Zakona o obligacionim odnosima[15]. Kako je u čl. 4 Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije predviđena mogućnost primene predratnih pravnih pravila na odnose koji nisu regulisani važećim propisima, u pravnoj teoriji i sudskoj praksi prihvaćeno je stanovište da se na sva pitanja u vezi sa ugovorom o poklonu imaju primeniti pravila sadržana u Srpskom građanskom zakoniku.[16] U SGZ je ugovor o poklonu regulisan §§ 561-568, od kojih se § 564 odnosi na formu obećanja poklona. Ovim odredbama je forma obećanja poklona regulisana slično kao i u njegovom izvorniku, AGZ. Tako prema navedenoj odredbi SGZ „ko poklon samo usmeno učini, a stvar ne preda, i na zahtevanje neće da preda, ne može se sudom naterati, da predati mora. Samo sa pismenim dostovernim dokazom može se poklon putem sudskim tražiti“. Dakle, kao i u AGZ, za punovažan nastanak ugovora o poklonu bez predaje stvari bila je neophodna pisana forma. Zajedno sa ostalim pravilima o ugovoru o poklonu, prema preovlađujućem shvatanju u teoriji i sudskoj praksi, na formu obećanja poklona ima se primeniti navedena odredba SGZ.[17]

Međutim, ono što je u značajnom delu teorije i sudske prakse ostalo skoro neprimećeno ili nedovoljno razmotreno je činjenica da je, pre donošenja Zakona

---

[13] Kada su predmet poklona prenos stvarnih prava na nepokretnostima za punovažnost ugovora o poklonu potrebna je forma javnobeležnički potvrđene isprave. čl. 243, st. 2 ŠGZ.

[14] Mihailo Konstantinović, *Obligacije i ugovori – skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd 1969, čl. 509-522.

[15] Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Sl. List SFRJ* br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. List SRJ*, br. 31/93 i *Sl. List SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja.

[16] Građanski zakonik za Knjažestvo Srbiju iz 1844. godine – SGZ.

[17] S. Perović, 77-78; M. Đurđević, 147; D. Lazarević, 37-38; M. Cvetković 175-176. U sudskoj praksi vid. npr. Presude Vrhovnog suda Srbije br. Rev. 1147/05 od 01.12.2005. godine i br. Rev. 2764/05 od 07.12.2005. godine, presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, br. Gž. 2876/17 od 22.11.2017, Presuda Apelacionog suda u Beogradu br. Gž. 14186/10 od 16.11.2011. godine.

o nevažnosti, odredba SGZ koja se odnosi na formu obećanja poklona bila derogirana odredbom Zakona o javnim beležnicima (notarima) Kraljevine Jugoslavije iz 1930. godine[18]. U § 52 ovog zakona navedena je lista pravnih poslova za čiju valjanost je potrebna forma javnobeležničkog akta među kojima je i „ugovor o darivanju bez prave predaje". Navedenom odredbom ZJBKJ je derogirana odredba iz SGZ kojom je regulisana forma obećanja poklona na isti način kao što je to učinjeno u austrijskom pravu donošenjem aZNA. I sam § 52 ZJBKJ je vrlo sličan § 1 aZNA, te se može reći da je domaći zakonodavac pratio svoj uzor ne samo u pogledu načina regulisanja forme obećanja poklona u građanskom zakoniku, već i u pogledu kasnije izmene, tj. pooštravanja obavezne forme. Tako za punovažnost ugovora o poklonu bez predaje stvari više nije bilo dovoljno da ispravu sačine i potpišu ugovorne strane, niti da tako sačinjenu ispravu potvrdi javni beležnik, već je bilo neophodno da ispravu on u celosti sačini.

Ni autori Predosnove građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju[19] nisu odstupili od strože forme obećanja poklona, te je u § 930 Predosnove bilo predviđeno da je za valjanost ugovora o poklonu bez prave predaje potreban javnobeležnički akt.[20]

Ipak, kako Predosnova nije ni ušla u skupštinsku proceduru, za pitanje forme obećanja poklona važila je odredba ZJBKJ sve do donošenja Odluke AVNOJ-a o ukidanju javnih beležnika i javnobeležničkih komora od 17. novembra 1944. godine.[21] U § 2 ove odluke predviđeno je da svi poslovi koje su do tada vršili javni beležnici prelaze u nadležnost redovnih sudova. Kako je u poslove javnih beležnika spadalo i sačinjavanje ugovora o poklonu bez predaje, može se zaključiti da je na osnovu navedene odredbe i ono prešlo u nadležnost sudova.

Međutim, kao što je to slučaj sa § 52 ZJBKJ, u teoriji i sudskoj praksi se retko može naići na pomen Odluke AVNOJ-a, a i tamo gde se pominje ona se uglavnom ne komentariše sa aspekta važećeg prava.[22] Nekoliko izuzetaka može se naći u praksi Vrhovnog suda NR Hrvatske. Prema shvatanju ovog suda, pre

---

[18] Zakon o javnim beležnicima (notarima) – ZJBKJ, *Sl. novine Kraljevine Jugoslavije* br. 220/1930.

[19] Predosnova Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju, Beograd, 1934.

[20] Lazar Marković, Obligaciono pravo, reprint, Beograd 1997.

[21] Odluka o ukidanju javnih beležnika i javnobeležničkih komora – Odluka AVNOJ-a, Sl. list DFJ 1/1945. Odluka je potvrđena Zakonom o potvrdi odluka i zakona pre 1. decembra 1945. godine koji je donet 12. novembra 1946, Sl. list FNRJ br. 91/46.

[22] Tako S. Perović u *Formalni ugovori u građanskom pravu,* Beograd 1964. *Perović* pod podnaslovom „Notarijalni ugovori" navodi ugovore za koje je u ZJBKJ bila predviđena javnobeležnička forma, kao i Odluku AVNOJ-a kojom je javno beležništvo ukinuto, ali u delu pod podnaslovom „Konkurencija formi" kao primer za ovaj slučaj navodi ugovor o poklonu pokretne stvari kod kojeg postoji konkurencija pisane forme koja je u § 564 SGZ predviđena za obećanje poklona, s jedne strane, i realne forme, s druge strane. Vid. 73-74 i 77-78.

donošenja Odluke AVNOJ-a za obećanje poklona zahtevana je, iz razloga pravne sigurnosti, forma javnobeležničkog akta koji je predstavljao javnu ispravu. Stoga, ovo pravilo treba primeniti na osnovu Zakona o nevažnosti jer ono nije suprotno važećim propisima i načelima ustavnog poretka. Pošto su Odlukom AVNOJ-a svi poslovi javnih beležnika prešli u nadležnost sudova, za punovažan nastanak ugovora o poklonu bez predaje potrebno je da bude sastavljen uz učešće suda.[23]

U teoriji je isto stanovište zauzeo *Vuković*. On navodi da su odredbe AGZ i SGZ kojima je za obećanje poklona bila predviđena pisana forma postale bespredmetne posredstvom § 52 ZJBKJ „uz dodatak odluke AVNOJ-a o ukidanju javnih beležnika". Stoga, prema *Vukoviću*, ovaj ugovor mora biti sačinjen kod suda, tj mora imati formu sudskog akta.[24]

Sa druge strane, oštro neslaganje sa stavom Vrhovnog suda NR Hrvatske o tome koje se pravilo o formi obećanja poklona ima primeniti na osnovu čl. 4 Zakona o nevažnosti iskazao je u svom radu *Bazala*.[25] On osporava stav suda i razlog pravne sigurnosti zbog kojeg je, prema mišljenju suda, uvedena javnobeležnička forma kao obavezna za ugovor o poklonu bez predaje i druge ugovore navedene u § 52 ZJBKJ. On postavlja pitanje kako se nakon 80 godina važenja odredbe iz AGZ kojom je predviđena pisana forma odjednom javila potreba da se valjanost ugovora iz § 52 uslovi zaključenjem u javnobeležničkoj formi. Prema *Bazali*, iza pooštrenja obavezne forme za navedene ugovore zapravo stoji namera da se javnim beležnicima obezbede prihodi, s obzirom na to da je ova odredba, kao i ceo ZJBKJ, doneta „radi favorizovanja javnih beležnika".[26] Osim toga, po shvatanju ovog autora, može se reći da navedena odredba jeste u suprotnosti sa načelima ustavnog poretka budući da se u to vreme nastoje ukinuti sve suvišne formalnosti „sa namerom da se i u građanskim predmetima ostvari materijalna istina (?)". Ovom odredbom nameće se forma koja je nepotrebna i koju „naš narod ne može shvatiti". Uostalom, prema *Bazali*, nije shvatljivo zašto pisana isprava ne može biti valjana samo zbog toga što nije sačinjena u formi javnobeležničkog akta ili uz učešće suda iako su se strane sporazumele na način kako je u njoj utvrđeno. Na kraju, on zaključuje da se pitanje primene § 52 ne može rešiti na osnovu Odluke AVNOJ-a, već samo pravilnom primenom Zakona o nevažnosti, a to znači da se ne može pretpostaviti da je za punovažan nastanak ugovora o poklonu

[23] Odluka Vrhovnog suda NR Hrvatske br. Gž. 204/52-2 od 25.03.1952. godine. Isto stanovište ovaj sud je zauzeo i u odlukama br. Gž 2587/63 od 05.02.1964. i Rev 615/65 od 28.04. 1965. godine.

[24] Mihajlo Vuković, *Obvezno pravo, knjiga II*, Zagreb 1964, 253.

[25] Branko Bazala, „Forma darovne pogodbe", *Odvjetnik*, 2/1953, 1-3.

[26] *Ibid*., 1.

bez predaje potrebno da on bude sačinjen u obliku neke posebne isprave, pa ni kod suda, već je dovoljna pisana isprava.[27]

Argumenti na kojima je *Bazala* zasnovao stav o obaveznoj formi obećanja poklona u važećem pravu teško se mogu prihvatiti. Ovo naročito imajući u vidu deo o razlozima uvođenja javnobeležničke forme ugovora u domaćem pravu, kao i činjenicu da on zapravo osporava potrebu za postojanjem bilo koje strože forme od pisane. Uprkos tendenciji oslobađanja od formalizma o kojoj govori *Bazala* kod brojnih ugovora zakonodavac se opredelio za ograničenje njihovog zaključivanja određenom formom imajući u vidu ciljeve koji se njome ostvaruju, a ispunjenje nekih od tih ciljeva nije moguće postići prostom pisanom formom.[28]

Vizner se takođe osvrće na formu obećanja poklona i navodi odluke hrvatskog Vrhovnog suda u kojem je zauzet stav o obaveznom učešću suda u sačinjavanju u slučaju kada nema istovremene predaje stvari. Međutim, teško je zaključiti kakav je stav *Viznera* o ovom pitanju. Naime, on u istom delu na jednom mestu obećanje poklona navodi kao primer ugovora za čiji punovažan nastanak je obavezna pisana forma[29], a na drugom mestu izričito kaže da se radi o „strogo formalnom pismenom ugovoru sastavljenom kod suda“[30]. Pri tom, već nekoliko pasusa kasnije se opet govori o pisanoj formi kao uslovu za punovažan nastanak obećanja poklona.[31] Opravdanje za navedene kontradiktornosti ne može se naći u eventualnom širem pojmu pisane forme koji bi obuhvatio i slučajeve kada se ugovor sačinjava uz učešće državnog organa jer *Vizner* u delu o „vrstama formi kod formalnih ugovora“ pravi jasnu razliku između pisane forme, forme koja se sastoji u učešću određenih državnih organa radi overe potpisa ugovornih strana ili overe ugovora od strane samog sudije i forme koja se sastoji u realnoj predaji stvari.[32] Takođe, način na koji ovaj autor analizira pitanje forme obećanja poklona ne daje povoda ni za zaključak da je namera bila da napravi razliku između stava hrvatskog Vrhovnog suda i njegovog stava o ovom pitanju, kao što je to uradio *Bazala*.[33]

---

[27] *Ibid*., 2.

[28] O ciljevima forme ugovora vid. u Peter Mankowski, „Formzwecke“, *Juristen Zeitung*, 13/2010, 662-668.

[29] B. Vizner u Vladimir Kapor, Slavko Carić, *Ugovori građanskog i privrednog prava*, Rijeka 1971 , 77-78.

[30] *Ibid*. 360.

[31] *Ibid*. 362.

[32] *Ibid*. 77-78. Ugovor o poklonu pritom navodi kao primer za realni ugovor, a ugovor o poklonu bez faktičke predaje za ugovor kod kojeg je obavezna pisana forma.

[33] Istina, na mestu gde govori o formi obećanja poklona napokretnosti ističe da smatra neopravdanim stanovište suda prema kojem je za valjanost ugovora o poklonu nepokretnosti bez predaje dovoljno da ugovor bude sačinjen u pisanoj formi sa potpisom poklonodavca overenim u sudu dok je za valjanost ugovora o poklonu pokretnih stvari bez predaje stvari neophodna „posebna forma javne isprave u vidu sudskog zapisnika“. Vid. *Ibid*. 361-362. Međutim, ni iz toga ne

Postavlja se pitanje zbog čega su odredba ZJBKJ i Odluka AVNOJ-a o formi obećanja poklona u srpskoj teoriji zapostavljene, te zašto gotovo da nisu ni razmotrene u kontekstu primene predratnih pravila na odnose koji nisu regulisani važećim propisima. Razlog za to se verovatno krije u tome što, iako je donet za područje cele Kraljevine Jugoslavije, ZJBK nije primenjivan u područjima Apelacionog suda u Beogradu, Apelacionog suda u Skoplju i Velikog suda u Podgorici u kojim je ustanova javnog beležništva tek trebalo da bude uvedena.[34] Ovaj zakon primenjivan je samo na područjima na kojima je u vreme njegovog donošenja javno beležništvo već postojalo, a to su područja apelacionih sudova u Novom Sadu, Zagrebu, Splitu i Ljubljani, kao i Vrhovnog suda u Sarajevu s tim da je na ovom području 1932. zakon stavljen van snage.[35] Pa ipak, i na ovim područjima sudska praksa se opredelila za pisanu formu koja je bila predviđena odredbama AGZ, a ne za formu sudskog akta na osnovu odredaba ZJBKJ, Odluke AVNOJ-a i Zakona o nevažnosti. Ovakvo rešenje suda ne čini se opravdanim jer je na ovim područjima ZJBKJ nesporno bio važeće pravo u trenutku donošenja Odluke AVNOJ-a. Ova Odluka i zakon kojim je ona potvrđena predstavljali su u posleratnom periodu važaće propise, te je i odredba kojom je su poslovi javnih beležnika preneti u nadležnost suda bila obavezujuća. Stoga, na ovim područjima nije bilo prostora za primenu predratnih pravila na pitanje forme obećanja poklona jer je ono bilo regulisano važećim pravom.

Kada su u pitanju područja na kojima javno beležništvo nije ni uspostavljeno do donošenja Odluke AVNOJ-upitno je da li je ZJBKJ bio važeće pravo s obzirom na to da je „stupio u život“, ali nije dobio obaveznu snagu“. Međutim, ukoliko se uzme i da nije, nakon donošenja Zakona o nevažnosti, Odluke AVNOJ-a i zakona kojim je ova odluka potvrđena, bilo je besmisleno pozivati se na pravila predratnog prava koje je važilo na tim područjima kada je već u drugim delovima države bilo obavezno zaključenje ovog ugovora uz učešće suda. Ovo naročito kada se ima u vidu da je u posleratnom periodu jedan od osnovnih ciljeva zakonodavca, a i sudske prakse bio ujednačavanje prava i otklanjanje pravnog partikularizma na teritoriji savezne države.[36]

---

proizlazi namera Viznera da ukaže na to da postoji razlika između stava suda i njegovog stava u pogledu forme obećanja poklona pokretne stvari, te da bi prema njegovom shvatanju ona trebalo da bude obična pisana forma.

[34] U § 253 ZJBKJ bilo je predviđeno da zakon „stupa u život“ na dan objavljivanja u Službenim novinama, ali da „obaveznu snagu“ na ovim područjima dobija kada to ministar pravde odredi donošenjem Uredbe. Međutim, ova uredba nikada nije doneta.

[35] Mirela Krešić, „Zakon o javnim bilježnicima Kraljevine Jugoslavije iz 1930.: sudjelovanje javnog bilježnika u ostavinskom postupku – iskustva iz prošlosti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2/2013, 357-363.

[36] Otklanjanje pravnog partikularizma i iznalaženje rešenja koja su više odgovarala stanju u društvu i njegovim potrebama bili su razlozi i za primenu predratnih pravila na područjima na

3.2. Domaća regulativa nakon donošenja Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije

U periodu nakon donošenja Zakona o nevažnosti do danas postojalo je nekoliko pokušaja da se reguliše forma ugovora o poklonu. Prvi je bio sadržan u *Konstantinovićevoj* Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima. U čl. 510 Skice je za punovažno zaključenje ugovora o poklonu bila predviđena pisana forma. Međutim, ugovor o poklonu pokretne stvari koji nije zaključen u pisanoj formi bio je punovažan i ukoliko je stvar predata poklonoprimcu.[37] Kako odredbe o ugovoru o poklonu nisu uvrštene u tekst ZOO, pitanja forme ugovora o poklonu rešavana su u sudskoj praksi primenom predratnih pravila na osnovu čl. 4 Zakona o nevažnosti.

Budući da su odredbe Nacrta Građanskog zakonika gotovo identične onima iz Skice, na isti način je u njemu regulisana i forma ugovora u poklonu. Dakle, za ugovor o poklonu je predviđena pisana forma, s tim da će ugovor biti punovažno zaključen i ukoliko saglasnost ugovornih strana nije izražena u pisanoj formi, ali je izvršena predaja stvari. Jedina razlika u pogledu regulisanja forme ugovora o poklonu ogleda se u tome što je u Nacrtu posebno regulisana i forma ugovora o poklonu nepokretne stvari na način da se zahteva i da potpisi ugovornih strana budu overeni od strane nadležnog organa.[38]

Poslednji pokušaj regulisanja forme obećanja poklona učinjen je donošenjem Zakona o javnom beležništvu 2011. godine.[39] U osnovnom tekstu zakona, u čl. 82 bili su navedeni pravni poslovi koji moraju biti sačinjeni u formi javnobeležničkog zapisa. Ova forma kao obavezna, između ostalih pravnih poslova, bila je predvi-

---

kojima ona nisu važila. Dok su u posleratnoj sudskoj praksi neki sudovi bili skloniji da se striktno drže predratnih pravila koja su važila na datom području, drugi su prilikom rešavanja pravnih pitanja uzimali u obzir i pravna pravila koja su važila na drugim područjima. Tako u Rešenju Vrhovnog suda NR Bosne i Hercegovine Gž 283/56 od 9. novembra 1956. godine. Više argumenata u prilog mogućnosti primene predratnih pravnih pravila na područjima na kojima ona nisu ni važila vid. u Mihailo Konstantinović, „Stara „pravna pravila“ i jedinstvo prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 4/1957, 431-437.

Stoga, ukoliko iznalaženje odgovarajućeg rešenja za pitanje koje nije regulisano važećim propisom i otklanjanje pravnog partikularizma mogu biti opravdan razlog za primenu predratnog pravila sa drugog pravnog područja koje nema snagu zakona, utoliko više oni mogu biti razlog za primenu pravila koje na jednom području predstavlja važeće pravo za rešavanje istog pravnog pitanja na drugom području, na kojem ovo pitanje nije regulisano važećim propisom.

[37] Čl. 510, st. 1 i 2 Skice.

[38] Čl. 799, st. 1 i 3 Nacrta Građanskog zakonika od 29. maja 2015. godine. Dostupno na internet stranici Ministarstva pravde Republike Srbije putem linka https://www.mpravde. gov.rs/files/NACRT.pdf na dan 4.12.2019. godine.

[39] Zakon o javnom beležništvu – ZJB, *Sl. glasnik RS* br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – dr. zakon, 93/2014 – dr. zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015.

đena i za obećanje poklona. Za razliku od prethodna dva slučaja, ovaj zakon je stupio na snagu, a počeo je da se primenjuje 1. septembra 2014. godine. Međutim, već 23. januara 2015. godine stupio je na snagu novi Zakon o izmenama i dopunama Zakona o javnom beležništvu[40] kojim je iz čl. 82 obrisan veći deo pravnih poslova za koje je prvobitno bila predviđena forma javnobeležničkog zapisa. Tako je ova lista svedena samo na ugovore o raspolaganju nepokretnostima poslovno nesposobnih lica, sporazum o zakonskom izdržavanju i ugovor o hipoteci i založnu izjavu u kojima je sadržana izričita izjava vlasnika nepokretnosti da se po dospelosti obaveze može neposredno sprovesti prinudno izvršenje radi ostvarenja dugovane činidbe. Pitanje je, međutim, da li je brisanje obećanja poklona iz liste pravnih poslova za čije zaključenje je obavezna forma javnobeležničkog zapisa posledica namere zakonodavca da se ipak za obećanje poklona ublaži obavezna forma vraćanjem na primenu pravila iz SGZ. Ili je to pak posledica popuštanja pred zahtevima advokata iz štrajka koji je trajao koliko i važenje navedene odredbe ZJB, a koji su se upravo odnosili na brisanje odredbe kojom je uveden ekskluzivitet javnog beležnika u sačinjavanju pravnih poslova iz čl. 82, a naročito ugovora o raspolaganju nepokretnostima?[41] U svakom slučaju, time je forma obećanja poklona opet postala neregulisana važećim propisom.

4. FORMA OBEĆANJA POKLONA U DOMAĆOJ TEORIJI

4.1. Forma *ad solemnitatem* ili *ad probationem*

Među domaćim autorima nema saglasnosti ni u pogledu toga da li je pisana forma obećanja poklona iz SGZ-a bitna forma (*ad solemnitatem*) ili dokazna (*ad probationem*). Tako, prema jednoj grupi autora, radi se o bitnoj formi koja je neophodna za punovažan nastanak ugovora.[42] Sa druge strane, pojedini autori smatraju da se u ovom slučaju radi o formi *ad probationem*.[43] Prema *Lozi*, ugovor nastaje u trenutku usmene saglasnosti, dok predaja ili sačinjavanje pisane isprave

[40] Zakon o izmenama i dopunama Zakona o javnom beležništvu, *Sl. glasnik* br. 6/2015 od 22. januara 2015. godine.

[41] Vid. Odluka Skupštine Advokatske komore Srbije br. 895-3/2014 sa zasedanja održanog 13.09.2014. godine.

[42] Borislav T. Blagojević, *Građanskopravni obligacioni ugovori*, Beograd 1952, 68; Slobodan Perović u *Formalni ugovori u građanskom pravu*, na str. 58 navodi da je ugovor o poklonu formalan ugovor, a na str. 79 , fn. 276 u delu o podeli forme na bitnu i dokaznu ističe da dokazna forma ne ulazi u pojam formalnih ugovora; M. Đurđević, 146-147.

[43] Bogdan Loza, *Obligaciono pravo – posebni dio*, Sarajevo 1961, 70-71, B. Vizner, 362; Vladimir V. Vodinelić, „150 godina kasnije: šta je još živo u Srpskom građanskom zakoniku?“, *150 godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika (1844-1994)*, Beograd 1996, 402; D. Lazarević, 31.

služe dokazivanju postojanja ovog ugovora. Međutim, *Loza* poput drugih autora ističe da je svrha forme ugovora o poklonu zaštita poverioca od brzopletog i lakomislenog zaključivanja ovog ugovora. Ali forma *ad probationem* ugovora nije podobna da ostvari ovaj cilj. Naime, ova forma podrazumeva da ugovor punovažno nastaje i počinje da proizvodi dejstvo postizanjem usmene saglasnosti ugovornih strana, dok pismena isprava u kojoj je izražena sadržina saglasnosti volja ugovornih strana služi samo dokazivanju postojanja takvog ugovora. Dakle, nastanak ugovora prethodi njenom sačinjavanju. Sa druge strane, upozoravajuća funkcija forme ugovora podrazumeva da se nametanjem obavezne forme ugovornim stranama ostavi još jedna prilika da razmotre posledice zaključenja ugovora.[44] Stoga, jasno je da navedena funkcija ne može biti ostvarena formom *ad probationem.*

Još važniji razlog zbog kojeg se ne može prihvatiti shvatanje da se u ovom slučaju radi o dokaznoj formi je činjenica da se koncept dokazne forme ugovora kao jedinog mogućeg dokaza o postojanju i sadržini ugovora protivi jednom od osnovnih načela parničnog postupka – načelu slobodne ocene dokaza. Pod ovim načelom podrazumeva se odsustvo zakonskih pravila kojima bi sudija bio vezan prilikom izbora i broja dokaznih sredstava, kao i njihove ocene. Ono znači da se „svakom vrstom dokaznih sredstava može utvrđivati svaka činjenica", te da ne postoji hijerarhija dokaznih sredstava prema njihovoj dokaznoj snazi u pogledu utvrđivanja određene činjenice.[45] Izuzeci od pravila da sud nije ograničen mogućnošću korišćenja samo određenih dokaznih sredstava za dokazivanje pojedinih činjenica moraju biti izričito predviđeni zakonom i takvih izuzetaka u domaćem pravu ima samo nekoliko.[46] Takvo ograničenje u pogledu dokazivanja postojanja i sadržine ugovora ugovorne strane ne mogu postaviti ugovaranjem određene forme.[47]

4.2. Pravne posledice nedostatka forme obećanja poklona i značaj naknadne predaje stvari

Od načina na koji je regulisana forma obećanja poklona zavise i posledice njenog neispunjenja. Naime, u teoriji se postavlja pitanje ukoliko ugovor o poklonu

---

[44] O upozoravajućoj funkciji forme vid. Sanja Radovanović, Nikolina Miščević, „O elektronskoj formi ugovora u domaćem pravu", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2018, 1646-1647.

[45] Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd 2009, 30.

[46] Ovo ograničenje postoji samo u pogledu arbitražnog sporazuma, sporazuma o prorogaciji nadležnosti, sporazuma o adresi dostavljanja i postojanja novčanog postraživanja u postupku izdavanja platnog naloga. O načelu slobodne ocene dokaza vid. Ranko Keča u Ranko Keča, Marko S. Knežević, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2017, 161-163.

[47] Marija Karanikić Mirić, „Istorija pooštravanja zakonske forme ugovora o otuđenju nepokretnosti u srpskom pravu", *Teme*, 4/2015, 1303-1304. *Karanikić Mirić* navodi načelo zakonitosti kao načelo parničnog postupka koje se povređuje ugovaranjem *ad probationem* forme ugovora.

bez predaje ne bude sačinjen u predviđenoj formi, da li iz ove saglasnosti nastaje prirodna obligacija ili se radi o nevažećem ugovoru koji ne proizvodi nikakva pravna dejstva.

4.2.1. Prirodna obligacija

Shvatanje prema kojem iz usmeno zaključenog ugovora o poklonu bez predaje nastaje za poklonodavca prirodna obligacija da stvar preda poklonoprimcu proizlazi iz načina na koji je forma obećanja poklona regulisana u AGZ, a potom i u SGZ. Naime, u § 943 AGZ je bilo predviđeno da „iz prostog usmenog, bez prave predaje zaključenog ugovora o poklonu ne nastaje za poklonoprimca tužbeno pravo (*Klagerecht*). Ovaj zahtev mora biti zasnovan na pisanoj ispravi".

U austrijskom pravu, u skladu sa § 1432 AGZ ne može se zahtevati vraćanje onog što je dato na ime namirenja potraživanja koje je zastarelo, koje je nevažeće zbog nedostataka forme, za koje je zakonom uskraćeno tužbeno pravo (*Klagerecht*) ili onoga što je dato uprkos saznanju da obaveza ne postoji. U prva tri navedena slučaja, prema teoriji, radi se o prirodnim obligacijama koje nisu utužive (*einklagbar*), niti se mogu prinudno izvršiti, ali se mogu ispuniti.[48] Kada je reč o obligacijama koje su na osnovu zakona neutužive primer za ovu vrstu prirodnih obligacija je upravo obaveza poklonodavca koja nastaje na osnovu usmeno datog obećanja poklona na osnovu § 943 AGZ. Međutim, kao što je već navedeno, ova odredba je derogirana § 1 aZNA kojim je za obećanje poklona predviđena forma javnobeležničkog akta. Zbog načina na koji je regulisana forma obećanja poklona ovom odredbom, usmeno obećanje poklona takođe predstavlja prirodnu obligaciju, ali ne zbog toga što joj je zakonom izričito uskraćeno tužbeno pravo, već zbog nedostatka obavezne forme. Kako se navodi u teoriji, iako je u zakonu izričito navedeno da je ugovor o poklonu bez istovremene predaje koji nije sačinjen u formi javnobeležničkog akta nevažeći (*ungültig*), to ne znači da je da je ugovor ništav, već da se radi o prirodnoj obligaciji.[49] Iako se u § 1432 AGZ navode slučajevi u kojim je isključena kondikcija, prema preovlađujućem shvatanju u savremenoj austrijskoj teoriji, ova odredba zapravo predstavlja osnov za konvalidaciju ugovora kojim nedostaje obavezna forma.[50] Definisanje da li se u ovom slučaju

[48] Otto Frankl, *Die Formerfordernisse der Schenkung nach österreichischem Recht*, Graz 1883, 159-160; G. Ertl, 125.

[49] G. Ertl, 80; Raimund Bollenberger u Helmut Koziol, Peter Bydlinski, Raimund Bollenberger (Hrsg.), *Kurzkommentar zum ABGB*, Wien 2010, 1028.

[50] O § 1432 AGZ kao osnovu za konvalidaciju ugovora koji nisu sačinjeni u zahtevanoj formi umesto svih vid. u Helmut Heiss, *Formmängel und ihre Sanktionen*, Tübingen 1999, 252-258.

radi o prostom isključenju kondikcije ili o konvalidaciji ugovora kojem nedostaje obavezna forma važno je zbog toga što, u slučaju da se ne radi o konvalidaciji, iz naknadnog ispunjenja ne proističe zahtev po osnovu odgovornosti za nedostatke ispunjenja, niti zahtev za naknadu štete.[51]

Međutim, većina autora ističe da mogućnost konvalidacije, odnosno primene § 1432 AGZ na ugovore sa formalnim nedostacima zavisi od cilja koji se obaveznom formom u konkretnom slučaju želi postići.[52] Tako, ako predviđena forma prvenstveno služi zaštiti lica koje se ugovorom obavezuje od prenagljenog preuzimanja obaveze, prema njihovom shvatanju, nema prepreke za to da se naknadnim ispunjenjem takav ugovor konvalidira. Konvalidacija naknadnim ispunjenjem moguća je kod obećanja poklona i ugovora o jemstvu kada nisu sačinjeni u obaveznoj formi. Sa druge strane, kod ugovora kod kojih obavezna forma ima prevenstveno funkciju zaštite poverilaca lica koje preuzima obavezu, prema mišljenju ovih autora, ne treba dozvoliti konvalidaciju naknadnim ispunjenjem na osnovu § 1432 AGZ.[53]

Shvatanje o nastanku prirodne obligacije na osnovu usmene saglasnosti koja nije praćena istovremenom predajom stvari sreće se uglavnom u domaćoj teoriji iz perioda pre donošenja ZOO.[54] Kako je u ZOO sadržano opšte pravilo prema kojem ugovor koji nije zaključen u propisanoj formi ne proizvodi pravno dejstvo[55], kakvo AGZ ne poznaje[56], domaćem pravu postalo je bliže rešenje koje je karakteristično za nemačko pravo prema kojem nedostatak obavezne forme ugovora za posledicu ima njegovu ništavost.

Suprotno tome, u starijoj teoriji Pisko izričito odriče naknadnom ispunjenju dejstvo konvalidacije i ističe da se u ovom slučaju radi isključivo o isključenju kondikcije kao i u drugim slučajevima prirodnih obligacija iz § 1432 AGZ. Vid. Oskar Pisko, „Erfüllung und Heilung formungültiger Geschäfte“, *Juristische Blätter*, 1934, 516.

[51] Ferdinand Kerschner u Attila Fenyves, Ferdinand Kerschner, Andreas Vonkilch (Hrsg.), 3. Auflage des von Dr. Heinrich Klang begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 1431-1437, Wien 2018, § 1432, Rn. 17; O. Pisko, 516.

[52] F. Kerschner, § 1432, Rn. 16; Helmut Koziol u Helmut Koziol, Peter Bydlinski, Raimund Bollenberger (Hrsg.), *Kurzkommentar zum ABGB*, Wien 2010, 1720. Sa druge strane, prema mišljenju pojedinih autora, § 1432 AGZ predstavlja opšti osnov za konvalidaciju ugovora koji nisu sačinjeni u obaveznoj formi. Vid. H. Heiss, 252-272.

[53] F. Kerschner, § 1432, Rn. 7-26.

[54] B. Loza, 71; Blagojević Borislav T., *Posebni deo obligacionog prava – ugovori, jednostrani pravni poslovi, građanskopravni delikti*, Beograd 1939, 64. U posleratnoj teoriji, u knjizi *Građanskopravni obligacioni ugovori* iz 1952. godine, *Blagojević* u delu o formi ugovora o poklonu govori o tome kako je pitanje forme ugovora o poklonu „bilo regulisano po bivšem srpskom građanskom zakoniku“, te navodi isto što i u prethodno navedenom delu, ali se ne izjašnjava o tome šta je važeće pravo u trenutku pisanja dela, 1952. godine. B. T. Blagojević, 69. U teoriji iz perioda nakon donošenja ZOO D. Lazarević, 30.

[55] Čl. 70, st. 1 ZOO.

[56] H. Heiss, 19-24.

4.2.2. Ništavost ugovora

Dakle, u nemačkom pravu se kao posledica zaključenja obećanja poklona bez potrebne javnobeležničke forme navodi nevažnost, odn. ništavost u skladu sa § 125 NGZ.[57] Prema ovoj odredbi, pravni posao kojom nedostaje zakonom predviđena forma je ništav. U nemačkoj teoriji se, dakle, ne govori o nastanku prirodne obligacije kao posledici obećanja poklona u kojem nije ispunjena obavezna forma, već je kao i kod drugih formalnih ugovora posledica ništavost. Tako zaključen ugovor ne rađa nikakvu obligaciju, pa ni prirodnu.

Ipak, NGZ za obećanje poklona izričito predviđa mogućnost konvalidacije (*Heilung*) obećanja poklona koje nije sačinjeno u javnobeležničkoj formi naknadnim ispunjenjem obećane činidbe.[58] Tako, sasvim različitim putem u odnosu na onaj iz austrijskog prava dolazi se do istog rezultata, otklanjanja nedostatka obavezne forme ugovora.[59]

U nemačkoj teoriji postoje shvatanja prema kojim konvalidacija ugovora kojem nedostaje obavezna forma (otklanjanje formalnih nedostataka ispunjenjem) nema povratno dejstvo.[60] U tom slučaju, ugovor punovažno nastaje tek u trenutku predaje, odn. izvršenja obećane činidbe. Zbog toga *Hezemejer (Häsemeyer)* ističe da između ispunjenja obećanja poklona kojem nedostaje obavezna forma i ručnog poklona nema razlike. Tako, prema ovom autoru, nema trostruke podele na ručni poklon, obećanje poklona koje je ništavo zbog nedostatka forme, ali se može osnažiti i punovažno obećanje poklona koje je sačinjeno u potrebnoj formi. Umesto toga, postoji samo dvostruka podela na ručni poklon i u potrebnoj formi punovažno zaključeno obećanje poklona.[61] U tom slučaju, obaveza poklonodavca ne nastaje u trenutku obećanja poklona, već ona nastaje i ispunjava se u trenutku

---

[57] Olaf Deinert u Klaus Tonner, Armin Willingmann, Marina Tamm (Hrsg.), *Vertragsrecht Kommentar*, Köln 2010, 892, Rn. 4.

[58] § 518 (II). Do konvalidacije obećanja poklona međutim dolazi samo u slučaju dobrovoljnog ispunjenja pri čemu neznanje poklonodavca za postojanje nedostataka forme ne sprečava osnaženje ugovora. Sebastian Mock, *Die Heilung fehlerhafter Rechtsgeschäfte*, Tübingen 2014, 145; Markus Gehrlein u Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth,Wolfgang Hau, Roman Poseck (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB* (BeckOK BGB), 50. Ed. 1.5.2019, BGB § 518 Rn. 5; Heinz-Peter Mansel u Rolf Stürner (Hrsg.), *Jauernig: BGB Kommentar*, 17. Aufl. 2018, BGB § 518 Rn. 1-11.

[59] Götz Schultze, *Die Naturalobligation*, Tübingen 2008, 495.

[60] G. Schulze, 495; Reiner Schulze u Heinrich Dörner, Ina Ebert, Jörn Eckert, Thomas Hoeren, Reiner Kemper, Ingo Saenger, Hans Schulte-Nölke, Reiner Schulze, Ansgar Staudinger (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, Baden Baden 2002, (*BGB Handkommentar*) § 311 b, Rn. 23.

[61] Ludwig Häsemeyer, *Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte: objektive Ordnung und privatautonome Selbstbestimmung im formgebundenen Rechtsgeschäft*, Frankfurt 1971, 249, 250.

predaje stvari. Sa druge strane, pojedini autori izričito navode da konvalidacija ispunjenjem ugovora o poklonu ima povratno dejstvo[62], dok se drugi se na ovaj problem ne osvrću uopšte, već samo konstatuju da dolazi do konvalidacije ili ne daju konkretan odgovor.[63]

4.3. Forma izjave o prihvatu

U vezi sa formom obećanja poklona postavlja se i pitanje forme izjave o prihvatu, tj. da li je potrebno i da izjava poklonoprimca bude izražena u istoj formi. U domaćoj, kao i u austrijskoj[64] i nemačkoj teoriji[65], preovladava shvatanje prema kojem je za punovažan nastanak obećanja poklona dovoljno da samo izjava poklonodavca bude izražena u zahtevanoj formi.[66] To, prema shvatanju ovih autora, ne oduzima obećanju poklona karakter ugovora. Zbog toga određeni autori govore o obećanju poklona kao o jednostrano formalnom ugovoru.[67] Sa druge strane, pojedini autori, iako na prvi pogled zastupaju navedeno stanovište, zapravo su bliži shvatanju da i izjava poklonoprimca mora biti izražena u datoj formi, s tim što ne mora biti data istovremeno i u istoj ispravi sa izjavom poklonoprimca.[68] Međutim, to je nesporno i kod drugih ugovora za koje je predviđena pisana forma budući da je prema čl. 72, st. 4 ZOO za ispunjenje uslova pisane forme ugovora dovoljno da strane „izmenjaju pisma", tj. da jedna drugoj predaju isprave kojim se obavezuju. Jedino je *Loza* izričit u shvatanju da i izjava poklonoprimca mora

---

[62] W. Fikentscher, A. Heinemann, 486, Rn. 975.

[63] S. Mock, 146-154.

[64] G. Ertl, 66. U sudskoj praksi vid. Presudu Vrhovnog suda Austrije (Oberster Gerichtshof – OGH) 5 Ob 266/99z, dostupno na https://www.ris.bka.gv.at/, 10.09.2019.

[65] M. Gehrlein, § 517 Rn. 1-3; Uta Stenzel u Klaus Tonner, Armin Willingmann, Marina Tamm (Hrsg.), Vertragsrecht Kommentar, Köln 2010, 892, Rn. 4; Ingo Saenger u *BGB Handkommentar*, § 518, Rn. 2.

[66] M. Vuković, 253 i 254; M. Đurđević, 150.

[67] Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd 1980, 271.

[68] Tako *Blagojević* prvo navodi da se „praktično zahtev formalnosti, onda kada je u pitanju pismena forma ugovora o poklonu, svodi na traženje izjave o ponudi poklonodavca na zaključenje ugovora", ali nakon toga ističe i da „pristanak poklonoprimca mora biti učinjen u pismenoj formi". Vid. B. T. Blagojević, 69.

Cvetković navodi: „Čini se da ne treba insistirati na potpisu poklonoprimca jer on može potpisati ugovor bilo kada i prikazati sudu da je to učinio blagovremeno." U kontekstu pitanja da li prihvat poklonoprimca mora da bude dat u zahtevanoj formi ili ne prethodno navedena rečenica se čini kontradiktornom. S jedne strane, kaže se da ne treba insistirati na potpisu poklonoprimca. Ali se dalje kaže i da za time nema potrebe „jer može potpisati ugovor i naknadno i prikazati ga sudu" iz čega se može zaključiti da je prema *Cvetkoviću* potpisana izjava poklonoprimca ipak neophodna za punovažnost ugovora. Vid. M. Cvetković, 177.

biti data u zahtevanoj formi jer se radi o ugovoru, a za nastanak ugovora neophodna je saglasna izjava dvaju volja.[69]

5. FORMA OBEĆANJA POKLONA *DE LEGE FERENDA*

Forma ugovora o poklonu u domaćem pravu nosi sa sobom veliki broj nedoumica. Najjednostavniji način njihovog otklanjanja bio bi svakako regulisanje važećim pravnim propisom. Između pisane i javnobeležničke forme prednost bi, prema shvatanju autora, trebalo dati potonjoj. Naime, javnobeležničkom formom ugovora obezbeđuje se ispunjenje svih ciljeva kojim služi i pisana forma, ali i onih ciljeva koji se pisanom formom ne mogu ispuniti. Naime, kada je reč o formi obećanja poklona, u teoriji se najčešće kao svrha obavezne forme navodi zaštita poklonodavca od prenagljenog i olakog obavezivanja, kao i obezbeđenje dokaza o postojanju i sadržini ugovora.[70] Obe ove funkcije mogu biti ostvarene u većem obimu zaključenjem ugovora u javnobeležničkoj formi, nego u pisanoj. Osim toga, javnobeležnička forma ugovora omogućuje ostvarenje još jedne funkcije koju obična pisana forma ne može ispuniti, a to je funkcija poučavanja i savetovanja od strane nezavisnog, kvalifikovanog stručnjaka. Ona je, čini se, posebno značajna kod obećanja poklona imajući u vidu posledice koje iz ovog ugovora proizlaze za poklonodavca. Javnobeležničkom formom omogućuje se poklonodavcu da od strane nepristrasnog, kvalifikovanog lica bude upoznat sa značajem posledica pravnog posla koji preduzima. Na taj način se dodatno obezbeđuje i zaštita od prenagljenog obavezivanja jer se poklonodavcu pruža prilika da još jednom razmisli da li je spreman da trpi pravne posledice zaključenja ovog ugovora.

Stroža forma ugovora ima i svoje negativne strane. Njome se usporava pravni promet. Komplikovana procedura i nemali troškovi mogu odvratiti strane od namere da zaključe ugovor. Međutim, u slučaju obećanja poklona nema razloga za ovakvom bojazni zbog postojanja mogućnosti zaključenja ručnog poklona, tj. usmenom saglasnošću ugovornih strana uz istovremenu predaju stvari. Dakle, u slučaju kada ugovornim stranama na raspolaganju stoje dve mogućnosti za punovažno zaključenje ugovora o poklonu, prilikom opredeljenja za formu koja će biti alternativa zaključenju ugovora prostom saglasnošću volja uz istovremenu

[69] B. Loza, 71 i 72.

[70] B. Loza, 70-72; M. Cvetković, 149-152; S. Perović, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, 58. *Perović* kod forme ugovora o poklonu prednost prevashodno daje funkciji zaštite poklonodavca, ali govori i o zaštiti javnog interesa predviđanjem obavezne forme u cilju sprečavanja nastanka ništavih ugovora. Tako i B. T. Blagojević, 68; M. Đurđević, 145-168.

predaju stvari treba se voditi obezbeđenjem većeg stepena zaštite poveriocu. Ovo naročito imajući u vidu sve veći broj pokretnih stvari velike ili izrazito velike vrednosti.

To ne bi morala biti forma javnobeležničkog zapisa, već bi bila dovoljna i forma solemnizovane privatne isprave. Ovo zbog toga što je i u postupku solemnizacije javni beležnik dužan da pouči stranke o smislu i pravnim posledicama ugovora koji zaključuju i upozori na eventualnu nejasnost, nerazumljivost i dvosmislenost njihovih izjava, da ispita dozvoljenost pravnog posla i postojanje drugih uslova za njegovo zaključenje.[71] Osim toga, kako je i za ugovore o raspolaganju nepokretnostima predviđena forma javnobeležnički potvrđene isprave, forma javnobeležničkog zapisa za obećanje poklona pokretne stvari čini se nesrazmerno strogom.

S obzirom na to da se radi o strožoj formi od pisane, te da se ne bi mogla primeniti odredba iz čl. 73 ZOO o konvalidaciji ispunjenjem kod ugovora kojim nedostaje obavezna forma, potrebno je ovu mogućnost izričito predvideti. U ZJB mogućnost konvalidacije ugovora koji nije sačinjen u formi solemnizovane privatne isprave nije izričito isključena kao što je to slučaj kod forme javnobeležničkog zapisa.[72] U tom slučaju ne bi trebalo odstupiti od pravila o povratnom dejstvu konvalidacije ugovora, kao što je to, prema nekim autorima, slučaj u Nemačkoj.[73] Ukoliko bi se naknadnom predajom stvari ugovor osnažio samo za ubuduće, odredba o konvalidaciji ugovora bi postala nepotrebna jer bi se tada smatralo da je zaključen novi, ručni poklon. Samim tim, postojale bi samo dve mogućnosti – zaključenje punovažnog ručnog poklona ili punovažnog obećanja poklona. Odredba o konvalidaciji ugovora sa dejstvom za ubuduće ima smisla jedino u slučaju ukoliko se zaključenje ugovora o poklonu uz istovremenu predaju stvari i zaključenje u formi solemnizovane privatne isprave ne ostave kao dve ravnopravne, alternativne mogućnosti punovažnog zaključenja ovog ugovora. Tj. samo ukoliko se kao jedina obavezna forma ugovora o poklonu predvidi forma solemnizovane privatne isprave uz mogućnost osnaženja ugovora o poklonu kojem ova forma nedostaje predajom stvari. Uslovljavanjem punovažnog zaključenja ugovora o poklonu njegovom solemnizacijom od strane javnog beležnika obezbeđuje se potrebna zaštita poklonodavca od prenagljenog stupanja

[71] Čl. 93b, st. 1, tač. 10, čl. 93d i čl. 93đ ZJB.

[72] Konvalidacija ugovora koji nije zaključen u formi solemnizovane privatne isprave je izričito isključena kod ugovora o prometu nepokretnosti. Vid. čl. 4, st. 3 Zakona o prometu nepokretnosti, Sl. glasnik RS" br. 93/2014, 121/2014, i 6/2015. Ova odredba je posledica nastojanja da se otkloni praksa koja je postojala pre donošenja ZJB prema kojoj je dejstvo priznavano i ugovorima o prometu nepokretnosti kod kojih potpisi ugovornih strana nisu bili overeni u sudu, pod uslovom da su sačinjeni u pisanoj formi, a obaveze strana ispunjene.

[73] Vid. u delu 4.2.2. Ništavost ugovora.

u ugovorni odnos iz kojeg stiče samo obavezu. Sa druge strane, predviđanjem mogućnosti konvalidacije ispunjenjem odstupa se od visokog stepena zaštite interesa poverioca u korist zaštite pravne sigurnosti i otklanjanja prepreka pravnom prometu imajući u vidu da se radi o pokretnim stvarima, te da se u velikom broju slučajeva radi o poklonima male vrednosti. U takvim situacijama, uzima se da sam čin predaje stvari budi pojačan stepen pažnje kod poklonodavca i svest o posledicama zaključenja ugovora.

6. ZAKLJUČAK

Zaključenje ugovora o poklonu bez istovremene predaje stvari se u domaćoj i stranoj teoriji naziva obećanjem poklona. S obzirom na značaj posledica ugovora o poklonu, za njegov nastanak ni u domaćem, ni u uporednom pravu nije dovoljno da poklonodavac usmeno obeća poklon, bez predaje stvari, pa ni onda kada za predmet ima prenos prava svojine na pokretnoj stvari. Obećanje poklona mora biti sačinjeno u određenoj formi. U domaćem pravu kroz istoriju, u različitim propisima ili predlozima propisa smenjivala su se različita rešenja, ali zapravo nije ostalo sasvim jasno u kojoj formi je potrebno sačiniti obećanje poklona da bi ugovor punovažno nastao. Ovo je, čini se, posledica necelovitog pristupa u analizi odredaba i propisa kojim je ovo pitanje bilo regulisano, a koji su važili na prostoru bivše Jugoslavije. Dok je ovaj problem u drugim zemljama koje su nastale njenim raspadom rešen donošenjem novih propisa kojim je ovo pitanje regulisano[74], to kod nas još uvek nije slučaj jer je deo odredbe ZJB kojim je za obećanje poklona bila predviđena forma javnobeležničkog zapisa obrisan ubrzo nakon stupanja zakona na snagu. U radu su analizirana rešenja i predlozi rešenja od SGZ do danas, te je zauzet stav da se u posleratnom periodu sudska praksa neopravdano opredelila za primenu § 564 SGZ prema kojoj je za punovažnost obećanja poklona dovoljna pisana forma. U to vreme, na područ-

[74] Za Republiku Srpsku: čl. 68, st. 1, tač. 3 Zakona o notarima, *Sl. glasnik RS*, br. 86/2004, 2/2005, 74/2005, 76/2005 – ispr., 91/2006, 37/2007, 74/2007 – odluka US, 50/2010, 78/2011, 20/2014, 68/2017, 113/2018 – odluka US i 82/2019. Za Bosnu i Hercegovinu: čl.73, st.1, tač. 3 Zakona o notarima Federacije Bosne i Hercegovine, *Sl. novine FBiH*, br. 45/2002 i 30/2016 – odluka US. Za Hrvatsku: čl. 482 Zakona o obveznim odnosima, NN br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18 i čl. 53, st. 3 Zakona o javnim bilježništv, NN 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, 120/16. Za Crnu Goru: čl. 577 Zakona o obligacionim odnosima, *Sl. list CG* br. 47/2008, 4/2011 – dr. zakon i 22/2017. i čl. 52, st. 1, tač. 5 Zakona o notarima, *Sl. list CG*, br. 68/2005 i *Sl. list CG*, br. 49/2008 i 55/2016 i 84/2018; Za Sloveniju: čl. 538 Obligacijskog zakonika, *Uradni list RS*, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631. Za Makedoniju: čl. 556 Zakon na obligacionite odnosi, Služben vesnik na RM, br. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09, 23/13 i 123/13.

jima na kojima je do donošenja Odluke AVNOJ-a javnobeležništvo postojalo, za obećanje poklona bilo neophodno učešće suda u njegovom sačinjavanju na osnovu odredbe koja je bila predviđena važećim propisom, te nije ostavljala prostora za primenu predratnog pravila. A kako je u tom periodu veliki trud zakonodavca bio usmeren na ujednačavanje prava na teritoriji zajedničke države, bilo je celishodno i na područjima i na kojim javno beležništvo nije ni zaživelo pre njegovog ukidanja Odlukom AVNOJ-a usloviti punovažnost obećanja poklona istom formom.

U radu su takođe izložena i različita shvatanja u domaćoj teoriji o formi obećanja poklona, a koja se tiču podele forme ugovora na bitnu (*ad solemnitatem*) i dokaznu (*ad probationem*), obaveznosti forme za izjavu o prihvatu, kao i pravnih posledica nedostataka forme i naknadne predaje stvari. Kada je reč o podeli forme na bitnu i dokaznu, prema shvatanju autora, radi se o bitnoj formi (*ad solemnitatem*). Najvažniji cilj obavezne forme kod obećanja poklona je zaštita poklonodavca od prenagljenog obavezivanja i upozoravanje na posledice zaključenja ovog ugovora, a dokaznom formom on se ne može ostvariti. Osim toga, sam koncept dokazne forme ugovora poverđuje jedno od osnovnih načela parničnog postupka što ovu formu čini nedopuštenom izuzev retkih slučajeva koji su izričito predviđeni zakonom.

Dalje, prema shvatanju autora, za punovažan nastanak obećanja poklona nije neophodno da i izjava poklonoprimca bude data u zahtevanoj formi. To što je za punovažan nastanak obećanja poklona dovoljno da samo izjava poklonodavca bude izražena u obaveznoj formi ne čini ga jednostranom izjavom volje, već se i dalje radi o ugovoru kao saglasnoj izjavi dvaju volja.

U vezi sa pravnim posledicama nedostataka obavezne forme obećanja poklona, tj. pitanjem da li u tom slučaju nastaje prirodna obligacija ili izostaje bilo kakvo dejstvo, kao i pitanjem u čemu je značaj naknadne predaje stvari, u radu su izložena rešenja iz austrijskog i nemačkog prava. Ovo zbog toga što shvatanje o prirodnoj obligaciji koja nastaje kada obećanje poklona nije dato u potrebnoj formi potiče iz austrijskog prava po ugledu na koje je forma obećanja poklona bila regulisana u SGZ. Sa druge strane, nemačko rešenje prema kojem je ugovor koji nije sačinjen u obaveznoj formi ništav, te ne proizvodi nikakvo pravno dejstvo, pa ni prirodnu obligaciju, bliže je postojećem stanju u domaćem zakonodavstvu jer i ZOO sadrži opštu odredbu o nevažnosti ugovora usled neispunjenja uslova forme. Kako je u radu prikazano, iako na sasvim različitim osnovama, u oba sistema se ispunjenjem obećane činidbe dolazi do istog rezultata – konvalidacije ugovora, odn. otklanjanja nedostatka obavezne forme.

Na kraju rada dat je predlog načina na koji bi pitanje forme obećanja poklona trebalo regulisati kako bi se otklonile sve prethodno navedene nejasnoće. Pre-

ma shvatanju autora, formom solemnizovane privatne isprave pruža se poklonodavcu mogućnost da se na jasan način upozna sa posledicama zaključenja ugovora o poklonu i i time mu se pruža visok stepen zaštite od prenagljenog stupanja u ovaj ugovorni odnos. Uz to, trebalo bi izričito predvideti i mogućnost konvalidacije ugovora koji nije sačinjen u ovoj formi ispunjenjem obećane činidbe. Na taj način otklanja se negativni efekat nametanja obavezne forme u vidu kočenja pravnog prometa zbog utroška vremena i novca koje sačinjavanje ugovora o poklonu u datoj formi podrazumeva, a koji bi u velikom broju slučajeva bili nesrazmerno veliki u odnosu na vrednost poklonjene stvari.

LITERATURA I IZVORI

Bazala Branko, „Forma darovne pogodbe“, *Odvjetnik*, 2/1953, 1-3.

Blagojević Borislav T., *Posebni deo obligacionog prava – ugovori, jednostrani pravni poslovi, građanskopravni delikti*, Beograd 1939.

Blagojević Borislav T., *Građanskopravni obligacioni ugovori*, Beograd 1952.

Vizner Boris, Kapor Vladimir, Carić Slavko, *Ugovori građanskog i privrednog prava*, Rijeka 1971.

Vizner Boris*, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978.

Vodinelić Vladimir V., „150 godina kasnije: šta je još živo u Srpskom građanskom zakoniku?“, *150 godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika (1844-1994)*, Beograd 1996, 389-407.

Vuković Mihajlo, *Obvezno pravo, knjiga II*, Zagreb 1964.

Đurđević Marko, *Ugovor o poklonu*, Beograd 2012.

Karanikić Mirić Marija, „Istorija pooštravanja zakonske forme ugovora o otuđenju nepokretnosti u srpskom pravu“, *Teme*, 4/2015, 1295-1317.

Keča Ranko, Knežević Marko S., *Građansko procesno pravo*, Beograd 2017.

Konstantinović Mihailo, „Stara „pravna pravila“ i jedinstvo prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beograd*u, 4/1957, 431-437.

Konstantinović Mihailo, *Obligacije i ugovori – skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd 1969.

Krešić Mirela, „Zakon o javnim bilježnicima Kraljevine Jugoslavije iz 1930.: sudjelovanje javnog bilježnika u ostavinskom postupku – iskustva iz prošlosti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2/2013, 353-382.

Lazarević Dragoljub, *Ugovor o poklonu*, Beograd 2010.

Loza Bogdan, *Obligaciono pravo – posebni dio*, Sarajevo 1961.

Marković Lazar, *Obligaciono pravo*, reprint, Beograd 1997.

Perović Slobodan, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Beograd 1964.

Perović Slobodan, *Obligaciono pravo*, Beograd 1980.

Poznić Borivoje, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd 2009.

Radovanović Sanja, Miščević Nikolina, „O elektronskoj formi ugovora u domaćem pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2018, 1641-1661.

Radovčić Vesna, *Pravna problematika i razvitak instituta darovanja*, Zagreb 1983.
Stanković Obren, „Realni ugovori u Srpskom građanskom zakoniku, njegovom izvorniku i uporedno pravo“, *Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika, (1844-1994)*, Beograd 1996, 277-280.
Cvetković Mihajlo S., *Zaključenje i prestanak ugovora o poklonu*, doktorska disertacija, Niš 2015.
Attila Fenveyes, Kerschner Ferdinand, Vonkilch Andreas (Hrsg.), 3. Auflage des von Dr. Heinrich Klang begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 938 bis 1001, Wien 2013.
Attila Fenveyes, Kerschner Ferdinand, Vonkilch Andreas (Hrsg.), 3. Auflage des von Dr. Heinrich Klang begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 1431-1437, Wien 2018.
Bamberger Heinz Georg, Roth Herbert, Hau Wolfgang, Poseck Roman (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*(BeckOK BGB), 50. Ed. 1.5.2019.
Brox Hans, Walker Wolf-Dietrich, *Allgemeiner Teil des BGB*, München 2014.
Dörner Heinrich, Ebert Ina, Eckert Jörn, Hoeren Thomas, Kemper Reiner, Saenger Ingo, Schulte-Nölke Hans, Schulze Reiner, Staudinger Ansgar, *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, Baden Baden 2002.
Dörner Heinrich, Ebert Ina, Eckert Jörn, Hoeren Thomas, Kemper Reiner, Saenger Ingo, Schulte-Nölke Hans, Schulze Reiner, Staudinger Ansgar, Wiese Volker, *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, Baden Baden 2019.
Fikentscher Wolfgang, Heinemann Andreas, *Schuldrecht*, Berlin 2006.
Frankl Otto, *Die Formerfordernisse der Schenkung nach österreichischem Recht*, Graz 1883.
Häsemeyer Ludwig, *Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte: objektive Ordnung und privatautonome Selbstbestimmung im formgebundenen Rechtsgeschäft*, Frankfurt 1971.
Heiss Helmut, *Formmängel und ihre Sanktionen*, Tübingen 1999.
Koziol Helmut, Bydlinski Peter, Bollenberger Raimund (Hrsg.), *Kurzkommentar zum ABGB*, Wien 2010.
Kötz Hein, *Vertragsrecht*, Tübingen 2012.
Mankowski Peter, „Formzwecke“, *Juristen Zeitung*, 13/2010, 662-668.
Mock Sebastian, *Die Heilung fehlerhafter Rechtsgeschäfte*, Tübingen 2014.
Pohlmann Petra, *Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung*, Berlin 1992.
Pisko Oskar, „Erfüllung und Heilung formungültiger Geschäfte“, *Juristische Blätter*, 1934, 511-517.
Schultze Götz, *Die Naturalobligation*, Tübingen 2008.
Stürner Rolf (Hrsg.), *Jauernig: BGB Kommentar*, 17. Aufl. 2018.
Tonner Klaus, Willingmann Armin, Tamm Marina (Hrsg.), *Vertragsrecht Kommentar*, Köln 2010.
Građanski zakonik za Knjažestvo Srbiju iz 1844. godine.
Zakon o javnim beležnicima (notarima), *Sl. novine Kraljevine Jugoslavije* br. 220/1930.
Odluka o ukidanju javnih beležnika i javnobeležničkih komora, *Sl. list DFJ* 1/1945.

Zakon o potvrdi odluka i zakona pre 1. decembra 1945. godine koji je donet 12. novembra 1946, *Sl. list FNRJ* br. 91/46.
Zakon o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije, *Sl. list FNRJ*, br. 86/46, 105/46, 96/47.
Predosnova Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju, Beograd, 1934.
Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. List SFRJ* br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. List SRJ*, br. 31/93 i *Sl. List SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja.
Zakon o javnom beležništvu, *Sl. glasnik RS* br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – dr. zakon, 93/2014 – dr. zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015.
Nacrt Građanskog zakonika od 29. maja 2015. godine, dostupno na internet stranici Ministarstva pravde Republike Srbije putem linka https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf na dan 4.12.2019. godine.
Zakon o izmenama i dopunama Zakona o javnom beležništvu, *Sl. glasnik br.* 6/2015 od 22. januara 2015. godine.
Zakon o prometu nepokretnosti, *Sl. glasnik RS* br. 93/2014, 121/2014, i 6/2015.
Austrijski građanski zakonik (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch)* iz 1811. godine *(*JGS Nr. 970/1846). Poslednji put menjan 29.oktobra 2019. godine (BGBl. I Nr. 105/2019).
Austrijski zakon o notarskim aktima (*Notariatsaktsgesetz)* od 25. jula 1871. godine, *RGBL. Nr . 76/1871.*
Nemački Građanski zakonik (*Bürgerliches Gesetzbuch*) u verziji od 2. januara 2002. (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738). Poslednji put menjan 31. januara 2019. godine (BGBl. I S. 54).
Švajcarski građanski zakonik, peti deo: Obligaciono pravo iz 1911. godine u verziji od 01.januara 2014. godine.
Zakon o notarima Republike Srpske, *Sl. glasnik RS*, br. 86/2004, 2/2005, 74/2005, 76/2005 – ispr., 91/2006, 37/2007, 74/2007 – odluka US, 50/2010, 78/2011, 20/2014, 68/2017, 113/2018 – odluka US i 82/2019.
Zakon o notarima Federacije Bosne i Hercegovine, *Sl. novine FBiH*, br. 45/2002 i 30/2016 – odluka US.
Zakon o obveznim odnosima Hrvatske, NN br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18.
Zakon o javnim bilježništvu Hrvatske NN 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, 120/16.
Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore, *Sl. list CG* br. 47/2008, 4/2011 – dr. zakon i 22/2017.
Zakon o notarima Crne Gore, *Sl. list CG*, br. 68/2005 i *Sl. list CG*, br. 49/2008 i 55/2016 i 84/2018.
Obligacijski zakonik Slovenije, *Uradni list RS*, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631.
Zakon na obligacionite odnosi Makedonije, Služben vesnik na RM, br. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09, 23/13 i 123/13.
Odluka Skupštine Advokatske komore Srbije br. 895-3/2014 sa zasedanja održanog 13.09.2014. godine.
Presuda Vrhovnog suda Austrije (Oberster Gerichtshof – OGH) 5 Ob 266/99z, dostupno na https://www.ris.bka.gv.at/, 10.09.2019. godine.

Presuda Vrhovnog suda Srbije br. Rev. 1147/05 od 01.12.2005. godine.
Presuda Vrhovnog suda Srbije br. Rev. 2764/05 od 07.12.2005. godine.
Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, br. Gž. 2876/17 od 22.11.2017. godine.
Presuda Apelacionog suda u Beogradu br. Gž. 14186/10 od 16.11.2011. godine.
Odluka Vrhovnog suda NR Hrvatske br. Gž. 204/52-2 od 25.03.1952. godine.
Odluka Vrhovnog suda NR Hrvatske br. Gž. 2587/63 od 05.02.1964. godine.
Odluka Vrhovnog suda NR Hrvatske br. Rev. 615/65 od 28.04.1965. godine.
Rešenje Vrhovnog suda NR Bosne i Hercegovine Gž. 283/56 od 9. novembra 1956. godine.

Nikolina B. Miščević, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Miscevic@pf.uns.ac.rs

The Form of a Promise of the Gift (Gift Promise) of Movables

Abstract: *This paper will discuss the form of a gift when the subject of the agreement is a the transfer of ownership of movables. More precisely, the subject matter of this paper is the form of a gift promise, i.e. gift agreement which is concluded without the simultaneous handover of the thing. As the gift agreement is not regulated by the applicable regulation, the rules of the pre-war law apply to it. However, when it comes to the form of the gift agreement, in the domestic law occur, since the Serbian Civil Code up until this day, different legislative solutions and proposals for its regulation. Therefore, it is not entirely quite easy to answer the question of what rules should apply to questions concerning the form of a gift promise when it comes to movables. Also, other issues regarding the form of the gift promise are being disputed in domestic theory. This paper presents legislative solutions and proposals for solutions regulating the form of a gift promise since the Serbian Civil Code up until this day, as well as solutions from comparative law that have served as a model for regulating it. In addition, various authors' perceptions of the form of the gift promise and the consequences of lack of the obligatory form are presented. Lastly, the paper proposes how the form of the gift promise should be regulated in order to eliminate existing ambiguities.*

Keywords: *form of the agreement, gift agreement, gift promise, form of a gift promise, consequences of the lack of the form of a gift promise.*

Datum prijema rada: 04.12.2019.

Pregledni članak 347.181:347.44]:004
doi:10.5937/zrpfns53-24334

Sloboda D. Midorović, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Midorovic@pf.uns.ac.rs

Miloš B. Sekulić, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
milossekulic89@gmail.com

A NEW FUNCTION OF PERSONAL DATA IN THE LIGHT OF THE CONTRACT FOR THE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT AND DIGITAL SERVICES*

Abstract: *The paper addresses solutions of the recently adopted Digital Content Directive (abbreviated: DCD) with the focus on its major novelty being the possibility of a consumer to provide his personal data in lieu of a price in return for a digital content or a digital service. Though this social phenomenon has been known in practice for quite some time, the DCD is the first instrument of the European Union (abbreviated: EU) that accepted such reality by laying down a legal framework tailor-made to such contractual performance. Prior to its adoption, the main concern was how to reconcile two aspects of personal data: the fact that the right to the protection of personal data presents a fundamental human right, on one hand, and a rising use of such data as an object of contractual performance in the digital environment, on the other hand. The need to conciliate these two dimensions of personal data led to some revisions of the European Commission's Proposal of the DCD. These changes led, inter alia, to a clear reference in the DCD to the already existing regime for the protection of personal data at the EU level epitomised in the General Data Protection Regulation*

* This paper was presented at the International Scientific Conference Legal Tradition and New Legal Challenges, held on October 3rd and 4th, 2019, at the University of Novi Sad Faculty of Law.

(abbreviated: GDPR). Apart from relevant solutions of the DCD, the paper also examines arguments favouring the DCD implementation in Serbian legal system, proposing at the same time the most appropriate piece of legislation for that.

Keywords: *personal data, quid pro quo transaction, contractual performance, GDPR.*

1. INTRODUCTION

The modern society is characterized by the expansion of the Internet, information technology and electronic communications. In such conditions, one increasingly relies on computers, mobile phones and other electronic devices to conduct one's business, organise the daily tasks and meet one's personal needs. The data that a person needs are increasingly emerging in digital form (digital content) and this is equally true of services (digital services).[1] For example, books and magazines that were previously printed on paper have now received their electronic versions (e.g. digital content supplied by *Amazon*), audio-visual content, such as music and movies, are available on the Internet (e.g. digital content supplied by *YouTube, Deezer, HBO*), and there are numerous platforms offering geolocation digital services (e.g. *Google Maps*). Moreover, digital services supplied by social networks (e.g. *Facebook, Tweeter*) are widespread, at the same time the use of mobile phones is virtually impossible without digital content such as applications, while the usage of cloud computing digital services[2] (e.g. *Google Drive*) is on the rise.[3]

This transition from the „Analog" to the „Digital" world necessarily affects the privacy and importance of personal data. Personal data (e.g. name and surname, personal residence, e-mail address, etc.) is no longer valuable only to the person to whom they relate, but are also highly demanded by the companies that supply digital content and digital services to improve the quality of their services, determine the profile of their users, tailoring content to their habits and needs, adver-

[1] According to a survey conducted by Eurostat, within the EU in 2018, 89% of households had internet access, while in Serbia it was 73%. The same survey showed that during the year, over 50% of EU citizens ordered certain products or services online, while in Serbia over 30%. For more on this survey, see: Eurostat, Community survey on ICT usage in households and by individuals, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Digital_economy_and_society_statistics_-_households_and_individuals, accessed 07.09.2019.

[2] For more on the notion of cloud computing, see: Sanja Radovanović, „Upotreba računarskog programa u Cloud Computing-u", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/2013, 343.-344.

[3] On the forms of digital content and digital services, see: Marco B.M. Loos et al., „Digital Content Contracts for Consumers", Journal of Consumer Policy, Vol. 36, 1/2013, 39 and Lilian Mitrou, „The General Data Protection Regulation: A Law for the Digital Age", in: Tatiana-Eleni Synodinou et. al (ed.), EU Internet Law: Regulation and Enforcement, Springer 2017, 20.

tising, etc. For providers of digital content and digital services, this kind of data is often more valuable than the money itself, which has led to massive processing of personal data and the creation of vast collections of data around the world.[4] New business models, i.e. contracts for the supply of digital content or digital services, entail precisely that traders are collecting personal data from consumers in lieu of money, this representing a kind of „paying with data", as something that is a frequent occurrence that cannot be overlooked.[5] In this manner, consumers pay a certain „price" for seemingly „free services".[6]

The EU has responded to the emergence of such contracts, by regulating certain aspects of these contracts with the DCD[7], that has entered into force on 11 June 2019, and according to which, the EU Member States are required to harmonise their national legislation and apply such provisions starting from 1 January 2022.[8] The DCD has caused a great deal of controversy, the spotlight being primarily on the issue of the justification of regulating such contracts from the aspect of data protection rights, that is, whether the EU has legalised the monetisation of personal data and deviated from full protection of personal data as a fundamental human right.[9] This question can be answered only upon extensive analysis of the entire issue and examination of the relationship of DCD with the GDPR[10], which is the basis of EU personal data protection rights, which became applicable on 25 May 2018.[11] An analysis of these issues will consequently indicate whether there is a need to adopt the DCD solutions into Serbian law.

---

[4] Andrej Diligenski, Dragan Prlja, Dražen Cerović, Pravo zaštite podataka GDPR, Beograd 2018, 7.

[5] Axel Metzger et al., „Data-Related Aspects of the Digital Content Directive", Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-commerce Law Vol. 9, 1/2018, 93.

[6] In addition to being described as having economic value as money payable to the trader, personal data is very often an integral part of the service provided by the trader. For example, it is impossible to provide a service for measuring one's physical activity without the data on the location of the consumer, because then one would not know the distance he/she has travelled. See: Natalie Helberger, Frederick Zuiderveen, Agustin Reyna, „The Perfect Match: A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law", Common Market Law Review, Vol. 54, 5/2017, 1430.

[7] Directive 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, Official Journal of the European Union, L 136/1, 22.05.2019.

[8] Art. 24 of the DCD.

[9] The right to the protection of personal data is provided by Art. 8 of the Charter of Fundamental Rights of the EU, 2012/C/326/02, Official Journal of the European Union, C 326/391, 26.10.2012.

[10] Regulation 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, Official Journal of the European Union, L 119/1, 04.05.2016.

[11] Art. 94 of the GDPR.

2. PERSONAL DATA IN THE EU AND UNDER SERBIAN LAW

The right to the protection of personal data in the EU relies on the regulation that is primarily contained in the GDPR. This regulation replaced the earlier Data Protection Directive[12], which could not adequately respond to technological developments and the increasing frequency of illegal data processing.[13]

The GDPR ensured a uniform application of the rules on the protection of personal data[14], as it is directly applicable in all EU Member States, unifying various national regulations in this field and achieving a high degree of legal certainty regarding the processing of personal data. In general, the GDPR could be said to be a valid response to the technological and sociological phenomena, which the previous Data Protection Directive fell short of being.[15]

In addition to a very large number of recitals, the GDPR contains in its binding part the norms on the subject-matter, objectives, scope of its application, provides certain definitions, regulates principles and lawfulness of data processing, rights of individuals, privacy by design, privacy by default, records of processing activities, security of data processing, risk assessment, data protection impact assessment, notifications of personal data security breach, who is considered to be an authorized data protection officer etc. The GDPR also contains a large number of open clauses, leaving national legislators with the ability to regulate specific issues.[16]

The GDPR applies to the processing of personal data wholly or partly by automated means and to processing other than automated means of personal data which form part of a filing system or are intended to form part of a filing system. However, it does not apply to the processing of personal data: 1) in the course of an activity that falls outside the scope of EU law, 2) by the Member States when carrying out activities that fall within the scope of Chapter 2 of the Title V of the Treaty on European Union, 3) by a natural person in the course of a purely personal or household activity, 4) by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offenses or the execution of criminal penalties, including safeguarding against and prevention of threats to public security, 5) by the EU institutions, bodies, offices and agencies, and 6) in the course of the liability rules of intermediary service providers.[17]

---

[12] Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Official Journal of the European Union, L 281, 23.11.1995.

[13] A. Diligenski, D. Prlja, D. Cerović, op. cit,11.

[14] Irene Loizidou Nicolaidou, Constantinos Georgiades, „The GDPR: New Horizons", in: Tatiana-Eleni Synodinou et. al. (ed.), EU Internet Law: Regulation and Enforcement, Springer 2017, 6.

[15] L. Mitrou, op. cit, 20.

[16] For a review of open clauses, see: A. Diligenski, D. Prlja, D. Cerović, op. cit, 17-21.

[17] Art. 2 of the GDPR.

Regarding territorial scope, the GDPR applies to the processing of personal data in the context of the activities of an establishment of a controller or a processor in the Union, regardless of whether the processing takes place in the Union or not. Also, it applies to the processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or processor not established in the Union, where the processing activities are related to: 1) the offering of goods or services, irrespective of whether a payment of the data subject is required, to such data subjects in the Union or 2) the monitoring of their behaviour as far as their behaviour takes place within the Union.[18]

According to the GDPR definition, personal data means any information relating to an identified or identifiable natural person ('data subject'). An identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person.[19] As can be seen, this is an extremely broadly defined notion of personal data.

Furthermore, the GDPR, albeit in a recital, also states what is considered under personal data in an online environment, since it has determined that an individual can also be identified by an online identifier. Consequently, it provides that natural persons may be associated with online identifiers provided by their devices, applications, tools and protocols, such as internet protocol addresses, cookie identifiers or other identifiers such as radio frequency identification tags. This may leave traces (so-called „digital footprints") that, in particular when combined with unique identifiers and other information received by the servers, may be used to create profiles of natural persons and identify them.[20]

There is also other legislation within the EU regulating the right to privacy and the protection of personal data, among those worth mentioning is the Directive on privacy and electronic communications[21], pertaining to the processing of personal data and the protection of the right to privacy in the field of publicly available electronic communications services that are provided through public communications networks in the EU. This EU legislation could in the future be replaced by a Regulation, the Draft of which had already been compiled.[22]

---

[18] Art. 3 of the GDPR.

[19] Art. 4.1 of the GDPR.

[20] Recital 30 of the GDPR.

[21] Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector, Official Journal of the European Union, L 201/37, 31.07.2002.

[22] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX: 52017PC0010&from=EN, accessed 07.09.2019.

When it comes to Serbian legislation, the new Personal Data Protection Act[23], that had entered into force on 21 November 2018, applicable as of 21 August 2019, provides regulations that are almost identical to those of the GDPR. In this way, Serbia has received a modern regulation in this area, while it remains to be seen what its implementation will look like in practice.

3. LEGAL REGIME FOR THE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT AND DIGITAL SERVICES IN THE EU

3.1. Common European Sales Law Proposal and Digital Single Market Strategy

Working on the DCD was not the sole EU legislative project to regulate certain aspects of contracts for the supply of digital content or digital services. It was preceded by a 2011 Common European Sales Law Proposal[24] (abbreviated: CESL Proposal), while the DCD rules represent somewhat a modification of its rules.

The CESL Proposal was the first concrete step taken to create a single European Contract Law[25] and it was supposed to „create the first offer to the citizens of the EU to resist bonds of a national law."[26] Furthermore, it was conceived as an optional instrument that would apply in cross-border sales only if the parties so provided.[27] Therefore, it would apply on a voluntary basis and create another legal regime in addition to the existing rules of Member States' national laws.[28] It has been suggested that CESL applies to specific issues[29] in sales contracts, digital content supply contracts (irrespective of whether consumer pays a price), as well as service contracts (regardless of whether the price was stipulated or not)[30], and

[23] Personal Data Protection Act, Official Gazette of the Republic of Serbia, no. 87/2018.

[24] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011-PC0635, accessed 07.09.2019.

[25] Thalia Prastitou Merdi, „The Proposed New Digital Single Market Contract Law Directives: A New Start for Digital European Contract Law", in: Tatiana-Eleni Synodinou et al. (ed.), EU Internet Law: Regulation and Enforcement, Springer 2017, 126.

[26] Christian von Bar, „Evropski razmišljati o privatnom pravu", Evropski pravnik, Vol. 13, 1/2015, 13.

[27] Art. 3 of the CESL Proposal.

[28] Recital 9 of the CESL Proposal.

[29] CESL Proposal omitted certain issues such as the contract invalidity and the transfer of ownership from seller to buyer. See: Marco B.M. Loos, „Not Good But Certainly Content: The Proposals for European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content", in: Claeys Ignace, Terryn Evelyne (ed.), Digital Content and Distance Sales: New Developments at EU Level, Intersentia Ltd, Cambridge – Anrwerp – Portland 2017, 12.

[30] Art. 5 of the CESL Proposal.

not only to contracts between traders and consumers (B2C contracts), but also to contracts between business entities (B2B contracts).[31]

Under this proposal, CESL was conceived as an instrument for the unification of different national rules, including those for the supply of digital content, but this project was abandoned as it did not find the support it needed in the EU Council.[32]

Instead of the CESL Proposal, the European Commission (abbreviated: the Commission) in 2015 introduced the Digital Single Market Strategy[33] (abbreviated: DSMS), seeking to remove barriers to cross-border trade in goods and take an additional step in the functioning of the single market, given that it has been noted that these barriers are particularly present in the online sphere, preventing the businesses and consumers from fully benefitting from the digital economy.[34] DSMS addresses a number of issues, „amongst others it includes reforming European copyright law, harmonising contract law provisions pertaining to e commerce, reviewing rules for audio visual media, geo blocking, cross-border sales and online platforms, reforming EU telecoms rules, digital services, handling of personal data and building a secure data driven economy."[35]

The DSMS states: „The Commission will make an amended proposal before the end of 2015: 1) covering harmonised EU rules for online purchases of digital content, and 2) allowing traders to rely on their national laws based on a focused set of key mandatory EU contractual rights for domestic and cross-border online sales of tangible goods."[36] It was on the basis of this provision that the EU drafted the DCD Proposal, which subsequently came into force and became applicable. Besides, the Commission drafted also the Online Sales Directive Proposal[37] (abbreviated: OSD Proposal) which is to this date yet not in force.

---

[31] Art. 7 of the CESL Proposal.

[32] Among other things, the EU Member States have not shown particular enthusiasm for creating a parallel legal regime with the national one, or for the content of CESL, since its optional character did not inspire confidence that contracting parties would opt for its' application. Additionally, the proposed solution would cause too big complexity of the regulation. See: Marco B.M. Loos, op.cit, 2017, 13.

[33] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A Digital Single Market Strategy, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=EN, accessed 07.09.2019.

[34] Johanna Hoekstra, Aysem Diker-Vanberg, „The Proposed Directive for the Supply of Digital Content: Is it Fit for Purpose?", International Review of Law, Computers & Technology, Vol. 33, 1/2019, 103.

[35] Ibid, 103.

[36] DSMS, 4.

[37] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0635&from=EN, accessed 07.09.2019.

3.2. DCD as an instrument of harmonisation

The Commission envisaged the DCD and the OSD as instruments for achieving the goals of the DSMS, namely the DCD as an instrument for harmonisation of national regulations in the field of digital content and digital services supply, and OSD as an instrument for harmonisation in the field of online and other distance sale of goods (save for digital content and digital services).[38]

When it comes to the DCD, it contains a set of precise rules that facilitate maximum harmonisation[39] which means that EU Member States cannot provide different rules from those contained in the DCD, nor can they provide for a lower or higher level of consumer protection than the one provided by the DCD.[40] Such rules focus on certain aspects of B2C contracts for the supply of digital content or digital services, or on specific issues not regulated by other EU legislation. The DCD therefore regulates: 1) the conformity of digital content or a digital service with the contract, 2) remedies in the event of a lack of such conformity or a failure to supply, and the modalities for the exercise of those remedies, and 3) the modification of digital content or a digital service.[41]

Consequently, the DCD has, by its detailed rules, filled the gap that existed in EU consumer law.[42] It complements the legal framework for regulating contracts for the supply of digital content and digital services, the basis of which also includes: the Consumer Rights Directive,[43] which regulates mainly precontractual

---

[38] In the explanation of the DCD Proposal, the Commission elaborated why it opted for directives, stating that they leave Member States freedom to adapt the implementation to their national legislation and therefore do not have to contain such detailed rules (e.g. Member States themselves determine whether contracts for the supply of digital content and digital services are classified as sales, service, rental or sui generis contracts), unlike a regulation with which this must be the case because it is directly applicable, consequently possibly impairing the coherence of national legal systems. See: European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of contracts for the supply of digital content and digital services, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ TXT / PDF / rush = CELEX: 52015PC0634 & from = EN, 07.09.2019.

[39] For differences between minimum and maximum harmonisation, see: Simon Geiregat and Reinhard Steennot, Proposal for a Directive on Digital Content: Scope of Application and Liability for a Lack on Conformity, in: Claeys Ignace, Terryn Evelyne (ed.), Digital Content and Distance Sales: New Developments at EU Level, Intersentia Ltd, Cambridge – Anrwerp – Portland 2017, 98.

[40] Art. 4 of the DCD.

[41] Art. 1 of the DCD.

[42] The Commission, 3.

[43] Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on counsumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, Official Journal of the European Union, L 304/64, 22.11.2011.

information requirements and the right of withdrawal; the E-Commerce Directive,[44] which provides partial regulation on electronic contracts; and the Unfair Terms Directive,[45] which contains a general clause on the unfairness control.

Given the foregoing, the importance of DCD and the positive effect it brings is indisputable. This is the first (and only) EU regulation exclusively related to the supply of digital content and digital services.[46] The DCD recognizes the value of digital age products and the need to place their supply under the necessary legal framework, setting the law closer to existing social reality, including its digital forms. Had the EU not adopted the DCD, it would have been possible that not all EU Member States would regulate contracts for the supply of digital content or digital services. Provided that they would have regulated this subject matter, their rules would very likely be different from one another.

In spite of all the above, the DCD is suffering criticism from the expert public. Opponents of the principle of maximum harmonisation believe that the DCD can lead to a lowering of consumer protection standards in some countries,[47] fragmentation of national legal systems, as well as the undermining of consumer protection on other legal grounds.[48]

4. MOTIVES UNDERLYING THE ADOPTION OF THE DCD

Unlike consumers of tangible goods who have been enjoying a special protection for decades, the concept of digital consumer has only since recently attracted greater attention of the legislative authorities. Although the digital market has been demonstrating an enormous expansion for quite some time, the regulation does not

[44] 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, Official Journal of the European Union, L 178/1, 17.07.2000.

[45] Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, Official Journal of the European Union, L 95/29, 21.04.1993.

[46] At present, only two EU Member States have specific rules relating to digital content and digital services supply contracts, namely the UK and the Netherlands. In Germany, for example, by analogy, the general rules of law applicable to tangible goods are applied, while in France this is not the case, and these contracts are not regulated in any way. See: European Parliament, Briefing EU Legislation in Progress: Contracts for suply of digital content to counsumers,http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/581980/EPRS_BRI%282016%29581980_EN.pdf, pp. 3-4., accessed 07.09.2019; Rosa Mila Rafel, „The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part 1): will the new rules attain their their objective of reducing legal complexity?“, IDP Revista D'Internet Dret i Politica, 23/2016, 10-11.

[47] T. P. Merdi, 130-131.

[48] Gert Straetmans, Shana Meys, „The New Proposals for Directives Concerning Digital Content and Online/Distance Sales: What Impact on Consumer Protection?", in: Claeys Ignace, Terryn Evelyne (ed.), Digital Content and Distance Sales: New Developments at EU Level, Intersentia Ltd, Cambridge – Anrwerp – Portland 2017, 353-354.

keep the pace with these developments.[49] Indeed, a hectic advancement of the digital technology seems to have left behind the legal regulation that is coping to reach the social realities in many aspects – one of them being certainly a very present phenomenon of „paying" with personal data in lieu of money in order to access ever demanding digital contents and digital services. A possibility of a consumer to give his consent and thus allow the trader to process his personal data for commercial purposes opened a question if such consumer deserves to be protected like a „regular" consumer, i.e. the one paying money, and provided yes, if both shall be awarded the same level of protection. This subject matter brought, for the first time, under the same realm traditionally separated rules on the protection of personal data and consumer protection.[50]

It is indisputable that personal data carry a great potential to generate revenues in sense that they can be used for various commercial purposes such as: advertising, enhancing the already existing products or developing new ones, tailoring digital contents and services to the consumers' preferences expecting greater consumers' attention and consequently higher profits, including transactions aimed at selling personal data already in possession of one market player to another in order to gain access to potential users and/or buyers. The fact that personal data can be regarded as an economic asset infer that transactions built upon a consent to process such data in return of digital content or service cannot be regarded as gratuitous.[51] Namely, for a service or a good to be considered free, nothing may be required in return. As soon as there is an obligation of a consumer to consent to the processing of his personal data *vis a vis* an obligation of a trader to enable him an access to the digital content or supply of the digital service, there is no gratuitous, but only a *quid pro quo* relation. Therefore, advertising such services as free shall be considered unfair commercial practice aiming at deceiving potential consumers and enticing them to enter into a transaction without being fully aware of all the risks connected therewith.[52]

In fact, business models of a newer age rely on processing of personal data belonging to their users as sort of an alternative „currency", or rather as a substitute for money.[53] These new business patterns have urged the legislator to provide a legal framework so as to ensure that their consumers also enjoy a set of rights and legal remedies comparable to the consumers who pay a price when acquiring

[49] Natali Helberger et al, „Digital Content Contracts for Consumers", Journal of Consumer Policy, Springer 2013, 38; Chris Jay Hoofnagle, Jan Whittington, „Free: Accounting for the Costs of the Internet's Most Popular Price", UCLA Law Review Vol. 61/2014, 611.

[50] N. Helberger, F. Zuiderveen Borgesius, A. Reyna, op. cit, 2017, 1427, 1428.

[51] Carmen Langhanke, Martin Schmidt-Kessel, „Consumer Data as Consideration", Journal of European Consumer and Market Law, 6/2015, 219.

[52] Ibid, 218.

[53] Romain Robert, Lara Smit, „The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law", ERA Forum 2018, 160, 161.

access to some digital content or digital service.[54] Furthermore, there is no reason to discriminate between these two categories of consumers in relation to their reasonable expectations, by contending that consumers who provide their personal data have a lower level of expectations when it comes to the quality and functionality of the digital content or service compared to those paying a price.[55] Taking into account that not only money, but also personal data reflect certain value, there is no justification to treat differently these two categories of consumers.[56]

An „equalisation" of these two categories of consumers has led to the significant increase in the total number of the consumers who could qualify for the protection guaranteed under the DCD. This development can indeed be regarded as rectifying the previous state of the regulation which ignored the vast group of non-paying users of digital content and services, although they used to „surrender" some aspects of their privacy without necessarily being aware of it. Even though eliminating discriminatory treatment between these two classes of consumers was one of the main purposes to be achieved with the DCD, the very nature of the two possible contractual performances: paying a price or providing personal data, prevented guaranteeing to both groups exactly the same set of rights and legal remedies – the aspect that will be elaborated later.

5. FROM THE PROPOSAL OF THE DCD TO ITS FINAL WORDING

Even though providing personal data in lieu of money in an exchange for various digital contents and services has become a common practice, prior to the adoption of the DCD, this reality had not been tackled in legal sources. This is why this novelty triggered not only a considerable doctrinal debate, but also enticed the reaction of the EU authorities, among which the most prominent role was taken by the European Data Protection Supervisor (abbreviated: EDPS). The central part of this discussion was dedicated to the juxtaposition of protection of

[54] Madalena Narciso, „'Gratuitous' Digital Content Contracts in EU Consumer Law", Journal of European Consumer and Market Law 5/2017, 198.

[55] N. Helberger, F. Zuiderveen Borgesius, A. Reyna, op. cit, 1448; A. Metzger et.al, op. cit, 91; M. Narciso, op. cit, 198. For the opposite see: Marco et.al, Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts, University of Amsterdam, Centre for the Study of European Contract Law (CSECL), Institute for Information Law (IViR), Amsterdam Centre for Law and Economics (ACLE), Final Report Comparative analysis, Law & Economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts, (publication year not available in the Internet source),180 https://dare.uva.nl/search?identifier=7d3d806d-8315-4aa6-8fb6-1fc565d2b557 accessed 20.10.2019.

[56] European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain Aspects concerning contracts for the supply of digital content, 14 March 2017, 12. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf, 6.12.2019.

personal data as a fundamental human right, on one hand, and personal data as commodity, on the other hand. Indeed, the major question to be answered was coupled with the issue of how to reconcile the protection of personal data as a fundamental human right with the social reality reflected in the fact that consumers increasingly tend to acquire access to digital content and digital services upon giving their consent to the trader to process their personal data. Due to the comments expressed by the legal experts and bodies, final wording of the DCD underwent certain changes. While some of them concerned its terminology, others influenced the very substance of the DCD.

One of the major terminological remarks was expressed by the EDPS. Without ignoring the existing social phenomenon of providing personal data instead of money, the EDPS urged the EU legislator to substitute the term counter-performance in relation to personal data in order to distance it from their monetisation, i.e. from degrading them to the mere consumers' interests.[57] At the insistence of the EDPS, the phrase counter-performance was later excluded from the wording of the DCD. However, it is disputable if this terminological change really added something to the quality of the DCD. Although the motives of the EDPS were rational to some extent, it can be hardly asserted that this alteration brought any substantial change in the structure of the synallagmatic contract, which *per definitionem* assumes a relationship between performance of one contractual party and counter-performance of another party of the contract. Thus, this „makeover" seems not to have modified the very construction of the relationship between the consumer and the trader.[58] The fact that a contractual performance of one party is somewhat characteristic in sense that it refers to the providing of personal data does not deny it the quality of performance as such.

One of the most prominent comments concerning the substance of the proposed solutions, which was voiced not only by the EDPS, but by all legal experts who reviewed the DCD's Proposal, was related to the initially suggested provision according to which the DCD should be applicable only provided that consumer „actively imparted his personal data" to the trader. Implicitly this formulation excluded from the DCD's scope of application a counterpart of actively provided personal data – passively provided personal data. This solution was heavily criticised for a few reasons. First of all, such distinction was not anchored and as such not grounded in any applicable legal sources governing personal data protection. Furthermore, there was no plausible explanation why consumers who would be clandestinely tracked and whose personal data would anyway be used for making profit would be deprived of the protection enjoyed by the consumers who willingly provide their personal data. Accordingly, such discrimination of consumers

[57] European Data Protection Supervisor, op. cit, 3, 7, 10.
[58] See Art. 3 of the DCD.

based on the way their data had been collected would in turn only serve as an incentive for the traders to rely on the methods of passive personal data collecting, in order to be exempted from the application of the DCD.[59] This remark influenced the final wording of the DCD, which now refers to the personal data without specifying how they have been collected.

6. PROVIDING OF PERSONAL DATA AS AN OBJECT OF A CONTRACTUAL OBLIGATION

Committing oneself to consent to the processing of personal data in return for a digital content or service is not contrary to the current legal regulation. In other words, there is no such rule (neither in the Charter of Fundamental Rights of the EU nor in the GDPR) that prevents a consumer to entitle another contracting party, a trader to process his personal data as an object of a contractual obligation. Therefore, such a consent can serve as a valid object of a contractual obligation.[60] Even though this was not prevented by the law, until the adoption of the DCD this possibility had not been expressly stated in any of the EU legal sources. Moreover, soft law instruments adopted at the EU level such as *Principles of European Contract Law*[61] and *Draft Common Frame of Reference*[62] do not explicitly stipulate such a possibility, either. This is not surprising, taking into account that both regulatory models were framed at the time when the digital market was in its initial stage of development when one could barely anticipate the current importance of the personal data processing.

Nevertheless, the trader would need such consent only provided that he cannot process personal data based on some other legal ground. Provided that the trader is already entitled to process personal data of his consumers based on other legal grounds that exist if processing „is necessary for the performance of a contract", or „necessary for compliance with a legal obligation to which the controller is subject"[63], the trader will not „lose" his time to acquire a consumer's consent. On the other hand, if such legal basis does not exist, or if the breadth of the processing

[59] R. Robert, L. Smit, op. cit, 166; European Law Institute, Statement of the European Law Institute „On the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers", COM (2015) 634 final, 15; European Data Protection Supervisor, op. cit, 12; A. Metzger et.al. op. cit, 94, 96; N. Helberger, F. Zuiderveen Borgesius, A. Reyna, op. cit,1447.

[60] C. Langhanke, M. Schmidt-Kessel, op. cit, 218.

[61] Ole Lando, Hugh Beale (ed.), Principles of European Contract Law, Kluwer Law International, The Hague, I– II, 2000; III, 2003.

[62] Christian von Bar, Eric Clive (ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), Sellier European Law Publishers, München 2009.

[63] See Art. 6 of the GDPR.

would outstrip the legal ground of the processing, the trader would be obliged to acquire such consent.

For a consent to be legally binding within the realm of the contract for the supply of digital content and digital services, it ought to meet all the requirements contained in Art. 7 of the GDPR.[64] Moreover, the possibility to withdraw the consent for the processing of personal data is also applicable in the context of this contract. This means that a consumer may not waive his right to withdraw his consent, which further opens a question of the legal nature of the consumer's performance, given that it can be thwarted at any time.[65] The possibility of a consumer to withdraw his consent at any time implies that a trader can be left without further possibility to continue with the processing of consumer's personal data, and at the same time without a chance to obtain such consent before a court. Unenforceability of a consumer's duty *vis a vis* a trader rightly led some authors to the conclusion that such an obligation could be qualified as sort of an imperfect, i.e. natural obligation.[66] Given that the legal base of a consumer's commitment contained in his consent to the processing of his personal data can fall off at any moment during the contract's performance, one can wonder why at all the trader would be interested in accepting such a performance despite its inherent risk. Taking into account the fact that the withdrawal of the consent produces effect only *ex nunc*, the trader's interest actually lies in the expectation to gain as much as possible economic benefits from the processing of consumer's personal data before the potential withdrawal of his consent.[67] Surprisingly, the DCD does not govern the consequences of the withdrawal of the consent. Instead, it leaves them to the national regulation.[68] This further implies that the withdrawal of the consent does not necessarily lead to the termination of a contract. However, apart from contract termination it is hard to imagine what possible corollaries the withdrawal could entail.

7. VALUE OF PERSONAL DATA AND PROBLEMS CONNECTED THEREWITH

Even though no one disputes that personal data carry economic value, at this stage of development it is hard to establish it, exactly or approximately. The impossibility to assess the value of personal data causes some troubles. While some

[64] Accordingly the „consent shall be presented in a manner which is clearly distinguishable from other matters, in an intelligible and easily accessible form, using clear and plain language." Prior to giving consent, the data subject shall be informed of the possibility to withdraw it at any time. The consent also needs to be freely given.

[65] C. Langhanke, M. Schmidt-Kessel, op. cit, 221.

[66] Ibid, 220, 221.

[67] European Data Protection Supervisor, op. cit, 18.

[68] Recital 39, 40 of the Preamble of the DCD.

of them are important when deciding whether or not to enter into contract, other can come into play during its performance, whilst some become apparent only upon its termination. To begin with, when one brings a decision whether or not to enter into a contract, he or she should in advance know what is being exchanged.[69] A principle of an equal value of mutual prestations, i.e. principle of equivalence in civil-law relations is one of the major postulates of synallagmatic contracts. However, taking into account that a consumer does not know what value will be created through the processing of his personal data, it is questionable whether he can bring a „well informed decision" to enter or not to enter into contract.[70] Indeed, one may pose a question if consumers would at all consent to the processing of their data had they known for what purposes and how their data will be used. Moreover, consumers are usually not informed of the security measures, if any, taken by the trader in order to prevent consumers' data being compromised (for instance, through potential hacker attacks).[71] This aspect testifies a great information asymmetry between the consumer, on one hand, and the trader on the other.

Besides, the impossibility to assess the value of personal data also influenced some implications in case of non-conformity of delivered digital content or service and in case of a termination of a contract. Namely, some legal remedies are tailored to the traditional payment method. For instance, a legal remedy that can be triggered in case of non-conformity of the delivered digital content or service such as price reduction is applicable only in respect of the consumers who paid a price. This implies that a consumer who provided his personal data has in fact one legal remedy less compared to the consumer who paid a price. This has been somewhat compensated in that the former is entitled to terminate the contract, regardless of the gravity of such non-conformity, while on the other hand paying consumers may terminate the contract only provided that a non-conformity is not minor.[72]

A further consequence of the impossibility to establish the exact value of the personal data becomes apparent in the event of termination of the contract. Provided that the consumer has paid a price, „the trader shall reimburse the consumer for all the sums paid under the contract".[73] Restitution, as it is known, is a corollary of the contract termination. Restitution, understood in its common sense, is not possible if a consumer has provided his personal data to the trader. Thus, in this situation, special rules contained in the already applicable GDPR such as the right of access (Art. 15 of the GDPR), the right to data portability (Art. 20 of the GDPR) and the right to erasure (Art. 17 of the GDPR) are applicable.[74] Logically,

[69] European Data Protection Supervisor, op. cit, 9.
[70] N. Helberger, F. Zuiderveen Borgesius, A. Reyna, op. cit, 1443.
[71] C. J. Hoofnagle, J. Whittington, op. cit, 606, 611, 645.
[72] See recital 67 and Art. 14 para. 6 of the DCD.
[73] Art. 16 para. 1. of the DCD.
[74] Art. 16 para. 2 of the DCD.

the provisions of the GDPR are applicable as far as personal data are concerned. Taking that into account, these rules may not be relevant in relation to the data that cannot be qualified as data that are attributable to a specific natural person. Therefore, if the consumer has provided data other than personal data, or if such data were created through the use of the already supplied digital content or digital service, the trader, save where provided otherwise, ought to refrain from using such data, and upon the consumer's request the trader shall make such data available to him.[75] This provision has been provided so as to prevent the so-called „lock-in" effect[76], which could otherwise discourage consumers from exercising their right to terminate the contract.

8. RELATIONSHIP BETWEEN THE DCD AND THE GDPR

Although the DCD Proposal generally encountered a support within the academic circles, at the same time it was heavily criticised due to its divergence from the already established framework for the protection of personal data epitomised in the GDPR and the E-Privacy Directive. According to the Proposal, it was unclear if the DCD was about to introduce a new, parallel set of rights with regard to personal data, which as special rules derogate the application of the already applicable rules. Judging upon its initial wording, it seemed that the Proposal ignored the already existing regime for the protection of personal data, introducing some rights that already had their comparable counter-parts in the GDPR. For instance, the right of a consumer to retrieve data upon termination of the contract and the obligation of a supplier to refrain from the use of the data provided as counter-performance[77] were comparable to the right to data portability and the right of access contained in the GDPR.[78]

After its revision, the final wording of the DCD explicitly states that all matters related to the personal data are governed by the GDPR. Furthermore, in case of conflict between the DCD, on one hand, and the GDPR and E-Privacy Directive, on the other hand, priority will be given to the latter.[79] In other words, the level of protection that has already been achieved by the GDPR may not be lowered or in any way jeopardised by the adoption of the DCD.[80] The same conclusion, as already mentioned, pertains to the conditions that a consent to the

[75] Art. 16 para. 3 and 4 of the DCD.

[76] A. Metzger et.al, op. cit, 101.

[77] Art. 13(2) (b) i (c) of the Proposal for a DCD od 9.12.2015, COM (2015) 634 final, 2015/0287(COD).

[78] European Data Protection Supervisor, op. cit, 3, 19.

[79] See Recital 37, 38, 48, 69, Art. 3, point 8, Art. 16 of the DCD.

[80] European Data Protection Supervisor, op. cit, 20; A. Metzger et. al, op. cit, 94.

processing of personal data ought to meet in order to be regarded a valid basis for a contractual relationship.

9. AN OVERVIEW OF THE CURRENT STATE OF SERBIAN LAW WITH REGARD TO THE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT AND DIGITAL SERVICES

Unlike the EU legislator, the Serbian one has not yet regulated the contracts for the supply of digital content or digital services in an appropriate manner. The Consumer Protection Act[81] (abbreviated: the CPA) contains hardly any specific regulation, except a narrow and insufficient definition of digital content and one exemption to the right to contract out if a transaction concerns the supply of digital content. The CPA addresses the issue of the supply of digital content, without even mentioning any kind of digital services, under a very broad notion of distance contracts, without specifying any tailor-made rules. Furthermore, CPA is silent on the case when a consumer provides his/her personal data for the digital content received from the trader. Therefore, it is questionable whether the contract for the supply of digital content can be considered as separately named contract under Serbian law, provided that our current legislation does not offer detailed set of rights and duties of the parties to such a contract. This implies that available rules are insufficient, bringing us to the conclusion that existing provisions of the CPA need to be further elaborated, especially taking into account that consumers from Serbia, just like consumers from other countries with an Internet access, increasingly access various digital contents and use digital services.

10. CONCLUSION

Considering the foregoing, we are of the opinion that the contract for the supply of digital content and digital services, and especially the provision of personal data as a potential object of consumers' contractual performance *vis a vis* the trader, shall be governed in Serbian legislation pursuant to the DCD solutions. This shall be done for a few reasons. Primarily, due to Serbia's aspiration to accede the EU, the process that requires harmonisation of its legal rules with *acquis communautaire*. Secondly, due to the quality of the DCD provisions – by its adoption the EU legislator did not turn a blind eye to the new business practices favouring consumers' personal data over money. Indeed, the DCD „legalised"

[81] Consumer Protection Act, Official Gazette of the Republic of Serbia, no. 62/2014, 6/2016 – new law and 44/2018 – new law.

such a practice by providing a set of rights and legal remedies to be enjoyed by the consumers who provide their personal data in lieu of money to the traders. Thirdly, a level of computer literacy among domestic consumers is rising. Accordingly, providing personal data in exchange for digital content and digital services has also become a social reality in Serbia that deserves an adequate legislative response.

Having concluded that there is a need to incorporate DCD solutions into Serbian legal system, it is left to suggest the most appropriate piece of legislation for that. Though the Law on Obligations (abbreviated: LoO) is a main legal source governing contractual mattes, consumer contracts are not covered therein. This is so because consumer contracts have come into existence much later than the last changes of the LoO, and are governed in the CPA. Taking into account characteristics of consumer contracts, Serbian legislator favoured regulating them in a *lex specialis* over their incorporation in the LoO. Having that in mind, our opinion is that contracts for the supply of digital content and digital services shall be governed in the CPA. This contract shall be elaborated more in detail so as to include supply of digital services, besides digital content. At the same time, it shall explicitly include the possibility of a consumer to provide his personal data in lieu of money. Current regulation pursuant to which this contract presents only a type of a distance contract is not sufficient, given that its main feature does not emanate from the fact that it is being concluded between the distance parties. Conversely, it shall be deemed characteristic for its subject matter – the supply of a content or a service in a digital form, and for its potential performance – providing personal data instead of paying a price.

REFERENCES

Books and articles

Diligenski Andrej, Prlja Dragan, Cerović Dražen, *Pravo zaštite podataka GDPR*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2018.

Geiregat Simon, Steennot Reinhard, „Proposal for a Directive on Digital Content: Scope of Application and Liability for a Lack on Conformity“, in: Claeys Ignace, Terryn Evelyne (ed.), *Digital Content and Distance Sales: New Developments at EU Level*, Intersentia Ltd, Cambridge – Anrwerp – Portland 2017, 95-166.

Giliker Paula, „Regulating Contracts for the Supply of Digital Content: The EU and UK Response“, in: Synodinou Tatiana-Eleni et. al (ed.), *EU Internet Law – Regulation and Enforcement*, Springer, Cham 2017, 101-124.

Helberger Natalie, Zuiderveen Frederick, Reyna Agustin, „The Perfect Match: A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law“, *Common Market Law Review* Vol. 54, 5/2017, 1427-466.

Helberger, N. *et. al*, „Digital Content Contracts for Consumers“, *Journal of Consumer Policy*, Springer 36/2013, 37–57.

Hoekstra Johanna, Diker-Vanberg Aysem, „The Proposed Directive for the Supply of Digital Content: Is it Fit for Purpose? „, *International Review of Law, Computers & Technology* Vol. 33, 1/2019,100-117.

Hoofnagle Chris Jay, Whittington Jan, „Free: Accounting for the Costs of the Internet's Most Popular Price", *UCLA Law Review* Vol. 61, 2014, 606-670.

Lando Ole, Beale Hugh (ed.), *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, The Hague, I– II, 2000; III, 2003.

Langhanke Carmen, Schmidt-Kessel Martin, „Consumer Data as Consideration", *Journal of European Consumer and Market Law* 6/2015, 218-223.

Loizidou Nicolaidou Irene, Georgiades Constantinos, „The GDPR: New Horizons", in: Synodinou Tatiana-Eleni et. al (ed.), *EU Internet Law – Regulation and Enforcement*, Springer, Cham 2017, 3-18.

Loos Marco B. M. *et al*, „Digital Content Contracts for Consumers", *Journal of Consumer Policy* Vol. 36, 1/2013 37-57.

Loos Marco B. M., „Not Good But Certainly Content: The Proposals for European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content", in: in: Claeys Ignace, Terryn Evelyne (ed.), *Digital Content and Distance Sales: New Developments at EU Level*, Intersentia Ltd, Cambridge – Anrwerp – Portland 2017, 3-53.

Loos Marco B.M. *et. al*, *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts*, University of Amsterdam, Centre for the Study of European Contract Law (CSECL), Institute for Information Law (IViR), Amsterdam Centre for Law and Economics (ACLE), Final Report Comparative analysis, Law & Economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts, https://dare.uva.nl/search?identifier=7d3d806d-8315-4aa6-8fb6-1fc565d2b557 accessed 15.9.2019.

Metzger Axel *et al*, „Data-Related Aspects of the Digital Content Directive", *Journal of Intellectual Property*, *Information Technology and E-commerce Law* Vol. 9, 1/2018, 90-109.

Mila Rafel Rosa, „The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part 1): will the new rules attain their their objective of reducing legal complexity? „, *IDP Revista D'Internet Dret i Politica* 23/2016, 1-14.

Mitrou Lilian, „The General Data Protection Regulation: A Law for the Digital Age", in: Synodinou Tatiana-Eleni *et. al.* (ed.), *EU Internet Law – Regulation and Enforcement*, Springer, Cham 2017, 19-58.

Narciso Madalena, „'Gratuitous' Digital Content Contracts in EU Consumer Law", *Journal of European Consumer and Market Law* 5/2017, 198-206.

Prastitou Merdi Thalia, „The Proposed New Digital Single Market Contract Law Directives: A New Start for Digital European Contract Law", in: Synodinou Tatiana-Eleni *et al.* (ed.), *EU Internet Law – Regulation and Enforcement*, Cham, Springer 2017, 125-162.

Radovanović Sanja, „Upotreba računarskog programa u Cloud Computing-u", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2013, 343-357.

Robert Romain, Smit Lara, „The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law", *ERA Forum* 19/2018, 159–177.

Straetmans Gert, Meys Shana, „The New Proposals for Directives Concerning Digital Content and Online/Distance Sales: What Impact on Consumer Protection?", in: Claeys Ignace, Terryn Evelyne (ed.), *Digital Content and Distance Sales: New Developments at EU Level*, Intersentia Ltd, Cambridge – Anrwerp – Portland 2017, 307-361.

von Bar Christian, „Evropski razmišljati o privatnom pravu", *Evropski pravnik* (SCIentia) Vol. 13, 1/2015, 11-25.

von Bar Christian, Clive Eric (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier European Law Publishers, München 2009.

Legal sources

Charter of Fundamental Rights of the EU, 2012/C/326/02, *Official Journal of the European Union*, C 326/391, 26.10.2012.

Consumer Protection Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia,* No. 62/2014, 6/2016 – new law and 44/2018 – new law.

Law on Obligations, *Official Gazette of the Republic of Serbia,* No. 29/78, 39/85, 45/89 – Decision of the Constitutional Court of FRY and 57/89 and *Official Gazette of the FRY*, No. 31/93.

Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *Official Journal of the European Union*, L 95/29, 21.04.1993.

Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, *Official Journal of the European Union*, L 281, 23.11.1995.

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, *Official Journal of the European Union*, L 178/1, 17.07.2000.

Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector, *Official Journal of the European Union*, L 201/37, 31.07.2002.

Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on counsumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, *Official Journal of the European Union*, L 304/64, 22.11.2011.

Directive 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, *Official Journal of the European Union*, L 136/1, 22.05.2019.

Electronic Commerce Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia,* no. 41/2009, 95/2013 and 52/2019.

Personal Data Protection Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, no. 87/2018.

Regulation 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, *Official Journal of the European Union*, L 119/1, 04.05.2016.

Website references

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *A Digital Single Market Strategy, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=EN* accessed 7.9.2019.

European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of contracts for the supply of digital content and digital services*, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex-%3A52015PC0634* accessed 7.9.2019.

European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain Aspects concerning contracts for the supply of digital content, 14 March 2017
https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf accessed 5.9.2019.

European Parliament, *Briefing EU Legislation in Progress: Contracts for suply of digital content to counsumers*, *http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/581980/EPRS_BRI%282016%29581980_EN.pdf* accessed 7.9.2019.

Eurostat, *Community survey on ICT usage in households and by individuals*, *https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Digital_economy_and_society_statistics_-_households_and_individuals* accessed 7.9.2019.

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0635&from=EN* accessed 7.9.2019.

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0010&from=EN*, accessed 7.9.2019.

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0635, accessed 7.9.2019.

Statement of the European Law Institute
on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers, COM (2015) 634 final, *https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf* accessed10.9.2019.

Sloboda D. Midorović, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
S.Midorovic@pf.uns.ac.rs

Miloš B. Sekulić, student doktorskih studija
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
milossekulic89@gmail.com

Nova funkcija ličnih podataka u svetlu ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga[82]

Sažetak: *Rad je posvećen rešenjima nedavno usvojene Direktive Evropske unije o pojedinim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga (skraćeno: DCD), sa fokusom na njenu ključnu novinu koja se sastoji u mogućnosti potrošača da trgovcu pruži svoje lične podatke umesto plaćanja cene kako bi pristupio digitalnom sadržaju ili digitalnoj usluzi. Iako je reč o društvenom fenomenu koji u praksi egzistira već duže vreme, DCD je prvi izvor prava Evropske unije koji prihvata ovu realnost predviđajući pravni okvir za regulisanje takve ugovorne obaveze. Uoči usvajanja DCD glavni problem je bio kako pomiriti dva aspekta podataka o ličnosti: činjenicu da pravo na zaštitu podataka o ličnosti predstavlja ljudsko pravo, s jedne, i rastuću upotrebu ličnih podataka kao objekta ugovorne obaveze u digitalnom okruženju, s druge strane. Potreba za usaglašavanjem ovih dveju dimenzija ličnih podataka dovela je do izmena predloga DCD. One su se, između ostalog, odnosile na preciziranje odnosa DCD prema postojećem režimu zaštite podataka o ličnosti u Evropskoj uniji – Opštoj uredbi o zaštiti podataka o ličnosti (skraćeno: GDPR). Osim analize relevantnih odredaba DCD, u radu su takođe dati argumenti u prilog implementaciji rešenja DCD u srpski pravni sistem, uz predlaganje izvora u kome bi ta rešenja trebalo da budu inkorporisana.*

Ključne reči: *podaci o ličnosti, dvostranoobavezni pravni posao, ugovorna obaveza, GDPR.*

Datum prijema rada: 07.12.2019.

[82] Rad je prezentovan na Međunarodnoj naučnoj konferenciji Pravna tradicija i novi pravni izazovi, održanoj 03. i 04.10.2019. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu.

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U NOVOM SADU

ZBORNIK RADOVA

Dosadašnji glavni urednici:

Prof. dr Vladimir Kapor (1966), prof. dr Nikola Vorgić (1967–1968), prof. dr Miloš Stevanov (1969–1973), prof. dr Borivoje Pupić (1974–1976), prof. dr Milijan Popović (1977–1983), prof. dr Stanko Pihler (1984–1988), prof. dr Momčilo Grubač (1989–1990), prof. dr Jovan Munćan (1991–1997), prof. dr Milijan Popović (1998–2003), prof. dr Rodoljub Etinski (2004–2006), prof. dr Dragiša Drakić (2006–2013).

Članovi Uredništva:

Prof. dr Ljubomir Stajić, prof. dr Damjan Korošec (Slovenija), prof. dr Wilhelm Brauneder (Austrija), prof. dr Tamás Prugberger (Mađarska), prof. dr Serge Regourd (Francuska), prof. dr Heinz Mayer (Austrija), prof. dr Peter Mader (Austrija), prof. dr Suphawatchara Malanond (Tajland), prof. dr Branislav Ristivojević, prof. dr Tatjana Bugarski, prof. dr Bojan Tubić.

Menadžer časopisa

Dr Luka Baturan

Sekretarijat Uredništva

Prof. dr Vladimir Marjanski, doc. dr Dragana Ćorić, doc. dr Marko Knežević, doc. dr Cvjetana Cvjetković Ivetić, dr Uroš Stanković, dr Milana Pisarić, dr Nataša Rajić, dr Stefan Samardžić, dr Sandra Samardžić, dr Ivan Milić, dr Ratko Radošević, Milica Kovačević, mr Radmila Dabanović.

Kompjuterska obrada teksta

Vladimir Vatić, „Grafit“

Štampa:

„Futura“, Petrovaradin

Tiraž: 100 primeraka

2019

100 primeraka