ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ЗБОРНИК РАДОВА

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

Главни уредник
Проф. др Слободан Орловић

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

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

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

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

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

ЗБОРНИК РАДОВА
COLLECTED PAPERS

LV 3 (2021)

НОВИ САД, 2021.

ЗРПФНС, година LV Нови Сад, бр. 3 (2021)

УДК 3 ISSN 0550-2179 eISSN 2406-1255

САДРЖАЈ

Ранко И. Кеча
Марко С. Кнежевић
Искључење одговора на жалбу у спору за објављивање одговора на информацију 687

Маја Д. Сшанивуковић
Уобичајено боравиште детета у пракси Суда Европске уније 709

Раденка М. Цвешић
Слобода Д. Мидоровић
Сусвојина етажних власника на парцели на којој је зграда изграђена 737

Драго Љ. Дивљак
Примена принципа предострожности у праву Светске трговинске организације – домети и перспективе 765

Сенад Р. Јашаревић
Дарко М. Божичић
Лаки рад деце у међународним стандардима и законодавству одабраних страних држава 783

Сања В. Ђајић
Слобода изражавања, грубе речи и државни службеници 803

Таштјана Д. Бугарски
Милана М. Писарић
Модернизација прумског оквира за размену података 829

Драгиша С. Дракић
Иван Д. Милић
Превремено отпуштање осуђеника 851

Владимир Ж. Марјански
Обавеза вршења додатних уплата у друштву с ограниченом одговорношћу . . 869

Маша М. Кулаузов
Грађански судски поступак у Црној Гори крајем XIX и почетком XX века – општи осврт 897

Сандра С. Фишер Шобот
Злоупотреба доминантног положаја стискањем марже у праву конкуренције Европске уније 913

Атила И. Дудаш
Непосредна одговорност произвођача за несаобразност производа у европском и српском праву 931

Драгана М. Ђорић
Да ли су нам потребна прецизнија методолошка правила за писање прописа? . . 957

Цвјетана М. Цвјетковић Иветић
Горан Б. Милошевић
Лука О. Батуран
Пореске олакшице за објекте у којима станују обвезници пореза на имовину . . 973

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ

Шандор Ш. Удвари
Економска анализа електронизације судског извршења у Мађарској 993

ПРИКАЗИ

Мијодраг Д. Радојевић
Анатомија мржње – хроника зла 1017

TABLE OF CONTENTS

Ranko I. Keča
Marko S. Knežević
Exclusion of a Response to the Appeal in the Right to Reply Litigation 687

Maja D. Stanivuković
Child's Habitual Residence in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union 709

Radenka M. Cvetić
Sloboda D. Midorović
Co-ownership of Apartment Owners with regard to the Land on which the Building is Built 737

Drago Lj. Divljak
Application of the Precautionary Principle in the WTO – Reaches and Perspectives . 765

Senad R. Jašarević
Darko M. Božičić
Light Child Work in International Standards and Comparative Legislation 783

Sanja V. Đajić
Freedom of Expression, Strong Language and Public Servants 803

Tatjana D. Bugarski
Milana M. Pisarić
Modernization of the Prum Framework for Data Exchange 829

Dragiša S. Drakić
Ivan D. Milić
Early Release of Convicts 851

Vladimir Ž. Marjanski
Obligation to Make Additional Payments in a Limited Liability Company 869

Maša M. Kulauzov
Civil Procedure in Montenegro at the End of the 19th and the Beginning of the 20th Century – General Outline 897

Sandra S. Fišer Šobot
Abuse of Dominant Position by Margin Squeeze in Competition Law of the European Union 913

Attila I. Dudás
Producer's Direct Liability for Non-conformity in European and Serbian Law 931

Dragana M. Ćorić
Do We Need More Precise Methodological Rules for Writing Regulations? 957

Cvjetana M. Cvjetković Ivetić
Goran B. Milošević
Luka O. Baturan
Tax Reliefs for Residential Property Occupied by the Payers of the Property Tax . . 973

SECTION FOR FOREIGN AUTHORS

Sandor S. Udvary
Economic Analysis of the Electronization of Judicial Enforcement in Hungary 993

BOOK REVIEW

Mijodrag D. Radojević
Anatomija mržnje – hronika zla 1017

Оригинални научни рад 347.956:[001.102:069.62
doi:10.5937/zrpfns55-33730

Ранко И. Кеча
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
rkeca@pf.uns.ac.rs

Марко С. Кнежевић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
mknezevic@pf.uns.ac.rs

ИСКЉУЧЕЊЕ ОДГОВОРА НА ЖАЛБУ У СПОРУ ЗА ОБЈАВЉИВАЊЕ ОДГОВОРА НА ИНФОРМАЦИЈУ

О УСТАВНОСТИ ЈЕДНОСТРАНОСТИ ЖАЛБЕ УЗ НЕДОЗВОЉЕНОСТ РЕВИЗИЈЕ

Сажетак: *Закон о јавном информисању и медијима, пратећи свој претходника, предвиђа једностраност жалбе против пресуде у спору о праву на одговор на информацију. Уз то, у таквом спору ревизија је недопуштена. У раду се овај крупни изузетак од општих правила парничног поступка испитује с обзиром на његову уставност. Показује се да је концепт једностраности жалбе делимично неуставан, и то у смислу ограничења права на саслушање као дела права на правично суђење. Након негирања могућности уставнокомфорне телеолошке редукције, предлаже се један од два могућа начина законодавног решења, и то просто напуштање концепта једностраности жалбе.*

Кључне речи: *право на одговор на информацију; одговор на жалбу; једностраност жалбе; право на саслушање; равноправност странака; једнакост оружја у поступку; право на правично суђење*

1. УВОД

Закон о јавном информисању и медијима из 2014. године (ЗЈавИнф),[1] поред осталог, уређује и тзв. медијске спорове, раније познате као штампар-

[1] *Службени гласник Републике Србије (СГ РС)* 83/2014, 22; 58/2015, 3; 12/2016, 13 (аут. тумачење).

ске спорове.[1] Реч је о парничним поступцима у којима се расправља о захтевима поводом објављивања информација у медијима. Инструментални карактер парничног поступка при томе потврђује своје постојање: у овим споровима се општи режим из Закона о парничном поступку (ЗПП)[2] модификује тако да одговори нарочитим захтевима, од којих је хитност решавања спорова најмаркантнији.

Један од медијских спорова је и спор о праву на одговор на информацију (краће: спор о праву на одговор). Ово право настаје онда када се у медију објави информација која може повредити право или правни интерес једног лица; његов титулар је управо то лице (правно или физичко), а садржински је уперено на објаву одговора у медију, у коме се тврди да је информација неистинита, непотпуна или нетачно пренета (*arg.* чл. 83 ст. 1 ЗЈавИнф).[3] Његов смисао је у заштити права личности кроз јавност,[4] и то кроз примену принципа *audiatur et altera pars*: онај на кога се односи објављена информација се изјашњава о њој. Пошто се изјашњава у истом медију где је и објављена информација, сматра се да је право на одговор манифестација и принципа једнакости оружја, односно једнаких шанси.[5] Правила о расправљању овог спора су додатно модификована у односу на „општи" режим медијских спорова. Између осталог, жалба против пресуде се не доставља противнику жалиоца на одговор (чл. 125 ст. 4 ЗЈавИнф); речником процесноправне догматике – жалба је једнострана. Уз то, ревизија је недозвољена (чл. 126 ст. 3 ЗЈавИнф).

Концепт једностраности жалбе у овом спору није до сада изазвао пажњу научне и стручне јавности, иако се ради о крупном изузетку од основних поставки савременог парничног поступка. Само по себи то је довољан разлог за обраду проблема. Но, како је питање могућност давања одговора на правни лек судбински везано и за уставна права странака у поступку, потреба за истраживањем је још већа. Већ на први поглед се одмах намеће питање уставности таквог концепта. Томе је и прилагођен след излагања: прво ће бити изложена општа проблематика одговора на правни лек (2), у чисто догматичком, парничном смислу, потом и у уставноправном; након тога ће се додатно разјаснити постојећи концепт једностраности жалбе против пресуде у овом спору (3), да би се на крају могао понудити одговор на постављено питање (4), и у складу са тим предлог за превазилажење проблема (5).

[1] Уп. међутим *УС*, 25. 4. 2019 – Уж 5149/17, *СГ РС* 45/2019, 57 (58), где се још увек користи данас неприкладан термин „штампарски спор".

[2] *СГ РС* 72/2011, 73; 49/2013, 54 (*УС*); 74/2013, 18 (*УС*); 55/2014, 53; 87/2018, 53; 18/2020, 5.

[3] О одговору на информацију уопште вид. Владимир Водинелић, „Одговор на информацију", у: В. Водинелић *et alt.*, *Право медија с Моделом закона о јавном информисању*, Београд 1998, 175 и след.; за немачко право вид. Axel Beater, *Medienrecht*, Tübingen 2016², 759 и след.

[4] Уп. A. Beater, 757 и след.

[5] В. Водинелић (1998), 177.

2. ОДГОВОР НА ЖАЛБУ У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

2.1. Појам и догматичка разрада на нивоу законског права

Под одговором на жалбу се подразумева парнична радња противника жалиоца, којом се он изјашњава о изјављеној жалби. Као главни циљ одговора на жалбу означава се оповргавање разлога правног лека, и кроз то давање аргументације жалбеном суду за њено одбијање, односно потврђивање побијане одлуке.[6] Потпуније и тиме исправније *Познић* резонује – одговором на жалбу противник жалиоца тежи ка томе да побијана одлука остане неизмењена, што неће бити случај само ако се она потврди одбијањем жалбе, већ и ако се жалба одбаци.[7] Другим речима, дакле, противник жалиоца оспорава како дозвољеност, тако и основаност жалбе, као парничне радње нападног карактера. У том смислу *Фашинг* (*Fasching*) исправно прави паралелу са одговором на тужбу: и њен смисао је да се једна нападна радња противника обеснажи.[8] Одговор на жалбу није обавезна процесна радња у том смислу да противник жалиоца сноси штетне последице пропуштања.[9]

Могућност давања одговора на правни лек у догматичкој разради заузима значајно место. Општа подела правних лекова се заснива и на критеријуму одговора на правни лек. Тако је још у предратној литератури – пратећи тадашње аустријске узоре – успостављена подела на једностране и обостране правне лекове.[10] Код првих правни лек се не доставља противнику на одговор, док се код других доставља. До данас је овакав приступ задржан[11] и представља једно опште добро процесуалистике.

С друге стране, одговор на правни лек има своје место у оквиру учења о начелима, принципима поступка, још једном општем добру процесуалистике.

---

[6] Тако Herbert Pimmer, у: H. Fasching, A. Konecny (Hrsg.), *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Bd. IV/1*, Wien 2019[3], § 468 марг. бр. 13; Annelise Kodek, у: W. Rechberger, T. Klicka (Hrsg.), *ZPO. Zivilprozessordnung*, Wien 2019[5], § 468 марг. бр. 4; у том смеру и Hans Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, Wien 1990[2], 903, који садржину одговора на жалбу одређује као заузимање става о жалбеним разлозима.

[7] Боривоје Познић, *Коментар Закона о парничном поступку. Према тексту Закона из 1976. године са доцнијим изменама и допунама*, Београд 2009, 920.

[8] H. Fasching, 903; уп. и H. Pimmer, у: H. Fasching, A. Konecny (Hrsg.), § 468 марг. бр. 11.

[9] То је изгледа разлог због којег устаљена судска пракса негира накнаду трошкова одговора на правни лек. У овом раду нема простора за проблематизовање таквог става, али је нужно да се он маркира.

[10] Уп. Фрањо Горшић, *Коментар Грађанског парничног поступка II*, Београд 1933, 311; Срећко Цуља, *Грађанско процесно право Краљевине Југославије*, Београд 1936, 662 и след.; слично Драгољуб Аранђеловић, *Грађанско процесно право Краљевине Југославије III*, Београд 1933, 8.

[11] Б. Познић (2009), 874; Боривоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 2015[17], 470. Исто је и у савременој аустријској литератури, уместо свих Andreas Konecny, у: H. Fasching, A. Konecny (Hrsg.), Einl. марг. бр. 8.

У том смислу, реч је о еманацији начела (обостраног) саслушања странака, које подразумева пре свега, али не и искључиво, да је суд дужан свакој странци пружити могућност да се изјасни о захтевима противника – *audiatur et altera pars* (чл. 5 ст. 1 ЗПП).[12] Уз то, понегде само као наличје права на (обострано) саслушање странака, говори се и о начину одржавања начела равноправности, односно једнакости.[13] Свакако, ако се тежи успостављању посебног начела равноправности странака, које је другачије од начела саслушања, нормативни ослонац постоји у чл. 2 ст. 2 ЗПП. У сваком случају, не би требало да буде спорно да је омогућавање изјашњења о правном леку противника елементарни израз идеје о равноправним процесним позицијама.

Повреда правила о омогућавању давања одговора на жалбу према владајућем схватању има капацитет апсолутно битне повреде поступка у виду ускраћивања права на расправљање пред судом.[14] Међутим, спорно је да ли је то данас ревизијски разлог, или само разлог за понављање другостепеног поступка. Јер, у листи ревизијских разлога није наведена ова апсолутно битна повреда (*arg.* 407 ст. 1 т. 1 и 2 ЗПП), иако она свакако представља релативно битну повреду другостепеног поступка.[15] У сваком случају, повреда има значај само ако је дошло до преиначења побијане пресуде. У супротном, противник жалиоца принципијелно није оштећен, односно нема правни интерес за изјављивање било ког правног лека, иако му је ускраћено изјашњење о жалби. Такође, према ставу *ВСС*,[16] с којим се *Познић* очито слаже,[17] недостављање одговора на жалбу самом жалиоцу не представља повреду која има утицај на правилност одлуке о жалби.

2.2. Темељно померање вредновања у ЗПП

Странички правни лекови у домаћем праву нису одувек били категорички двострани. Обрнуто, утицај изворног аустријског концепта био је

---

[12] Уп. Миливоје Марковић, *Грађанско процесно право, књига прва, свеска 1*, Београд 1957, 71; Б. Познић (2009), 919; Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2017[9], 675; у том смислу и Душица Палачковић, *Парнично процесно право*, Крагујевац 2004, 253.

[13] Уп. Ранко Кеча, *Редовни правни лекови у парничном поступку*, докторска дисертација ПФ у Новом Саду (необ.), Нови Сад 1984, 21; А. Јакшић, 675.

[14] Б. Познић (2009), 919; Врховни суд Југославије, *Збирка судских одлука* 1/1970, бр. одлуке 57 = *Билтен Врховног суда Југославије* 28 (1969), 30 = *Правни живот* 4/1970, 72; *Врховни суд Хрватске* Рев 856/81, *Преглед судске праксе* 20, бр. одлуке 134; *Врховни суд Македоније* Гзз 8/81 Билтен ВСМ 16 (1981), 18.

[15] О проблематичном уређењу ревизијских разлога у ЗПП уп. Весна Ракић-Водинелић, „Закон о парничном поступку Србије 2011", *Правни записи* 2/2011, 553.

[16] *ВСС*, 5. 7. 2000 – Прев 410/99, *Судска пракса привредних судова* 4/2000, 71; *ВСС*, 10. 10. 1996 – Прев 56/96, *Избор судске праксе* 10/1997, бр. одлуке 94; 10. 11. 1993 – Рев 3700/93, *Билтен ВСС* 3/1993, 50.

[17] Б. Познић (2009), 920.

присутан све до ступања на снагу садашњег ЗПП. Наиме, само су правни лекови против пресуде били без изузетка двострани. Супротно, жалба против решења, па чак и против решења као мериторне одлуке у посесорном спору,[18] била је једнострана (чл. 388 ЗПП из 2004; чл. 381 ЗПП из 1976; чл. 367 ЗПП из 1956; *arg. ex* § 620 Грпп).[19] Такво уређење је у већинској литератури било неспорно, и заснивало се на идеји о ефикасности поступка, те пропорционалности; достављање жалбе противнику жалиоца и остављање рока за давање одговора повлачило је за собом утрошак времена, који није био пропорционалан значају самог питања о ком се одлучује.[20] Само је *Познић* касније, у постхумно издатом Коментару ЗПП, изнео критику да је тако нешто неоправдано одступање од начела саслушања, којим се гарантује равноправност странака.[21] *Post festum Г. Сшанковић* је сматрала да је такав концепт био противан праву на правично суђење из чл. 6 ст. 1 ЕКЉП.[22]

Темељну промену је донео тек садашњи ЗПП када је уведена двостраност жалбе против решења. Та новина ипак није наишла на значајнији одјек. Не само да се она у Образложењу ЗПП уопште не спомиње, већ се и у појединим уџбеницима и даље говори да је жалба против решења једнострани правни лек.[23]

Речено је од изузетне важности за проблем овог рада. Већ овде треба истаћи да је законодавац темељно променио вредновање: брзина и ефикасност, као вредности које су имале примат у обликовању жалбе против решења као једностране, очигледно су устукнуле пред начелом обостраног саслушања странака. С обзиром да ипак изричитог образложења нема, питање је да ли законодавац желео да спроведе доследно начело обостраног саслушања странака у смислу тзв. обичног права, или на уму имао његову уставноправну димензију, о чему ће бити више речи у одељку који следи.

---

[18] Изричито *Оūшūа седница Врховноī суда Словеније*, 25. 6. 1973, *Poročilo VSSlo* 1/1973, 49.

[19] Правни лекови који су изјавивали јавни тужиоци били су према владајућем схватању двострани – они су се достављали обема странкама; вид. Б. Познић (2009), 991 и след. са даљим упућивањем. С друге стране, било је спорно да ли је ревизија против решења једострани (тако Srećko Zuglia, *Građanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb 1957, 517) или двострани правни лек (у том смеру Б. Познић [2009], 984 и след.).

[20] Уп. Боривоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско ūроцесно ūраво*, Београд 1999[15], 143: „разлог целисходности"; за *ratio* таквог концепта у изворном аустријском моделу вид. H. Fasching, 849.

[21] Б. Познић (2009), 951.

[22] Гордана Станковић, „Преглед основних процесних начела парничне процедуре", *Правни информаūор* 2/2012, 15.

[23] Тако Б. Познић, В. Ракић-Водинелић (2015), 499: „Жалба против решења не доставља се противнику на одговор".

2.3. Уставноправни аспекти

2.3.1. Уводне напомене

Иако је уставноправни ранг начела (обостраног) саслушања странака (данас) неспоран, не може се рећи да је на теоријском плану стање рашчишћено. Рекурирање на право на правично суђење (чл. 32 ст. 1 Устава; чл. 6 ст. 1 ЕКЉП) нужно захтева конкретизацију дела тог комплексног људског права. При томе, и теоријски приступи зависе умногоме и од матичних националних догматика. То показује на најбољи начин и теоријска обрада праксе *ЕСЉП*: док једни говоре о праву на контрадикторан поступак,[24] други говоре о праву на саслушање,[25] а трећи о једнакости странака, или о једнакости (процесних) оружја. Утолико је проблем у стварању поуздане догматичке основе једног људског права које заиста спада у право на правично суђење. Но, како то показује и домаћа историја, али и упоредно право, до истог резултата се може доћи и на другачији начин. Стога је потребно претходно да се свакако сумарно изложи проблематика, да би се потом питање одговора на правни лек – нарочито кроз призму једне одлуке *ЕСЉП* – могло колико-толико заокружено одговорити из визуре српског уставног поретка.

2.3.2. Догматичка контекстуализација

Право на саслушање (*Anspruch auf rechtliches Gehör*) је процесноправно људско право да се изнесе сав материјал (чињенични, али и правни), као и да га суд узме на знање и позабави се њиме приликом доношења одлуке. То је право које вуче корен из гарантије људског достојанства, и циљ му је да странка заиста буде субјекат поступка, а не да се сведе на његов објекат.[26] Садржински операционализовано оно подразумева да странка мора бити „саслушана" пре доношења одлука, при чему то значи да мора доћи до „речи". У том смислу, и омогућавање одговора на правни лек јесте ништа друго до обезбеђивање права на саслушање.[27] Реч је о немачком концепту који се проширио и на друге системе, свакако пре свега оне немачког говорног

---

[24] Тако А. Јакшић (2017), 101.

[25] Тако Christoph Graberwarter, Katharina Pabel, *Europäisches Menschenrechtskonvention,* München 2021[7], § 24 марг. бр. 72.

[26] Уп. за немачку литературу и судску праксу само Christoph Kern, у: R. Bork, H. Roth (Hrsg.) *Stein/Jonas*, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 2, Tübingen 2016[23], vor § 128 марг. бр 15 и след.; за аустријску литратуру уп. Walter Rechberger, Daphne-Ariane Simotta, *Zivilprozessrecht*, Wien 2009[7], марг. бр. 427.

[27] Тако већ *немачки Савезни уставни суд* (*Bundesverfassungsgericht [BVerfG]*), 24. 7. 1957 – 1 BvR 535/53, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1957, 1395; уп. и C. Kern, у: R. Bork, H. Roth (Hrsg.), vor § 128 марг. бр. 32 и са даљим упућивањима на новију праксу.

подручја. Тако се у овој литератури и право на правичан поступак из чл. 6 ст. 1 ЕКЉП, као и пракса *ЕСЉП*, схвата кроз призму ове догматичке фигуре.[28] Обрнуто, савремена домаћа литература и судска пракса говори о контрадикторности поступка, или о праву на контрадикторан поступак,[29] с тим да се понекад под тим термином мисли на нешто фактичко: поступак у којем је заиста било „контрадикторног" расправљања, тј. случај да је заиста дошло до изјашњења противника.[30] Коначно, у судској пракси се говори и о расправном начелу у овом контексту,[31] што је погрешно.[32]

Право на процесну једнакост/равноправност подразумева омогућавање једнаковредних процесних позиција странака. Суд је дужан да свакој од странака пружи разумну могућност да се користи својим процесним средствима, и то на начин који је не доводи у суштински неповољнији положај у односу на противника.[33] Стога, омогућавање одговора на правни лек било би симетрично праву на правни лек противника. Данас се овај идеја изражава и кроз фигуру једнакости (процесних) оружја (нем. *Waffengleichheit*), као дела комплексног права на правично суђење.[34] Међутим, било би непоштено, а свакако погрешно, везати доктрину о једнакости странака као уставном постулату само за продор права на правично суђење у домаћи дискурс. Југословенска доктрина је била у стању да начело обостраног саслушања у парничном поступку уобличи као израз тадашњег уставног права на једнакост. *Трива* је већ од првих издања свог уџбеника заступао такав став;[35] *Познић* је такође од првих издања уџбеника суму тадашњих уставних одредаба конципирао као уставно право на правну заштиту, које је подразумевало, између осталог, да „посебно, суд свакој странци мора омогућити да се изјасни о предлозима и тврђењима њеног противника".[36]

---

[28] Из немачког угла нпр. Christoph Grabenwarter, Katharina Pabel, у: O. Dörr et alt. (Hrsg.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar, Bd. 1*, Tübingen 2013², 745 и след.; из аустријског W. Rechberger, D. A. Simotta, марг. бр. 217; Oskar Ballon, „Die Beachtung des rechtlichen Gehörs iSd Art 6 MRK durch die Rechtsmittelgerichte", *Juristische Blätter* 10/1995, 623 и след.

[29] Александар Јакшић, *Европска конвенција о људским правима. Коментар*, Београд 2006, 196 и след.; Никола Бодирога, *Уставна јемства у парничном поступку*, Београд 2019, 270; *УС*, 30. 10. 2014 – Уж 1170/12.

[30] За умерену критику таквог приступа већ Siniša Triva, *Građansko procesno pravo I*, Zagreb 1972², 118.

[31] Нпр. *ВСС*, Рев 759/07, *Билтен ВСС* 2/2007, 26; исто и *УС*, 24. 4. 2014 –Уж 5693/11.

[32] Марко Кнежевић, *Расправно начело у српском парничном поступку*, Београд 2016, 7.

[33] А. Јакшић (2006), 194.

[34] Тако *УС*, следећи праксу *ЕСЉП*; уп. *УС*, 25. 4. 2018 – Уж 9404/16; 9. 3. 2017 – Уж 2775/15.

[35] Уп. S. Triva, 112 и след.

[36] Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд 1965², 33; још јасније у последњем издању које је он редиговао, у смислу уставноправног ранга права на обострано саслушање: Б. Познић, В. Ракић-Водинелић (1999), 141 и след.

Процесна равноправност (једнаковредност процесних положаја) иако је у блиском, готово судбинском односу са правом на саслушање,[37] ипак има, или може имати другачије контуре због којих је оправдано да се самостално третира.[38] Прво, питање равноправности странака не мора нужно да партиципира у праву на саслушање. Како то већ *Галич* (*Galič*) исправно констатује, и ускраћивање права на саслушање може бити засновано на идеји равноправности – онда када суд обема странкама онемогући да се изјашњавају о радњама противника.[39] Утолико је исправно да се каже да процесна равнотежа странака претпоставља претходно обезбеђено право на саслушање.[40] Друго, начело једнакости оружја може да се схвати сасвим другачије – попут још увек мањинског става у немачкој доктрини – као обезбеђивање једнаких процесних шанси. Тада је равноправности материјална, а не само формална.[41]

На примеру одговора на правни лек је могуће јасније увидети речено. Право на саслушање захтева да се странци мора омогућити изјашњење о правном леку њеног противника, принципијелно пре доношења одлуке о њему. Њему је удовољено уколико је правни лек двостран. Међутим, и тада се може говорити о повреди права на процесну једнакост. То ће бити случај уколико су рокови за правни лек и одговор на њега драстично различити. У том смислу, општи режим медијских парница је крајње упитан, с обзиром да је рок за жалбу против пресуде осам дана, а рок за одговор на жалбу свега три дана. Дакле, иако је обезбеђено право на саслушање, процесна равнотежа није. Свакако, овај пример је могуће посматрати другачије, и то кроз право на делотворно саслушање, при чему је конкретна могућност остваривања овог права акцентована. Према оваквом приступу све се завршава на нивоу права на саслушање, и то је правац који је прилично скептичан према постојању једнакости оружја као засебној догматичкој фигури.[42]

Када се речено има у виду, чини се да је омогућавање одговора на правни лек у уставноправном смислу погодније свести на право на саслушање, као део права на правично суђење (чл. 32 ст. 1 Устава), које је међутим, као

---

[37] Уп. *BVerfG*, 30. 9. 2018 – 1 BvR 2421/17, *NJW* 2018, 3634 (марг. бр. 28).

[38] Тако и *УС* веома јасно, с тим да уместо „права на саслушање" говори о „праву на контрадикторни поступак", одлука од 30. 10. 2014 – Уж 1170/12, бр. 7 обр.

[39] Aleš Galič, „Pravo na saslušanje i pravna pravila", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu* 56 (2006), 482.

[40] Stefan Muckel, „Grundrechtsgleiches Recht auf prozessuale Waffengleichheit", *Juristische Arbeitsblätter* 1/2019, 75.

[41] Max Vollkommer, „Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß – eine neue Prozeßmaxime?", у: P. Gottwald (Hrsg.), *Festschrift für Karl-Heinz Schwab*, München 1990, 503 и след.

[42] Уп. W. Rechberger, D. A. Simotta, марг. бр. 427, који истичу да се право на саслушање и једнакост оружја у парничном поступку садржински готово у потпуности поклапају, за разлику од кривичног поступка.

такво, и израз неприкосновености људског достојанства (чл. 23 ст. 1 Устава). Околност да Устав редакцијски не спомиње ово право – за разлику од немачког Основног закона – није разлог да се оно негира.[43]

2.3.3. УС о уставноправном значају одговора на правни лек

У одлуци из 2016. године *УС* је одлучивао о уставној жалби против ревизијске одлуке, којом је преиначена побијана другостепена пресуда. Подносилац уставне жалбе је истакао да му ревизија није била достављена на одговор. *УС* је на догматички не баш јасан начин усвојио уставну жалбу: он је пошао од начела контрадикторности које има за циљ да обезбеди једнакост оружја, па је зато у конкретном случају повређено право на правично суђење.[44] Према томе, иако је резултат јасан – о правном леку против пресуде не може се једнострано одлучивати – остало је нејасно да ли је реч о једном уставном праву које је вишеслојно, или је реч о посебним правима. Како год, посао *УС* није био нарочито тежак – у конкретном случају достављање ревизије на одговор било је (и још увек је) обавезно.

2.3.4. ЕСЉП о једностраности жалбе у парничном поступку: одлука у предмету Бер (Beer) против Аустрије

Једностраност правног лека против решења у тадашњем аустријском праву била је поводом за изјашњење *ЕСЉП* у предмету *Бер* против *Аустрије* 2003. године.[45] Случај се односио на решење о трошковима поступка, које је у аустријском праву нападљиво рекурсом (жалбом против решења према домаћем концепту). Као што је речено, изворни аустријски модел је подразумевао једностраност овог правног лека, а уз то, одлука о њему је била (и још увек је) апсолутно неревизибилна. Рекурсни суд је преиначио решење о трошковима без омогућавања изјашњења противника, тако што је одбио његов захтев за накнаду трошкова. С обзиром да није било даљег редовног правног пута, он се обратио стразбуршкој инстанци, истичући да му је повређено право на правично суђење одлучивањем без могућности његовог изјашњења. Аустрија се бранила аргументом да одлучивање о трошковима поступка не спада у поље примене чл. 6 ст. 1 ЕКЉП, а да, поврх тога, због „неважности питања" и интереса процесне економије, земљама чланицама остаје право да сузе право на саслушање.[46]

[43] У том смеру међутим А. Јакшић (2017), 197: „начело обостраног саслушања у парничном поступку нема ранг уставног начела, као што то случај у другим европским државама [*scil.* у немачком праву, прим. аут.]"; слично Н. Бодирога, 270; за критику вид. М. Кнежевић, 403.

[44] *УС*, 25. 2. 2016 – 3532/14.

[45] *Beer v. Austria*, 6. 2. 2001 – 30428/96.

[46] Ст. 15 одлуке.

ЕСЉП је међутим утврдио повреду права на правично суђење, изричито побијајући аргументацију Аустрије. Након што је заузео став о *ratione materiae* примењивости чл. 6 ст. 1 ЕКЉП,[47] сложио се са претходном оценом Комисије да је повређен принцип једнакости оружја. Потом је изнео кључну аргументацију.

> Суд налази да је разумљиво да у подређеним стварима, попут одређивања трошкова поступка, националне власти требају да имају обзира према захтевима ефикасности и процесне економије. Као што судска пракса потврђује, суд придаје велику важност том циљу, али он, међутим, не оправдава занемаривање фундаменталног принципа контрадикторности поступка. У ствари, чл. 6 ст. 1 је створен пре свега ради обезбеђивања интереса странака и интереса уредног вршења правосуђа (Acquaviva v. France judgment of 21 November 1995, Series A no. 333-A, p. 17, § 66; Nideröst-Huber v. Switzerland judgment, op. cit. p. 109, § 30). Чак и ако, како тврди Влада [Републике Аустрије, прим. аут.], у жалбеном поступку поводом решења о трошковима могућност изношења правних и чињеничних навода може бити ограничена, на странкама је да кажу да ли један поднесак заврђује њихов коментар. Оно што је у игри је поуздање парничара у рад правосуђа, које је засновано, *inter alia*, на знању да су имале могућност да се изјасне о сваком документу из списа предмета (Nideröst-Huber v. Switzerland judgment, op. cit., p. 108, § 29).[48]

Према томе, за *ЕСЉП* нема двојбе о значају двостраности жалбе и њеном примату у односу на друге вредности. Тако нешто је срж правичног поступка, с тим да је овде видљиво да се проблем решава у оквирима принципа једнакости оружја и/или контрадикторности поступка, а не кроз на право на саслушање. Такође, уместо рекурса на традиционални корен права на саслушање (достојанство личности), вредновање се помера на однос појединца и државе у виду његовог поверења у јавну власт.

3. ЈЕДНОСТРАНОСТ ЖАЛБЕ ПРОТИВ ПРЕСУДЕ У СПОРУ О ПРАВУ НА ОДГОВОР

3.1. Основне контуре концепта једностраности жалбе

Жалба против пресуде се у овом спору уопште не доставља противнику жалиоца, тако да он ни не зна да се води другостепени поступак. О томе он стиче сазнање тек када му се достави одлука о жалби, која може бити како у његову корист (одбацивање жалбе или њено одбијање), тако и на његову

[47] Ст. 13 одлуке.
[48] Ст. 18 одлуке.

штету – преиначење побијане пресуде. У потоњем случају он правноснажно губи спор. У тој хипотези – за разлику од хрватског права[49] – нема места ревизији, с обзиром да је она изричито искључена; чл. 403 ст. 2 т. 2 ЗПП се стога не примењује.[50] Тада не може бити речи ни о разлогу за понављање поступка. Иако је противнику жалиоца заиста онемогућено расправљање пред судом (чл. 426 т. 2 ЗПП), то није „противно закону", јер управо закон онемогућава право на расправљање.

3.2. Генеза концепта

Једностраност жалбе у овом спору је уведена тек Законом о медијима из 2003. године.[51] Реч је о закону који је заменио претходни, масивно критиковани закон из 1998. године. Његова подлога је засигурно, макар у овом делу, био Модел Закона о јавном информисању *Београдског центра за људска права*,[52] у коме је била предвиђена једностраност жалбе (чл. 178 ст. 2), као и недозвољеност ревизије (чл. 178 ст. 7). У образложењу овог Модела закона, међутим, нема спомена о једностраности жалбе као такве. Нема ипак сумње да је и за ауторе она била израз тежње ка обезбеђивању операционализације одредбе о хитности поступка. Вреди истаћи и да је пре Модел закона у литератури било позива на једностраност жалбе. Тако је *Ивошевић* готово ламентирао над тада постојећом двостраном жалбом против пресуде у и овом спору, јер је то било „противно хитности".[53]

3.3. Циљ концепта

У Владином образложењу Предлога ЗЈавИнф – сходно, нажалост, успостављеним узусима – нема никаквог спомена о циљу одредбе. Наиме, за читаву Главу XIX ЗЈавИнф се као образложење нуди само следеће:

---

[49] Вид. чл. 382а ст. 1 ал. 4 хрватског ЗПП, према последњој новели из 2019 (*Narodne novine* 70/19).

[50] Према пракси *ВКС*, у поље примене чл. 403 ст. 2 т. 2 ЗПП не спадају они спорови у којима је ревизија законом искључена; за примену тог схватања у спору о праву на одговор вид. *ВКС*, 24. 2. 2021 – Рев 2960; супротно, међутим, у одлуци од 16. 5. 2018 – Рев 2679/18. С друге стране, и *УС* заступа став да ревизија због преиначујуће жалбене пресуде није дозвољена онда када је у конкретном спору законом искључена, вид. само одлуку од 21. 3. 2019 – Уж 4885/17 са даљим упућивањима). – Међутим, посебна ревизија је могућа и у овом спору, али само ако су испуњени услови из чл. 404 ст. 1 ЗПП, уп. *ВКС*, 30. 8. 2018 – Рев 4296/18.

[51] *СГ РС* 43/03; 61/05; 71/09; 89/10 (*УС*); 41/11 (*УС*).

[52] Владимир Водинелић *et alt.*, *Право медија с Моделом закона о јавном информисању*, Београд 1998, 205–285.

[53] Зоран Ивошевић, „Узвраћање на информацију правом на исправку и правом на одговор", *Анали Правног факултета у Београду* 4/1995, 465 и след.

> У овом поглављу Закона, садржане су заједничке одредбе које се односе на судски поступак правне заштите по тужби за: објављивање одговора, исправке, повреду претпоставке невиности, забрану говора мржње, права и интереса малолетника, забрану јавног излагања порнографије, права на достојанство личности, права на аутентичност, односно права на приватност, као и накнаду штете и права на деобу добити. Њиме је утврђена хитност поступка, детаљно су уређена правила која се односе на главну расправу, доношење пресуде, пресуди, праву на жалбу, ревизију и др.[54]

Из овакве очигледно празне формулације, којом треба да се образложи како чл. 125 ст. 4, тако и бројне новине које су предложене, не може се ни грубо наслутити намера законодавца. Ипак, телос одредбе мора постојати, а он се поуздано може видети у тежњи за (још) хитнијем решавању овог типа медијског спора. То је видљиво из системског погледа на његове друге посебности: краћи инструктивни рокови за поступање судова у жалбеном поступку (чл. 125 ст. 7 ЗЈавИнф), односно искључивање дозвољености телеграфских поднесака (чл. 125 ст. 5 ЗЈавИнф). С друге стране, тежња за брзим окончањем овог спора одговара смислу права на одговор на информацију: оно има смисла само ако објава одговора у медију уследи убрзо након објаве саме информације. Информативна вредност одговора пропорционална је временској близини објаве информације на коју се он односи.[55]

Према томе, идеја је да се преко већ општих правила о хитном решавању медијских спорова обезбеди још брже поступање. Рок од три дана за давање одговора, како је предвиђено за остале медијске спорове (чл. 125 ст. 3 ЗЈавнИнф), очигледно је за законодавца неприхватљив. Хитност за њега нема цену. Изјашњења у литератури из ранијег периода о непримереној двостраности жалбе против пресуде у овом спору, и то због потребе хитног решавања, само потврђују речено.

4. УСТАВНОСТ ИСКЉУЧЕЊА ОДГОВОРА НА ЖАЛБУ

4.1. Спада ли овај спор у поље примене?

Прво питање које се намеће из визуре праксе *ЕСЉП* која далеко најснажније утиче на домаћи дискурс јесте оно о природи спора: да ли је реч о остваривању материјалноправног захтева („одлучивање о правима и обавезама" [чл. 6 ст. 1 ЕКЉП]) или само о процесноправном питању. Уколико је

[54] Предлог Закона о јавном информисању и медијима, 55, доступно на http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2511-14.pdf (приступљено 3. 12. 2020).

[55] Уп. A. Beater, 770/771.

одговор у смислу прве хипотезе, постоји могућност да је чл. 125 ст. 4 ЗЈавИнф уставноправно споран.

Иако се одговор чини саморазумљивим, није на одмет истаћи да би редакторски приступ савременог српског законодавца могао да макар на први поглед проблематизује ствар. Јер, у чл. 88 и 89 ст. 1 ЗЈавИнф говори се о тужби, односно тужбеном захтеву, што су чисто процесноправни појмови. Међутим, то што су изабрани ови термини не мења ништа. Право на објаву одговора је субјективно право као такво,[56] и то материјалноправне природе; то је материјалноправни захтев као и сваки други. Редакторски приступ законодавца је само атавистички разумљив, с обзиром да се базира на превладаном цивилистичком учењу по којем је материјалноправни захтев „тужба у материјалном смислу".

С друге стране, не би требало ни да буде спорно да и поступак по жалби против пресуде спада у поље примене чл. 32 ст. 1 Устава. Иако се у њему контролише првостепена пресуда (контролни карактер жалбеног поступка), уједно се и одлучује о предмету спора онда када се побијана пресуда потврђује или преиначава. Према речима *УС*, „процесноправна једнакост и равноправност странака у поступку односи се на сваку фазу поступка пред судом". Такође, у одлуци из 2016. године је јасно потврђен овај став, с обзиром да се радило о једностраности ревизије (горе 2.3.3).

4.2. Парцијално ускраћивање права на саслушање

Иако се противнику жалиоца негира могућност изјашњења о изјављеној жалби, и сходно томе његово уставно право је принципијелно увек повређено када се одлучује о жалби на тај начин, ипак од резултата одлучивања и даљег инстанционог пута зависи да ли је дошло до повреде *in concreto*. Како је речено, само за себе онемогућавање изјашњења пре доношења једне одлуке не значи да је дошло до ускраћивања права на саслушање. Ако жалба буде одбијена или одбачена, не може ни да се говори о уставноправно неприхватљивом стању, јер титулар уставног права на саслушање –противник жалиоца – није „оштећен" одлучивањем о једностраној жалби.[57] Стога, једино преиначење (тзв. диформна пресуда) потенцијално води ускраћивању уставног права. Тај став износи *Балон* (*Ballon*) још 1983. године. По њему, једностраност правног лека није проблематична само онда када је диформна

[56] Тако већ Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд 1993[13], 351, додуше говорећи о праву на исправак информације: „право на исправку информације има карактер једног субјективног неимовинског права, за чију је заштиту предвиђен пут парничног правосуђа".

[57] Супротно изгледа *УС*, који у одлуци од 25. 2. 2016 – Уж 3532/14 истиче: постоји повреда права на правично суђење „у ситуацији када подносиоцу уставне жалбе ревизија није достављена на одговор, *а посебно* имајући у виду да је другостепена пресуда преиначена на његову штету" (курзив додат).

одлука жалбеног суда нападљива – тада се кроз правни лек против такве другостепене одлуке обезбеђује накнадна могућност противнику жалиоца да се изјасни и о жалби.[58] Његово схватање касније прихвата и *Рехбергер* (*Rechberger*).[59] Такође, ако се сагледа чињенични контекст случаја *Бер*, може се претпоставити да је и *ЕСЉП* пошао од таквог приступа. Наиме, управо је у том случају диформна одлука другостепеног суда била ненападљива правним леком (в. горе 2.3.4).

С обзиром да је у спору о праву на одговор ревизија изричито искључена (чл. 126 ст. 3 ЗЈавИнф), садашњи концепт се показује *prima vista* неуставан само у случају диформне другостепене пресуде. Не постоји могућност да се противнику жалиоца обезбеди накнадно право на саслушање кроз изјављивање ревизије. Штавише, он то не може ни да учини кроз предлог за понављање поступка, тј. кроз понављање другостепеног поступка, јер ускраћивање права на расправљање није „противно закону" (в. горе 3.1). По овоме се овај случај разликује од традиционалних изузетака од права на саслушање (издавање платног налога и одлучивања о привременим мерама без изјашњења противника предлагача) који су уставноправно неспорни. Јер, у тим случајевима право на саслушање се обезбеђује накнадно кроз правно средство (приговор против платног налога, односно жалба против решења о привременој мери). Отуда у потпуности стоји теза *Марковића* да је ту реч само о привидном одступању од начела обостраног саслушања.[60]

4.3. Да ли мисао о хитном решавању спора о праву на одговор може да оправда ускраћивање права на сааслушање?

Сходно учењу о прихватљивости ограничења уставних права, то би било могуће само ако оправдано зарад неког другог уставног права, не и због правнополитичког вредновања. У том смислу, једино би могло да се каже да је постулат хитности поступка заправо израз права на суђење у разумном року као дела права на правично суђење. У тој конструкцији, с обзиром да је хитност поступка, а тиме и једностраност жалбе успостављена због значаја спора за тужиоца (вид. горе *ad.* 3.3), то би значило да је у игри заправо његово право на суђење у разумном року.

Таква теза је очигледно погрешна, јер једностраност жалбе може да буде на штету управо тужиоца – када успе у првом степену, а по жалби туженог

---

[58] Oskar Ballon, „Der Einfluss der Verfassung auf das Zivilprozeßrecht", *Zeitschrift für Zivilprozess* 4/1983, 472.

[59] Walter Rechberger, „Gehördefizite im österreichischen Rechtsmittelverfahren", у: O. Ballon, J. Hagen, *Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozessrecht. Festschrift, Franz Matscher zum 65. Geburtstag*, Wien 1993, 377.

[60] М. Марковић, 71.

се пресуда преиначи. Њему је повређено право на саслушање, иако његово право на суђење у разумном року као подлога концепта једностраности жалбе фигурира као оправдање ускраћивања права на саслушање.

Међутим, много је важније ствар сагледати из перспективе обе странке, дакле, независно од наведене конструкције, која је заправо страна законодавцу. Једностраност жалбе из чл. 125 ст. 4 ЗЈавИнф није за њега резултат вредновања права на суђење у разумном року тужиоца, већ последица правнополитичког вредновања. Оно је као такво можда оправдано, али је непомирљиво са уставним захтевима. Право на саслушање као једно „праправо" (нем. *Urrecht*),[61] као право које је еманација достојанства личности, у случају жалбеног поступка не може да буде потиснуто вредновањима процесне економије. Такав приступ је већ „осуђен на пропаст" ако се ствар сагледа и из визуре *ЕСЉП*. Доктрина успостављена у предмету *Бер* показује да је чл. 125 ст. 4 ЗЈавИнф „тим пре" неуставан. Јер, у том предмету се радило о једностраности жалбе против решења о трошковима, а једини аргумент тужене Аустрије је био тај да се ради о неважној одлуци која нема везе са предметом спора, и која се напада ограниченим правним леком, те да је зато држава чланица ЕКЉП овлашћена да сузи право на саслушање. *ЕСЉП* је, међутим, истакао две битне ствари које ваља поновити. Прво, да постулати ефикасности и економичности морају да устукну пред захтевом права на саслушање. И друго, да је небитно да ли је сам правни лек ограничен, с обзиром да је у игри поверење странака у вршење правосуђа. Дакле, није битно да ли је ускраћивање права на саслушање било каузално за правилност одлуке. Вредност која се штити је апсолутизована у том смислу. Негирати тако нешто за жалбени поступак у којем се одлучује о меритуму ствари, као што је то случај са чл. 125 ст. 4 ЗЈавИнф, тим пре не може издржати уставноправни тест. Тешко је очекивати да би *УС* одступио о доктрине *ЕСЉП*, али што је и важније, за тако нешто тешко да би могао да пружи стварне разлоге.

4.4. Екскурс: одлука *Уставног суда* из 2010. године о уставности недозвољености ревизије у спору о праву на одговор

До правог схватања укупног концепта једностраности жалбе у овог спору *Уставни суд* није успео да дође када је 2010. године одлучивао о уставности искључивања ревизије. Подлога за одлучивање је био Закон о медијима из 2003. године, који је садржавао идентичан концепт данашњем. Он се задовољио са општим учењем о законодавчевој надлежности да уређује „ванредне правне лекове", тј. пошао је од – иначе исправног на општем плану – схватања да је уставом загарантован само двостепени поступка, не и

[61] *BVerfG*, 30. 9. 2018 – 1 BvR 2421/17, *NJW* 2018, 3634 (марг. бр. 28 са даљим упућивањима).

тростепени.[62] Тиме је оставио по страни кључну међузависност једностране жалбе против пресуде и отварања даљег инстанционог пута у случају преиначења побијане пресуде. Јер, отварање ревизијског пута у том случају једино може да санира ускраћивање гарантованог људског права.

4.5. Међуисход

Једностраност жалбе против пресуде у спору о праву на одговор, уколико се схвати апсолутно, представља недозвољено ускраћивање уставног права на саслушање противника жалиоца у случају усвајања жалбе и преиначења побијане пресуде. Не постоји уставноправни разлог за његово ограничење, нарочито не у виду вредновања хитности.

Речено још увек не значи да је дат коначан одговор на питање уставности. Остаје да се провери могућност телеолошке редукције чл. 125 ст. 4 ЗЈавИнф.

4.6. Могућност уставнокомфорне телеолошке редукције?

Иако још увек неприхваћена у већинској методолошкој и догматичкој мисли, телеолошка редукција јесте признати метод тзв. судијске надградње домаћег права. Реч је о методу попуњавања тзв. скривених правних празнина, када се из поља примене једне норме одстрањује један чињенични комплекс, јер је противан циљу норме.[63] Отуда и сам назив. С друге стране, сазнавање важећег права помоћу уставних вредновања није ограничено само на уставнокомфорно тумачење,[64] већ и попуњавање правних празнина, укључујући и скривене, може бити њима условљено. У том смислу, уставнокомфорна телеолошка редукција би подразумевала да се поље примене једне норме – полазећи од језичког тумачења – редукује на уставноправно прихватљиву меру, јер би у супротном, тај „вишак" био директно противан Уставу.[65]

---

[62] *УС*, 9. 6. 2010 – ІУ 73/06, *Билтен УС* 1/2010, 124 и след.

[63] Телеолошку редукцију као методолошку фигуру код нас, чини се, први уводи *Водинелић*; вид. Владимир Водинелић, *Грађанско право. Уводне теме*, Београд 1991, бр. 457. О овој методолошкој фигури вид. Thomas M.J. Möllers, *Juristische Methodenlehre*, München 2019[2], 229 и след.; Ernst A. Kramer, *Juristische Methoden Lehre*, München-Wien-Bern 2016[5], 233 и след.

[64] И овај метод тумачења први код нас уводи *Водинелић*; вид. В. Водинелић (1991), бр. 454.

[65] Један пример из праксе *УС* треба то да илуструје, иако свој методолошки след овај суд није именовао телеолошком редукцијом. Одредбу ЗПП из 2004, по којој ревизију странка мора да изјави преко пуномоћника адвоката, *ВСС* је схватио дословно, тако да је одбацио ревизију коју је странка заиста сама изјавила, али је уједно била адвокат. *УС* је сматрао да је такво схватање погрешно и уставноправно неприхватљиво (украћивање приступа суду), с обзиром на циљ саме норме, односно концепта обавезног адвокатског заступања у поступку по ревизији; вид. одлуку од 16. 12. 2010 – Уж 250/09, *СГ РС* 15/2011, 184 (185 и след.).

Примењено на овај случај, то би значило да се чл. 125 ст. 4 ЗЈавИнф редукује на случај да жалбени суд одбацује или одбија жалбу – тада заиста не долази до достављања жалбе на одговор. Обрнуто, ако би жалбени суд у седници већа заузео став о усвајању жалбе и преиначењу пресуде, онда би ипак достављао жалбу на одговор, и тек по давању одговора или протеку рока би доносио одлуку о жалби.

Чини се да је таква теза погрешна, јер није испуњен основи услов за телеолошку редукцију у виду остајања у оквирима намере законодавца. Колико код она била пожељна у смислу спречавања повреде уставних права странака, она би била исто тако неуставна у смислу примата законодавца. У супротном, то би значило да законодавац све и да жели, суштински, не може да донесе неуставан закон, јер би га суд кориговао уставнокомфорним тумачењем или истим таквим попуњавањем празнине, макар и скривене. Тешко је, наиме, документовати намеру законодавца да се чл. 125 ст. 4 ЗЈавИнф не примењује универзално. Обрнуто, концепт апсолутне једностраности жалбе против пресуде у овом спору јесте оно што је законодавац желео, што се може видете како из његове генезе (горе. 3.2), тако и из чл. 125 ст. 7 ЗЈавИнф, по којем жалбени суд о жалби одлучује у року од пет дана од дана пријема жалбе са списима.

5. ПРЕДЛОГ ЗА САНИРАЊЕ НЕУСТАВНОСТИ

Решење проблема се може исходовати на два начина, и сходно реченом (горе, 4.6) оба су у компетенцији законодавца. Први је да се просто чл. 125 ст. 4 ЗЈавИнф брише, и да се на тај начин обезбеди право на саслушање у оквиру жалбеног поступка. Другим речима – напуштање концепта једностраности жалбе.

Други би био задржавање овог концепта, али уз брисање чл. 126 ст. 3 ЗЈавИнф, дакле, кроз обезбеђивање накнадног права на саслушање кроз свакодобну дозвољеност ревизије. Реч би била о хрватском моделу, у којем постоји једностраност жалбе у овом спору, уз апсолутну ревизибилност.[66]

Први приступ је далеко пожељнији, и то како из догматичких, тако и правнополитичких разлога. Нема разлога да се даље шири каузална ревизија, јер примарна улога врховне инстанце није обезбеђивање правилности решења једног спора, већ решавање начелних правних питања и/или уједначавање судске праксе, те развој права. Дозвољавање ревизије само зарад накнадног обезбеђивања права на саслушање је противно томе, јер би се

[66] Вид. фн. 49, као и чл. 58 у вези са чл. 52 ст. 2 реч. 1 хрватског Закона о медијима (*Narodne novine* 59/04, 84/11, 81/13).

врховна инстанца ангажовала иако је неизвесно да ли ће поводом конкретном спору моћи да оствари своју улогу. Такође, то би значило да се врховна инстанца додатно оптерећује само због тога што постоји нужда да жалбени поступак траје што краће. Обрнуто, он не би уопште трајао фундаментално дуже уколико би се једноставно увела двостраност жалбе. Десетак дана дужег трајања жалбеног поступка није никаква траума у поређењу са отварањем неограниченог приступа врховној инстанци.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Резултат овог истраживања може се заокружено објаснити парадоксом: поступак у којем се расправља о субјективном праву, које има за циљ остварење медијскоправног принципа обостраног саслушања, односно једнакости оружја, уређен је тако да се делимично негира остварење процесноправног принципа (обостраног) саслушања странака, односно једнакости оружја. Но, како објаснити овај парадокс, нарочито када се има у виду да је законодавац при свакој промени процесних закона у последњих 20ак година декларативно настојао да обезбеди право на правично суђење у складу са европским стандардима? Да ли је потез законодавца свесно узимање у обзир кршења основног људског процесног права, што би подразумевало да је био свестан и праксе *ЕСЉП*? Или је то ипак само пропуст, и то још један у низу?

Ко се имало разуме у српски законодавни стил, а поврх тога пажљивије чита ЗЈавИнф процесним наочарама, тај се неће двоумити.

Закони се одавно не доносе након темељних припремних радова у којима учествује струка – а за припремање нпр. ЗЈавИнф струка нису само они који се баве медијским правом! – у којима ће се подробно образложити сваки аспекат могућих промена; закони се не доносе на основу исто тако супстанцираног образложења овлашћеног предлагача; о предложеним законима се суштински не расправља у Народној скупштини – нити у оквиру надлежног одбора, нити у пленуму. Доношење ЗЈавИнф је школски пример за тако нешто, и није само предмет овог рада показатељ реченог. То је и апсурдна одредба по којој у медијским споровима „нема мировања поступка" (чл. 123 ст. 5 ЗЈавИнф). Наиме, мировање поступка у тренутку доношења ЗЈавИнф није постојало већ пуних десет година![67] Други пример је одредба о месној надлежности по којој је (искључиво) месно надлежан суд према седишту издавача (чл. 121 ЗЈавИнф), с обзиром да је само пар месеци пре тога донет Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштва[68] према којем

[67] Оно је напуштено већ доношењем ЗПП из 2004. године. Садашњи ЗПП (2011) наставио је тај курс.

[68] *СГ РС* 101/13.

је месна надлежност у медијским парницима концентрисана код Вишег суда у Београду (чл. 4 ст. 2 *leg. cit.*). Због тога се судска пракса нашла у проблему, а *ВКС* је у својим одлукама дао предност „старијој" одредби у односу на „нову",[69] што је можда правнополитички оправдано, али је уставноправно веома спорно.

Стога, порука овог рада није само позив на измену ЗЈавИнф, већ указивање на преко потребну промену комплетног законодавног приступа.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Аранђеловић Драгољуб, *Грађанско процесно право Краљевине Југославије III*, Београд 1933

Бодирога Никола, *Уставна јемства у парничном поступку*, Београд 2019

Водинелић Владимир, „Одговор на информацију", у: В. Водинелић *et alt.*, *Право медија с Моделом закона о јавном информисању*, Боеград 1998

Водинелић Владимир, *Грађанско право. Уводне теме*, Београд 1991

Горшић Фрањо, *Коментар Грађанскоі парничноі поступка II*, Београд 1933

Ивошевић Зоран, „Узвраћање на информацију правом на исправку и правом на одговор", *Анали Правноі факултета у Беоіраду* 4/1995

Јакшић Александар, *Европска конвенција о људским правима. Коментар*, Београд 2006,

Јакшић Александар, *Грађанско процесно право*, Београд 2017[9]

Кеча Ранко, *Редовни правни лекови у парничном поступку*, докторска дисертација ПФ у Новом Саду (необј.), Нови Сад 1984

Кнежевић Марко, *Расправно начело у српском парничном поступку*, Београд 2016

Марковић Миливоје, *Грађанско процесно право, књіа прва, свеска 1*, Београд 1957

Палачковић Душица, *Парнично процесно право*, Крагујевац 2004

Познић Боривоје, *Грађанско процесно право*, Београд 1965[2]

Познић Боривоје, *Грађанско процесно право*, Београд 1993[13]

Познић Боривоје, *Коментар Закона о парничном поступку. Према тексту Закона из 1976. іодине са доцнијим изменама и допунама*, Београд 2009

Познић Боривоје, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 1999[15]

Познић Боривоје, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 2015[17]

Ракић-Водинелић Весна, „Закон о парничном поступку Србије 2011", *Правни записи* 2/2011

Станковић Гордана, „Преглед основних процесних начела парничне процедуре", *Правни информатор* 2/2012

Цуља Срећко, *Грађанско процесно право Краљевине Југославије*, Београд 1936

[69] *ВКС*, 20. 4. 2017 – Р1 167/17, *Билтен ВКС* 1/2018, 73; 29. 8. 2019 – Р1 391/19; 29. 8. 2019 – Р1 410/19; у том смеру већ у одлуци од 21. 12. 2016 – Р1 627/16, *Билтен ВКС* 1/2017, 342.

Ballon Oskar, „Der Einfluss der Verfassung auf das Zivilprozeßrecht“, *Zeitschrift für Zivilprozess* 4/1983

Ballon Oskar, „Die Beachtung des rechtlichen Gehörs iSd Art 6 MRK durch die Rechtsmittelgerichte“, *Juristische Blätter* 10/1995

Beater Axel, *Medienrecht*, Tübingen 2016[2]

Bork R., Roth H. (Hrsg.) *Stein/Jonas*, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 2, Tübingen 2016[23]

Dörr O. *et alt.* (Hrsg.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar, Bd. 1*, Tübingen 2013[2]

Fasching H., A. Konecny (Hrsg.), *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Bd. IV/1*, Wien 2019[3]

Fasching Hans, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, Wien 1990[2]

Galič Aleš, „Pravo na saslušanje i pravna pravila”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu* 56 (2006)

Graberwarter Christoph, Katharina Pabel, *Europäisches Menschenrechtskonvention,* München 2021[7]

Kramer Ernst A., *Juristische Methoden Lehre*, München-Wien-Bern 2016[5]

Möllers Thomas M.J., *Juristische Methodenlehre*, München 2019[2]

Muckel Stefan, „Grundrechtsgleiches Recht auf prozessuale Waffengleichheit“, *Juristische Arbeitsblätter* 1/2019

Rechberger Walter, „Gehördefizite im österreichischen Rechtsmittelverfahren“, y: O. Ballon, J. Hagen, *Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozessrecht. Festschrift, Franz Matscher zum 65. Geburtstag*, Wien 1993

Rechberger Walter, Daphne-Ariane Simotta, *Zivilprozessrecht*, Wien 2009[7]

Rechberger W., T. Klicka (Hrsg.), *ZPO. Zivilprozessordnung*, Wien 2019[5]

Triva Siniša, *Građansko procesno pravo I*, Zagreb 1972[2]

Vollkommer Max, „Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß – eine neue Prozeßmaxime?“, y: P. Gottwald (Hrsg.), *Festschrift für Karl-Heinz Schwab*, München 1990

Zuglia Srećko, *Građanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb 1957

Ranko I. Keča
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
r.keca@pf.uns.ac.rs

Marko S. Knežević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
mknezevic@pf.uns.ac.rs

Exclusion of a Response to the Appeal in the Right to Reply Litigation

On the Constitutionality of the One-sided Appeal Concept

Abstract: *Serbian Law on Public Information and Media, following its predecessor, prescribes so called one-sided appeal against a judgment in a litigation over the right to respond to information –appeal is not submitted to the other party. In addition, in such litigation, revision (second instance appeal on points of law) is inadmissible. In this paper such major exception to the general rules of civil procedure is examined with regard to its constitutionality. It turns out that the concept of one-sided appeal is partially unconstitutional, in the sense of limiting the right to be heard as part of the right to a fair trial. After denying the possibility of teleological reduction, one of the two possible ways of legislative solution is proposed, and that is simply abandoning the concept of one-sidedness of the appeal.*

Keywords: *right to reply; response to the appeal; concept of one-sided appeal; right to be heard; equality of arms; equality of arms in proceedings; right to a fair trial*

Ranko I. Keča
Universität Novi Sad
Juristische Fakultät
rkeca@pf.uns.ac.rs

Marko S. Knežević
Universität Novi Sad
Juristische Fakultät
mknezevic@pf.uns.ac.rs

Ausschluss der Berufungsbeantwortung im Gegendarstellungsstreit Zur Verfassungsmäßigkeit der Berufungseinseitigkeit nebst Revisionsunstatthaftigkeit

Zusammenfassung: *Serbisches Mediengesetz von 2014, seinem Vorgänger folgend, sieht die Berufungseinseitigkeit im Gegendarstellungsstreit vor. Dabei ist die Revision in diesem Streit unstatthaft. Die Abhandlung greift diese erhebliche Ausnahme von allgemeiner Regel des Zivilprozesses im Sinne ihrer Verfassungsmäßigkeit auf. Es wird gezeigt, dass das Konzept der Berufungseinseitigkeit teilweise verfassungswidrig ist, und zwar als unzulässige Einschränkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Nach Verneinung der Möglichkeit einer verfassungskonformen teleologischen Reduktion wird eine von zwei möglichen gesetzgeberischen Lösungen vorgeschlagen – ersatzlose Streichung der Berufungseinseitigkeit.*

Schlüsselwörter: *Anspruch auf Gegendarstellung; Berufungsbeantwortung; Berufungseinseitigkeit; Anspruch auf rechtliches Gehör; Gleichheit der Parteien; Prozesswaffengleichheit; faires Verfahren.*

Датум пријема рада: 30.08.2021.
Датум прихватања рада: 24.01.2022.

Прегледни рад 347.171-053.2/.6:061.1EU
doi:10.5937/zrpfns55-34676

Маја Д. Станивуковић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs

УОБИЧАЈЕНО БОРАВИШТЕ ДЕТЕТА У ПРАКСИ СУДА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*

Сажетак: *У раду је приказана и анализирана пракса Суда Европске уније која се односи на одређивање уобичајеног боравишта детета. Та богата и утицајна пракса је неизоставни елемент у упознавању с овим појмом које је неопходно ради правилне и једнообразне примене Конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, Конвенције о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце, Протокола о меродавном праву за обавезе издржавања, Конвенције о међународном остваривању издржавања деце и других чланова породице и Конвенције о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења. Сви ови међународни инструменти који су на снази у Србији користе уобичајено боравиште детета као тачку везивања.*

Пракса Суда Европске уније омогућава сагледавање низа околности, које треба узети у обзир када је спорно уобичајено боравиште детета. Суд је, почевши од 2007. године, био у прилици да одговори на многа претходна питања која су постављана у вези са тумачењем овог кључног појма за примену хашких конвенција о заштити деце, која су се односила на присуство, дужину боравка, намере родитеља, интегрисаност детета у друштвену и породичну средину и значај држављанства, језика и културних веза детета. У овом раду одабране су четири одлуке које су се наметнуле као најважније: А, Меркреди против Чефа, Ц против М и ХР.

Мада се одлуке Суда односе на Другу бриселску уредбу (Уредбу Савета ЕЗ бр. 2201/2003) која такође садржи појам уобичајено боравиште, оне врше снажан утицај на тумачење истог појма у наведеним хашким конвенцијама, и то не само у државама које су чланице Уније. Под утицајем тих одлука,

* Овај рад написан је у оквиру истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“.

мења се и међусобно усклађује пракса судова у Аустралији, Канади, Сједињеним Америчким Државама, Уједињеном Краљевству, на Новом Зеланду и у другим земљама, те је стога корисно и за наше судије да се упознају са њима.

Кључне речи: *уобичајено боравиште детета, отмица детета, Суд Европске уније.*

1. УВОД

Одређивање уобичајеног боравишта детета од интереса је за наше судове ради правилне примене Конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце,[1] Конвенције о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце,[2] Протокола о меродавном праву за обавезе издржавања,[3] Конвенције о међународном остваривању издржавања деце и других чланова породице[4] и Конвенције о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења.[5] Уобичајено боравиште детета има посебно важно место у примени Хашке конвенције о отмици, у којој су му додељене две улоге: да одреди поље примене конвенције и да одреди меродавно право за два питања која детерминишу законитост одвођења/задржавања: а) да ли под-

[1] Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце усвојена је 25. октобра 1980, а ступила је на снагу 1. децембра 1983. СФРЈ је ратификовала ову конвенцију („Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 7/91); у даљем тексту: Хашка конвенција о отмици.

[2] Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children**.** Конвенције о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце усвојена је 19. октобра 1996, а ступила је на снагу 1. јануара 2002. Србија је ратификовала ову конвенцију („Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 20/2015); у даљем тексту: Хашка конвенција о родитељској одговорности и мерама за заштиту деце.

[3] Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, Протокол о меродавном праву за обавезе издржавања усвојен је 23. новембра 2007, а ступио на снагу 1. јануара 2013. Србија је ратификовала овај протокол („Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 1/2013).

[4] Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance. Конвенција о међународном остваривању издржавања деце и других чланова породице усвојена је 23. новембра 2007, а ступила на снагу 1. јануара 2013. Србија је ратификовала ову конвенцију („Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 4/2020).

[5] Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption. Конвенција о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења усвојена је 29. маја 1993, а ступила је на снагу 1. маја 1995. Србија је ратификовала ову конвенцију („Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 12/2013).

носилац захтева за повратак детета има право на старање о детету и б) да ли је дошло до повреде права на старање.[6] Индиректно, на основу дејства Конвенције, уобичајено боравиште детета постаје и основ међународне надлежности за одлучивање о мериторним питањима родитељског права која укључују старање о детету и одређивање његовог места боравка.[7]

Суд Европске уније је, почевши од 2007. године, био у прилици да одговори на многа претходна питања која су постављана у вези са тумачењем овог кључног појма за примену хашких конвенција о заштити деце.[8] Пракса Суда Европске уније омогућава сагледавање низа околности које треба узети у обзир када је спорно уобичајено боравиште детета.

Циљ овог рада је да укаже домаћим судовима на добру праксу у тумачењу појма „уобичајено боравиште". У том циљу су у четвртом поглављу приказане и анализиране најважније одлуке више инстанце Суда Европске уније (у даљем тексту: Суд или Суд Европске уније). То су одлуке донете у следећим предметима: (4.1) предмет *A*; (4.2) предмет *Меркреди против Чефа*; (4.3) предмет *Ц против М*; и (4.4) предмет *XP*.[9] Пре тога, у другом поглављу је објашњено зашто уобичајено боравиште није дефинисано у актима Хашке конференције. У трећем поглављу истакнуте су најважније околности које судови узимају у обзир приликом одређивања уобичајеног боравишта детета.

2. УОБИЧАЈЕНО БОРАВИШТЕ КАО ЧИЊЕНИЧНИ ПОЈАМ

Познато је да заслуге, али и критике због увођења појма уобичајеног боравишта у конвенцијско међународно приватно право припадају Хашкој

[6] Paul Beaumont, Jayne Holliday, "Habitual Residence" In Child Abduction Cases: Hybrid Approach Is Now The Norm But How Much Weight Should Be Given To Parental Intention? Liber Amicorum Monika Pauknerová. Magdalena Pfeiffer et alt. (eds.) Wolters Kluwer, Prag 2021, 33.

[7] Маја Станивуковић, О потреби да се наш Закон о браку и породичним односима усклади са Хашком конвенцијом о одвођењу деце, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, 3–4/2004, 96.

[8] Под хашким конвенцијама о заштити деце подразумевају се све набројане конвенције у фуснотама 2–6, мада се тај израз понекад користи да означи само Хашку конвенцију о међународној надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце (енгл. Hague Children Protection Convention). Хашка конференција, међутим, третира све ове конвенције као део заштите деце у ширем смислу и понекад из назива и „дечјим конвенцијама" (Children's conventions), али аутор сматра да је примеренији термин „конвенције о заштити деце". Видети опширније објашњење на сајту Хашке конференције: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fassets.hcch.net%2Fdocs%2Fc3433c56-4627-4dbb-92a7-b2eaa5cea6cc.pdf

[9] Поред ових, Суд је о уобичајеном боравишту детета одлучивао и у предметима C-111/17 PPU, OL v PQ 8 June 2017 (https://www.incadat.com/en/case/1344), C-85/18 PPU, CV v DU 10 April 2018, C-393/18 PPU, UD v XB 17 October 2018 C-499/15 W, V v X 15 February 2017 и C-603/20 PPU SS v MCP. Inctad HC/E/IN 1502.

конференцији за међународно приватно право. Уобичајено боравиште детета (малолетника) појављује се као тачка везивања већ у Конвенцији о старатељству над малолетницима из 1902.[10] Идејно решење ове тачке везивања, која је требало да замени домицил састојало се у томе да се одбаце сви нормативни елементи у правном појму домицила који су постојали у правним дефиницијама различитих правних система и да се нагласак, уместо тога, стави на чињенични супстрат. Сматрало се да сваки суд при решавању предмета треба сам да оцени, полазећи од чињеница, да ли се може сматрати да дете има *habitual residence/residence habituelle* у одређеној земљи, а судови који би евентуално касније одлучивали о признању његове одлуке треба ту оцену да прихвате без даљег преиспитивања. Како би се спровела ова идеја, свесно је уложен труд да се избегне дефинисање појма „уобичајено боравиште".[11] Хашка конференција користила је ову тачку везивања у већини својих конвенција, али ни у једну од њих није уврстила њену дефиницију. Тај приступ примењен је и у Хашкој конвенцији о отмици и другим конвенцијама о заштити деце које смо претходно поменули.

Међутим, очекивања да ће се на тај начин постићи униформна решења изјаловила су се,[12] а изналажење смисла овог појма у сваком појединачном случају, показало се у судској пракси, није нимало лако.[13] Уобичајено боравиште пробило се на прво место спорних питања око којих се воде спорови везани за Хашку конвенцију о отмици.[14] У одлукама судова појавили су се различити описи овог појма, од којих су неки имали све одлике правно-техничке дефиниције.

3. ОКОЛНОСТИ КОЈЕ УТИЧУ НА УОБИЧАЈЕНО БОРАВИШТЕ

Једна од карактеристика статуса детета јесте да не може самостално доносити одлуке о питањима која битно утичу на његов живот, па ни одлучивати о свом месту боравка. Место боравка детета зависи од одлуке једног или оба родитеља или другог лица које је задужено за старање о њему или ако се родитељи о томе споре или их оно нема, од одлуке суда или другог надлежног органа. Управо је у Хашкој конвенцији о грађанскоправним аспектима

[10] https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions/1902-guardianship-convention

[11] Опширније о увођењу овог појма видети: L.I. de Winter, Nationality or domicile?: the present state of affairs, 128 Collected Courses of the Hague Academy of International Law 347 (1969).

[12] Rhona Schuz, *The Hague Child Abduction Convention and Re-relocation disputes*, International Journal of Law, Policy and The Family, 2021, 6.

[13] P. Beaumont, J. Holliday, 2021, 28.

[14] Rhona Schuz, *The Child Abduction Convention: A Critical Analysis*, 2013, 175.

међународне отмице деце[15] ова зависност дечијег места боравка истакнута у дефиницији појма старања о детету, које обухвата право на одређивање места боравка детета.[16] Због тога су судови појединих земаља у почетку сматрали да место боравка детета мора да се одређује искључиво према вољи родитеља који има право да одлучује о томе. Уколико оба родитеља имају право да одлучују, ниједан од њих не може променити место боравка детета без сагласности другог. Намера да се одређено место учини местом уобичајеног боравишта такође се мора одређивати према намери родитеља. Овај приступ је означен као зависни модел одређивања уобичајеног боравишта детета.[17] С друге стране, појавило се схватање да се уобичајено боравиште детета мора утврђивати независно од уобичајеног боравишта родитеља и независно од њихове воље, водећи рачуна само о везама детета са одређеним местом, тј. одређеном земљом. По правилу, када се примењује независни приступ, има више околности које се испитују приликом утврђивања уобичајеног боравишта. Њима се не поклања увек једнака пажња у одлукама судова, и оне не указују увек на исту државу. Због тога су приметне разлике у тумачењу овог кључног појма у судској пракси држава чланица хашких конвенција.[18] Уочено је да у новије време, међу околностима које се узимају у обзир, важно место заузимају и намере родитеља, што је означено као хибридни приступ.[19] Поједини аутори истичу тренд ка конвергенцији судске

[15] О Хашкој конвенцији о отмици у домаћој литератури видети: Гордана Ковачек Станић, Породичноправни аспекти међународне, родитељске отмице деце, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/ 2012, 74–94. Марија Крвавац, Јелена Беловић, Међународна отмица деце, *Правни живот* 10/ 2017, 155–168. Сања Марјановић, Међународна отмица деце – новине у међународном приватном праву Србије, *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу – Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, том 7, 2018, 131–145. Петар Ђундић, Редовно боравиште детета у пракси примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце од 25. октобра 1980. године, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (*Зборник радова ПФНС*), 2/2004, 551–570. Душица Палачковић, Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце: Процесноправне импликације, *Правни живот*, 11/2012, 863–876. Маја Станивуковић, Петар Ђундић, Право на виђање детета и Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, *Правни живот*, 10/2010, 25–45. Сандра Самарџић, Потребе и могућности адекватнијег тумачења Хашке конвенције о грађанско-правним аспектима међународне отмице деце у случају насиља у породици, *Зборник радова ПФНС*, 1/2013, 309–331.

[16] Хашка конвенција о отмици, члан 5 тачка а: „право на старање“ укључује права која се односе на старање о личности детета, а посебно право на одређивање места боравка детета.

[17] R. Schuz, 2013, 186.

[18] *Ibid.*, 175. Paul Beaumont, Jayne Holliday, Recent Developments on the Meaning of „Habitual Residence“, in Alleged Child Abduction Cases, *Private International Law in the Jurisprudence of European Courts – Family at Focus (Family at Focus)*, Mirela Župan ed. Faculty of Law Osijek, Osijek 2015, 15, 41.

[19] R. Schuz, 2013, 192. P. Beaumont, J. Holliday, 2021, 27.

праксе о тумачењу уобичајеног боравишта усвајањем хибридног приступа у готово свим државама чланицама хашких конвенција.[20] Било да је ова опсервација тачна или не, нема сумње у то да одлуке утицајних судова као што је Суд Европске уније могу допринети хармонизацији тумачења овог појма. Околности које, поред намере родитеља, добијају највише простора у образложењима судова јесу дужина боравка и интегрисаност (уклапање) детета у породичну и друштвену средину.

3.1. Дужина боравка

Прва околност коју судови узимају у обзир јесте дужина боравка детета у држави у којој треба установити уобичајено боравиште. Пре свега, дете мора да буде присутно, да борави у тој држави и тај боравак не би требало да буде краткотрајан да би се сматрао уобичајеним, али од овога правила има изузетака, као што ћемо касније видети. Као и код одраслих лица, што је боравак детета у одређеној држави дужи, слаби утицај осталих околности које утичу на оцену о уобичајеном боравишту. Конвенције не одређују колико је времена потребно да протекне да би се сматрало да дете које борави у једној држави у њој има уобичајено боравиште. Ипак, после годину дана од отмице може се разматрати питање да ли се дете прилагодило новој средини приликом одлучивања о захтеву за повратак детета.[21] Будући да је прилагођеност средини такође једна од околности које утичу на закључак о заснивању уобичајеног боравишта, имплицитна је претпоставка да је после годину дана боравка то место постало уобичајено боравиште чак и када је одвођење/задржавање у том месту било незаконито. Исто тако, међународна надлежност суда у месту уобичајеног боравишта детета да одлучује о мерама за заштиту његове личности и имовине не престаје његовим незаконитим одвођењем/задржавањем, него се задржава у року од годину дана од дана незаконитог одвођења/задржавања.[22] По протеку рока, надлежност прелази на органе новог места боравка под условом да није покренут поступак за повратак детета и да се дете у међувремену прилагодило новој средини. Из ових одредаба које регулишу међународну надлежност за одлучивање о

[20] R. Schuz, 2021, 7. P. Beaumont, J. Holliday, 2021, 29.

[21] Хашка конвенција о отмици, члан 12 став 2.

[22] Члан 7 став 1 Конвенције о родитељској одговорности и мерама за заштиту деце (1996). Реч је, у ствари, о продуженој могућности заснивања надлежности која траје годину дана од незаконитог одвођења/задржавања. Према ставу 2 Конвенције, одвођење или задржавање детета сматра се незаконитим: а) ако је тиме повређено право на старање, било заједничко или самостално, које припада лицу, установи или другом телу према праву државе у којој је дете имало уобичајено боравиште непосредно пре одвођења односно задржавања; и б) ако се у тренутку одвођења или задржавања то право стварно вршило било заједнички било самостално, или би се вршило да није дошло до одвођења односно задржавања.

мериторним питањима старања о деци, следи да је боравак од годину дана по правилу довољан за стицање новог уобичајеног боравишта под условом да је присутна још једна околност – интегрисаност детета у друштвену средину. С друге стране, оне показују да ни годину дана боравка не мора бити пресудно ако се дете није уклопило у нову средину.

3.2. Намере родитеља

Дете које је под родитељским старањем не одлучује самостално о месту где ће боравити, већ одлуку о томе доносе родитељи вршећи своје родитељско право. Утицај намера родитеља нарочито долази до изражаја у ситуацијама када је реч о пресељењу целе породице у другу земљу. Тада, уколико је намера родитеља да се породица настани у другој земљи, дете као и родитељи, може да стекне уобичајено боравиште у тој земљи од самог почетка, одмах по пресељењу (без обзира на веома кратак боравак и на чињеницу да се још није прилагодило средини). Ово потврђује и Хашка конвенција о родитељској одговорности и мерама за заштиту деце, јер када је промена уобичајеног боравишта детета законита, надлежни, према члану 5 став 2, постају органи државе новог уобичајеног боравишта.[23] Нема задржавања надлежности органа државе у којој је дете претходно имало уобичајено боравиште. Такође, пресељење детета са једним родитељем који има намеру да се настани у другој земљи може да доведе до тренутне промене уобичајеног боравишта уколико тај родитељ по праву ранијег уобичајеног боравишта детета (пре пресељења) има овлашћење да самостално одлучује о месту боравка детета.[24]

Мада су ова правила јасна, могу постојати ситуације када овај субјективни критеријум није поуздан. Проблем настаје, на пример, када се спор о уобичајеном боравишту детета јавља између родитеља који су се недавно преселили у нову земљу са намером да се у њој настане, па један од родитеља промени мишљење и пожели да се врати у полазну земљу, а други инсистира на останку у новој земљи боравка.[25] Сличан проблем појављује се и у ситуацији када су родитељи са дететом отишли у другу земљу с намером да тамо буду само привремено, одређени период, како би обавили неки задатак (нпр. због студија или пословног пројекта), па потом један од њих промени мишљење и пожели да у тој земљи остане за стално, док се други родитељ томе противи. У таквим ситуацијама, намере родитеља које су у

[23] Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, Paul Lagarde, Rapport explicatif, 552.

[24] О томе сведочи одлука у предмету *Меркреди* која ће бити предмет анализе. Вид. у истом смислу и P. Beaumont, J. Holliday, 2015, 55.

[25] R. Schuz, 2021.

једном тренутку биле истоветне и јединствене после пресељења или привремене промене места боравка су се промениле и разликују се, те је потребно одредити уобичајено боравиште детета на основу других критеријума.

3.3. Интегрисаност у друштвену и породичну средину

Трећа околност која може бити битна јесте интегрисање (уклапање) детета у друштвену и породичну средину у одређеном месту/земљи. Узимајући у обзир ове околности, уобичајено боравиште детета могуће је утврдити независно од уобичајеног боравишта родитеља и засновати чак и противно намерама једног или оба родитеља уколико је дете кренуло у вртић или школу, стекло пријатеље, изградило везу са родбином у земљи у којој борави и слично.

4. УОБИЧАЈЕНО БОРАВИШТЕ У ПРАКСИ СУДА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Суд Европске уније је у више наврата одлучивао о тумачењу појма уобичајеног боравишта детета, по предлозима за одлучивање о претходном питању у контексту Уредбе Савета (ЕЗ) бр. 2201/2003 о надлежности, признању и извршењу одлука у брачним стварима и стварима родитељске одговорности (Друга бриселска уредба).[26] Одредбе унијског прописа (чланови 10 11, 40–45) допуњују одредбе Хашке конвенције о отмици и имају предност у примени у односу на Хашку конвенције о родитељској одговорности и мерама за заштиту деце уколико дете у питању има уобичајено боравиште на територији државе чланице Уније (члан 61). Мада се одлуке Суда односе на Другу бриселску уредбу, оне имају велики утицај на судове држава чланица Хашке конвенције о отмици. Под утицајем тих одлука, мења се пракса судова у Аустралији, Канади, Новом Зеланду, Сједињеним Америчким Државама и Уједињеном Краљевству.[27]

[26] Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, OJL 338, p. 1. Уредба 2201/2003 је у међувремену замењена новом Уредбом број 2019/1111 о надлежности, признању и извршењу одлука у брачним стварима, стварима родитељске одговорности и о међународној отмици деце, која је ступила на снагу 22. јула 2019, а почиње да се примењује од 1. августа 2022. на поступке покренуте и одлуке донете после тог датума.

[27] Ben Köhler, Rishi Gulati, Thomas John, The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law, Edward Elgar Publishing, 2020, 272. Аутори између осталих наводе следеће одлуке: Supreme Court of Canada, Office of the Children's Lawyer v. Balev, 2018 SCC 16. UK Supreme Court, A v. A and another (Children: Habitual Residence) [2013] UKSC 60 i US Supreme Court 25 February 2020, Monasky v. Taglieri.

4.1. Предмет *A*[28]

4.1.1. Чињенично стање

Троје деце настанило се у Шведској заједно са мајком и са очухом. Током лета 2005. године, породица се вратила у Финску да тамо проведе школски распуст. Живели су у камп-приколицама и селили се од кампа до кампа. У октобру 2005. године поднели су захтев служби социјалне заштите у једном финском граду да им се додели социјални стан. Деца те школске године нису кренула у школу. Средином новембра, мајка и очух су отпутовали у Шведску, оставивши децу код очухове сестре. Фински одбор за социјално старање је убрзо потом ставио све троје деце под старатељство и одредио им хитан смештај у хранитељску породицу, с образложењем да су их родитељи напустили. Мајка и очух су се прво обратили одбору тражећи поништај мере. Пошто се то није догодило, мајка се обратила тужбом финском суду, са захтевом да се одлука одбора за социјално старање поништи и да јој се деца врате на старање. Суд је одбио тужбу и потврдио одлуке одбора. Мајка се затим жалила Врховном управном суду Финске, наводећи да фински суд није међународно надлежан јер су деца држављани Шведске са сталним боравиштем у Шведској. Врховни управни суд је прекинуо поступак и упутио Суду неколико претходних питања од којих је једно било везано за тумачење појма „уобичајено боравиште детета“ из Друге бриселске уредбе.

4.1.2. Став Суда

Суд је заузео следећи став: „Поред физичког присуства детета, морају се узети у обзир и друге околности које указују на то да присуство није привременог или повременог карактера и да боравак детета одражава одређени степен интеграције детета у друштвену и породичну средину. Нарочито, трајање, редовност, услови и разлози боравка на територији државе чланице и пресељења породице у ту државу, држављанство детета, место и услови школовања, познавање језика и породични и друштвени односи детета у тој држави морају се узети у обзир.“[29]

4.1.3. Анализа

У првој пресуди у којој је тумачио појам уобичајеног боравишта детета из Друге бриселске уредбе, Суд је објаснио полазну основу за тумачење. Будући да одредбе унијског прописа које садрже овај појам не упућују на

[28] Case C-523/07 Judgment of the Court of Justice, 2 April 2009. INCADAT Reference HC/E/1000 (Пресуда *A*).

[29] *Ibid*, пасуси 38 и 39.

право држава чланица, његов смисао се мора аутономно и једнообразно тумачити у целој Европској унији, полазећи од контекста у којем се појам јавља и од циљева законодавног акта који је у питању. Приликом тумачења појма уобичајеног боравишта мора се поћи од најбољег интереса детета и критеријума најближе везе.[30] Дотадашња пракса Суда о тумачењу појма уобичајеног боравишта одраслих не може се директно применити на одређивање уобичајеног боравишта деце.[31] Уместо тога, уобичајено боравиште детета мора се установити на основу свих околности сваког појединачног случаја.

У овом случају, одлучивање о уобичајеном боравишту отежавала је чињеница да су деца са родитељима напустила државу свог уобичајеног боравишта (Шведску) да би у Финској водила номадски живот. Суд је формулисао чињенични тест[32] према којем треба утврдити да ли „боравиште детета одражава одређени степен интеграције у друштвену и породичну средину“.[33] Иако је већина околности које Суд наводи објективног карактера, помиње се и једна субјективна околност: намера родитеља да се трајно настане која се манифестује конкретним радњама као што су куповина или закуп стана, или, као у овом предмету, подношење захтева за добијање социјалног стана.[34]

О значају одлуке у предмету *А* говори чињеница да је Хашка конференција за међународно право у свом Приручнику за примену Конвенције о родитељској одговорности и мерама за заштиту деце посебно упутила на њу као извор за тумачење појма уобичајеног боравишта и цитирала став Суда, мада је истовремено нагласила своју основну тезу – да је реч превасходно о чињеничном појму, те да судска пракса представља само средство за одређивање релевантних чињеница које треба узети у обзир приликом утврђивања где се налази уобичајено боравиште у конкретном случају.[35] Став Суда о уобичајеном боравишту детета имао је одјека и код домаћих стручњака за породично право. Под осетним утицајем пресуде у предмету *А*,[36] у Нацрт закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања (28. мај 2012) унета је дефиниција уоби-

---

[30] *Ibid*, пасуси 45–47.

[31] Магнус и Манковски критикују овај став Суда јер уноси појмовну неусклађеност у право Уније. Ulrich Magnus, Peter Mankowski, Brussels II Bis Regulation, Sellier 2011, 113

[32] Schuz, A Critical, 194

[33] Пресуда *А*, пасуси 38 и 39.

[34] *Ibid*, пасус 40.

[35] Practical Handbook on the operation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, Hague Conference on Private International Law 2014, 174–175.

[36] Видљив је и утицај пресуде Меркреди, Sanja Marjanović, Some open issues in the application of the 1980 Child Abduction Convention in the Republic of Serbia, *Family at Focus*, 2015, 271.

чајеног боравишта[37] и смерница Суду о околностима које треба да узме у обзир приликом утврђивања уобичајеног боравишта детета.[38]

4.2. Предмет *Меркреди против Чефа*[39]

4.2.1. Чињенично стање

Спор се водио пред Апелационим судом Енглеске и Велса између мајке и ванбрачног оца детета. Предмет спора је било право старања о детету које је мајка, по тврдњама оца, незаконито одвела из Енглеске. Мајка је била држављанка Француске запослена у Енглеској. Она је са оцем детета живела неколико година у ванбрачној заједници у Енглеској. Убрзо по рођењу детета, ванбрачна заједница је престала. Када је беба напунила два месеца, мајка се запутила са њом у свој родни крај. Оца је о томе обавестила накнадно, писменим путем. Није било спорно да је пресељење у Француску у том тренутку било законито јер је једино мајка имала „право на старање“ у смислу члана 2 Уредбе. Отац је после само неколико дана покренуо поступак за стицање родитељског права, одређивање заједничког места боравишта у Енглеској и права на виђање детета. Истог дана када је поступак о мериторним питањима покренут, суд је издао решење којим је наредио туженој да врати дете у Енглеску.

У поступку пред енглеским судом, мајка је заступала став да суд није надлежан јер је дете чим се преселило у Француску стекло уобичајено боравиште у тој земљи. Отац је пак тврдио да дете није за тако кратко време изгубило уобичајено боравиште у Уједињеном Краљевству. Очеви аргументи су превагнули и енглески суд се огласио надлежним. У жалбеном поступку, апелациони суд Енглеске и Велса обратио се Суду ради тумачења појма „уобичајено боравиште детета“ који се користи у Уредби као основ надлежности.

4.2.2. Став Суда

Суд је констатовао да Уредба не садржи дефиницију и да се из употребе придева „уобичајено“ може закључити само да боравиште мора имати

[37] „Под уобичајеним боравиштем детета, у смислу овог закона, подразумева се место у којем је дете интегрисано у друштвену и породичну средину“ (Нацрт закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања, члан 4 став 1). https://arhiva.mpravde.gov.rs/images/Nacrt_zakona_ZDONPOZ_28052012.doc

[38] Приликом утврђивања уобичајеног боравишта детета у сваком појединoм случају посебно се узимају у обзир следеће околности: 1) трајање, регуларност, услови и разлози боравка детета; 2) пресељење породице; 3) држављанство детета; 4) узраст детета; 5) место и услови његовог школовања; 6) познавање језика; 7) породични и друштвени односи детета.

[39] Case C-497/10 PPU, Judgment of the Court (First Chamber) of 22 December 2010, *Barbara Mercredi v Richard Chaffe*, INCADAT HC/E/1044 (Пресуда *Меркреди*).

стабилан или редован карактер.[40] Као у пресуди *А*, појам „уобичајено боравиште“ односи се на место у којем постоји одређени степен интегрисаности детета у друштвену и породичну средину.[41] Постоји низ критеријума које суд државе чланице може да користи када одлучује о постојању „уобичајеног боравишта“ као аутономног појма права Уније. Да би се одредило уобичајено боравиште детета, поред физичког присуства на територији те државе, потребно је да постоје и друге околности.[42] То су, пре свега, разлози и услови боравка детета на датом месту и држављанство детета.[43] Од суштинске важности је намера лица које врши родитељско право да се стално настани са дететом у том месту, да у том месту, односно у тој држави, заснује сталан центар својих интереса са намером да он буде трајног карактера.[44] Показатељи намере родитеља да изврши промену уобичајеног боравишта јесте, на пример, куповина или узимање у закуп стана у тој држави. Други критеријум је узраст детета. Друштвену и породичну средину детета чине различите околности које се разликују зависно од узраста. Околности које треба узети у обзир у случају детета које иде у школу разликују се од околности које треба узети у обзир када је у питању мало дете или одојче.[45] Када је у питању мало дете, његова друштвена средина је породица коју чине лица са којима дете живи, која га чувају и старају се о њему.[46] То још више важи за одојче, јер оно нужно дели друштвену и породичну средину са кругом лица од којих је зависно. Због тога, када се о одојчету стварно стара мајка, приликом одлучивања о томе где је уобичајено боравиште одојчета, треба узети у обзир и „интегрисаност мајке у њену друштвену и породичну средину“. Ради оцене те околности могу се узети у обзир разлози за пресељење, језици које мајка говори и њено „географско и породично порекло“.[47] Што се тиче трајања боравка у датом месту, оно се третира само као индиција, као једна од чињеница у склопу целокупног чињеничног стања које се посебно оцењује у сваком појединачном случају.[48] На крају, Суд је дао упутство националном суду како да поступи у случају када примена поменутих критеријума доводи до закључка да се уобичајено боравиште детета не може одредити. Надлежност суда на основу Уредбе тада би се морала утврдити на основу другог критеријума – места где се дете налази, у смислу члана 13 Уредбе.

---

[40] *Ibid*, пасус 44.
[41] *Ibid*, пасус 47.
[42] *Ibid*, пасус 49.
[43] *Ibid*, пасус 48.
[44] *Ibid*, пасуси 50 и 51.
[45] *Ibid*, пасуси 52 и 53.
[46] *Ibid*, пасус 54.
[47] *Ibid*, пасус 55.
[48] *Ibid*, пасуси 51 и 56.

4.2.3. Анализа

Пресуда у предмету *Меркреди* поставила је још увек актуелан тест за утврђивање места уобичајеног боравишта детета. Питање примене Друге бриселске уредбе у предмету *Меркреди* покренуто је у околностима пресељења оног родитеља који самостално врши родитељско право са дететом у другу земљу без сагласности другог родитеља. Пресељењем детета из једне земље у другу мења се његово место боравка, што је чињеница која може да прерасте у уобичајено боравиште детета.[49]

Суду није било лако да пронађе исправан одговор због тога што је дужина боравка детета у француском департману у релевантном тренутку била изузетно кратка, али су други показатељи указивали на јачу везу мајке и детета са Француском него са Енглеском.[50] Суд је напоменуо да боравиште у начелу треба да буде одређеног трајања да би прерасло из обичног привременог боравишта у уобичајено, али да Уредба не дефинише колико би требало да траје. На тај начин је релативизован утицај дужине боравка и наговештено је да се уобичајено боравиште детета може променити, односно стећи, одмах по пресељењу уколико је пресељење законито.[51] Неколико дана боравка свакако није било довољно за закључак да дете уобичајено борави у Француској, али су постојале друге околности које су указивале на то да је дошло до промене уобичајеног боравишта. То је била намера родитеља који се самостално стара о детету да се пресели у своју земљу. Придајући значај овој околности, Суд се ослонио пре свега на узраст детета као чињеницу која указује на потребу да се узму у обзир намере родитеља. Околности које се узимају у обзир разликују се, дакле, зависно од узраста детета (критеријум узраста није био претходно поменут у пресуди у предмету *A*).[52] Мада су дужина боравка и интеграција у друштвену средину важне околности, оне постају секундарне или чак безначајне код малог детета. Мало

---

[49] Пресељење детета у другу земљу, било да је законито или незаконито, може током времена да доведе до промене уобичајеног боравишта детета: „Имајући у виду да је уобичајено боравиште чињенични појам, оно је независно од питања да ли је законито установљено. Члан 10 Уредбе бр. 2201/2003 иначе не би имао смисла јер ова одредба омогућава да се стекне уобичајено боравиште мада је одвођење било незаконито. Другим речима, стицање уобичајеног боравишта нема никакве везе са законитошћу пресељења. Уобичајено боравиште се у принципу може стећи и на основу незаконитог пресељења“, Case C-376/14 PPU (C v. M), CJEU, Opinion of Advocate General Maciej Szpunar 24 September 2014 (Став општег правобраниоца Спунара), пасус 80.

[50] Релевантни тренутак био је тренутак покретања поступка за одлучивање о мериторним питањима родитељског права који је отац покренуо у Енглеској. Дете је боравило у Француској тек четири дана, од 8. октобра до 12. октобра 2009, када је отац покренуо мериторни поступак пред Високим судом Енглеске и Велса.

[51] P. Beaumont, J. Holliday, 2015, 55.

[52] *Ibid*.

дете није у могућности да стиче друге друштвене везе осим оних које има са лицима која непосредно брину о њему. Његово уобичајено боравиште је зависно од уобичајеног боравишта лица које се стара о њему. Због тога, суд државе чланице приликом утврђивања уобичајеног боравишта детета треба да узме у обзир и породичне и друштвене прилике родитеља. С друге стране, уобичајено боравиште родитеља зависи од његове намере која се манифестује спољашњим чињеницама, али је у непосредној вези и са пореклом (држављанством и матерњим језиком) родитеља, а самим тим и детета. Према томе, у случају малог детета, његова интегрисаност у друштвену и породичну средину процењује се на основу интегрисаности у друштвену и породичну средину родитеља. На тај начин је Суд држављанству родитеља придао важно место код утврђивања уобичајеног боравишта малог детета.

У овој пресуди, Суд је дозволио могућност да је ново место боравка детета одмах, од тренутка пресељења, постало уобичајено,[53] полазећи од тога што је мајка која се непосредно старала о детету имала намеру да се пресели у Француску и настани у тој земљи. Мада је крајња процена остављена енглеском суду, Суд није крио свој став да је дете било у ближој вези са Француском. Суд је оставио и могућност за закључак да је уобичајено боравиште детета у Енглеској престало, али да ново уобичајено боравиште још није стечено. Важно је при томе имати на уму да у овом предмету није било спорно то да је одвођење детета из Енглеске у Француску било законито, што је Суд и констатовао на само почетку свога одговора на претходна питања.[54] Да је одвођење било незаконито по енглеском праву, став Суда би сигурно био друкчији.

4.3. Предмет *Ц против М*[55]

4.3.1. Чињенично стање

Брак између држављанина Француске и држављанке Уједињеног Краљевства разведен је у Француској. Склопљен је 24. маја 2008, а тужба за развод поднета је већ 17. новембра исте године, али је због спора родитеља о вршењу родитељског права првостепена пресуда о разводу донета тек у априлу 2012. Дете из овог брака рођено је у јулу 2008. у Француској и имало

[53] R. Schuz, 2013, 195. Ауторка сматра да Суд примењује хибридни приступ што значи да узима у обзир намере родитеља као једну од околности приликом утврђивања уобичајеног боравишта детета које се *prima facie* третира као независно од уобичајеног боравишта родитеља. Вид. такође Jeremy D. Morley, The Hague Abduction Convention, 2nd edn. American Bar Association Publishing, 2016, пасус 84.

[54] Пресуда *Меркреди*, пасуси 41 и 42.

[55] Case C-376/14 PPU, Judgment of the Court (Third Chamber) 9 October 2014, C v. M (Пресуда *Ц против М*).

је француско држављанство. Мајка, чији су родитељи били пореклом Ирци, ослонила се на првостепену пресуду француског суда којом је суд одредио да ће уобичајено боравиште детета бити са мајком и дао јој дозволу да се са дететом одсели у Ирску (мада је истовремено одлучио да странке заједнички врше родитељску власт).[56] Такође, суд је одредио да отац има право да виђа дете једном месечно. Отац се жалио на пресуду и захтевао је да се застане са извршењем дела одлуке који се односи на пресељење. У јулу 2012. године председник апелационог суда одбио је захтев оца да се застане са извршењем. Мајка се одмах потом са четворогодишњим дететом преселила у Ирску. Скоро осам месеци касније, у марту 2013, апелациони суд је преиначио првостепену пресуду у делу који се односи на боравиште, одређујући да дете треба да има боравиште са оцем, уз посебна права на виђање и смештај за мајку. Мајка се није повиновала овој одлуци, па је постављено питање да ли је извршила отмицу у облику незаконитог задржавања детета у Ирској. Отац је од ирског суда затражио да нареди повратак детета у Француску на основу Хашке конвенције о отмици. Истовремено, покренуо је нови поступак пред француским судом у коме је захтевао доношење одлуке којом би се родитељска власт поверила искључиво њему и забранило одвођење детета из Француске. Француски суд је овај захтев експресно прихватио (од захтева до пресуде прошло је само осам дана), доделио је оцу искључиво право вршења „родитељске власти“, наредио да дете мора да се врати у очев дом у Француској и забранио одвођење детета из Француске без очевог пристанка. Ирски суд је, са своје стране, одбио захтев за враћање детета у Француску и захтев да се утврди да је мајка незаконито задржала дете у Ирској. Суд је сматрао да је дете стекло уобичајено боравиште у Ирској од јула 2012, када се са мајком ту доселило, уз дозволу француског суда. Отац се жалио против ове пресуде, истичући да и законито одвођење може да прерасте у незаконито задржавање и да су ирски судови везани одлукама које донесу француски судови јер је уобичајено боравиште детета у Француској и у Француској се води мериторни поступак о вршењу „родитељске власти“. У оквиру жалбеног поступка пред Врховним судом Ирске, поставило се питање да ли се од покретања поступка у Француској до доношења одлуке другостепеног суда, уобичајено боравиште детета променило. Ирски суд је упутио ово претходно питање Суду.

4.3.2. Ставови Суда

Суд је поново набројао све околности које треба узети у обзир приликом одређивања уобичајеног боравишта детета.[57] Затим је посебну пажњу

[56] У Француској се и даље за родитељско право користи термин „родитељска власт“.
[57] Пресуда *Ц против М*, пасуси 52 и 53.

посветио разлозима боравка детета на територији државе чланице и намерама родитеља који је одвео дете у ту државу. Када се оцењује утицај ових околности, посебно је важно узети у обзир чињенице да је пресуда којом је суд дозволио одвођење детета била привремено извршна и да је против ње била поднета жалба. „Те околности не воде закључку да је уобичајено боравиште детета пренето у другу земљу, јер је поменута пресуда била привременог карактера и родитељ о коме је реч није могао бити сигуран, у време одвођења детета, да њихов боравак у другој земљи неће бити привремен.“[58] Имајући у виду заштиту најбољег интереса детета, утицај тих околности се мора одмерити према осталим околностима које могу да укажу на одређени степен интеграције детета у друштвену и породичну средину, имајући у виду време које је протекло од одвођења до доношења пресуде којом је преиначена пресуда првостепеног суда. С друге стране, време које је протекло од доношења те пресуде не треба да се узима у обзир.[59]

4.3.3. Анализа

Суд је у овој пресуди појаснио да се његова дотадашња пракса о тумачењу појма „уобичајено боравиште“, у предметима који су се односили на вршење родитељске одговорности (предмети *А* и *Меркреди*), односи и на тумачење истог појма у предметима отмице детета.[60]

У случају *Ц против М* није било спорно да је одвођење детета у Ирску било законито, али је било спорно да ли је непоступањем по одлуци апелационог суда мајка извршила незаконито задржавање детета у Ирској. Мајка је тврдила да је на основу пресуде француског суда била овлашћена да одлучи о уобичајеном боравишту детета без сагласности оца и да се уобичајено боравиште детета променило по пресељењу, те је дете стекло уобичајено боравиште у Ирској пре марта 2013. када је донета пресуда апелационог суда. Задржавање детета у Ирској стога није било незаконито.

Одлука ирског суда о томе да ли петогодишње дете треба вратити у Француску зависила је од оцене где се налазило његово уобичајено боравиште у марту 2013. Уколико би ирски суд оценио да је дете у време доношења другостепене одлуке француског суда имало и даље уобичајено боравиште у Француској, реч је о повреди права на старање која постоји по француском

[58] *Ibid*, пасус 55.

[59] *Ibid*, пасус 56. По доношењу пресуде другостепеног суда у Француској, 5. марта 2013. године, уследили су поступци пред ирским судовима на основу Хашке конвенције о отмици који су прекинути до одлуке Суда о претходном питању. Претходно питање је упућено 7. августа 2014. године, што значи да је дете у Ирској тада живело већ две године. Бордаш Бернадет, Десет година примене Уредбе Брисел II bis, Зборник радова ПФНС, 2015, 1528.

[60] Пресуда *Ц против М*, пасус 54. Тумачење се односило на појам уобичајеног боравишта из члана 2 став 11 и члана 11 Уредбе.

праву. Ако би пак оценио да је у међувремену дошло до промене боравишта и да је у то време дете већ имало уобичајено боравиште у Ирској, не би било повреде, јер се повреда права на старање процењује увек по праву уобичајеног боравишта детета непосредно пре наводног незаконитог задржавања.[61]

Међу околностима које ирски суд треба да узме у обзир приликом одлучивања о уобичајеном боравишту детета, Суд је поновио исте оне које је навео у пресуди *Меркреди*. Међутим, све оне засењене су једном посебном околношћу карактеристичном за овај случај. Суд је као одлучујућу чињеницу видео одсуство правноснажности одлуке француског суда којом је мајци дато право да одреди боравиште. Због тога се мајка није могла поуздати у то да ће боравак у Ирској бити трајан.[62]

Тако су, по схватању Суда, очекивања родитеља (за разлику од намера) добила пресудан утицај на стицање уобичајеног боравишта детета. Ако мајка није могла самостално да одлучи да ће боравак детета на ирској територији бити трајан, ако је та одлука зависила од одлуке суда у (претходном) месту уобичајеног боравишта, онда је успостављање новог уобичајеног боравишта детета преклудирано све док траје тај поступак. Као што је приметио један аутор, ова одлука је бар делимично у супротности са одлуком у предмету *Меркреди*.[63] У оба предмета одвођење из земље претходног уобичајеног боравишта било је законито, од стране родитеља који самостално врши родитељско право у односу на мало дете. У оба случаја намера родитеља је била да се са дететом настане на територији друге државе са којом су имали географску и језичку повезаност. Предмет *Меркреди* је предочио став Суда да до промене уобичајеног боравишта детета може доћи веома брзо ако је пресељење родитеља са дететом законито. Требало је да закључак Суда и у овом случају, као и у предмету *Меркреди*, буде да се уобичајено боравиште променило у тренутку законитог пресељења. Међутим, правни разлози утицали су на Суд да, противно мишљењу општег правобраниоца,[64]

---

[61] *Ibid*, пасуси 48, 49 і 54.

[62] *Ibid*, пасус 55.

[63] P. Beaumont, J. Holliday, 2015, 52.

[64] Општи правобранилац је препоручио Суду тумачење према коме дете може стећи уобичајено боравиште у другој држави чланици: „По мом мишљењу, нема разлога да се одустане од широко прихваћеног појма уобичајеног боравишта као чињеничног појма. Нема потребе да се овај појам прекрива правним конструкцијама. Правна сигурност захтева да се тај појам може лако применити. Ако би се прихватило да се уобичајено боравиште детета не може променити због постојања поступка који је у току, то би у суштини довело до тога да се стицање уобичајеног боравишта спречи током одређеног периода. То би такође значило да у случајевима као што је овај просто постојање жалбе има јачу снагу од свих чињеница на које смо се претходно позивали. То није могла бити намера твораца Хашке конвенције нити твораца Уредбе бр. 2201/2003“ (Предмет *Ц против М*, Став Општег правобраниоца Спунара, пасус 83).

одступи од своје раније праксе. Суд је сматрао да је француски суд, који је започео поступак одлучивања о меритуму док је дете имало уобичајено боравиште у Француској, и даље био надлежан на основу члана 8 Уредбе у тренутку када је преиначио одлуку о смештају детета.[65] Уколико би се прихватило да се уобичајено боравиште променило у току жалбеног поступка, то би, по мишљењу суда, представљало начин да се изигра циљ трећег дела Уредбе који се односи на признање и извршење одлука држава чланица.[66] Потреба да се омогући устаљивање надлежности француског суда, који је започео поступак одлучивања о меритуму у време док је дете имало уобичајено боравиште у Француској и признање и извршење његове одлуке у Ирској, водила је Суд контрадикторном и неодрживом закључку да ирски суд, с једне стране, може оценити да је дете имало уобичајено боравиште у Ирској непосредно пре наводног задржавања (тј. у тренутку када је донета одлука другостепеног суда у Француској), али да је уобичајено боравиште детета за потребе признања одлуке француског суда до окончања поступка остало у Француској, с друге. Суд је оставио могућност ирском суду да закључи да је уобичајено боравиште детета у релевантном тренутку било у Ирској, али је сматрао за исправно и усмеравао ирски суд ка томе да је уобичајено боравиште детета у време доношења другостепене одлуке француског суда и даље било у Француској, мада дете више није било присутно у тој земљи и законито је одведено из ње.[67] Такво тумачење се удаљава од чињеничног појма уобичајеног боравишта и с правом је критиковано.[68]

4.4. Предмет *XP*[69]

4.4.1. Чињенично стање

Држављанка Пољске, која је била запослена у Бриселу као службеник ЕУ, желела је да се пресели са дететом у Пољску, чему се супротстављао отац детета, држављанин Белгије. По белгијском праву оба родитеља, и мајка и ванбрачни отац, заједнички су вршили родитељско право мада су се после рођења детета разишли, односно ванбрачна заједница је престала. Дете је становало са мајком у Бриселу, а отац га је редовно виђао једном недељно.

[65] *Ibid*, пасус 60.

[66] *Ibid*, пасус 67.

[67] Мада није крио која је околност по његовом мишљењу пресудна, Суд је препустио ирском суду да сам изврши коначну процену о томе где је уобичајено боравиште детета. Врховни суд Ирске није следио мишљење Суда, већ је одлучио да се уобичајено боравиште детета променило имајући у виду доказе да се оно уклопило у породичну и друштвену средину. P. Beaumont, J. Holliday, 2015, 57.

[68] *Ibid*.

[69] Case C-512/17, Judgment of the Court (Fifth Chamber) 28 June 2018, HR with the participation of KO (у даљем тексту: Пресуда *XP*).

Дете је било држављанин и Пољске и Белгије, а имало је и пријављено пребивалиште (*registered residence*) у обе земље. За време породиљског одсуства, мајка и дете су у више наврата боравили у Пољској уз сагласност оца. То се наставило и после породиљског одсуства, тако да је боравак мајке са дететом у Пољској током празника и одмора у неколико наврата трајао и дуже од три месеца. Они су понекад боравили у родитељском дому мајке, а понекад у стану који је мајка купила у Познању пре рођења детета. У тренутку покретања поступка дете није ишло у јаслице, већ га је чувала бака, а током одређених периода и дадиља која је доведена из Пољске. Због тога је дете говорило и разумело само пољски језик.

У новембру 2016. године, када је девојчица напунила годину и по дана, мајка је поднела захтев окружном суду у Познању, тражећи од суда да утврди да је место пребивалишта детета тамо где је место пребивалишта мајке, ма где то било, и да установи право оца на виђање. Пољски суд се огласио ненадлежним да решава о овом предмету. Став тог суда је био да је уобичајено боравиште детета у Белгији, будући да мајка живи и ради у Бриселу и да дете живи са њом.

Мајка се на ову одлуку жалила, а отац је у међувремену покренуо поступак пред судом у Бриселу за одлучивање о родитељском праву. У складу са чланом 19 став 2 Друге бриселске уредбе, белгијски суд је прекинуо поступак да би сачекао исход поступка у Пољској.[70] У марту 2017, другостепени суд у Пољској позвао се на одлуку Суда у предмету *Меркреди* и укинуо је одлуку познањског суда с образложењем да су пољски судови надлежни да решавају о родитељској одговорности јер је уобичајено боравиште детета у Пољској. По мишљењу другостепеног суда, дете није било интегрисано у друштвену средину у Белгији, будући да није ишло у јаслице, нити је о њему водило бригу лице белгијског држављанства. Једино лице које је представљало везу са том средином и које је дете посећивало био је отац детета. Од када су се родитељи растали, породична средина детета била је ограничена на мајку, која се свакодневно старала о њему и на друга лица пољског држављанства. Другостепени суд је истакао везе детета са пољском традицијом и културом које су успостављене преко мајке и мајчине породице, посебно истичући да је дете крштено у Пољској. Такође, позвао се на чињеницу да родитељи нису били у браку, да нису купили непокретност у Бриселу, док је, с друге стране, мајка купила непокретност у Познању, што заједно са честим боравцима у Пољској показује њену намеру да се врати у своју земљу и да не планира да остане у Белгији дуже но што то од ње захтева посао којим се бави.[71]

[70] *Ibid*, пасус 19. Ова обавеза предвиђена је само између судова држава чланица ЕУ. Видети и члан 13 став 1 Конвенције о родитељској одговорности и мерама за заштиту деце.

[71] Убрзо после ове одлуке, већ у априлу 2017, јавно тужилаштво Белгије забранило је мајци да напусти територију Белгије на неодређено време. *Ibid*, пасус 23.

Пошто је у Пољској предмет враћен на поновно одлучивање првостепеном суду, тај суд се обратио Суду са претходним питањима о тумачењу Друге бриселске уредбе. Питања првостепеног суда односила су се на тумачење појма „уобичајено боравиште“ за потребе тумачења члана 8 Друге бриселске уредбе, посебно на елементе који треба да се користе за утврђивање места уобичајеног боравишта малог детета (одојчета).

4.4.2. Став Суда

Суд је у неколико пасуса пресуде подсетио на околности о којима суд државе чланице треба да води рачуна приликом одређивања уобичајеног боравишта детета, позивајући се на своју ранију праксу, а посебно на предмет *Меркреди* који се односио на уобичајено боравиште одојчета.[72] Према тој пракси, рекао је, уобичајено боравиште детета је „оно место које је у пракси центар живота тог детета“.[73] Поновио је да када је у питању мало дете, треба као посебно важну околност утврдити и узети у обзир место где су његови родитељи стално настањени и интегрисани у друштвену и породичну средину, нарочито трајање, редовност, услове и разлоге њиховог боравка на територији дате државе и породичне и друштвене везе које одржавају на тој територији. На крају, треба узети у обзир и намеру родитеља да се са дететом настане у држави чланици ако је та намера манифестована конкретним радњама.[74]

Потом се окренуо оним околностима које разликују овај предмет од предмета *Меркреди*. Констатовао је да је у овом случају дете рођено у Белгији, да је по рођењу живело у Бриселу са оба родитеља, те да је и у време када је покренут поступак за доношења одлуке о родитељској одговорности оно и даље живело у Бриселу са мајком, која се стварно старала о њему. Даље је констатовао да мајка живи у Бриселу неколико година, да је тамо запослена на неодређено време, те да трајање, редовност и разлози боравка мајке у Белгији показују да је мајка до извесне мере интегрисана у ту друштвену средину коју дели са дететом.[75] Поред тога, мада породичну средину малог детета у великој мери одређује родитељ са којим дете живи, и други родитељ је део те породичне средине уколико одржава редовне контакте са дететом. Због тога се и такав однос ако постоји, мора узети у обзир приликом одређивања где је центар живота детета.[76] Каква важност ће се

[72] *Ibid*, пасуси 41–46.
[73] *Ibid*, пасус 42.
[74] *Ibid*, пасус 46.
[75] *Ibid*, пасус 47.
[76] *Ibid*, пасус 48.

придати том односу зависи од конкретних околности. Суд је сматрао да је у случају *XP* дете интегрисано у породичну средину коју чине оба родитеља и да се та породична средина налази у Бриселу.[77] С друге стране, дуготрајне боравке детета и мајке у Пољској одбацио је као мање важне, с образложењем да су то били повремени и привремени прекиди њиховог свакодневног живота.[78]

Такође, порекао је утицај географског и породичног порекла мајке, истовремено признајући да је у одлуци *Меркреди* навео да те околности могу бити релевантне за одређивање друштвене средине у коју је родитељ који се стара о детету интегрисан. Али, док се у предмету *Меркреди* мајка у тренутку покретања поступка већ преселила са дететом из Уједињеног Краљевства у Француску, у овом случају мајка и дете су у тренутку покретања поступка и даље боравили у Белгији. Чињенице да је мајка у предмету *Меркреди* била пореклом из Француске, да је тамо имала породицу и да јој је матерњи језик био француски, представљале су индиције да се она трајно преселила тамо, те да се сходно томе, са њеним уобичајеним боравиштем променило и уобичајено боравиште њеног детета. Географско и породично порекло мајке у предмету *XP*, међутим, не може да надјача објективне околности које указују на то где се налази центар живота детета.[79]

Суд се највише посветио објашњавању утицаја који имају културне везе детета са државом порекла његових родитеља. Прво је, као што је то уобичајено, признао да те везе могу имати утицаја: „истина је да могу да указују на одређени степен блискости између детета и државе чланице која је у питању, која у суштини одговара вези држављанства. Језик којим дете говори и његово држављанство могу, у одређеним случајевима, бити показатељ о његовом месту уобичајеног боравишта.“[80]

Међутим, по мишљењу Суда, законодавац у Унији придао је веома мали значај држављанској вези у материји родитељске одговорности. На основу Друге бриселске уредбе, судови државе чланице чији је дете држављанин врло ретко могу добити надлежност да одлучују у тој материји, јер је предност дата судовима државе у којој дете има уобичајено боравиште.[81] То је резултат начина на који законодавац Уније сагледава најбољи интерес детета. Према схватању Суда, судови који су географски најближи уобичајеном боравишту детета, најчешће су у најбољој позицији да одреде мере које ће бити предузете у интересу детета.[82] Стога културне везе детета са земљом

[77] *Ibid*, пасус 49.
[78] *Ibid*, пасус 51.
[79] *Ibid*, пасус 56.
[80] *Ibid*, пасус 57.
[81] *Ibid*, пасус 58.
[82] Пресуда *XP*, пасус 59.

његовог држављанства не могу имати већу тежину од објективних географских веза приликом одлучивања о томе где је уобичајено боравиште детета.[83]

На крају, Суд коментарише и утицај намере родитеља који стварно врши родитељско право да се пресели са дететом у своју земљу порекла. Суд сматра да та намера у конкретном случају не може да утиче на утврђивање уобичајеног боравишта. Намера пресељења може понекад да представља релевантну околност, али: „Чињеница да је дете, у пракси, на старању код једног од својих родитеља не значи да намере родитеља могу у свим случајевима да се сведу на жељу само тог родитеља. Напротив, уколико оба родитеља имају право старања о детету у смислу члана 2 став 4 [Друге бриселске уредбе] и желе да и даље врше то право, морају се узети у обзир жеље оба родитеља.“[84] Осим тога, „одређивање места уобичајеног боравишта детета […] у суштини је везано за објективне околности, тако да намера родитеља, у принципу, није одлучујућа. Она је само један од показатеља […]“

Према томе, закључио је Суд, „жеља родитеља који се у пракси стара о детету да се са тим дететом убудуће настани у држави чланици која је његова земља порекла не може сама по себи да буде доказ да је уобичајено боравиште детета већ сада у тој држави чланици“.[85]

4.4.3. Анализа

Суд је у предмету *XP* дао предност чињеничном супстрату, ограничио утицај намера родитеља и других фактора које је раније помињао, и у свој дискурс увео нови појам „центар живота детета“.[86]

Појам „центар живота детета“ користи се у пракси немачких, аустријских и швајцарских судова када одлучују о уобичајеном боравишту.[87] Близак је и начину на који је недавно Врховни суд САД „уобичајено боравиште“ дефинисао као место где се налази кућа или дом детета.[88]

Када су у питању намере, Суд је разликовао два питања: прво, где дете има уобичајено боравиште у тренутку подношења захтева за одлучивање о

---

[83] *Ibid*, пасус 60.

[84] *Ibid*, пасус 63.

[85] *Ibid*, пасус 65.

[86] До ове одлуке, појам „центар живота детета“ био је присутан у мишљењима Општих правобранилаца. Вид. нпр. Case 111/17 OL v. PQ, Opinion of Advocate General Wahl, 16 May 2017, пасус 71 и Предмет *Ц против М*, Став Општег правобраниоца Спунара, пасус 79: „Суштина је где је у ствари центар живота детета“.

[87] R. Schuz, 2013, 192. 2 UF 115/02 Oberlandesgericht Karlsruhe, INCADAT: HC/E/DE 944; 2 BvR 1206/98 Bundesverfassungsgericht, 29. Oktober 1998, INCADAT HC/E/DE 233, 8Ob121/03g. Oberster Gerichtshof, 30. Oktober 2003, INCADAT HC/E/AT 548, 5P367/2005/ast, Bundesgericht, II. Zivilabteilung INCADAT HC/E/CH 841.

[88] „…it refers to the child's 'home'“, *Monsaky v. Taglieri*, 14 S.Ct.719.

родитељској одговорности и друго, да ли је могуће да се у будућности место уобичајеног боравишта промени у складу са намерама мајке. Чињеница да је у тренутку подношења захтева мајка желела да се убудуће настани у другој држави чланици и да је предузела одређене радње у том циљу (куповина стана) не води, према мишљењу Суда, закључку да дете већ сада има уобичајено боравиште у тој држави чланици.[89] Тиме су намере родитеља стављене на нижу хијерархијску лествицу у односу на околност присуства детета на одређеном месту.

Упоређивањем са одлуком у предмету *Меркреди* може се констатовати да је пресељењем у Француску без знања оца детета мајка успела да оствари промену свог уобичајеног боравишта и уобичајеног боравишта детета за само неколико дана боравка, док је у предмету *XP*, мајка која је покушала да од органа земље у коју је желела да се пресели (Пољске) унапред издејствује подршку за пресељење, претрпела неуспех упркос вишемесечном боравку са дететом у Пољској.[90] Поступање мајке из предмета *XP* на начин како је поступила мајка из предмета *Меркреди*, у овом случају није долазило у обзир јер би она могла бити оптужена за незаконито одвођење детета, у смислу Хашке конвенције о отмици и Уредбе, будући да је по белгијском праву делила право на старање са оцем, те није имала право да самостално донесе одлуку о пресељењу. Суд је нагласио да жеље, тј. намере оба родитеља морају да се узму у обзир уколико оба родитеља имају право старања о детету. Међутим, као што показује пракса Суда у другим предметима, ни намере оба родитеља нису довољне уколико дете никада није било физички присутно у месту у коме се тврди да има уобичајено боравиште.[91]

Једна од околности из предмета Меркреди ипак је била пресудна и у предмету *XP*. Нема сумње у то да је уобичајено боравиште мајке и у овом случају било она одлучујућа чињеница која је превагнула у очима Суда. Током осамнаест месеци живота пољско-белгијске девојчице, о чијем је уобичајеном боравишту била реч, било је вишенедељних па и тромесечних интервала проведених у Пољској.[92] Упоређивање физичког присуства у једној и у другој земљи вероватно не би довело до убедљивог резултата. Због тога је Суд морао да се веже за уобичајено боравиште родитеља, држећи се при томе стандардних критеријума при одређивању уобичајеног боравишта одраслих лица, према којима је важније физичко присуство од намера.

Суд у овој одлуци одређује и релативни значај држављанства детета и родитеља за одређивање уобичајеног боравишта. Суд је сматрао да је европски

[89] Пресуда *XP*, пасус 65.

[90] Девојчица је у време покретања поступка имала осамнаест месеци.

[91] Као што је одлучено у предмету C-111/17 PPU, OL v PQ 8 June 2017; Вид. такође: C-393/18 PPU UD v XB 17. October 2018 и C-499/15 W, V v X 15 February 2017.

[92] Пресуда *XP*, пасуси 14 и 50.

законодавац при одабиру уобичајеног боравишта као тачке везивања дао приоритет објективној географској повезаности родитеља и детета са тренутним местом боравка над свим осталим везама, укључујући и везу држављанства.[93]

Штета је што Суд није искористио прилику коју му је пружао овај предмет да се изјасни о могућности да дете има уобичајено боравиште на два места. Став о томе могао је изнети у овом предмету у којем је један од родитеља поделио своје време боравка између Белгије и Пољске, а био би посебно користан у ситуацијама када оба родитеља имају право на старање, па би дете живело наизменично са сваким од њих у обе земље одређени период.

5. ЗАКЉУЧАК

У овом раду разматра се веома важна и утицајна пракса Суда Европске уније о тумачењу кључног појма за примену хашких конвенција о заштити деце – појма уобичајеног боравишта детета. Чињенично стање и ставови Суда у четири одабране пресуде, које се односе на тумачење тог појма, детаљно су приказани и подвргнути синтетичкој и критичкој анализи.

Суд захтева да се приликом одређивања уобичајеног боравишта детета узму у обзир све околности конкретног случаја и, примера ради, наводи следеће: трајање, редовност, услови и разлози боравка детета на територији државе чланице и пресељења породице у ту државу, узраст детета, држављанство детета, место и услови школовања, познавање језика и породични и друштвени односи детета у тој држави. Када је у питању мало дете, Суд узима у обзир уобичајено боравиште родитеља и његове намере да се са дететом настани у датој земљи. Међутим, намере родитеља нису пресудне ако је дете интегрисано у одређеној породичној и друштвеној средини или ако је право родитеља да одлучује о месту боравка детета ограничено правом другог родитеља или одлуком надлежног суда. Суд дозвољава и могућност да дете нема уобичајено боравиште.

У пракси Суда искристалисао се став да је уобичајено боравиште место где се налази центар живота детета. Где је тај центар, утврђује се проценом утицаја свих околности, полазећи од два фундаментална принципа породичног и међународног приватног права: принципа најбољег интереса детета и принципа најближе везе. Самим тим, судови имају одређену слободу процене у одређивању где се то место конкретно налази.

[93] *Ibid*, пасуси 59 и 60.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Beaumont, Paul, Holliday, Jayne, Recent Developments on the Meaning of "Habitual Residence" in Alleged Child Abduction Cases, *Private International Law in the Jurisprudence of European Courts – Family at Focus*, ed. Mirela Župan, Faculty of Law Osijek, Osijek 2015, 39-49.

Beaumont, Paul, Holliday, Jayne, "Habitual Residence" In Child Abduction Cases: Hybrid Approach Is Now The Norm But How Much Weight Should Be Given To Parental Intention?, Liber Amicorum Monika Pauknerová, Magdalena Pfeiffer et alt. (eds.) Wolters Kluwer, Praha 2021.

Бордаш Бернадет, Десет година примене Уредбе Брисел II bis, *Зборник радова ПФНС*, 2015, 1519-1537.

de Winter L.I., Nationality or domicile?: the present state of affairs, 128 Collected Courses of the Hague Academy of International Law 347 (1969).

Dutta, Anatol, Habitual residence versus nationality -- In search of the European personal connecting factor in family matters, *Private International Law in the Jurisprudence of European Courts – Family at Focus*, ed. Mirela Župan. Faculty of Law Osijek, Osijek 2015. 319-328.

Ђундић, Петар, Редовно боравиште детета у пракси примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце од 25. октобра 1980. године, *Зборник радова ПФНС*, 2/2004, 551-570.

Köhler, Ben; Gulati, Rishi; John, Thomas. *The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2020.

Ковачек Станић, Гордана, Породичноправни аспекти међународне, родитељске отмице деце, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2012, 74-94.

Kovaček Stanić, Gordana, Civil Aspects of International Child Abduction: Insight from Serbia, *Family Law Quarterly,* 2/2014, 283-296.

Крвавац, Марија, Беловић, Јелена, Међународна отмица деце. *Правни живот,* 10/2017, 155-168.

Liefaard, Ton, Sloth-Nielsen, Julia, *The United Nations Convention on the Rights of the Child*, Brill, 2016,

Magnus, Ulrich, Mankowski, Peter, *Brussels II Bis Regulation*, Sellier, 2011.

Marjanović, Sanja, Some open issues in the application of the 1980 Child Abduction Convention in the Republic of Serbia, *Private International Law in the Jurisprudence of European Courts – Family at Focus*, ed. Mirela Župan, Faculty of Law Osijek, Osijek 2015, 259-276.

Марјановић, Сања, Међународна отмица деце – новине у међународном приватном праву Србије. *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу – Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, том 7, Ниш 2018, 131-145.

Morley, Jeremy D, *The Hague Abduction Convention*, 2nd edn. American Bar Association Publishing, 2016.

Палачковић, Душица, Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце: Процесноправне импликације, *Правни живот*, 11/2012, 863-876.

Ponjavić, Zoran, Vlašković, Veljko, Space for the child's best interests inside The Hague Convention on the civil aspects of international child abduction, *Revija za evropsko pravo,* 2-3/2014, 45-67.

Самарџић, Сандра, Потребе и могућности адекватнијег тумачења Хашке конвенције о грађанско-правним аспектима међународне отмице деце у случају насиља у породици, *Зборник радова ПФНС*, 1/2013, 309-331.

Schuz, Rhona. *The Child Abduction Convention: A Critical Analysis*. Hart Publishing, 2013. Schuz, Rhona. *The Hague Child Abduction Convention and Re-relocation disputes*, International Journal of Law, Policy and The Family, 2021, 1-36.

Станивуковић Маја, Ђундић, Петар, Право на виђање детета и Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (1980), *Правни живот*, 10/2010, 25-45.

Станивуковић, Маја, Битка за децу – О Хашкој конвенцији о заштити деце, *Ревија за европско право*, 2-3/2018, 25-48.

Станивуковић, Маја, Живковић, Мирко. Међународно приватно право, Општи део, шесто издање, Београд 2015.

Џелетовић, Мирна, Правни положај детета у ситуацијама његовог незаконитог одвођења у земљи и иностранству, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2021.

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

Child's Habitual Residence in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union

Abstract: *This article examines decisions of the Court of Justice of the European Union interpreting the concept of child's habitual residence. The study of those decisions is essential for proper understanding of this key concept which appears in the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, the Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations, Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance and the Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption. Correct determination of the child's habitual residence is a precondition for the correct and uniform application of these instruments which are all in force in Serbia.*

Since 2007, the Court has been asked on numerous occasions to provide answers to questions that were raised regarding the interpretation of habitual residence. Out of this rich practice, four judgments have been selected for presentation and analysis (Case A, Case Mercredi, Case C v M and Case HR).The practice of the Court of Justice focuses on the circumstances that need to be taken into account by the judge in case the parties are in dispute about the child's habitual residence and on the guiding principles for assessing the relative value of these circumstances.

Although the Court interprets the terms of Brussels II bis, those decisions have had significant and unifying impact on the interpretation of the Hague Child Protection Conventions, not only in the member states of the Union but also in other member states of the Hague conventions. The Court's views have influenced the practice of the highest courts in Australia, Canada, UK and USA. It will therefore be of benefit to judges in Serbia to get acquainted with them and understand them, which is the main purpose of this article.

Keywords: *child's habitual residence, child abduction, Court of Justice of the European Union.*

Датум пријема рада: 30.10.2021.
Датум достављања коначне верзије рада: 09.01.2022.
Датум прихватања рада: 17.01.2022.

Оригинални научни рад 347.238:[349.412:728
doi:10.5937/zrpfns55-35564

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

Слобода Д. Мидоровић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
s.midorovic@pf.uns.ac.rs

СУСВОЈИНА ЕТАЖНИХ ВЛАСНИКА НА ПАРЦЕЛИ НА КОЈОЈ ЈЕ ЗГРАДА ИЗГРАЂЕНА*

***Сажетак**: У фокусу рада је право етажних власника на земљишту на коме је зграда изграђена и земљишту које служи редовној употреби зграде. Рад има за циљ да идентификује о ком се праву ради, до којих граница, то јесте на којој површини се то право простире и који се правни режим примењује на то право. Одговори на ова питања захтевају систематско тумачење одредаба из више извора права, а понајвише Закона о основама својинскоправних односа, Закона о становању и одржавању зграда и Закона о планирању и изградњи. У погледу правног режима права етажних власника на земљишту на коме је зграда изграђена, у раду се констатује да су специјалним правилима установљена бројна одступања од општих правила која су иначе меродавна за то право. Одступања су детектована у погледу: 1) овлашћења располагања уделом у праву својине на земљишту; 2) управљања земљиштем; 3) развргнућа сувласничке заједнице која међу етажним власницима постоји у односу на то земљиште, те у погледу 4) сношења трошкова коришћења и одржавања тог земљишта. Теоријска разматрања употпуњена су анализом једног случаја из новије домаће јудикатуре који сведочи о практичној димензији елабориране проблематике.*

***Кључне речи**: етажна својина, право сусвојине, земљиште за редовну употребу зграде, специјални сусвојински режим.*

---

* Рад представља резултат истраживања коаутора током 2021. године у оквиру пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

1. УВОД

У оквиру пројектне теме *Сложене својинске заједнице* до сада су обрађени разни аспекти својинских модалитета: сусвојине, заједничке својине и етажне својине.[1] Њихова комплексност, у првом реду, проистиче из плуралитета титулара који истовремено могу вршити својинска овлашћења на једној неподељеној ствари. Та главна карактеристика диктира потребу за успостављањем специјалних правила којима се ближе уређује начин истовременог остваривања својинских овлашћења на истој ствари од стране више субјеката. Циљ тих правила је да се сваком титулару права својине омогући да остварује својинска овлашћења у погледу исте ствари не повређујући при томе идентична овлашћења других титулара. Имајући наведено у виду, природно је да се код ових посебних појавних облика права својине постављају питања која су беспредметна са становишта искључиве својине коју одликује концентрација најшире могуће приватноправне власт на некој ствари у рукама једног лица.

Од мноштва питања која искрсавају у вези са сложеним својинским заједницама, у овом раду, анализа ће бити усмерена на етажну својину, и то конкретно на право етажних власника на земљишту на коме је зграда подигнута и земљишту које служи редовној употреби зграде. Рад ће бити структуриран у неколико тематских целина. Најпре ће, у кратким цртама, бити речи о појму и специфичностима етажне својине. Потом ће пажња бити усмерена на право које, у складу са важећим прописима, етажни власници имају на земљишту на коме је зграда изграђена, те због чега је битно утврдити о ком се праву заправо ради, а све то у циљу сагледавања релевантних правних правила.[2] Истовремено, важећа решења ће бити подвргнута критичком вредновању ради испитивања њихове адекватности и евентуалне потребе њиховог ревидирања. Након теоријске анализе, комплексност про-

---

[1] У вези са пројектном темом, до сада су обајвљени радови: Раденка М. Цветић, „Заједничка својина супружника и савесно стицање поуздањем у катастар непокретности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2016, 823-842; Раденка М. Цветић, „Право етажних власника на заједничким деловима зграде“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017, 1343-1362; Раденка М. Цветић, „О оправданости законског права прече куповине сувласника непокретности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2018, 1521-1532; Раденка М. Цветић, „Нова правила о поступку уписа у катастар непокретности. Упис заједничке својине супружника“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2019, 1167-1186 и Раденка М. Цветић, „Право етажних власника на земљишту на коме се зграда налази у контексту претварања права коришћења у право својине на грађевинском земљишту“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2021, 93-111.

[2] О појму правног режима и о посебним правним режимима вид. Душан Николић у: Душан Ж. Николић, Слобода Д. Мидоровић, „Развој посебних својинскоправних режима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2021, 70-72.

блематике ће бити илустрована на једном примеру из новије судске праксе кроз сажето излагање његовог чињеничног супстрата и разматрање релевантних правних питања.

2. О ЕТАЖНОЈ СВОЈИНИ УОПШТЕ

Етажна својина није позитивноправни термин у праву Републике Србије. Он се не спомиње у Закону о основама својинскоправних ондоса[3] (чл. 19 ЗОСПО), нити у Закону о становању и одржавању зграда[4] (чл. 5 ЗСОЗ). Иако је реч о појму који не осликава најпрецизније садржину која се иза њега крије – наиме, посебан део зграде најчешће не заузима читав спрат (фр. *étage*), него део спрата или, ређе, два или више спратова – он ће се у раду користити с обзиром на његову лапидарност и општу прихваћеност у теорији и правној пракси.[5]

Етажна својина представља посебни појавни облик својине чија се специфичност првенствено огледа у њеном објекту. Наиме, као објекат етажне својине не може фигурирати било која ствар у грађанскоправном смислу, него само она ствар коју законодавац одређује као њен могући објекат. Према нашем позитивном праву, етажна својина се одређује као право својине на посебном делу зграде (чл. 19 ЗОСПО, чл. 5 ЗСОЗ).[6] Наш законодавац, дакле, објекат етажне својине означава генеричким појмом *посебни део зграде*[7] чиме

---

[3] *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80, 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96, *Службени гласник РС*, бр. 115/2005 (други закон).

[4] *Службени гласник РС*, бр. 104/2016, 9/2020 (други закон).

[5] Увреженост појма етажне својине одразила се и на терминолошко опредељење комисије која је сачинила текст Нацрта законика о праву својине и другим стварним правима. Наиме, Глава Ж. овог Нацрта носи назив: *Право етажне својине* (чл. 251-287). Исто терминолошко одређење за овај појавни облик својине прихватила је и комисија која је израдила текст Преднацрта грађанског законика чија Књига III Стварно право, Део први, Одељак пети – Модалитети права својине, Глава III носи назив *Етажна својина.* Вид. Vlado Belaj у: Nikola Gavella *et al*, *Stvarno pravo*, Svezak 1, Narodne novine, Zagreb 2007, 736: „Назив етажно власништво и поред тога што не изражава најправилније садржај ове правне установе, јер може постојати на различитим деловима некретнине, а не само на одређеном спрату зграде, има и извесне предности, а то су једноставност и увреженост у пракси.“

[6] Док ЗОСПО говори о праву својине *на* посебном делу зграде, рубрум чл. 5 ЗСОЗ гласи: својина *над* посебним делом зграде иако већ први став почиње речима „на посебном делу зграде може постојати …. својина…“. Аутори овог рада исправнијом сматрају формулацију ЗОСПО.

[7] За разлику од нашег законодавца који познаје генусни појам за све могуће објекте етажне својине, у Немачкој се, на терминолошкој равни, прави дистинкција између могућих објеката овог појавног облика својине. Тако се према § 1/1 Закона о својини на стану и трајном праву становања прави разлика између *Wohnungseigentum* – својина на стану, с једне, и *Teileigentum* – својина на другим деловима зграде који не служе становању, с друге стране (*Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht* – https://www.gesetze-im-internet.

се имплицитно упућује на то да се ради о праву својине на реалном делу зграде. У зависности од намене, посебни делови зграде се даље могу диференцирати на станове, пословне просторије, гараже и гаражна места, а од ступања на снагу ЗСОЗ, и гаражне боксеве (чл. 3, ст, 2, тач. 8) и чл. 4, ст. 1 ЗСОЗ).

Објекат етажне својине је потпуно инкорпорисани део сложене непокретне ствари.[8] По среди је сложена ствар будући да се њени саставни делови могу распознати.[9] Делови те сложене ствари су потпуно инкорпорисани, с обзиром на то да се они не могу одвојити једни од других без оштећења или уништења непокретности чији су саставни део.[10] Иако за потпуно инкорпорисане делове сложене ствари уопште, па и за непокретности, важи правило да оне не могу бити објекат самосталног права својине,[11] код етажне својине предвиђен је изузетак. Наиме, имајући у виду да је посебан део зграде њен реални део који представља грађевинску и функционалну целину, он се сматра објектом самосталног права својине.[12] Другим речима, из практичних разлога правног промета, полази се од фикције да је посебан део зграде самосталан у односу на зграду чији је део, иако је, без сумње, реч о физички неодвојивом делу зграде. На основу ове фикције омогућено је правно располагање посебним делом зграде, независно од располагања осталим посебним деловима зграде.[13]

Осим с обзиром на објекат, етажна својина је особена и по акцесорним правима која прате право својине на посебном делу зграде. Реч је о праву етажних власника на: 1) заједничким деловима зграде,[14] и 2) на земљишту на којем је зграда подигнута. Акцесорна права, међутим, не потпадају под исти својински режим, чиме се додатно компликује већ сложена првана конструкција етажне својине. Наиме, на заједничким деловима зграде, етажни власници, према важећем праву, имају право недељиве заједничке својине (чл. 19, ст. 2 ЗОСПО, чл. 8, ст. 2 ЗСОЗ), док на земљишту на коме је зграда

---

de/woeigg/WEG.pdf). У Хрватској се, пак, као генусни појам за објекат етажне својине користи израз *посебни део некретнине* (чл. 43 Закон о власништву и другим стварним правима, *НН* 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, пречишћен текст Закона: https://www.zakon.hr/z/241/Zakon-o-vlasni%C5%A1tvu-i-drugim-stvarnim-pravima). На тај начин је, и на терминолошкој равни, назив објекта етажне својине усклађен са начелом правног јединства непокретности оличеног у латинској максими *superficies solo cedit.* Вид: V. Belaj у: N. Gavella *et al* (2007)*,* 736.

[8] V. Belaj у: N. Gavella *et al* (2007), 741.

[9] Обрен Станковић у: Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право,* Номос, Београд 10. неизмењено издање 1999, 9.

[10] *Ibid*.

[11] *Ibid*, 11.

[12] Р. Цветић (2021), 94; N. Gavella у: N. Gavella *et al* (2007), 698; Jan Wilhelm, *Sachenrecht*, 5., völlig neu bearbeitete Auflage De Gruyter, Berlin-Boston, 2016, 938.

[13] О. Станковић у: О. Станковић, М. Орлић, 11.

[14] Детаљније о правном режиму заједничких делова зграде у: Р. Цветић (2017), 1343-1362.

подигнута они, у начелу, имају право сусвојине. Из тога проистиче да је етажна својина правни конструкт који у себи сублимира све замисливе појавне облике својине: искључиву својину, сусвојину или пак заједничку својину на посебном делу зграде; (недељиву) заједничку својину на заједничким деловима зграде,[15] и коначно, сусвојину на земљишту на коме је зграда подигнута и која је недељива док постоји зграда.

Као што је већ наглашено, од бројних аспеката етажне својине, у фокусу овог рада је право етажних власника на земљишту на коме је зграда саграђена и земљишту које служи њеној редовној употреби. С тим у вези, потребно је направити дистинкцију између две групе релевантних питања: правних и фактичких. Правна питања се односе на 1) идентификовање врсте права коју етажни власници имају на земљишту, те 2) утврђивање његовог правног режима. Фактичко питање се тиче ближег одређења појма *земљиште потребно за редовну употребу зграде*. Наиме, од тога како је потребно разумети ту синтагму, зависи докле сежу права етажних власника у погледу тог земљишта. Сликовито речено, „будући да зграда није чардак ни на небу ни на земљи, неопходно је одредити на којем земљишту и каква права имају власници посебних делова зграде.“[16]

Целовита теоријска обрада теме овог рада захтева довођење у везу одредаба из различитих извора права и то: ЗОСПО, ЗСОЗ, Закона о планирању и изградњи (ЗПИ),[17] Закона о ванпарничном поступку (ЗВП)[18] и Закона о промету непокретности (ЗПН).[19] Имајући у виду мноштво извора које је потребно системски тумачити да би се дошло до исправних одговора на спорна питања, не чуди „лутање“ у примени правила позитивног права, што ће бити демонстрирано на једном примеру из домаће судске праксе.

3. ПРАВО ЕТАЖНИХ ВЛАСНИКА НА ЗЕМЉИШТУ НА КОМЕ СЕ ЗГРАДА НАЛАЗИ

Више је разлога зог којих је битно утврдити које право етажни власници имају на земљишту на коме је зграда подигнута. Пре свега, од врсте права

[15] Иначе, Преднацрт грађанског законика у чл. 1868, у свим варијантама, предвиђа режим сусвојине на зејдничким деловима зграде уместо важећег режима заједничке својине.

[16] Р. Цветић (2017), 1344.

[17] *Службени гласник РС*, бр. 72/2009, 81/2009, 64/2010 (Одлука Уставног суда), 24/2011, 121/2012, 42/2013 (Одлука Уставног суда), 50/2013 (Одлука Уставног суда), 54/2013 (Решење Уставног суда), 98/2013 (Одлука Уставног суда), 132/2014, 145/2014, 83/2018, 31/2019, 37/2019 (други закон), 9/2020, 52/2021.

[18] *Службени гласник СРС*, бр. 25/82, 48/88, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 18/2005, 85/2012, 45/2013, 55/2014, 6/2015, 106/2015.

[19] *Службени гласник РС,* бр. 93/2014, 121/2014, 6/2015.

на земљишту зависи да ли оно „надживљава“ постојање зграде или не.[20] Тако, на пример, ако етажни власници на земљишту имају право трајног коришћења, као што је то раније био случај, оно је условљено постојањем права својине на посебном делу зграде. Другим речима, ако, из било ког разлога, зграде више не буде, етажни власници остају без икаквих овлашћења на земљишту. И обрнуто, ако је њихово право на земљишту – право својине, оно перзистира независно од постојања зграде.[21] Надаље, од права које етажни власници имају на земљишту зависи која ће се правила примењивати као општа у случају да не постоји неко специјално правило за конкретан случај. Од врсте права зависи и да ли је удео етажних власника у том земљишту опредељен или неопредељен, а ако је опредељен, битно је и како се утврђује његова величина. У одсуству специјалних правила, од величине удела зависи обим права и обавеза етажних власника у погледу тог земљишта.

О праву етажних власника на земљишту на коме је зграда изграђена нема помена у ЗОСПО који само начелно одређује објекат права етажне својине и право заједничке недељиве својине етажних власника на заједничким деловима зграде и уређајима у згради (чл. 19).[22] Право етажних власника на земљишту на коме је зграда изграђена ближе је уређено ЗСОЗ и ЗПИ. Тако ЗСОЗ садржи одредбу о томе да се истовремено са стицањем права својине на посебном делу зграде стичу и акцесорна права о којима је било речи, прецизирајући право које етажни власници стичу на земљишту. У питању је право сусвојине и оно се стиче на земљишту на коме је зграда изграђена и на земљишту које служи за редовну употребу зграде (чл. 5, ст. 2 ЗСОЗ). Иако у ЗСОЗ нема помена о величини удела етажних власника у праву сусвојине на том земљишту,[23] у њему су садржана специјална правила о начину управљања тим земљиштем. Реч је о специјалним правилима будући да она предвиђају решења која одступају од општег сусвојинског режима из чл. 15 ЗОСПО, о чему ће у наставку бити више речи.

Осим тога, ЗСОЗ ближе уређује и питање које у пракси може бити спорно, а односи се на то како треба разумети синтагму *земљиште које служи за редовну употребу зграде*. Према ЗСОЗ, „земљиште за редовну употребу

[20] Р. Цветић (2021), 98.

[21] О. Станковић у: О. Станковић, М. Орлић, 178.

[22] Ипак, од 1980. до 1996. године, било је регулисано право власника зграде на земљишту када је зграда изграђена (у складу са законом) на земљишту у друштвеној својини. У том случају, власник зграде имао је право коришћења земљишта на коме је зграда изграђена и земљишта које служи за редовну употребу те зграде *док она постоји*. Изричито је било прописано да се право коришћења може преносити само са преносом права својине на згради. Вид. чл. 12 изворног текста ЗОСПО из 1980. године, који је брисан Законом о изменама и допунама ЗОСПО из 1996. године.

[23] Ово није небитан детаљ када се узме у обзир одредба ЗОСПО из чл. 13, ст. 2 према којој се претпоставља да су сувласнички делови једнаки, ако нису другачије одређени.

јесте земљиште испод и око објекта које испуњава услове за грађевинску парцелу и које по спроведеном поступку у складу са законом којим се уређује планирање и изградња, постаје катастарска парцела“ (чл. 3, ст. 1, тачка 35). Из цитиране одредбе проистиче да одређивање земљишта за редовну употребу зграде не спада у домен арбитрарне процене надлежног органа. Стога се синтагма „земљиште око објекта“ нипошто не може дословно тумачити, то јест не може се било који део земљишта прогласити земљиштем за редовну употребу зграде, него само земљиште које испуњава услове за грађевинску парцелу, и то тек на основу спроведеног одговарајућег поступка.[24] ЗПИ ближе уређује о ком поступку је реч и које услове треба да испуни неко земљиште да би постало грађевинска парцела.

Величину удела етажних власника у праву сусвојине на земљишту уређује ЗПИ и то у светлу претварања (конверзије[25]) права коришћења у право (су)својине. Пре него што укажемо на одредбу ЗПИ у складу са којом се опредељује величина удела етажних власника у праву сусвојине на земљишту, није наодмет подсетити се историјског контекста који је довео до потребе регулисања конверзије. Наиме, у нашој земљи етажним власницима није увек припадало право сусвојине на земљишту на коме је зграда изграђена. Заправо, питање које право етажни власници имају на земљишту актуелизовано је тек након промене идеолошке оријентације нашег правног система, односно тек након напуштања концепта колективистичке својине на градском грађевинском земљишту. Као што је познато, након Другог светског рата наш правни систем се развијао под снажним совјетским утицајем, што је, упркос формалном раскидању те везе већ 1948. године, оставило дубоке трагове у послератном југословенском праву. Рефлексије тог утицаја огледале су се, између осталог, у масовном подруштвљавању имовине које је спроведено кроз поступак национализације.[26] То је резултирало упливом у пост-ратно југословенско право бројних института који су про-

[24] Од овог начелног правила, ЗПИ познаје и одступања. Вид. чл. 106, ст. 6 ЗПИ.

[25] У питању је поливалентан (вишезачан) правни појам, односно појам коме се у зависности од контекста могу приписати битно различита значења. Примера ради, појам конверзија се среће и у чл. 106 Закона о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, „*Службени лист СЦГ*“ бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020), са битно другачијим значењем од конверзије у смислу претварања права трајног коришћења у право својине. Осим тога, реч конверзија се користи и у значењу претварања једне валуте у другу. Вид, примера ради, Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима, *Службени гласник РС*, бр. 31/2019. Додуше, у актуелној редакцији ЗПИ, не спомиње се термин конверзија него само претварање права коришћења у право својине (чл. 102), али је он био нормиран у чл. 102, ст. 2 ЗПИ у верзији законског текста објављеној 4. априла 2011. године у *Сл. гласнику РС* бр. 24/2011, када се, због своје језгровитости, и усталио у пракси.

[26] Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, Универзитет у Новом Саду Правни факултет, 16. измењено и допуњено издање 2020, 96.

менили физиономију приватноправних односа уопште,[27] а нарочито режим права својине на непокретностима.

Осим прописивања својинског максимума, у урбаним срединама градско грађевинско земљиште је било изузето из режима приватне својине.[28] То је довело до „разбијања“ правног јединства непокретности, односно до напуштања начела *superficies solo cedit*, према коме се земљиште и зграде подигнуте на њему третирају као јединствени објекат права својине.[29] Сходно томе, на грађевинским парцелама у друштвеној својини није се могло стећи (приватно) право (су)својине него само трајно право коришћења, иако су посебни делови зграде подигнуте на том земљишту могли бити у грађанској (приватној) својини.[30] Овај „хибридни“ режим је након напуштања концепта друштвене својине изазвао велике главобоље и условио усвајање законских решења како би се правни систем поново вратио на своје првобитне поставке.

Једно од решења које је служило враћању на правила која су важила у предратној Југославији, било је увођење конверзије права трајног коришћења у право (су)својине. Она је први пут омогућена 2009. године доношењем ЗПИ.[31] Правила о конверзији из ЗПИ су значајна за овај рад из више разлога. Најпре са становишта утврђивања момента од ког се етажни власници као носиоци права трајног коришћења на земљишту почињу сматрати (су)власницима тог земљишта, те у вези са опредељивањем величине њиховог удела у сусвојини на том земљишту. Осим тога, као што је већ речено, ЗПИ уређује и услове и поступак за одређивање земљишта за редовну употребу зграде.

Према ЗПИ, право коришћења на грађевинском земљишту се *ex lege* претвара у право својине у корист лица које је уписано као власник објекта изграђеног на тој парцели. Ово право се сматра стеченим снагом самог за-

---

[27] О одликама приватног (грађанског) права и његовом месту у земљама које су припадале социјалистичком правном кругу, вид. Nikola Gavella у: Nikola Gavella *et al*, *Građansko pravo i pripadnost hrvatskog pravnog poretka kontinentalnoeuropskom pravnom krugu (Teorijske osnove građanskog prava),* Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2005, 20-24, и Nikola Gavella, *Privatno pravo,* Narodne novine, Zagreb 2019, 64-68. О променама које су уследиле у њиховим правним порецима након краха социјализма, вид. *Stvarnopravna uređenja tranzicijskih zemalja – stanje i perspektive,* Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2009, (Tatjana Josipović ed.).

[28] Р. Цветић (2021), 96, 97.

[29] Милош Живковић у: Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 226, 227; Sofija Nikolić, „Pretvaranje (konverzija) prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu“, *Nova pravna revija* 1/2016, 40, 42, 43.

[30] Вид. чл. 6, ст. 1 Закона о својини на деловима зграде, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 16/59, 48/59, 12/62; *Службени лист СФРЈ*, бр. 10/65, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/65 (пречишћени текст), 57/65, *Службени гласник СРС*, бр. 29/73, 52/73, *Службени гласник РС*, бр. 38/96 (Одлука Савезног уставног суда).

[31] Р. Цветић (2021), 102.

кона, то јест даном његовог ступања на снагу – 11. септембра 2009. године. С обзиром на то да се моменат стицања права својине на земљишту везује за тај датум, упис тог права у катастру непокретности, по логици ствари, има декларативан карактер (чл. 102).[32] Из овог закључујемо да, ако је на једној парцели уписано више објеката, односно више посебних делова,[33] њихови власници стичу право сусвојине на том земљишту. Право сусвојине етажних власника на катастарској парцели потврђено је и чл. 104 ЗПИ, који опредељује и уделе етажних власника у праву сусвојине. Наиме, сваком етажном власнику припада удео у праву сусвојине на земљишту који је сразмеран површини посебног дела зграде коју етажни власници поседују у односу на укупну површину објекта (односно зграде).[34] Исти члан прописује и да ће се право сусвојине уписати на захтев лица које стиче право (су) својине на грађевинском земљишту, те да се захтев подноси надлежној служби катастра непокретности. Међутим, то што ЗПИ предвиђа провођење уписа права сусвојине на земљишту на основу захтева етажних власника, нема утицаја на моменат од ког се то право сматра стеченим. Као што је већ истакнуто, право (су)својине на грађевинском земљишту сматра се стеченим 11. септембра 2009. године када је ЗПИ ступио на снагу. Овај детаљ ће бити

[32] Аутори указују да је нејасно због чега се чл. 102, ст. 7 ЗПИ декларативност уписа права својине стеченог ступањем на снагу ЗПИ, то јест 11. септембра 2009. године ограничава само на упис права својине у катастру непокретности у корист Републике Србије, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе. Наиме, чл. 102, ст. 3 ЗПИ не предвиђа стицање права својине само у корист носилаца јавне власти, него у корист лица уписаних као власника објеката на тој парцели, осим у случајевима када се конверзија врши уз накнаду у складу са посебним законом. Стога је нејасно какво би дејство осим декларативног могао имати упис права својине у корист власника објеката који нису носиоци јавне власти, када се узме у обзир да је реч о упису права својине стеченог *ex lege*. Наиме, у правном систему Републике Србије конститутивност уписа се везује за случајеве у којима се право својине стиче по основу правног посла (чл. 33 ЗОСПО), док се уписима права својине стеченим на основу закона редовно приписује декларативно дејство. Реч је о свим случајевима стицања права својине на непокретним стварима у складу са чл. 21 ЗОСПО. Овај члан, осим набрајања случајева у којима се право својине стиче *ex lege*, садржи и резидуалну категорију „и у другим случајевима одређеним законом“, којом је обухваћен и случај стицања права својине на основу чл. 102 ЗПИ.

[33] Терминологија из ЗПИ у вези са регулисањем овог питања није усклађена са ЗОСПО и ЗСОЗ који користе термин *посебни део зграде*, уместо *посебни део објекта* или чак *посебни физички део објекта* (чл. 105 ЗПИ), што је проблематично. Ова терминолошка недоследност може изазвати забуну око тога на шта се мисли под посебним делом објекта, односно да ли је то исто што и посебни део зграде. Стога, ЗПИ треба да следи терминологију коју законодавац иначе користи када означава објекте етажне својине у виду посебног дела зграде.

[34] Удео се израчунава тако што се површина посебног дела помножи са 100 па се добијени износ подели са укупном површином зграде. Добијени проценат се може претворити у разломак будући да се величина сувласничког удела најчешће изражава преко разломака и у том виду уписује у регистар права на непокретностима. Вид. V. Belaj у: N. Gavella *et al* (2007), 754.

битан за случај о коме ће у наставку бити речи, а у вези са претпоставком постојања права уписаног у катастру непокретности.

Као што је већ истакнуто, осим нормативног аспекта који се тиче врсте права коју етажни власници имају на земљишту, битно је знати и до којих граница се то њихово право простире. С тим у вези, чл. 105, ст. 3 ЗПИ прописује да се, у циљу успостављања јединства непокретности, упис права својине на грађевинском земљишту врши на основу решења којим се утврђује земљиште за редовну употребу зграде. Доношење тог решења је у надлежности органа јединице локалне самоуправе надлежног за имовинско-правне послове, док су услови и поступак за његово доношење уређени чл. 70 ЗПИ. Пре доношења тог решења, именовани надлежни орган је по службеној дужности дужан да прибави извештај органа надлежног за послове урбанизма о томе да ли постојећа катастарска парцела испуњава услове да буде одређена за земљиште за редовну употребу објекта (чл. 70, ст. 12 ЗПИ). У поступку испитивања испуњености ових услова, орган надлежан за послове урбанизма у свом извештају даје мишљење о томе да ли је потребно спровести поступак парцелације или препарцелације, водећи, између осталог, рачуна о минимуму површине коју парцела мора да испуни (чл. 70, ст. 13 у вези са чл. 65 и 66 ЗПИ).

Из наведеног следи да је поступак утврђивања земљишта за редовну употребу зграде по својој природи управни поступак и да, ако је он већ спроведен, суд не може самоиницијативно у току евентауланог парничног поступка заузимати другачији став у погледу површине и граница тог земљишта. Ова напомена ће такође бити битна за разумевање случаја о коме ће, нешто касније, бити речи.

4. О ОПШТЕМ РЕЖИМУ СУСВОЈИНЕ

Након што је идентификовано право које етажни власници имају на земљишту на коме је зграда изграђена, колики су њихови удели у том праву, те ко и у ком поступку утврђује површину и границе тог земљишта, потребно је испитати да ли се на право сусвојине на земљишту примењују правила општег сусвојинског режима или, пак, нека специјална правила. Да би се испитала евентуална одступања, потребно је укратко се подсетити општих правила о сусвојини. Ово је битно и стога што су општа правила меродавна за сва питања која се тичу сусвојине на земљишту на коме је зграда подигнута, ако нису предвиђена специјална решења.

Сусвојина представља право својине на неподељеној ствари које припада најмање двома сувласницима[35] чији су удели одређени идеално, то јест

[35] Опште је место да се, следећи римску правну традицију, право својине, као најшира, у границама закона, приватноправна власт поистовећује са самом ствари која је објект

сразмерно вредности целе ствари. У нашем праву, општа правила о сусвојини садржана су у ЗОСПО (чл. 13-16).

На основу реченог, да би постојало право сусвојине треба да се испуни неколико услова. Најпре је потребно да је по среди једна неподељена ствар. То не значи истовремено да је та ствар и физички недељива, него да се, у моменту успостављања и за све време постојања права сусвојине, ради о једној ствари у грађанскоправном смислу. Чак и када би се спровела деоба те ствари – деоба која би за последицу имала то да од једне ствари у грађанскоправном смислу настану две или више њих – она не би нужно повукла за собом и деобу сувласничке заједнице, будући да би на свакој новонасталој ствари могла да настави да постоји иста структура сувласничке заједнице која је постојала и пре деобе ствари. Ипак, у пракси се деоба ствари најчешће везује за разврнгнуће сувласничке заједнице.

Надаље је потребно да два или више титулара истовремено имају могућност да врше својинска овлашћења на тој ствари. Реч је о могућности, јер то што је нека ствар у сусвојини не значи нужно да сви сувласници морају истовремено остваривати своја својинска овлашћења држања и коришћења те ствари непосредно. Уместо тога, они их могу поверити једном од сувласника или чак неком трећем лицу, у складу са договором који постигну. Дакле, по среди је једно јединствено право својине чију садржину, тј. сва овлашћења из његовог састава, истовремено може вршити више сувласника.[36] Ако би се, из било ког разлога, број сувласника свео на један – ствар би из сусвојине прешла у режим искључиве својине.

Обим у коме сувласници могу вршити своја својинска овлашћења на тој ствари, у начелу, зависи од величине њиховог удела. Ако величина удела

тог права и у којој је та власт инкорпорисана (отуда право следовања, као кључно дистинктивно обележје стварних права у односу на друга права која се односе на ствари). То поистовећивање је присутно у прописима, практичном раду правника, а неретко и у теорији, не као последица неразликовања самог права од објекта на који се односе овлашћења која из њега проистичу, већ због једноставнијег одређења и сопштавања (на пример, уговор о промету непокретности, мада је, несумњиво, у промету право својине на датој непокретности, које се, по прописаној процедури, преноси на друго лице, уз накнаду или без накнаде). Разликовање права од његовог објекта, транспоновано на право сусвојине, значи да се право својине дели на сувласничке делове, а сама ствар на идеалне делове (одређују се рачунски сразмерно према „целом“ праву својине на тој ствари). Садржајно (односно што се тиче својинских овлашћења) идеални делови су једнаки, али њихова величина је одређена величином сувласничког удела. Следствено, чим је ствар (правно) подељена на идеалне делове успоставља се сусвојина. У том смислу, разликује се успостављање сусвојине конкуренцијом међу власницима (што је најчешћи случај, па и у случају етажних власника) и деобом ствари на идеалне уделе (када власник који је извршио ту деобу остаје власник сваког појединог дела, што је, на пример, значајно у концепту етажне својине који постоји у хрватском праву. Вид. Закон о власништву и другим стварним правима, чл. 66-69, чл. 75 и N. Gavella у: N. Gavella (2007), 687-688.

[36] N. Gavella у: N. Gavella (2007), 685.

није опредељена правним послом или законом, полази се од претпоставке да су удели сувласника једнаки (чл. 13, ст. 2 ЗОСПО). При томе, удео је идеалан – аликвотан, а не реално опредељен, будући да ниједан сувласник не зна који му физички део ствари припада. Уместо тога, његова овлашћења продиру кроз сваки молекул целе ствари.[37] То, међутим, не значи да је недопуштен договор међу сувласницима о томе да сваки од њих користи реално опредељени део ствари – нпр. приземље куће један, први спрат – други, а поткровље – трећи сувласник. Но, тај договор не мења ништа у погледу околности да је сваки од њих и даље власник идеалног дела права својине на тој ствари. Удео сваког од сувласника се изражава математички и то најчешће у виду разломка.

Величина удела, у принципу, диктира обим у коме сваки од сувласника, у одсуству другачијег споразума, може вршити својинска овлашћења на ствари која је предмет сусвојине. Међутим, постоје овлашћења код којих није битна величина удела. Наиме, величина удела није битна код остваривања овлашћења која не резултирају исцрпљивањем (трошењем) корисних својстава ствари на којој постоји сусвојина. Тако, на пример, обим вршења радњи употребе којима се не тангира супстанца ствари, није реципрочан величини удела. Другим речима, сваки од сувласника те радње може предузимати у мери у којој је то потребно да би задовољио своје интересе, све док то не представља повреду права осталих сувласника. С друге стране, у погледу остваривања свих осталих овлашћења – код предузимања радњи употребе којима се црпе корисна својства ствари, прибирања плодова, те фактичког и правног располагања целом ствари – величина удела диктира обим њиховог вршења, у одсуству другачијег споразума сувласника.

Код сусвојине је потребно подвући разлику између положаја сувласника у односу на његов удео, с једне, и у односу на целу ствар, с друге стране. У погледу његовог положаја у односу на сувласнички удео, истиче се сувласникова самосталност[38] која је омогућена на основу фикције према којој се „идеални део ствари у правном промету понаша као самостална телесна ствар“.[39] Ту се, с обзиром на физичку неопредељеност удела, мисли на самосталност у предузимању правних послова који су усмерени на располагање самим уделом. Располагање уделом се може одвијати било у виду његовог отуђења или оптерећења, с тим да је у погледу предузимања радњи оптерећења сувласник слободан све док је терет који установљава усмерен на вредност удела, односно користи коју тај удео даје. Другим речима, правни посао

[37] М. Орлић у: О. Станковић, М. Орлић, 143.

[38] Helmut Koziol, Rudolf Welser (bearbeitet von Andreas Kletečka), *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band I, *Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht*, 14. Aufl., Manz, Wien 2014, 321.

[39] N. Gavella у: N. Gavella (2007), 687, фн. 19.

сувласника не сме да резултира конституисањем терета на целој ствари или њеном реалном делу, јер је одлучивање о томе резервисано за све сувласнике.

Када је реч о положају сувласника у односу на саму ствар, мисли се на предузимање материјалних аката у погледу реалног дела ствари или пак предузимања правних послова којима се тангира цела ствар.[40] Стога, у погледу њиховог предузимања нема самосталности, то јест ниједан сувласник не може да одлучи о томе сам, без обавештавања других сувласника о намери предузимања такве радње и без омогућавања другим сувласницима да учествују у одлучивању о томе.[41] Наведено важи чак и у случају да постоји један већински сувласник и један сувласник или више њих са незнатним уделима.[42] Дакле, правило је да одлуку о предузимању радњи које се тичу целе ствари доносе сви сувласници, при чему се за њену пуноважност захтева различита већина у зависности од значаја конкретне радње.[43] Генерички назив за доношење свих одлука које се тичу целе ствари јесте управљање. Под управљањем се, дакле, подразумева предузимање радњи у сврху очувања, одржавања, унапређења, побољшања ствари, као и радње правног располагања ствари као целином.[44]

Радње управљања се, с обзиром на њихов значај, деле на радње редовног управљања и радње које прелазе оквире редовног управљања (ванредно управљање). Радње редовног управљања су радње које се предузимају у интересу свих сувласника и, по правилу, нису скопчане са већим трошковима.[45] Стога се за њихово предузимање захтева већина. Потребна већина се, међутим, не одређује на основу броја сувласника (нпр. више од половине од укупног броја сувласника), него је битна вредност удела коју сувласници имају, односно да та вредност премашује половину укупне вредности ствари.[46] То, другим речима, значи да радњу редовног управљања може самостално предузети сувласник који има више од 50% вредности ствари, све док је и другим сувласницима дао могућност да се изјасне по питању предузимања те радње. Уколико би поводом предузимања радње управљања постојала тзв. пат позиција због равномерне прерасподеле гласова сувласника са једнаким уделима – нпр. два сувласника од којих обоје имају по ½ удела, при чему је један за предузимање радње, а други се томе противи (када год се не постигне сагласност, а предузимање посла је неопходно за редовно одржавање

[40] М. Орлић у: О. Станковић, М. Орлић, 145, 149.

[41] H. Koziol, R. Welser (bearbeitet von A. Kletečka), 326.

[42] Изузетак би евентуално могао постојати у погледу предузимања хитних радњи. М. Орлић у: О. Станковић, М. Орлић, 153.

[43] N. Gavella у: N. Gavella (2007), 692.

[44] М. Орлић у: О. Станковић, М. Орлић, 151, 152.

[45] N. Gavella у: N. Gavella (2007), 693; H. Koziol, R. Welser (bearbeitet von A. Kletečka), 324.

[46] Wolfgang Zankl, *Bürgerliches Recht*, 8. überarbeitete auflage, facultas, Wien 2017, 281. Вид. чл. 15, ст. 2 ЗОСПО.

ствари[47]) – одлуку о предузимању радње редовног управљања може донети суд. Ова одлука се, под условом да нема спора о објекту права сусвојине, броју сувласника и величини њихових удела, доноси у посебном ванпарничном поступку (чл. 141-147 ЗВП) и тада одлука суда, ако се њоме наложи предузимање захтеване радње, супституише већину потребну за њено предузимање.[48]

С друге стране, радње ванредног управљања се начелно одређују као „послови којима се мења начин коришћења, радови којима се транформише ствар ради повећања вредности, корисности или прихода".[49] ЗОСПО, примерице ради, наводи радње ванредног управљања. Међу њих свакако спадају: „отуђење целе ствари, промена намене ствари, издавање целе ствари у закуп, заснивање хипотеке на целој ствари, заснивање стварних службености, веће поправке и сл." (чл. 15, ст. 4 ЗОСПО). За разлику од закона неких других земаља,[50] ЗОСПО не садржи правило према коме ће се квалификовати нека радња управљања у случају сумње о томе да ли је треба подвести под редовно или ванредно управљање.

За пуноважно одлучивање о предузимању радње која прелази оквире редовног управљања захтева се једногласност свих сувласника. То значи да би било довољно противљење једног од њих, и то независно од величине његовог удела, да се саботира доношење одлуке. Изузетак од овог правила може бити установљен законом или једногласном одлуком свих сувласника.[51]

За разлику од случаја у коме се не може постићи потребна сагласност у вези са предузимањем радњи редовног управљања, где је тај недостатак, као што је већ истакнуто, могуће надоместити решењем суда у ванпарничном поступку (чл. 15, ст. 3 ЗОСПО), у случају непостојања једногласности код радњи ванредног управљања, ЗОСПО не уређује изричито да ли одлука суда може надоместити непостојање једногласности сувласника. Стога је отворено питање да ли у тој ситуацији треба поћи од тога да је реч о планској законској празнини која би подразумевала то да је законодавац свесно изоставио навођење могућности супституције недостајуће једногласне одлуке свих сувласника одлуком суда. Од ове намере законодавца би се могло поћи уколико узмемо да се не ради о радњи чије је предузимање нужно да би се ствар у сусвојини одржала у функционалном стању, односно да би се очувала. С друге стране, ако се пође од строгог услова једногласности за

[47] Вид. чл. 15, ст. 3 ЗОСПО.

[48] N. Gavella у: N. Gavella (2007), 693.

[49] М. Орлић у: О. Станковић, М. Орлић, 154.

[50] Тако, не пример, хрватски Закон о власнипштву и другим стварним правима (чл. 41(2)) садржи правило према коме ће се у случају сумње, поћи од тога да је по среди радња изванредног управљања.

[51] N. Gavella у: N. Gavella (2007), 694.

предузимање те радње, те немогућности да се у сваком случају једнозначно жељена радња оквалификује као радња редовног или ванредног управљања, делује да немогућност супституције недостајуће једногласности одлуком суда не би одговарала практичним животним потребама. Наиме, могуће је замислити ситуацију у којој би један сувласник са незнатним уделом из обести желео да саботира остале, те да, у том случају, остале сувласнике не би требало оставити без могућности обраћања суду за помоћ и као једину опцију предвидети развргнуће сувласничке заједнице. Тим пре што би суд, на основу изведених доказа и њихове брижљиве оцене, могао непристрасно да процени да ли је предузимање предложене радње ванредног управљања сврсисходно или не.[52]

ЗОСПО прописује и изричито правило у вези са покрићем трошкова који, било којим поводом, могу настати у вези са целом ствари. Сваки сувласник учествује у покрићу тих трошкова сразмерно величини свог сувласничког удела (чл. 15, ст. 6).

Надаље је потребно осврнути се на право сувласника на деобу сувласничке заједнице, будући да у погледу тог права постоје значајна одступања у вези са правом сусвојине етажних власника на земљишту на коме је зграда подигнута. Опште правило је да сваки сувласник има право да у свако доба иступи из сувласничке заједнице (његово иступање не мора увек значити престанак сусвојине за остале), односно да захтева њено развргнуће (да захтева физичку или цивилну деобу ствари која је предмет сусвојине). Не ради се о праву које самостално постоји, већ је у питању овлашћење које проистиче из права сусвојине које се сваком од сувласника гарантује законом као неотуђиво и незастариво.[53] Иако се сувласник овог права не може одрећи, он правним послом закљученим са осталим сувласницима може да пристане да неко одређено време неће вршити ово своје право. Међутим, ако уговором он то право није ограничио, правило је да може захтевати развргнуће сувласничке заједнице у свако доба осим у невреме. Иако ЗОСПО

[52] У: Гордана Станковић, Милена Трговчевић Прокић, *Коментар Закона о ванпарничном поступку*, Службени гласник, Београд 2015, 658 се полази од тога да се одлуком суда непостојање потребне већине може надоместити, без обзира на то да ли се конкретна радња квалификује као радња редовног или ванредног управљања.

[53] N. Gavella у: N. Gavella (2007), 704 сматра да је у питању преображајно право. Међутим, за преображајна права (синонимно се често употребљава термин *правна моћ,* ређе и термин *право обликовања)* карактеристична је временска ограниченост могућности вршења (невршење у предвиђеном року праћено је преклузијом), те да су у питању проста (једносложна) права која садрже само једно овлашћење, односно да се не појављују у саставу других, сложених права. О потреби, односно теоријском и практичном значају класификовања грађанских права на проста и сложена, као и о преображајним правима вид. Vladimir V. Vodinelić, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava,* Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd 2014, 201-205, 219-221.

не дефинише шта се сматра невременом тј. када би се сматрало да је деоба на штету других сувласника, у теорији се полази од тога да се мора радити о некој околности која би само привремено спречавала захтевање деобе.[54] Другим речима, остали сувласници се не могу противити захтеву за деобу позивом на то да је он стигао у невреме, уколико се позивају на околност за коју је извесно да неће бити отклоњена у скоријој будућности.[55]

Деоба се може спровести на различите начине. Традиционално се разликују добровољна и судска деоба. Деоба даље може бити физичка, цивилна, деоба по еквиваленту и деоба исплатом.[56] С обзиром да се тема рада односи на земљиште, једини замислив облик физичке деобе земљишта јесте тзв. геометријска деоба[57] која би подразумевала да се од једне парцеле, онда када је то могуће, формира више мањих парцела (парцелација).

За крај овог одељка, начелно ћемо напоменути само још то да сваки сувласник има право да штити своје право сусвојине истицањем стварноправних захтева и то како према трећим лицима, тако и у односу на остале сувласнике.[58]

5. ОДСТУПАЊА ОД ОПШТЕГ СУСВОЈИНСКОГ РЕЖИМА У ПОГЛЕДУ ПРАВА ЕТАЖНИХ ВЛАСНИКА НА ЗЕМЉИШТУ НА КОМЕ ЈЕ ЗГРАДА ПОДИГНУТА

Након што смо утврдили да етажни власници имају право сусвојине на земљишту на коме је зграда изграђена и на делу земљишта које служи редовној употреби зграде и то сразмерно површини свог посебног дела зграде у укупној површини зграде, потребно је испитати да ли се на сусвојину етажних власника примењују елаборирана општа правила о сусвојини или пак нека специјална правила.

У вези са правом сусвојине етажних власника на земљишту треба истаћи да су поједина одступања од општих правила о сусвојини прописана изричито ЗСОЗ, док се друга одступања изводе из природе односа зграде и земљишта на коме је та зграда подигнута. Другим речима, поред експлицитних постоје и имплицитна одступања.

Прво одступање се односи на овлашћење располагања уделом у праву сусвојине на земљишту на коме је зграда подигнута. Наиме, код излагања о општим правилима о сусвојини видели смо да је сувласник овлашћен да

[54] N. Gavella y: N. Gavella (2007), 704.
[55] W. Zankl, 280, 281.
[56] N. Gavella y: N. Gavella (2007), 705-718.
[57] *Ibid*, 709.
[58] H. Koziol, R. Welser (bearbeitet von A. Kletečka), 324.

самостално, то јест без питања осталих сувласника, правно располаже својим уделом (чл. 14, ст. 2 ЗОСПО). Када, с друге стране, треба испитати положај етажног власника у погледу могућности правног располагања својим уделом у сусвојини на земљишту, најпре се треба подсетити да је по среди несамостално, то јест акцесорно право. С обзиром на ту његову карактеристику, етажни власник не може самостално располагати својим уделом у сусвојини на земљишту све док зграда постоји. Другим речима, осим у ситцању (чл. 5, ст. 2 ЗСОЗ), акцесорност постоји и у погледу преноса права својине на посебном делу зграде. То је изричито прописано чл. 3 ЗПН који гласи: „[п]реносом права својине на згради, односно другом грађевинском објекту, истовремено се преноси и право својине на земљишту на којем се зграда налази, као и на земљишту које служи за редовну употребу зграде.“[59] Иако се у цитираном члану изричито наводи само пренос права својине на згради, нема сумње да се цитирано правило односи и на случај преноса права својине на посебном делу зграде. Наиме, преносом права својине на посебном делу зграде по било ком основу и истовремено са њим, и то без потребе посебног навођења у уговору или тестаменту, на његовог стицаоца се преноси и одговарајући удео у сувласништву на земљишту на коме је зграда подигнута.[60] Својство акцесорности права сусвојине на земљишту се, међутим, губи престанком постојања зграде. Из тога закључујемо да у вези са правом сусвојине на земљишту у корист етажних власника акцесорност не постоји у престанку, јер право сусвојине на земљишту надживљава право својине на посебном делу зграде у случају да зграда, из било ког разлога, престане да постоји.[61] Дакле, у случају престанка постојања зграде, несамостално право на удео у сувласничкој заједници на земљишту би се осамосталило – „еманциповало“ од права својине на посебном делу зграде и тада би сувласник[62] њиме могао да располаже у складу са општим правилима о сусвојини.

[59] Оно што је, међутим, у вези са чл. 3 ЗПН спорно јесте његов став 2 који делује да се коси са правилима ЗПИ. Он гласи: „Земљиште које служи за редовну употребу зграде утврђује се уговором о промету непокретности, а ако то није уговорено, примењују се правила предвиђена прописима о планирању и изградњи којима се дефинише земљиште које служи за редовну употребу зграде.“ Као што је у раду већ истакнуто, одређивање значења синтагме *земљиште које служи за редовну употребу зграде* није ствар ничије дискреционе оцене, него је питање које је уређено императивним одредбама ЗПИ. Дакле, *земљиште које служи за редовну употребу* не може бити произвољни део земљишта који је ствар договора између преносиоца и стицаоца права својине, него само онај део земљишта који испуњава услове за грађевинску парцелу и који је у одговарајућем поступку проглашен и катастарском парцелом (чл. 3, ст. 2, тачка 35) ЗСОЗ у вези са чл. 70 и 102 ЗПИ).

[60] Р. Цветић (2021), 95.

[61] *Ibid*, 97.

[62] Односно бивши етажни власник чије је право својине на посебном делу зграде престало услед пропасти ствари (чл. 47 ЗОСПО).

Затим треба испитати да ли одступања постоје у погледу управљања земљиштем од стране етажних власника. У вези са радњама управљања, видели смо да ЗОСПО прави разлику у потребној већини у зависности од тога да ли се одлучује о радњама редовног или ванредног управљања, те да у потоњем случају за пуноважно одлучивање захтева једногласност свих сувласника. Када је реч о згради, ЗСОЗ предвиђа да послове управљања врши стамбена заједница преко својих органа: скупштине и управника (чл. 40, ст. 1 ЗСОЗ). Скупштину стамбене заједнице чине сви етажни власници (чл. 41 ЗСОЗ) и она, између осталог, одлучује о одржавању и начину коришћења земљишта за редовну употребу зграде (чл. 42, ст. 1. тачке 9) и 13) ЗСОЗ). За доношење ових одлука, већина се, међутим, не формира према величини сувласничког удела етажних власника на том земљишту него на основу потребног броја гласова власника посебних делова зграде, при чему власнику сваког посебног дела зграде припада један глас (чл. 43, ст. 1 ЗСОЗ). Сходно томе, одлуке о начину одржавања и коришћења земљишта које је потребно за редовну употребу зграде се доносе обичном већином гласова[63] етажних власника који присуствују седници скупштине стамбене заједнице, ако правилима власника није уређена нека друга већина.

Из наведеног закључујемо да ЗСОЗ као *lex specialis*, у погледу управљања сусвојином на земљишту од стране етажних власника предвиђа посебна правила којима се значајно одступа од решења ЗОСПО. Најпре, потребна већина се не формира с обзиром на величину удела у сусвојини на земљишту, него с обзиром на број посебних делова зграде независно од њихове површине. То, примера ради, значи да у погледу доношења одлуке о управљању земљиштем једнако право имају и власник гарсоњере и власник четворособног стана у истој згради. Затим, ЗСОЗ не прави разлику између радњи редовног и ванредног управљања (то јест, одржавања или коришћења земљишта), сходно чему не прописује ни различиту већину за одлучивање о њиховом предузимању. Из овог закључујемо да, код етажне својине, чак иако би се, према ЗОСПО, радило о радњи редовног управљања земљиштем, одлуку о њој не би могао да донесе само један сувласник – што би према ЗОСПО било могуће, ако би он имао удео већи од 50%. С друге стране, ЗСОЗ не познаје једногласност као услов за доношење било које одлуке о начину одржавања или коришћења земљишта. Уместо једногласности, тражи се само обична већина гласова присутних етажних власника, под условом да су испуњени услови за кворум на седници скупштине стамбене заједнице (чл. 45 ЗСОЗ). Ово одступање од општих правила о управљању ствари у су-

[63] Квалификована 2/3 већина законом је изричито прописана само када се ради о „располагању заједничким деловима зграде, поверавању управљања професионалном управнику и кредитном задуживању стамбене заједнице.“ (чл. 44, ст. 2 ЗСОЗ).

својини је разумљиво ако се узме у обзир честа бројност етажних власника у зградама. Наиме, када би се и у случају великог броја етажних власника инсистирало на једногласности, у највећем броју случајева одлука о одржавању или начину коришћења земљишта не би могла да буде донета.

У вези са трошковима одржавања земљишта за редовну употребу зграде, ЗСОЗ не прописује изричито специјална правила. Начелно је утврђено да је власник посебног дела зграде дужан да учествује у трошковима одржавања заједничких делова зграде и земљишта за редовну употребу зграде и управљања зградом (чл. 63, ст.1 ЗСОЗ). Међутим, у даљем прецизирању критеријума за учешће у наведеним трошковима, искључиво се говори о трошковима одржавања заједничких делова зграде и управљања зградом. Наш став је да се по аналогији та правила могу применити и при сношењу трошкова одржавања земљишта за редовну употребу зграде. У том смислу, можемо констатовати да ЗСОЗ само делимично предвиђа одступање од ЗОСПО. Наиме, уколико би се радило о трошковима *текућег* одржавања земљишта, они би се делили на једнаке делове међу етажним власницима – односно власник сваког посебног дела би сносио исти износ трошкова без обзира на величину његовог сувласничког удела у том земљишту.[64] С друге стране, трошкови *инвестиционог* одржавања земљишта се, у одсуству посебног договора етажних власника, расподељују међу њима сразмерно величини њиховог сувласничког удела у земљишту (чл. 63 у вези са чл. 3, ст. 2, тачка 25) и 26)). Из наведеног закључујемо да би у одсуству посебног споразума етажних власника, одступања у погледу сношења трошкова одржавања земљишта постојала само у погледу покрића трошкова *текућег* одржавања земљишта, док би у погледу расподеле трошкова *инвестиционог* одржавања било примењено опште правило из ЗОСПО (чл. 15, ст. 6).

И најзад, поставља се питање разврснућа сувласничке заједнице етажних власника на земљишту на коме је зграда подигнута и земљишта које служи њеној редовној употреби. Као што је истакнуто, према општим правилима о сусвојини, сваки сувласник има право да захтева разврснуће сувласништва[65] у свако доба осим у невреме, и то његово право не застарева. Од овог правила се код етажне својине одступа утолико што ниједан етажни власник не може да захтева деобу сувласничке заједнице на земљишту док год зграда постоји. Ово се, по природи ствари и без изузетка, односи на део земљишта на коме је зграда подигнута. С друге стране, у погледу земљишта које је одређено као земљиште за редовну употребу зграде, уколико би се

[64] Квалификованом (2/3) већином може бити донета одлука да се и за текуће одржавање примени критеријум предвиђен за инвестиционо (чл. 63, ст. 3 ЗСОЗ).

[65] ЗОСПО у чл. 16 користи израз *деоба ствари*, иако се заправо мисли на разврснуће сувласничке заједнице. Та разлика је битна с обзиром на то да до разврснућа сувласничке заједнице може доћи и без деобе ствари.

испоставило да је оно довољне површине да се од њега могу формирати две или више мањих парцела, није незамисливо да се спроведе парцелација. У том случају, питање је која би се већина тада захтевала, будући да ЗПИ не уређује изричито тај случај.[66] Но, и када би се спровела парцелација земљишта, она не би имала за последицу престанак постојања сувласничке заједнице међу етажним власницима на земљишту, него би само биле промењене границе, то јест површина земљишта на коме они имају право сусвојине. Дакле, начелно је правило да је разврснуће сувласничке заједнице етажних власника на земљишту суспендовано док год зграда постоји. Уколико зграде у неком моменту више не би било, активирало би се право сваког сувласника да захтева деобу сувласништва и то у складу са општим правилима. У том случају замисливе би биле геометријска и цивилна деоба.[67]

Овим су исцрпљена сва одступања од општег сусвојинског режима у погледу сусвојине етажних власника на земљишту на коме је зграда подигнута. Оно што, међутим, остаје спорно – јер није регулисано позитивноправним прописима – јесте питање по ком би се режиму расправило управљање земљиштем уколико би на једној парцели истовремено било подигнуто више објеката, при чему је један од њих стамбено-пословна зграда а остали су у искључивој својини.[68] Како је суд правно третирао такву ситуацију у једном случају, биће изложено у редовима који следе.

6. ОПЕРАЦИОНАЛИЗАЦИЈА ТЕОРИЈСКИХ РАЗМАТРАЊА НА ЈЕДНОМ ПРИМЕРУ ИЗ СУДСКЕ ПРАКСЕ

Као илустрација за примену елабориранih правила у пракси, послужиће један случај из новије домаће јудикатуре.[69] Његове чињенице ће најпре

---

[66] ЗПИ, међутим, регулише случај када је парцела у својини више лица, а само један од њих је власник изграђеног објекта на њој (чл. 106, ст. 3, и 4). У тој варијанти, ЗПИ спровођење парцелације условљава сагласношћу власника објекта и (су)власника земљишта. Иако ЗПИ не говори о једногласности, из чл. 106, ст. 5, је јасно да је услов једногласност свих сувласника земљишта будући да ће у њеном одсуству парцелација моћи да се спроведе на основу правноснажне одлуке суда. Ово решење би се аналогно могло применити и на случај у коме је на једној парцели изграђено више објеката у својини различитих лица.

[67] М. Орлић у: О. Станковић, М. Орлић, 178.

[68] Одредба чл. 106, ст. 2 ЗПИ даје одговор само на питање како се успоставља јединство непокретности у случају када је више објеката различитих власника изграђено на једној катастарској парцели. Јединство непокретности успоставља се након што се спроведе поступак парцелације, тако да се за сваки објекат формира посебна катастарска парцела.

[69] Спис предмета је у приватној архиви аутора рада. У случају је стварно био надлежан основни суд. Седиште поступајућег суда неће бити наведено јер би се на основу њега једноставно могло утврдити ко су учесници у поступку чиме би се компромитовало право на приватност тужилаца који су физичка лица. Прва првостепена пресуда донета је у поступку

бити сумарно представљене, да би се анализа потом усмерила на спорна правна питања која се надовезују на изложена теоријска разматрања.

На једној катастарској парцели постоји више објеката. Један од њих је у режиму етажне својине будући да се састоји из више посебних делова зграде (станова и пословних простора) који су у приватној својини различитих лица, док су остали објекти у искључивој својини јединице локалне самоуправе. Власници посебних делова зграде, поднели су тужбу за заштиту права сусвојине на земљишту, будући да је јединица локалне самоуправе са једним државним органом закључила уговор о уступању права привременог коришћења (реалног) дела парцеле која је у сусвојини, ради изградње паркинга за потребе тог државног органа. По закључењу уговора, државни орган је оградио реални део предметне парцеле и изградио паркинг. Етажни власници су сматрали да је тиме повређено њихово право сусвојине на земљишту које служи редовној употреби њихове зграде. Стога су захтевали да се утврди да је предметни уговор ништав и да се наложи *restitutio in integrum*.[70] Своју тврдњу да је предметни уговор ништав, тужиоци су засновали на околности да изградња паркинга представља промену намене реалног дела парцеле која је у сусвојини свих власника објеката и посебних делова објеката подигнутх на њој. Наиме, реч је о радњи коју ЗОСПО изричито квалификује као радњу ванредног управљања за чије се предузимање тражи сагласност свих сувласника земљишта (чл. 15, ст. 4).

У одговору на тужбу, јединица локалне самоуправе и надлежно правобранилаштво побијали су наводе тужилаца истичући: 1) да они у катастру непокретности нису уписани као сувласници предметне парцеле, услед чега нису активно легитимисани да захтевају заштиту права (су)својине на земљишту; 2) да је за предузимање спорне правне радње довољна сагласност сувласника који имају више од половине вредности земљишта, и да је то, као већински сувласник, јединица локалне самоуправе; 3) да је предметна парцела довољно велике површине тако да се изградњом паркинга не ремети могућност приступа и редовног коришћења посебних делова зграде у својини тужилаца; 4) да је тужиоцима послато обавештење о намери закључења спорног уговора на које он нису реаговали противљењем.

Из наведеног чињеничног стања могу се апстраховати четири кључна права питања: 1) да ли су етажни власници сувласници спорне земљишне парцеле иако то њихово својство није евидентирано у катастру непокретности

који је носио деловодни број 4 П. XX7/19, а друга првостепена пресуда означена је деловодним бројем 4 П. XX2/21. Деловодни бројеви ниси у потпуности наведени из истих разлога из којих није наведено ни седиште поступајућег суда, будући да се преко Портала правосуђа Србије једноставно могу сазнати подаци о тужиоцима.

[70] Dušan Nikolić, *Građanskopravna sankcija – Geneza, evolucija i savremeni pojam*, Pravni fakultet u Novom Sadu – Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad 1995, 107.

и, с тим у вези, да ли се јединица локалне самоуправе може позивати на претпоставку постојања права уписаног у катастар непокретности; 2) да ли је предузета правна радња допуштена, односно да ли је постојала потребна већина сувласника земљишта за њено предузимање; 3) да ли је, са становишта допуштености располагања, меродавно то што и након изградње паркинга, етажни власници могу неометано да приступе својим посебним деловима и да их неометано користе; 4) какав је правни значај обавештења о намери закључења спорног уговора и шта би, у датом контексту, значило противљење тужиоца.

О правилима о конверзији права коришћења у право (су)својине је већ било речи у трећем одељку. Тамо је наведено да се према решењима ЗПИ, (су)својина на земљишту сматра стеченом даном ступања на снагу ЗПИ – 11. септембра 2009. године, а да упис тог права у надлежном катастру непокретности има декларативно дејство. Имајући наведено у виду, позивање јединице локалне самоуправе на претпоставку постојања права евидентираног у катастру непокретности у коме тужиоци нису наведени као сувласници земљишта неприхватљиво је из више разлога. Најпре стога што нико не може да се позива на претпоставку постојања уписаног права, односно на претпоставку непостојања неуписаног права уколико зна или треба да зна да подаци из катастра не одговарају стварном стању ствари. Наиме, „[п]ретпоставка постојања права не постоји ако је упис […] супротан императивним законским одредбама.“[71] Стога, јединица локалне самоуправе не може да се позове на ову претпоставку будући да је њен орган пре закључења оспореног уговора донео решење о утврђењу права сусвојине на земљишту у корист тужилаца на основу правила ЗПИ о конверзији. То што тужиоци до момента закључења оспореног уговора нису поднели захтев за упис свог права сусвојине на земљишту не значи да њима то право не припада, будући да су га стекли *ex lege*. Осим тога, јединица локалне самоуправе је увидом у катастар непокретности могла да сазна (што сигурно и јесте) да је по среди парцела на којој је изграђено више укњижених (уписаних) објеката, међу којима су и објекти у својини тужилаца. Из тога јој је морало бити познато да тужиоци такође, на основу ЗПИ, полажу сусвојинска овлашћења на предметној парцели. И, коначно, чињеница да је јединица локалне самоуправе упутила обавештење етажним власницима о намери закључења оспореног уговора говори о томе да је она свакако била упозната са њиховом правном позицијом у погледу земљишта. Наведени разлози су и више него довољни за обарање претпоставке постојања уписаног права.

У вези са већином која је, према важећим прописима, потребна да би се пуноважно могао закључити правни посао који је усмерен на располагање

[71] Милош Живковић, *Право регистара непокретности – Општи део*, Универзитет у Београду Правни факултет, Београд 2020, 131.

реалним делом парцеле и промену његове намене, као што је већ истакнуто у раду, постоји сукоб закона између ЗОСПО, с једне, и ЗСОЗ, с друге стране. Такође је речено да се у погледу правног режима сусвојине етажних власника на земљишту на коме је зграда изграђена и земљишту које је потребно за редовну употребу зграде, у складу са правилом о решавању сукоба закона *lex specialis derogat legi generali*, имају применити решења ЗСОЗ. У раду је, даље, скренута пажња на то да у случају да на истој парцели постоји више објеката од којих је само један или само неки у режиму етажне својине, а други у режиму искључиве својине, не постоји изричито законско решење о томе која би правила требало да буду примењена: строжа правила ЗОСПО, блажа правила ЗСОЗ или би, чак, била могућа њихова комбинована примена.[72] Иначе, у анализираном предмету из судске праксе ниједна страна није оспорила примену општих правила ЗОСПО. Чак је и другостепени суд[73] потврдио да је неспорно да је по среди радња ванредног управљања за коју се тражи једногласност свих сувласника. Да ли је тиме другостепени суд превидео да постоје посебна решења о управљању земљиштем код етажне својине или је, пак, свестан постојања специјалних правила из ЗСОЗ сматрао да ипак треба применити строжа правила ЗОСПО, не може се закључити из образложења решења о укидању првостепене пресуде. Све у свему, која год правила да су била меродавна у овој ситуацији – исход би био исти. Наиме, према правилима ЗОСПО, недостајала би једногласност свих сувласника земљишта, док би према ЗСОЗ недостајала обична већина гласова сувласника земљишта. Сходно наведеном, споран уговор би требало сматрати ништавим без обзира на то која би од правила била меродавна у конкретном случају.

Када је реч о аргументу тужених да је парцела довољно велика и да изградња паркинга не ремети тужиоце да приступе својим посебним деловима зграде, јасно је да је он неодржив будући да се право сусвојине етажних власника протеже на површини целе катастарске парцеле. То што је у конкретном случају можда било могуће парцелацијом формирати две парцеле уместо једне је питање које није могло бити меродавно за одлучивања суда у поступку по тужби за повреду права сусвојине и утврђење ништавости уговора чијим је закључењем то право повређено. Наиме, док год је цела парцела утврђена за земљиште за редовну употребу зграде, сусвојина свих

[72] Она би, примера ради, подразумевала да се стамбена заједница посматра као један сувласник са уделом који би одговарао збиру удела етажних власника. Она би гласала према правилима ЗСОЗ, док би власници објеката у искључивој својини гласали према правилима ЗОСПО. За предузимање радње располагања реалним делом парцеле била би потребна једногласност: дакле глас „за“ од стране стамбене заједнице издејствован обичном већином присутних етажних власника на седници скупштине стамбене заједнице, плус гласови свих власника осталих објеката.

[73] Решење Апелационог суда у Новом Саду ГЖ 575/21. Преко Портала правосуђа Србије се уз помоћ овог деловодног броја не могу дознати имена тужилаца.

власника објеката и посебних делова зграде на том земљишту се односи на сваку „честицу“ тог земљишта, а нипошто само на део земљишта који окружује објекат у коме се налазе посебни делови зграде. Тако ће остати све док се евентуално не спроведе поступак парцелације у складу са ЗПИ.

И на крају, на питање какав је правни значај обавештења о намери закључења спорног уговора и шта би, у датом контексту, значило противљење тужилаца, одговор је, на први поглед вишеслојан, а у ствари једноставан. Такво обавештење уз сву наведену аргументацију од стране туженог (у погледу уписаног стања у катастру непокретности, потребне већине за одлучивање, могућности прилаза згради и након изградње паркинга), представља пуки факат обавештења шта ће бити урађено на парцели од стране „већинског власника“. Ћутање тужилаца се не може правно квалификовати, јер њима није учињена понуда за закључење уговора, нити су позвани да изјаве своју сагласност или противљење у погледу закључења спорног уговора. Тешко да би противљење, под претпоставком да га је и било, нешто променило у резултату, будући да остали наведени разлози од стране туженог квалификују обавештење као гест добре воље.

Иначе, у вези са овим случајем, у првој првостепеној пресуди могло се наићи на примере врло креативног, али крајње погрешног тумачења института сусвојине. Најеклатантније се то може демонстрирати цитатом да су „[т]ужиоци власници реалних делова земљишта и то оног дела уз њихове објекте и то у површини њихових посебних делова, а остало припада већинском сувласнику – Граду“ [*sic*]. Ништа мање погрешан није ни став да је парцела довољно велике површине, тако да изградња паркинга никако не ремети редовну употребу посебних делова у својини тужилаца.

Упркос бројним пропустима у разумевању материјалноправних решења позитивног права од стране првостепеног суда, наду ипак улива то да је након укидања првостепене пресуде и поновљеног поступка, донета пресуда којом је утврђена ништавост оспореног уговора и наложена реституција.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Wilhelm Jan, *Sachenrecht*, 5., völlig neu bearbeitete Auflage De Gruyter, Berlin-Boston 2016.

Vodinelić V. Vladimir, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava,* Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd 2014.

Gavella Nikola, *Privatno pravo,* Narodne novine, Zagreb 2019.

Gavella Nikola *et al*, *Stvarno pravo*, Svezak 1, Narodne novine, Zagreb 2007.

Gavella Nikola *et al*, *Građansko pravo i pripadnost hrvatskog pravnog poretka kontinentalnoeuropskom pravnom krugu (Teorijske osnove građanskog prava),* Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2005.

Живковић Милош, *Право регистара непокретности – Општи део*, Универзитет у Београду Правни факултет, Београд 2020.
Josipović Tatjana (ed.), *Stvarnopravna uređenja tranzicijskih zemalja – stanje i perspektive,* Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2009.
Koziol Helmut, Welser Rudolf (bearbeitet von Kletečka Andreas), *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band I, *Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht*, 14. Aufl., Manz, Wien 2014.
Николић Ж. Душан, Мидоровић Д. Слобода, „Развој посебних својинскоправних режима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2021, 67-92.
Николић Душан, *Увод у систем грађанског права*, Универзитет у Новом Саду Правни факултет, 16. измењено и допуњено издање, 2020.
Nikolić Dušan, *Građanskopravna sankcija – Geneza, evolucija i savremeni pojam*, Pravni fakultet u Novom Sadu – Centar za idavačku delatnost, Novi Sad 1995.
Nikolić Sofija, „Pretvaranje (konverzija) prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu“, *Nova pravna revija* 1/2016, 40-50.
Станковић Гордана, Трговчевић Прокић Милена, *Коментар Закона о ванпарничном поступку*, Службени гласник, Београд 2015.
Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *Стварно право,* Номос, Београд 1999.
Хибер Драгор, Живковић Милош, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015.
Zankl Wolfgang, *Bürgerliches Recht*, 8. überarbeitete auflage, facultas, Wien 2017.
Цветић М. Раденка, „Право етажних власника на земљишту на коме се зграда налази у контексту претварања права коришћења у право својине на грађевинском земљишту“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2021, 93-111.
Цветић М. Раденка, „Нова правила о поступку уписа у катастар непокретности. Упис заједничке својине супружника“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2019, 1167-1186.
Цветић М. Раденка, „О оправданости законског права прече куповине сувласника непокретности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2018, 1521-1532.
Цветић М. Раденка, „Право етажних власника на заједничким деловима зграде“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017, 1343-1362.
Цветић М. Раденка, „Заједничка својина супружника и савесно стицање поуздањем у катастар непокретности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2016, 823-842.

ИЗВОРИ ПРАВА

Нацрт законика о праву својине и другим стварним правима – https://ius.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2020/10/NACRT-ZAKONIKA-O-SVOJINI.pdf
Преднацрт грађанског законика Републике Србије – https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf
Закон о становању и одржавању зграда, *Службени гласник РС*, бр. 104/2016, 9/2020 (други закон).

Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима, *Службени гласник РС*, бр. 31/2019.

Закон о промету непокретности (ЗПН), *Службени гласник РС,* бр. 93/2014, 121/2014, 6/2015.

Закон о планирању и изградњи, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009, 81/2009, 64/2010 (Одлука Уставног суда), 24/2011, 121/2012, 42/2013 (Одлука Уставног суда), 50/2013 (Одлука Уставног суда), 54/2013 (Решење Уставног суда), 98/2013 (Одлука Уставног суда), 132/2014, 145/2014, 83/2018, 31/2019, 37/2019 (други закон), 9/2020, 52/2021.

Закон о ванпарничном поступку (ЗВП), *Службени гласник СРС*, бр. 25/82, 48/88, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 18/2005, 85/2012, 45/2013, 55/2014, 6/2015, 106/2015.

Закон о основама својинскоправних ондоса, *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80, 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96, *Службени гласник РС*, бр. 115/2005 (други закон).

Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, „*Службени лист СЦГ*“ бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020).

Закон о својини на деловима зграде, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 16/59, 48/59, 12/62; *Службени лист СФРЈ*, бр. 10/65, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/65 (пречишћени текст), 57/65, *Службени гласник СРС*, бр. 29/73, 52/73, *Службени гласник РС*, бр. 38/96 (Одлука Савезног уставног суда).

Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht – https://www.gesetze-im-internet.de/woeigg/WEG.pdf

Закон о власништву и другим стварним правима, *НН* 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, пречишћен текст Закона: https://www.zakon.hr/z/241/Zakon-o-vlasni%C5%A1tvu-i-drugim-stvarnim-pravima

Radenka M. Cvetić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
R.Cvetic@pf.uns.ac.rs

Sloboda D. Midorović
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
s.midorovic@pf.uns.ac.rs

Co-ownership of Apartment Owners with regard to the Land on which the Building is Built

Abstract*: The focus of this paper rests on the right of apartment owners on the land on which the building is built and the land that serves to its regular use. The paper aims at identifying the 1) type of that right; 2) over which land that right streches, and, eventually, 3) which legal rules are relevant for that right. The answers to these questions require a systematic interpretation of solutions from several legal sources, most notably the Law on Foundations of Property Law Relations, the Law on Housing and Maintenance of Apartment Buildings and the Law on Planning and Construction. With regard to the legal regime of that right, the paper concludes that special rules establish numerous deviations from the general regime that, in the absence of special rules, would otherwise be applicable to it. Deviations are detected with regard to the: 1) authority to dispose of the share in the ownership right over that land; 2) management of that land; 3) dissolution of the co-ownership community that exists among apartment owners in relation to that land, and 4) covering of costs incurred by the use and maintenance of that land. Theoretical considerations have been supplemented by an analysis of a case from a recent domestic jurisprudence that underlines a practical dimension of the elaborated subject matter.*

Keywords*: apartment ownership, co-ownership, land for the regular use of the building, special co-ownership regime.*

Датум пријема рада: 26.12.2021.
Датум достављања коначне верзије рада: 18.01.2022.
Датум прихватања рада: 23.01.2022.

Оригинални научни рад 339.54:061.1(100)
doi:10.5937/zrpfns55-33891

Драго Љ. Дивљак
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Divljak@pf.uns.ac.rs

ПРИМЕНА ПРИНЦИПА ПРЕДОСТРОЖНОСТИ У ПРАВУ СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ – ДОМЕТИ И ПЕРСПЕКТИВЕ*

Сажетак: *У раду се разматра правни основ примене принципа предострожности у праву Светске трговинаске организације и утврђују специфичности његове примене у односу на базични концепт принципа предострожности. У раду се дају и предлози будућих нормативних решења у датој области са циљем остваривања одговарајуће равнотеже између интереса либерализације трговине и заштите животне средине. Уз сва ограничења, везана за непостојања адекватне правне основе, али и незаокружености и некохерентности праксе решавања спорова У СТО, може се закључити да изведени концепт примене принципа предострожности и његова интерпретација у пракси решавања спорова редукују опсег његове примене у односу на базични концепт. Такво стање посебно не може да одговори потребама технолошког развоја који неминовно доводи до увећаног ризика у погледу утицаја на животну средину, здравље људи и биљни и животињски свет. У таквим околностима када расте значај примене овог принципа потребно је пронаћи одговарајућа правна решења којима ће се обезбедити њихова оптимална примена. У том контексту, могући су различити модели деловања, са свим својим ограничењима, чије релизација је доста упитна.*

Кључне речи: *принцип предострожности, Светска трговинаска организација, заштита животне средине, међународна трговина, Споразум о санитарним и фитосанитарним мерама.*

---

* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту Биомедицина, заштита животне средине и право (бр. 179079) који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У модерно доба, принцип предострожности је један од темеља еколошке заштите, али и безбедности хране и очувања јавног здравља. Из немачког закона о заштити животне средине, принцип предострожности се брзо проширио на правне системе других европских земаља,[1] укључујући и наше право.[2] Та широка прихваћеност резултирала је општим признањем на Конференцији Уједињених нација о животној средини и развоју (UNCED) 1992. године.[3] Након тога је овакав приступ, по коме и сама потенцијална могућност проузроковања штете даје основ за примену заштитних мера државе,[4] укључен у практично сваки, недавно усвојени, међународни уговор и политички документ који се односи на заштиту животне средине,[5] и то као његов кључни елемент.[6] На тај начин принцип предострожности постаје правно језгро око којег постоји међународни консензус у датој области и на који се доносиоци одлука и судови могу ослонити у реализацији одрживог развоја.[7]

Међутим, без обзира на широку распрострањеност не постоји опште прихваћена дефиниција датог принципа.[8] Различите формулације се разликују у неколико аспеката. Он и даље остаје флексибилно „правило неодређеног садржаја“ са широком маргином тумачења. Ипак и поред свега, могуће

---

[1] Врло брзо је постао саставни део европских законодавстава попут Данске, Шведске и Француске. Данас је важност овог принципа таква да је од 1992. године. Споразумом из Мастрихта о Европској унији, постао један од стубова правила ЕУ о животној средини.

[2] Упор: чл. 9. Закона о заштити животне средине, („Сл. гласник РС”, бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009 – др. закон, 72/2009 – др. закон, 43/2011 – одлука УС и 14/2016).

[3] Тако је према *Декларација из Рија* о животној средини и развоју, познатијој као *Декларација из Рија*, он формулисан на следећи начин: „Да би се животна средина заштитила, земље морају, у складу са својим могућностима, у што већој мери примењивати превентивне мере. Ако постоји претња од неповратне штете, недостатак потпуне научне извесности не сме бити разлог за одлагање мера за спречавање деградације околине, при чему мере морају бити ефикасне са гледишта трошкова.“.

[4] Ruessmann Laurent A., „Putting the Precautionary Principle in its Place: Parameters for the Proper Application of a Precautionary Approach and the Implications for Developing Countries in Light of the Doha WTO Ministerial“, *American International Law Review,* Vol. 17, No. 5, 2002, 909.

[5] О односу СТО и тих међународних уговора, шире: Драго Дивљак, „Светска трговинска организација и вишестрани међународни споразуми о заштити животне средине“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС*), 3/2012.

[6] То се односи и на Картагенски протокол о биолошкој безбедности из 2000. године, Конвенцију о биолошкој разноликости из 1992. Године и Стокхолмску конвенцију о постојаним органским загађивачима из 2001. године.

[7] Roberto Andorno, „The precautionary principle: a new legal standard for a technological age“, *Journal of International Biotechnology Law* (JIBL), n° 1, 2004, 16.

[8] Упор: Cai Y. & Kim E., „Sustainable development in world trade law: application of the precautionary principle in Korea-radionuclides“, *Sustainability,* 11(7) 2019, 1.

је с извести битне елементе базичног концепта овог принципа,[9] иако се оно могу различито систематизовати.[10] То су превасходно: неизвесност ризика, научна процена ризика, озбиљна или неповратна штета, сразмерност мера и пребацивање терета доказивања.

Због своје перманентне актулности и значаја који ће се само расти у будућности, предмет анализе рада који следи је примена принципа предострожности у праву Светске трговинаске организације (СТО). Ова материја у контексту ове организције је посебно сложена због сталне „напетости" између правила правила међунродне трговине и мера заштите животне средине. У раду се утрђује правни основ примене овог принципа у контексту СТО и специфичности примене у односу на базични концепт принципа предострожности. Посебна пажња се посвећује анализи домета постојеће правне основе и њихове интерпетације у пракси решавања спорова у погледу отваривања оптималне заштите животне средине. У раду се дају и предлози будућих нормтивних решења у вези примене овог принципа у праву СТО са циљем остваривања одговарајуће равнотеже између интереса либерализације трговине и заштите живитне средине и остваривања концепта одрживог развоја.

2. ИЗВЕДЕНИ КОНЦЕПТ ПРИНЦИПА ПРЕДОСТРОЖНОСТИ У СТО

2.1. Формални основ

У праву СТО нема експлицитног позивања на принцип предострожности. Узимајући у обзир временске одреднице настанка овог принципа и настанка СТО не чуди овај опрезан став према формалном признању принципа предстрожности.[11] Иако се основ за њихову примену може наћи и у правилима осталих споразума, посебно Општем споразуму о царинама и трговини 1994[12] и Споразуму о техничким баријерама у трговини,[13] у теорији[14]

[9] Упор: R. Andorno, 13.

[10] Упор: John S. Applegate, "The Prometheus principle: using the precautionary principle to harmonize the regulation of genetically modified organisms", *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2001, 249.

[11] Упор: Markus Wagner, „Taking Interdependence Seriously: The Need for a Reassessment of the Precautionary Principle in International Trade Law", *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 20 2011, 739.

[12] General Agreement on Tariffs and Trade 1994 https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/06-gatt_e.htm, 9. септембар 2021.

[13] Agreement on Technical Barriers to Trade, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm, 9. септембар 2021.

[14] Упор: Ilona Cheyne, „Gateways to the precautionary principle in WTO law." *Journal of Environmental Law* 19.2 2007, 4; J. S. Applegate, 239.

скоро да постоји сагласност да се о овом принципу може најрелевантније расправљати у контексту Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама.[15] Формална правна основа се везује за члан 5.7 датог Споразума,[16] иако се делом овај принцип огледа и у члановима 3 (3), као у ставу 6. његове Преамбуле.

Овај члан гласи: У случајевима када су релевантни научни докази недовољни, чланица може привремено да усвоји санитарне или фитосанитарне мере на основу доступних релевантних информација, укључујући податке одговарајућих међународних организација, као и санитарне или фитосанитарне мере које примењују друге чланице. У таквим околностима, чланице ће настојати да прибаве додатне информације потребне за објективнију процену ризика и у складу са тим у разумном временском року прегледају санитарне или фитосанитарне мере.

Као што се види из садржине датог члана, он омогућава државама чланицама да усвоје одређене мере зашите одступајући од општих правила Споразума о санитарним и фитосанитарним мерамадатих у чл. 2.2.[17] Стога су она у пракси решавња спорова СТО добила правни треман „квалификовано изузеће“ од општих захтева овог споразума.. Овај појам превазилази традиционалну разлику између суштинских обавеза и изузетака, али и даље овај правни концепт остаје неразрађен.[18]

За овако садржински и правно одређен чл 5.7 датог Споразума се сматра да садржи индиректну еквиваленцију за принцип предострожности.[19] И у пракси решавања спорова СТО је потврђено да овај члан одражава принцип предострожности.[20] Могућност примене принципа предострожности се остварује посредним путем тј. одговарајућом применом датих правила, иако се сам термин изричито не спомиње у споразуму.[21] Све то даје даје основ да се овај концепт принципа предострожности квалификује као изведени.

Уколико прихватимо изражене теоријске ставове и ставове праксе решавања спорова СТО, а нема аргумента за другачије понашање, онда можемо

---

[15] The WTO Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS Agreement), https://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsagr_e.htm, 9. септембар 2021.

[16] Члан 5.7. ту има водећу улогу, док остала споменута правила имају за циљ да конкретније дефинишу услове примена мера предвиђених СПС.

[17] Члан 5.7 СПС споразума, није, као члан XX ГАТТ-а из 1994. године, насловљен „изузеуће“.

[18] Упор: Barbara Eggers, „The precautionary principle in WTO law.“, *Diss. Staats-und Universitätsbibliothek Hamburg Carl von Ossietzky*, 2001, 168.

[19] Упор: Cai & Kim, 1.

[20] У случају ЕС – Hormones, Апелационо тело је препознало да ова одредба одражава принцип предострожности.“ Упор. M. Wagner, 741, I. Cheyne, 4.

[21] Тај приступ је могуће образложити и применом концепта getaway, где се њихова примена посредно претпоставља. I. Cheyne, 4 и даље.

закључити да је чл. 5.7 својим правилима утврдио концепт и садржину примене принципа предострожности у праву СТО. Тако изведени концепт ће нам бити основа за даљу анализу, како у погледу компарације са базичним концептом овог принципа у еколошком праву, тако и у погледу оцене његових будућих домета и перспектива.

Полазећи од овакве функције, у напред наведеном члану су јасно разграничена четири услова примене принципа. Могу се квалификовати и као четири битна услова примене принципа предострожности у праву СТО. Сагласно таквом концепту, они обухватају: недовољност релевантних научних доказа, доступне релевантне информације, прибављање додатних информација потребних за објективнију процену ризика и преиспитивање мера у разумном временском року.

2.2. Услови примене

2.2.1. Недовољно релевантни научни докази

У теорији се оправдано оцењује да је можда главна оригиналност овог новог алата за управљање ризиком покушај да се заштитне мере могу предузети пре него што постану доступни коначни научни докази о штетним ефектима[22] по животну средину или јавно здравље.[23] Полази се од става да су пуни научни докази за многе мере из области животне средине престрог стандард.[24]

У овом погледу, базични концепт заснован на Декларацији из Рија, која за стање научне незаснованости користи термин „недостатак потпуне научне извесности," док се за исто стање у праву СТО користи термин „недовољни релевантни научни докази." Услов недовољности релевантних научних доказа је један од основних услова за примену принципа предострожности у праву СТО. То је потпуно супротно основном концепту Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама где је захтев научне оправданости добио централно место као критеријум којим се легитимна заштитна трговинска мера државе чланице разликује од нелегитимног протекционизма. Оваква дихотомија између „довољних" и „недовољних" научних доказа отвара озбиљне правне и друге проблеме и питања.[25]

---

[22] Овај привремени приступ за избегавање ризика и у ситуацајама недовољних научног доказа је одраз мудрости овог принципа да је боља „сигурност него накднадно кајање," уз које иде неизвесност и неповратност. Cai & Kim, 3.

[23] Упор: R. Andorno, 12.

[24] Упор: Elisa Vecchione, „Is it Possible to Provide Evidence of Insufficient Evidence-The Precautionary Principle at the WTO", *Chi. J. Int'l L.* 13 2012, 155.

[25] Шире: E. Vecchione, 165 и 178.

За концепт принципа предострожности у праву СТО је посебно карактеристично да се значај услова научне незаснованости подиже на виши ниво у односу на базични концепт којим се потенцира да се принцип предострожности односи на неизвесност ризика.[26] Наиме, привремене мере креиране у чл. 5.7. Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама у пракси решавања спорова СТО,[27] добијају правни третман „квалификовано изузеће", баш од обавеза да се мере из овог споразума не могу донети без довољно научних доказа, јер је правило да се трговинска ограничења морају заснивати на научним сазнањима.[28]

Потенцира се примарни значај услова „недовољности релевантних научних доказа" у концепту принципа предострожности у Споразуму о санитарним и фитосанитарним мерама. Тиме је одбачена квалификацију панела које је ово изузеће у једном случају окарактерисала као „изузетак од обавезе да се санитарне мере заснивају на процени ризика". Такав приступ је потврђен и у случају ЕС : Biotech.[29] На овај начин се потврђују поједини ставови да је генерално гледано неизвесност, која укључује и научну, суштина принципа предострожности.[30]

И у садржинском погледу, базични концепт принципа предострожности и изведени концепт у праву СТО се не поклапају у потпуности. Наиме постојала је тежња да се „стање научне неизвесности" као један од главних елемената базичног принципа предострожности, директно инкорпорира у право СТО и да недовољност релевантних научних доказа сведе на дати пандан у еколошком праву. Међутим у пракси решавања спорова СТО, Апелационо тело је утврдило да су ова два појма различита и да један не може да замени други. Последично, захтеви из члана 5.7. Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама се не односе на ситуацију „стање научне неизвесности" већ на ситуацију где „научни докази нису довољни."[31] При томе, недовољност не мора нужно значити и одсуство доказа, већ њихову недовољност за доношење поузданих закључака. То значи да они ни квантита-

[26] Они се дефинишу као ситуације у којима постоје озбиљне сумње на опасност, иако недостају научни докази: V. Asselt, B. A. Marjolein, E. Vos, "The precautionary principle and the uncertainty paradox", *Journal of risk research* 9.4 2006, 2; N. de Sadeleer, 'Het Voorzorgsbeginsel: Een Stille Revolutie', 8 TMR 1999, 82-99.

[27] Члан 5.7 СПС Споразума, није, као чл. XX ГАТТ-а из 1994. године, насловљен „изузетак, али је први пут у овом случају окарактерисан као „изузеће од обавезе из члана 2.2 СПС. Упор. Appellate Body Report, Japan – Agricultural Products, para. 11. 335, Ibid., para. 57.

[28] „Наука", у овом контексту, заиста значи постојеће знање, за разлику од екстраполације или нагађања о непознатим штетама. J. S. Applegate, 239.

[29] Panel Report, Australia – Salmon, para. 8.57. Report of the Appellate Body, Japan–Agricultural Products.

[30] Упор:V. Asselt, B. A. Marjolein, E. Vos, 1.

[31] Apelacioni Izveštaj Measures Affecting the Importation of Apples (Japan-Apples), *WT/DS245/AB/R. para* 181.

тивно ни квалитативно не стварају услове за извођење „адекватне процене ризика.“[32] Могућност да се изврши „адекватна процена ризика“ је глава линија разграничења у датој области.[33]

2.2.2. Доступне релевантне информације

Широки улазни захтев за примену принципа предострожности у праву СТО у вези недовољности научних доказа допуњује се захтевом да релевантна мера државе мора бити заснована на „доступним релевантним информацијама.“ То укључује податке одговарајућих међународних организација, као и санитарне или фитосанитарне мере које примењују друге чланице. Овај неодређени захтев[34] је логичан продукт логике принципа предострожности. Наиме, у недостатку потпуних доказа о узрочно-последичним везама за његову примену потребно је да се оне заснивају бар на оквирним подацима или информацијама о могућностима озбиљног ризика у датим ситуацијама.[35] Овим се потврђује чињеница да се читав концепт принципа предострожности у праву СТО превасходно темељи на захтевима који би требали да умање прозвољност држава и тиме протекционистичку злоупотребу предизимања привремених мера.

Код прецизирања захтева за релевантним информацијама постоји проблем што не постоји случај у систему решавања спорова СТО који би се директно реферисао на његово разјашњење. Контекстуална анализа датог захтева показује да обавеза спровођења објективније процене ризика подразумева обавезу спровођења макар субјективне процене ризика[36] пре предузимања привремене мере. Сматра се да се примена принципа предострожности не може заснивати на чисто хипотетичкој процени ризика који није одговорајујуће верификован. Потребно је постојање одговарајућих доказа о потенцијално штетним утицајима на животну средину.[37] Дакле, ризик мора бити утврдив насупрот теоријској неизвесности.

---

[32] World Trade Organization, Report of the Appellate Body, Japan–Measures Affecting the Importation of Apples 179, WTO Doc No WT/DS245/AB/R (Dec 10, 2003).

[33] Упор:E. Vecchione, 163.

[34] Члан 5.7 изричито се односи на информације од релевантних међународних организација и других чланова. Међутим, реч „укључујући“ указује да ово није затворена листа, али да би чланови такође могли да добију дате информације од произвођача, невладиних организације или независног научног института. Све то говори da израз, „доступне релевантне информације“ очигледно треба да имају шири опсег.

[35] Истовремено њиме се осигурава да држава дати члан не користи за за ситуације где научни докази постоје. E. Vecchione, 174.

[36] Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures, Summary Report on the SPS Risk Analysis Workshop, 19-20 June 2000, G/SPS/GEN/209, at 5.

[37] Упор: чл. 2.2. і 5.1. СПС-а.

2.2.3. Остали услови

У актуелном концепту принципа предострожности СТО, постоје посебни захтеви државама чланицама да „настоје да добију додатне информације неопходне за објективнију процену ризика,“[38] као и да на основу њих, преиспитају дате мере у разумном временском периоду. Непоштовање ових захтева у пракси би требао бити основ за укидање заштитних мера.

Ови захтеви такође имају за функцију да усмере и омеђе простор примене овог принципа. Ипак овај први захтев је релаксиран чињеницом да то нужно не подразумева да државе чланице морају произвести одређени резултат. Битно је да се предузимају напори да се добију додатне информације. То укључује и захтеве према увозницима да обезбеде специфичне тестове и студије. Овакав приступ којим се следи принцип добре вере отвара врата злоупотребама, јер не постоји механизам за ефективно спровођење датог захтева.

Предузевши мере предострожности државе чланице су дужне да их преиспитају у разумном року у контексту промењених оклности и информација. Овај временски елемент може се означити и као антиципативан,[39] у коме ће се извршити преглед који ће бити у облику самоевалуације, а који може резултирати одлуком да се мере укину или одрже. Оправдано се полази од логичног става да се рок може унапред квантификовати, јер се резултати научног процеса не могу унапред предвидети и временски орочити.[40] У саклду с тим, Апелационо тело, уместо текстуалне интерпретације овог захтева, наглашава флексибилност захтева у односу на околности појединачних случајева, укључујући и потешкоће у добијању додатних информација. Разумни временски период зависи од тога колико је лако прикупити додатне информације потребне за ревизију.[41]

Захтев о обавези преиспитивања мера у разумном временском периоду је у контексту где се те мере које се примењују означавају као „привремене“[42]

---

[38] Додатне информације не значе нужно нове информације и не морају бити самосталне, већ могу бити имати допунски карактер. Упор. Appellate Body Report, Japan – Agricultural Products, para. 92., B. Eggers, 187.

[39] Упор:J. S. Applegate, 251.

[40] Упор:B. Eggers, 191.

[41] Успостављена је нека врсту правила „што је лакше пронаћи доказе, то је краћи дати рок.“

[42] У свом саопштењу о принципу предострожности, Европске заједнице изразиле су мишљење да „привремени период није везан временским ограничењем већ развојем научних сазнања (Japan‘s appellant‘s submission, paras. 69, 70, Communication from the Commission on the Precautionary Principle, Brussels, 2. 2. 2000, COM (2000)1, para. 4.399). С друге стране, Сједињене Државе су се супротставиле томе да уобичајено значење „привремено“ указује на то да мера може са узети за ограничено време, што је једнако разумном временски период из друге реченице члана 5.7 СПС-а. (Appellate Body Report, Japan – Agricultural Products,

изазвао различита тумачења.[43] Јавила се и основана забринутост да овај концепт предострожности не садржи одговор на дугорочне ризике, већ дозвољава само привремене и ванредне мере, иако се самтра са Апелационо тело тумачило члан 5.7 Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама без коришћења термина „привремено.“[44]

3. ДОМЕТИ ПРИМЕНЕ ПРИНЦИПА ПРЕДОСТРОЖНОСТИ У ПРАВУ СТО

Оцена домета примене концепта принципа предострожности у праву СТО је видљиво отежана недостатком директне усмерености и недовољности посредно изведене правне основе,при чему пракса решавања спорова СТО добија на значају у погледу заокружења садржине датог концепта. Међутим, консеквентни закључци о датом питању су и даље последично ограничени недостатком широке праксе решавања спорова у овој организацији и њеном неуједначеношћу и некохерентношћу.

И поред ставова да принцип предострожности није научно заснован приступ у бављењу ризиком и као такав такав не би требало да буде основа за доношење одлука у овој области.[45] Јасно је да пажљиво изнијансирана верзија принципа предострожности, са прецизно подешеном равнотежом између права на заштититу здравља људи и животне средине и обавезе избегавања протекционизма у међународној трговини може бити и разумна и корисна у међународним оквирима,[46] а да при том не буде у супротности са технолошким иновацијама.

У оцени домета правне регулативе у контексту овог принципа треба поћи од оцене да само могућност да се макар посредним путем, омогући примена принципа предострожности у праву СТО заслужује позитивну прелиминарну оцену. Генерално гледано, највећа заслуга принципа предострожности у праву СТО је то што је успео да покаже забринутост јавности и искаже легитимност потребе фаворизовања заштите јавног здравља и животне средине у односу на краткорочне комерцијалне интересе у међународној трговини.[47] Због тога се може рећи да се ради о позитивном искораку

para. 34.) С друге стране, Апелационо тело није термин „привремено“ користило као посебан захтев, али је сматрао да сва четири елемента морају бити испуњена да би се дата нера могла квалификовати као „привремена мера“ према члану 5.7 СПС-а. (Appellate Body Report, Japan – Agricultural Products, para. 89).

[43] Упор: B. Eggers, 192.

[44] Упор: B. Eggers, 194-195.

[45] Упор: M. Wagner, 737.

[46] Упор: M. Wagner, 713.

[47] Упор: R. Andorno, 16.

према стратешком циљу успостављања равнотеже између јавног здравља, екологије и либерализације међународне трговине,[48] посебно када се он упореди са приступом у ГАТТ-у из 1994. године.

У праву СТО, базични концепт добија другачији изведени облик и садржину путем примене прецизно дефинисаних услова примене принципа предострожности у праву СТО. То посебно важи за услове везане за обавезу прибављања додатних информација неопходних за објективнију процену ризика, као и обавезу преиспитивања дате мере у разумном временском периоду. Иако такве активности обично прати примена принципа предострожности, они у базичном концепту не представљају правне услове за његово коришћење. Јасно је да ове модификације највећим делом рефлектују чињеницу да су дата правила донета у циљу уклањања трговинских баријера и да би се подстакла међународна трговина.[49]

У том циљу и правила СТО која дају правну основу за примену принципа предострожности подлежу општим ограничењима приликом примене,[50] а то је правило да се морају применити у контексту Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама и под његовим условима. Последично, овакв приступ отежава ефективно остваривање принципа предострожности и свакако умањује опсег потенцијалне примене принципа предострожности. Тако исказан, опрезан, приступ у примени принципа предострожности,[51] по свим својим консеквенцама се не чини пуноправним отелотворењем принципа предострожности у базичном смислу.[52]

У недостатку прецизнијих одредби Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама , садржина и опсег примене принципа се додатно битно уобличују праксом решавања спорова у СТО.[53] У датој пракси, интерпретација садржине и примене овог принцпа добија додатно измењени и по правилу, редукованији облик и рестриктивнију садржину. Тако напред изнето тумачење у пракси решавања спорова СТО у погледу недовољности релевантних научних доказа представља рестриктивнији опсег примене принципа предострожностиу праву СТО у односу на базични концепт. Међутим, и даље нису потпуно и прецизно искристалисани захтеви те праксе,[54] тако

---

[48] Akawat Laowonsiri, „Application of the Precautionary Principle in the SPS Agreement", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 14, 2010, 567.

[49] Упор: J. S. Applegate, 239.

[50] Да се чл. 5.7. не може користити за избегавање нормалнох тумачење одредби СПС-а је потврђено одлукама Апелационог тела СТО. I. Упор: Cheyne, 5.

[51] Упор: Cai & Kim, 14.

[52] Упор: M. Wagner, 741.

[53] Исти је случај и у појединима државама. О датој пракси у Мађарској: Istvàn I. Olajos, „Princip predostrožnosti u praksi mađarskog Ustavnog suda i povezane poljoprivredne inovacije", *Зборник радова ПФНС,* 4/2019.

[54] Упор: R. Andorno, 15.

да остаје читав низ недоречености у овој области и то посебно у погледу научне заснованости.[55]

Постојећи нормативни основ и пракса решавања спорова у СТО показују да је принцип предострожности добио своју номиналну потврду у Споразуму о санитарним и фитосанитарним мерама али у веома специфичном и ограниченом облику. Фактички се конституише сопствена верзија принципа предострожности. Она се може оквалификовати као концепт sui generis који своју примену добија у међународном трговинском праву.[56] При томе, он добија релативно уску садржину која не омогућава државама да адекватно реагују у ситуацијама регулације ризика које покрива дати принцип. То је пак супротно интенцијама базичних међународних еколошких декларација о његовој екстензивној примени.[57]

Међутим, пракса решавања спорова је потврдила да чак и овако редукован принцип предострожности није нашао своју ефективну примену, јер у пракси решања спорова ниједна привремена мера из чл. 5.7. није добила правну потврду Апелационог тела. То је навело поједине ауторе да искажу доста радикалан став да упркос свим назнакама и променама, принцип предострожности остаје и даље неспојив са правилима СТО. Ово мишљење поткрепљује једна основна чињеница. Наиме, државе које се позивају на принцип предострожности у знак заштитне политике никада нису успеле у својим захтевима.[58] Систем изузетка овог споразума, према прихваћеним тумачењима захтева увек довољан доказ за постојање ризика, те на тај начин искључује примену принципа предострожности, који је везан за случајеве постојања научне неизвесности. У том погледу је посебно илустративан случај *ЕК*-Asbestos.[59]

4. ПЕРСПЕКТИВЕ ПРИМЕНЕ ПРИНЦИПА ПРЕДОСТРОЖНОСТИ У ПРАВУ СТО

4.1. Нове технологије и примена принципа предострожности

Нови технолошки развој даје нам могућност да нанесемо штету не само постојећим већ и будућим генерацијама у области животне средине и јавног

[55] Упор: I. Cheyne, 5.

[56] Упор: I. Cheyne, 5.

[57] У чл. 15. Рио Декларације Конференције УН о животној средини и развоју инсиситира se на широкој примени принципа предострожности, јер се наводи „да би се животна средина заштитила, земље морају, у складу са својим могућностима, у што већој мери примењивати превентивне мере.“

[58] Упор: E. Vecchione, 156.

[59] Izveštaj o slučaju *EC – Asbestos,* VT/DS135/AB/R, par. 167.

здравља. Изазов суочавања са неизвесним ризицима данас постаје све ургентнији због убрзаног технолошког развоја у последњим деценијама, а који ствара потенцијално штетне ефекте без преседана, са глобалним димензијима,[60] јер могу на неповратан начин наштетити здрављу и физичком интегритету читавих популација и животној средини планете (вода, атмосфера, клима, биљке и животиње). Примери из скорашње праксе то илуструју,[61] а опасност се све више увећава [62] по разним основама, уклучујући и климатске промене са свим њиховим последицама или загађење од ендокриних дисруптора.[63]

Таква глобална кретања последично јачају значај принципа предострожности,[64] јер он није ништа мање него позив на опрез када се ради о технологијама које могу бити потенцијално штетне по јавно здравље и животну средину.[65]

Јасно је да сам базични принцип предострожности не нуди унапред одређено решење за сваки нови проблем који покреће научна несигурност. Супротно томе, он је само водећи принцип који пружа корисне критеријуме за одређивање најразумнијег правца деловања у суочавању са ситуацијама потенцијалног ризика. Оптимални циљ је свакако промовисање и ефективна примена концепта предострожности у праву СТО, који ће одговорити снажним изазовима које носи техничко-технолшки развој. Можемо рећи да је овај принцип „предуслов“ или „кључни темељ“[66] одрживог развоја. Он представља покушај проналажења инструмента који обезбеђује добар квалитет живота за садашње и будуће генерације,[67] односно који „задовољава потребе садашњости без угрожавања способности будућих генерација да задовоље сопствене потребе“.

Начело предострожности је далеко од антитезе науци или технолошким иновацијама. Има за циљ промоцију алтернативних начина развоја (сигур-

---

[60] Упор: R. Andorno, 11.

[61] Најновији и познати примери потенцијалних опасности су конзумација генетски модификоване хране, употреба хормона раста у узгајању стоке, болест „лудих крава“, коришћење ПВЦ-у играчкама. Упор: R. Andorno, 12.

[62] Исто тако, произвођачи хемикалија створили су велики број производи за пољопривредне, фармацеутске, професионалне и рекреативне сврхе који изазивају сумњу да могу бити ризични по егзистенцију људи, животиња или биљака. Упор: M. Wagner, 750.

[63] Ендокрини дисруптори су супстанце које изазивају забринутост (енг. Substances of Very High Concern – SVHC). Ове супстанце су класификоване као супстанце које доводе до поремећаја рада ендокриног система или дају повода за подједнаку забринутост. Оне могу негативно утицати на рад хормонског система, а самим тим и на развој и функционисање људског организма. Упор: M. Wagner, 762.

[64] Упор: M. Wagner, 759.

[65] Упор: R. Andorno, 11.

[66] Упор: Cai & Kim, 1.

[67] Упор: R. Andorno, 12.

није и чистије технологије) како би се осигурао добар квалитет живота садашњим и будућим генерацијама. Међутим, поставља се питање колико ће право СТО, у контексту овог питања, бити одговарајуће.

Претходна анализа је показала да примењени концепт принципа предострожности не даје оптималан одговор на ургентне и комплексне захтеве ове материје. Прихватање овог принципа у редукованом облику, посебно не задовољава интересе јавног здравља, који заслужују приоритентан третман.[68] Континуирани напредак биотехнологије и сви непредвидиви дугорочни ризици[69] тог процеса, снажно аргументују наведено залагање. Битно ограничавање примене овог принципа у виду привремености, а кога прате захтеви за додатним информацијама за објективнију процену ризика у разумном року, уз рестриктивну праксу тумачења, свакако нису адекватан одговор СТО на све веће ризике који нужно прате овај правц технолошког развоја.

4.2. Могући правци деловања

Из напред изложених ставова јасно је да постојећи изведени концепт принципа предострожности у СТО није достатан ни тренутним потребама, па се стога не може уопште говорити о његовој спремности да одговори растућим изазовима који се последично увећавају са технолошким развојем, иако о томе постоје и другачији ставови.[70]

У таквој ситуацији се основано поставља питање како превазићи неадекватност тренутног правног режима у СТО, који се карактерише управо недостатком формално правног основа за примену принципа предострожности, а које као такво није у стању да пружи једнообразан одговор на тешка питања која произлазе из употребе нових, потенцијално штетних технологија.

Нови услови диктирају другачији приступ. Суочена са неизвесним ризицима, мудрост политичких власти састоји се у проналажењу одговарајуће равнотеже између две крајње позиције: с једне стране ирационалног страха од нових технологија из разлога што су нове и с друге стране, неодговорног, пасивног односа према производима или активностима који би заиста могли бити штетни.[71]

На датим основама, могуће је размишљати у неколико праваца.[72]

---

[68] Упор: A. Laowonsiri, 573.

[69] Упор: B. Eggers, 188.

[70] Постоје мишљења да је постојећа пракса примене датог приниципа флексибилна, прагматична и само има опрезан приступ неизвесностима које карактеришу нове технологије попут генетских модификација. J. S. Applegate, 248.

[71] Упор: R. Andorno, 11.

[72] Упор: M. Wagner, 765.

Први је приступ од случаја до случаја, који подразумева задржавање постојећег регулаторног оквира, али уз интерпретативну еволуцију која ће одговарати новим потребама. Овај приступ полази од става да принцип предострожности има много већи потенцијал у праву СТО него што се то уобичајено остварује и постоје механизми које би тај потенцијал реализовали. То би било могуће остварити користећи уобичајена правила тумачења међународних уговора и у светлу разјашњења уговорног контекста, његовог предмета и сврхе. И поред колебљивости у ставовима, значај и потреба еволутивног тумачења постојећих правила СТО апострофирала је и сама пракса решавања спорова, која јер апострофира потребу да „се правила СТО требају тумачити у светлу савремене бриге заједнице народа о заштити и очувању животне средине.[73] Постојећу колебљивост праксе у решавању спорова СТО у том погледу је могуће превладати ако би се принципу правне предострожности изричито признао правни статус општег начела међународног права.[74] Тренутно важећи став је да је то „непотребно а вероватно и непромишљено пожуривање“ [75] и да још нема ауторитативних основа за дефинисање коначног става. На основу датих ставова, досадашња пракса решавања спорова у СТО је имплицитно третирала принцип предострожности као могући приступ, а не као обавезујуће правило. Круцијални аргумент за промену става би могао бити широка правна распрострањеност принципа предострожности на националном и међународном нивоу. Иако за сада о томе не постоји сагласност у теорији[76] то би омогућило његову директну примену у праву СТО чиме би се начинио додатни искорак у овој области.

С обзиром на потешкоће у проналажењу одговарајуће равнотеже између правила о либерализацији трговине и политике заштите животне средине, важи и оцена да је непримерено да се таква значајна питања препуштају Панелу и Апелационом телу СТО. Негативна страна овог решења је и то што би и даље остао проблем изостанка системске регулације и њене кохерент-

---

[73] Appellate Body Report, US–Shrimp, supra note 76.

[74] Упор: Xiang Kong and Hong-ling YANG, „Green Trade Barriers and the Protection of Global Ecological Environment.“ *World Regional Studies* 2010, 88.

[75] Наведени приступ је служио и као основа за одређење у случају коришћења генетски модификованих организама. У случају коришћења ГМО технолгије, ЕК се такође позвала на принцип предострожности као „пуноправни и општи принцип међународног права“. Панел је понављајући ставове из случаја ЕК-хормони, утврдило да је дебата том питању у току и да је рано за заузумање дефинитивних ставова.

[76] Неки истраживачи сугеришу да је принцип предострожности прерастао у у међународно правни принцип којег ниједна земља не може да се одрекне, посебно због његове примене у бројним мултилатералним уговорима. Насупрот томе, постоје мишљења да он још није препознат као општи принцип у међународном праву. Шире: Cai & Kim, 1.

ности. Ипак, упркос свим овим приговорима, и даље се чини да поступак решавања спорова пружа најбољу опцију – бар као премошћујући механизам. Не само да је лако доступан, већ и има доказану ефективност.[77] Међутим, могућност реализације овог модела решавања датог проблема, услед великих неслагања око вредности, интереса и приоритета између чланица СТО, нужно умањује могућност његове примене у пракси.[78]

Други правац подразумева надоградњу постојећег правног оквира СТО и то у неколико модела. Технички најчистија опција би била измена и креирање чврстог правног оквира за принцип предострожности у СТО. Ово је мало вероватна опција с обзиром на хронични проблем несагласности држава чланица СТО. [79] То логички важи и за могућност да се постојећи правни оквир надогради.

У таквим условима, независно да ли се ради о парцијалној или системској правној регулативи, када су вероватноће да се до њих дође мале, могуће је размишљати и о трећем приступу, а то је израда новог плурилатералног споразума изван система СТО. У проширеној верзији овај приступ би укључивао и премештање и сегментирано препуштање спорова из ове области другим институцијама изван СТО, као што је нпр. Међународни суд за право мора.[80] Међутим, оваква комплексна трансформација због тежине својих промена има најмање шанси за реализацију.

Независно од неизвесности у погледу њихове реализације, у садржинском смислу је битно профилисати таква нормативна решења која би онемогућила да постану предмет злоупотребе којом би се они претворили у нове облике неоправданих трговинских баријера.[81] Посебну пажњу би требало дати регулисању питања садржине мера које могу да се предузимају у циљу заштите од неизвесних ризика. Није забрана једини могући одговор у тим ситуацијама. Потребно је утврдити изнијансирани систем којим се не треба у потпуности одрицати од потенцијално корисне технологије, али тако да се оптимално минимизирају очекиване штете. Постизање пропорционалности у том пголеду би био могући жељени стандард.[82]

---

[77] Упор: M. Wagner, 768.

[78] Упор: I. Cheyne, 18.

[79] Упор: M. Wagner, 767.

[80] Упор:Ryan L. Winter, „Reconciling the GATT and WTO with Multilateral Environmental Agreements: Can We Have Our Cake and Eat it Too?“, *11 COLO. J. INT'L ENVTL. L. & POL'Y* 223 2000, 252.

[81] Шире о новим тзв. зеленим трговинским баријерама: Nicholas Kalaitzandonakes, „Cartagena protocol: a new trade barrier.“ *Regulation* 29, 2006; Eric Neumayer, "Greening trade and investment: environmental protection without", *Routledge,* 2017.

[82] Упор: J. S. Applegate, 253.

5. ЗАКЉУЧАК

Оцена домета принципа предострожности у праву СТО је отежана услед непостојања адекватне правне основе, али и незаокружености и некохерентности праксе решавања спорова у овој организацији.

Ипак, може се закључити да изведени концепт примене принципа предострожности и његова интерпретација у пракси решавања спорова редукују опсег његове примене у односу на базични концепт. Такво стање посебно не може да одговори потребама технолошког развоја који неминовно доводи до увећаног ризика у погледу утицаја на животну средину, здравље људи и биљни и животињски свет. У таквим околностима када расте значај примене овог принципа потребно је пронаћи одговарајућа правна решења којима ће се обезбедити њихова оптимална примена. У том контексту, могући су различити модели деловања, са свим својим ограничењима. Међутим, извесност успешне примене свих ових модела је врло спорна, због великих разлика у ставовима земаља чланица, иако се као најефикаснији модел издваја интерпретативна еволуција праксе решавања спорова.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Agreement on Technical Barriers to Trade, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm, 9. септембар 2021.

Andorno, Roberto, „The precautionary principle: a new legal standard for a technological age.“, *Journal of International Biotechnology Law* (JIBL), n° 1, 2004.

Applegate, John S., „The Prometheus principle: using the precautionary principle to harmonize the regulation of genetically modified organisms.“, *Indiana Journal of Global Legal Studies,* 2001.

Van Asselt, Marjolein B. A. and Ellen Vos, „The precautionary principle and the uncertainty paradox”, *Journal of risk research* 9.4, 2006.

Vecchione, Elisa, „Is it Possible to Provide Evidence of Insufficient Evidence – The Precautionary Principle at the WTO.“, *Chi. J. Int'l L.* 13, 2012.

General Agreement on Tariffs and Trade 1994 https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/06-gatt_e.htm, 9. септембар 2021.

Дивљак, Драго, „Светска трговинска организација и вишестрани међународни споразуми о заштити животне средине*“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС*), 3/2012.

Eggers, Barbara, „The precautionary principle in WTO law.“, *Diss. Staats-und Universitätsbibliothek Hamburg Carl von Ossietzky*, 2001.

Kalaitzandonakes, Nicholas, „Cartagena protocol: a new trade barrier.”, *Regulation* 29, 2006.

Kong, Xiang and Yang, Hong-ling, „Green Trade Barriers and the Protection of Global Ecological Environment.”. *World Regional Studies,* 2010.

Laowonsiri, Akawat, „Application of the Precautionary Principle in the SPS Agreement", *Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 14*, 2010.

Надић, Дарко, „Принцип предстрожности као базични принцип еколошке политике", *Годишњак ФПН* 02 2008.

Neumayer, Eric, "Greening trade and investment: environmental protection without protectionism.", *Routledge*, 2017.

Olajos, Istvàn I. „Princip predostrožnosti u praksi mađarskog Ustavnog suda i povezane poljoprivredne inovacije", *Зборник радова ПФНС,* 4/2019.

Ruessmann, Laurent A., "Putting the Precautionary Principle in its Place: Parameters for the Proper Application of a Precautionary Approach and the Implications for Developing Countries in Light of the Doha WTO Ministerial", *American International Law Review*, Vol. 17, No. 5, 2002.

Runge, C. Ford, „Trade protectionism and environmental regulations: The new non-tariff barriers.", *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 11, 1990.

The WTO Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS Agreement), https://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsagr_e.htm, 9. септембар 2021.

Cai, Y. & Kim, E., „Sustainable development in world trade law: application of the precautionary principle in Korea-radionuclides.", *Sustainability*, *11*(7), 2019.

Cheyne, Ilona. „Gateways to the precautionary principle in WTO law.", *Journal of Environmental Law* 19.2, 2007

Wagner, Markus, „Taking Interdependence Seriously: The Need for a Reassessment of the Precautionary Principle in International Trade Law.", *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 20, 2011.

Winter, Ryan L., „Reconciling the GATT and WTO with Multilateral Environmental Agreements: Can We Have Our Cake and Eat it Too?", *11 COLO. J. INT'L ENVTL. L. & POL'Y,* 2000.

Drago Lj. Divljak
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Divljak@pf.uns.ac.r

Application of the Precautionary Principle in the WTO – Reaches and Perspectives

Abstract: *The paper discusses the legal basis for the application of the precautionary principle in the WTO law, and determines the specifics of its application in relation to the basic concept of the precautionary principle. Special attention is paid to the analysis of the reach of this application in terms of opening up the optimal environmental protection. The paper also presents proposals for future normative solutions in this area with the aim of achieving an appropriate balance between the interests of international trade liberalization and environmental protection and accomplishing of the concept of sustainable development. With all the limitations related to the lack of adequate legal basis, but also the incompleteness and incoherence of the dispute resolution practice in the WTO, it can be concluded that the derived concept of application of the precautionary principle and its interpretation in the dispute resolution practice reduce the scope of its application in relation to the basic concept. Such a situation cannot meet in particular the needs of technological development, which inevitably leads to an increased risk in terms of impact on the environment, human health and flora and fauna. In such circumstances, when the importance of the application of this principle grows, it is necessary to find appropriate legal solutions that will ensure its optimal application. In this context, different models of action are possible, with all their limitations, the realization of which is quite questionable.*

Keywords*: precautionary principle, WTO, environmental protection, international trade, Agreement on Sanitary and Phyto-sanitary Measures.*

Датум пријема рада: 10.09.2021.
Датум достављања коначне верзије рада: 13.01.2022.
Датум прихватања рада: 23.01.2022.

Прегледни рад 331-053.2/.6]:006
doi:10.5937/zrpfns55-34655

Сенад Р. Јашаревић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Jasarevic@pf.uns.ac.rs

Дарко М. Божичић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
d.bozicic@pf.uns.ac.rs

ЛАКИ РАД ДЕЦЕ У МЕЂУНАРОДНИМ СТАНДАРДИМА И ЗАКОНОДАВСТВУ ОДАБРАНИХ СТРАНИХ ДРЖАВА*

Сажетак: *Заштита деце на раду била је једна од првих тема којима се бавило радно законодавство у свету. Ипак, уређење рада деце и даље представља једну од недовољно регулисаних области у радном праву. Унутар тога једна од новијих тема је тзв. лаки рад деце. Овај облик дечјег рада постоји одвајкада, нарочито у породици и домаћинству, па се сматра и корисним за стицање радних навика и искуства. Међутим, може бити и опасан и штетан. Циљ овог текста је да бацимо више светла на појам лаког дечјег рада, са акцентом на постојећу регулативу у свету и могућности за позитивно уређење ове области.*

Кључне речи: *рад, деца, лаки послови, заштита деце*

1) УВОД

Заштита деце на раду била је прва тема којом се бавило радно законодавство у свету.[1] Ипак, уређење рада деце и даље представља једну од недовољно регулисаних области у радном праву.

* Овај рад резултат је истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ који спроводи Правни факултет у Новом Саду.

[1] Први акт радног права, из 1802. године, био је британски Закон о здравственој и духовној заштити ученика и других лица запослених у предионицама и ткачницама памука

Мада је, захваљујући доношењу низа прописа којима је уређиван дечји рад током XIX века, остварен велики напредак у вези са заштитом деце на раду,[2] крајем прошлог века тај проблем се поново наметнуо. Светска економска криза, глобализација, продубљивање сиромаштва, поново су отворили питање неприхватљивог и штетног ”дечјег рада”, који је све масовнији.[3] Широм света данас постоје велики проблеми у вези са радом деце, као што су: запошљавање испод дозвољеног узраста, радна експоатација, принудни рад, „трефикинг“,[4] рад деце на опасним пословима.[5]

Поред опасног и штетног рада постоји и легалан рад деце.[6] То је првенствено рад у оквиру радног односа, који је у свим државама дозвољен на

и другим фабрикама (тзв. Закон о заштити дечјег рада). И каснији енглески закони тицали су се радноправне заштите деце – из 1819. и 1833. У истом периоду и друге развијене земље (нпр. Француска и Немачка – 1841. године) доносе сличне прописе. Вид: *Struggle for democracy, Child labour,* National Archives, UK, http://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/struggle_democracy/childlabour.htm; П. Јовановић, *Радно право,* Нови Сад, 2018, стр. 39.

[2] Заштита деце постоји како у међународном праву (у стандардима Уједињених нација, Међународне организације рада, Савета Европе, Европске уније), тако и у низу националних прописа. Та заштита односи се на низ питања, као што су: могућност заснивања радног односа (узраст), дозвољени (посебни) и штетни услови рада (опасни послови) за децу, обављање рада уз школу, школовање уз рад, рад у породици, пољопривреди. О овом проблематици видети више: *Young workers in the EU: Age limits & working time,* https://europa.eu/youreurope/business/human-resources/employment-contracts/young-workers/index_en.htm; П. Јовановић, *Рањивост деце/омладине и могућност односно забрана њиховог рада,* Радно и социјално право, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Београд, 2020, бр. 1, стр. 21; П. Јовановић, *Кључни аспекти допуштеног и недопуштеног рада младих,* Радно и социјално право, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Београд, 2019, бр. 1, стр. 1; С. Јашаревић, *Заштита деце у вези са радом у ЕУ,* Радно и социјално право, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Београд, 2020, бр. 2, стр. 5; С. Јашаревић, *Приказ законодавства одабраних земаља Европске уније о заштити деце на раду и заштити деце од дечијег рада, укључујући најгоре форме рада, МАП‘16 Пројекат,* Међународна организација рада, 2020.

[3] Међународна организација рада (МОР) разликује „child work“ (рад деце) и „child labour“ (дечији рад). Овај други појам подразумева нелегални облик рада деце – опасан и забрањен рад, док први обухвата све облике рада деце. Видети више: *World Report on Child Labour 2015: Paving the way to decent work for young people,* International Labour Organization (ILO), Geneva, 2015.

[4] Појам „Трефикинг“ је настао од енглеске речи ’trafficking’ и подразумева незаконити „трговину људима“ ради њиховог коришћења у сврху принудног рада, експлоатације, сексуалног ропства или сексуалне експлоатације.

[5] Према Светском извештају о дечјем раду (2015), глобалне процене дечијег рада од стране МОР за 2012. годину показују да упркос значајном напретку, још увек има 168 милиона деце широм света „заробљених у дечјем раду“, што чини готово 11% целокупне дечје популације. Деца на опасним пословима који директно штете њиховом здрављу, безбедности или моралном развоју, чине више од половине све деце (85 милиона у апсолутном износу). Видети на стр. 1 поменутог документа.

[6] Дететом се, по Конвенцији УН о правима детета из 1989. године (чл. 1), сматра: „свако људско биће које није навршило осамнаест година живота, уколико се, по закону који се

одређеном узрасту. Затим, ту је и тзв. лаки рад деце. У питању су послови које деца обављају мимо радног односа, на различитим узрастима, а практикују се: у току распуста, током школе, у породици и породичном домаћинству, у пољопривреди, у породичним радњама или предузећима, у области уметности, културе, спорта, рекламне делатности. Овакво радно ангажовање у свету је веома раширено и у основи се не сматра штетним, већ напротив – корисним. Тако дете стиче радне навике и искуство, упознаје се са корисним аспектима рада и професионалног живота у који ће касније ступити. Такође, у породици је таква помоћ често и неопходна.

Овакав рад се практиковао вековима и био је уобичајен, нарочито у сеоским подручјима. Зато дуго и није био споран, све док нису изучавањем штетног и опасног рада за децу запажени и неки негативни ефекти описаног радног ангажовања (злоупотребе деце, претерани рад, опасни услови рада за развој детета). Због тога су се и лаки послови за децу почели изучавати и регулисати.

Анализом постојеће регулативе и доступне литературе у свету дошли смо до закључка да је ”лаки рад деце” недовољно расветљен. Није систематично уређен или је потпуно нерегулисан (као нпр. код нас), а није ни довољно обрађен у литератури. Због тога ћемо у овом раду покушати да бацимо више светла на појам лаког рада, регулативу, проблеме у пракси, те могућности како да се тај рад квалитетно уреди.[7]

2) ПОЈАМ И ГЕНЕРАЛНИ УСЛОВИ ЗА ОБАВЉАЊЕ ЛАКОГ ДЕЧЈЕГ РАДА

Мада је прилично слабо видљив, лаки рад деце је веома раширен у свету. Према Међународној организацији рада (МОР) 66 милиона деце раде на пословима који не спадају у недозвољени рад. Ту улазе деца између 12-14 година која раде на лаким пословима који нису опасни мање од 14 сати недељно или деца између 15-17 година која раде на пословима који нису опасни (и раде мање од 43 сати недељно). Рад деце изван ових оквира МОР сматра опасним дечјим радом.[8]

примењује на дете, пунолетство не стиче раније.” Конвенција је ратификована код нас: Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 15/1990. и Сл. лист СРЈ – Међународни уговори бр. 4/1996 и 2/1997.

[7] Очекује се да се ово питање уреди и код нас, пошто је у припреми уредба о уређењу лаког рада (Министарство за рад, запошљавање, борачка и социјална питања формирало је радну групу која ће се бавити овим питањем).

[8] Из: *Frequently Asked Questions*, *Global estimates of child labour,* ILO, Geneva, 2016, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipec/documents/publication/wcms_575604.pdf

Приликом регулисања ове врсте рада деце и младих користе се углавном два појма „лаки рад“ или „лаки послови за децу“, при чему између та два појма нема суштинске разлике, односно схватају се као синоними.

Иако не постоји униформни, општеприхваћен појам лаког рада у свету, уочава се извесна уједначеност у овом погледу. Најједноставније речено, као *лаки рад деце се схвата сваки рад који по обиму, интензитету и структури неће бити штетан за дете.* У регулативи се углавном или утврђује дефиниција овог појма или се уз дефинисање утврђују и основни услови да би се лаки рад деце сматрао легалним. Услови за обављање лаког рада који се срећу у упоредном и међународном законодавству могу се поделити у две групе: 1. *генерални (општи) услови*, 2. *посебни услови* за обављање лаког рада.

Дефиниције лаког рада у упоредној пракси нису честе – више се иде на опис послова и генералних услова за њихово обављање. Навешћемо неке примере.

Према *Директиви Европске уније (ЕУ) бр. 94/33 о заштити младих на раду*[9] која представља оквирни документ за регулисање и одвијање рада деце уопште у ЕУ (чл. 3, ст. 1, д): „лаки рад“ (light work) означава сваки рад који, због својствене природе задатака које укључује и посебних услова под којима се обавља: (1) вероватно не може да буде штетан по безбедност, здравље или развој деце и (2) није такав да штети похађању школе, учешћу у програмима професионалног усмеравања или њиховој способности да стекну корист од обуке коју су добили;

Према Правилнику о заштити здравља на раду деце, адолесцената и младих Словеније, из 2015. године: „Лакши посао који под одређеним условима може да обавља дете старије од 13 година, је посао који по својој природи и условима: није штетан за безбедност, здравље и развој детета и није такав да негативно утиче на присуство детета у школи, његово укључивање у програме професионалног вођења или обуке које је одобрио надлежни орган, односно, његову способност да искористи дато образовање.”[10]

Према ирском Закону о заштити младих особа на раду, 1996, чл. 1: „Лаки рад“ подразумева сваки посао који није индустријски рад и који, због својствене природе задатака које укључује и посебних услова под којима се обавља, вероватно неће бити штетан по безбедност, здравље или развој деце, и

[9] *Directive 94/33/EC on the Protection of Young People at Work*, Official Journal of the European Communities, No L 216/12, 20. 8. 94.

[10] Рад деце на лаким пословима у Словенији детаљније је регулисан Правилником о заштити здравља на раду деце, адолесцената и младих, из 2015. године *(Pravilnik o varovanju zdravja pri delu otrok, mladostnikov in mladih oseb – ПЗД),* из 2015 (донела: Ministrica za zdravlje, dne 24. junija 2015, EVA 2015-2611-0033) и Правилником о издавању дозволе за рад деце, млађе од 15 година *(Pravilnik o izdaji dovoljenj za delo otrok, mlajših od 15 let – ПДД),* из 2018 (Ministrica za zdravlje, dne 5. aprila 2018, EVA 2018-2611-0013).

није такав да штети њиховом похађању школе, учешћу у програмима професионалног усмеравања или обуке одобреним од стране надлежних органа или њиховој способности да имају користи од добијених инструкција.[11]

Занимљив је аустријски приступ. У аустријском праву је, у чл. 5а. Закона о запошљавању деце и омладине, из 1987. године, тај појам одређен негативно.[12] Не сматра лаким радом ако прекорачи ниво радне способности која се очекује од детета. При томе се узимају у обзир његова/њена старост и лична развијеност.

Као што се из ових дефиниција види, углавном је у питању рад који није тешког типа (није индустријски – као што се наводи у Ирској, односно, не прекорачује ниво радне способности која се очекује од детета – Аустрија) и који не може да штетно утиче на: 1) безбедност, здравље или развој детета или 2) на школовање и ефекте образовања.

У складу са овим већина земаља или институција које уређују ове послове наводи неки сличан генерални услов за обављање лаких послова од стране деце. Ти услови тичу се опасности, тежине, узраста, похађања школе, врсте послова.

Према *Конвенцији Међународне организације рада (МОР) о минималним условима старости за заснивање радног односа* бр. 138 (1973), чл. 3, ст. 1:[13] Националним законима, односно прописима може да се дозволи запошљавање или рад особама од 13 до 15 година старости на лакшим радовима који: (а) нису штетни за њихово здравље или развој; и (б) не иду на штету њиховог похађања школе, учешћа у програмима професионалне оријентације или обуке које је одобрио надлежни орган или њихове способности да прате одређену наставу.[14]

У финском законодаству: „Особе испод 15 година могу да обављају лаке послове који нису опасни по њихово здравље или не утичу негативно на њихов развој или не утичу негативно на похађање школе.“[15]

Према праву Шкотске, лаки рад је посао који укључује задатке и услове који вероватно неће нашкодити: безбедности, здрављу или развоју, похађању школе, учешћу у стицању радног искуства, могућности да дете има користи од школе или стицања радног искуства.[16]

---

[11] *Protection of Young Persons Employment Act,* 1996, Ireland (ревидиран 18. маја 2021), https://revisedacts.lawreform.ie/eli/1996/act/16/revised/en/pdf?annotations=false

[12] Објављен у: Федерални службени гласник, бр. 599/1987.

[13] Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори бр. 14/1982.

[14] Да би се потпуно разумео појам лаког рада, треба имати у виду и остале ставове овог члана Конвенције.

[15] *Light work suitable for young persons,* Ministry of Economic Affairs and Employment of Finland, https://tem.fi/en/light-work-suitable-for-young-persons

[16] *Employment of Children, A Guide for Children,* Scottish Government, 2017, https://www.gov.scot/binaries/content/documents/govscot/publications/advice-and-guidance/2017/08/

У Аустрији лаки рад дозвољен је: ако није угрожено физичко или ментално здравље, развој или морал деце, нити су изложена ризику од несрећа и штетног утицаја топлоте, хладноће, влаге, штетних материја или зрачења, прашине, гасова или паре; рад не омета децу у похађању школе и у могућности да прате часове и нису онемогућена у извршавању својих верских обавеза; рад не траје више од два сата у току школских дана и дана када нема школе (при чему укупан број сати посвећених школским часовима и лаком раду не сме ни у једном случају да пређе 7 сати дневно).[17]

3) ПОСЕБНИ УСЛОВИ ЗА ОБАВЉАЊЕ ЛАКОГ РАДА

Поред горе описаних услова, који би се могли сматрати општим (генералним) условима за обављање лаког рада, многе земље (као и ЕУ), уредиле су и конкретније услове за такав рад. При томе се може запазити да у том уређивању ретко постоји систематичност. Углавном се питање лаког рада регулисало *ad hoc*, штурим одредбама које се налазе у законима о раду или актима који се генерално баве заштитом деце и младих у вези са радом. Број специјалних аката о лаком раду је изузетно мали.[18]

У упоредном законодавству посебни услови за обављање лаког рада односе се на: узраст, ограничења у погледу тежине рада, утицај на развој и школовање детета, похађање школе, радно време, дневни одмор, одмор у току викенда, недељни обим радног времена, годишње трајање рада, рад ноћу, одмор у току распуста, дозвољену делатност, добијање сагласности, надзор и вођење евиденција. При томе, веома често се посебни, углавном једноставнији услови постављају за област рада деце у области уметности, културе, спорта, рекламне и сличне делатности, као и за рад у породици, породичном домаћинству или фирми. Ипак, и овде је су услови безбедности, правилног развоја и неометања школовања незаобилазни.

Што се тиче *узраста* од када се ови послови могу обављати, уобичајено је да је то навршених 13 до 15 година, а често без ограничења у области уметности, филма, рекламне делатности и спорта.

Према поменутој Конвенцији МОР бр. 138 (7, ст. 3), надлежни орган ће одредити активности лаког рада у којима се може дозволити запошљавање или рад за децу од 13 до 15 година или изузетно од 12 до 14 година. У ЕУ

employment-children-guide-children/documents/00523181-pdf/00523181-pdf/govscot%3Adocument/00523181.pdf

[17] Закон о запошљавању деце и омладине, čl. 1-5.

[18] То је на пример Словенија, где су, додуше, одредбе о лаком раду садржане у два поменута акта.

општа граница за обављање лаког рада је 14 година старости, а одређене врсте лаког рада се могу обављати и са 13 година.[19]

У упоредном праву је ситуација следећа:

- *нема ограничења у погледу узраста* (у области уметности, филма, спорта и рекламне делатности),[20]
- *од навршених 10 година* (нпр. продаја на улици),[21]
- *од 11 година* (нпр. послови доставе новина),[22]
- *од 12 година* (нпр. лаки рад у породици,[23] независни рад по уговору,[24] лаки рад у пољопривреди или у кућном домаћинству),[25]
- *од 13 или 14 година* (највећи број земаља).[26]

---

[19] Према чл. 4, ст. 2, раније поменуте Директиве ЕУ забране рада деце се између осталог не односе на: (ц) децу која имају најмање 14 година а обављају лаки посао осим оног обухваћеног чланом 5; међутим, лаки рад осим оног обухваћеног чланом 5, могу да обављају и деца од 13 година у ограниченом броју сати недељно у случају категорија послова утврђених националним законодавством.

[20] Нпр. у Данској, Летонији, Исланду, Пољској, Француској, Норвешкој, Русији, Шведској, Великој Британији, Аустралији, Шпанији, Јапану.

[21] Нпр. Боливија – продаја на улици уз сагласност родитеља и надзор државе.

[22] Аустралија.

[23] Нпр. Нигерија.

[24] Нпр. Боливија.

[25] У Доминиканској Републици нпр.

[26] Нпр. 13 година – Аустрија, Данска, Немачка, Исланд, Латва, Пољска, Шведска, Швајцарска, Кенија, Јапан – углавном за ограничене послове, Бугарска (али само за филм и моделинг); 14 година – Албанија, Андора, Аустрија (поједини послови могу са 13, а неки са 14 година), Белорусија, Финска, Француска, Норвешка, Ирска, Исланд, Индија (за лаки рад у породици), Русија, Јемен, Литванија, Литхенштајн. Наведени подаци су преузети из анализе: С. Јашаревић, *Приказ законодавства одабраних земаља Европске уније*..., а за Индију из: *Child Labour by Other Means, The Hindy,* https://www.thehindu.com/opinion/editorial/Child-labour-by-other-means/article14546139.ece. За Норвешку: *Act (No. 62 of 2005) relating to working environment, working hours and employment protection, etc. (Working Environment Act),* https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=70972&p_country=NOR&p_count=1285&p_classification=01.02&p_classcount=12; За Латвију: *Labour Law (2001),* са изменама 2011 доступно на: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=60599&p_country=LVA&p_count=460&p_classification=01.02&p_classcount=20 За Исланд видети: *Regulation (of the Ministry of Welfare) regarding the work of children and adolescents, No. 426/1999,* неслужбени пребод на енглеском језику доступан у бази NATLEX МОР: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=64017&p_country=ISL&p_count=455 За Јапан: *Labour Standards Act* (Law No. 49 of 7 April 1947). Update translation to 2008: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=27776&p_country=JPN&p_count=644&p_classification=01.02&p_classcount=4 и *Labour Standards Regulations for Minors: Ordinance of the Ministry of Labour No. 13,* 1954 (доступно само на Јапанском језику, изузев неслужбеног превода листе опасних послова) https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=106508&p_country=JPN&p_count=644&p_classification=04.01&p_classcount=1 Поједини од поменутих примера у погледу узраста за рад не могу се сматрати до краја поузданим пошто се наводе из Википедије, која се у основи не сматра валидним научним извором за литературу (*Wikipedia, Legal Working Age, https://en.wikipedia.org/wiki/Legal_working_age).*

Радни услови за обављање лаког рада уређују се *генерално и конкретно* – када се регулишу поједини аспекти услова рада (радно време, одмори, ноћни, годишњи одмор итд).[27]

Добар пример оквирног – *генералног уређења,* представља решење које се налази у Правилнику о пословима на којима малољетник може радити и о активностима у којима смије судјеловати, суседне Хрватске, из 2014. године, у којем се законодавац везао за редовне радне стандарде већ утврђене у закону о раду.[28] Према чл. 7, ст. 2 Правилника: „Укупно раздобље трајања активности, дневно и недељно трајање активности те одмори за време трајања рада у снимању филмова, припремању и извођењу уметничких, сценских или других сличних дела не смеју угрожавати здравље, добробит, школовање или развој малолетника и *не смеју бити неповољнији од права која су у прописима о раду за малолетнике* прописана одговарајућим одредбама о радном времену, паузи, дневном и недељном одмору.“

У Директиви Европске уније (ЕУ) бр. 94/33 о заштити младих на раду се конкретније регулишу услови у погледу радног времена, ноћног рада, одмора. Максимално радно време може да износи 7 сати дневно и 35 сати седмично за лаки рад деце која не подлежу обавезном школовању.[29] Ноћни рад је забрањен уопште за децу испод 15 година и то између 20 и 6 сати (уз извесне изузеке за адолесценте, који се не тичу лаког рада).[30] Такође се предвиђа да у току 24 сата дете на раду мора имати минимални период одмора од 14 сати узастопно и 2 дана одмора у свакој недељи (у континуитету, ако је могуће) – ово, као и ограничење ноћног рада важи и за лаки рад.[31]

Поједине земље праве разлику у условима када је у питању узраст, као и чињеница да ли се ради у току школе или за време распуста. Као добар пример навешћемо уређење у Великој Британији (приказ је у облику табеле, ради лакше прегледности).

Ипак и те податке сматрамо релевантим јер је за сваку земљу наведен извор у којем се подаци могу проверити. Те публикације овде не наводимо због ограниченог обима.

[27] Правни основ за уређење представља чл. 7, ст. 3 Конвенције МОР бр. 138, ст. 3: „Надлежни орган ће утврдити *делатности* у којима се запошљавање односно рад може дозволити у складу са ст. 1. и 2. овог члана и *прописати број сати и услове* у којима се такво запослење, односно рад може изводити.“

[28] Народне новине, бр. 62/2010, 94/2014.

[29] Чл. 8. Директиве.

[30] Видети чл. 9. Директиве. Иначе, ова одредба се односи на све младе који раде, те исто тако важи и за младе који обављају лаки рад.

[31] Исто као и претходно. Видети: чл. 10. Директиве.

У току школе

	Максимални сати недељно	Максимум сати у школске дане и недељом	Максимум сати суботом
13 – 14 година	12	2	5
15 – 16 година	12	2	8

У току распуста

	Максимални сати недељно	Максимум сати у школске дане и недељом	Максимум сати суботом
13 – 14 година	25	5	2
15 – 16 година	35	8	2

Поред тога, генерална правила за децу између 13 до 16 година старости су да:

– не могу да раде пре 7 сати ујутру и после 19 сати увече;
– морају имати паузу за одмор 1 сат на сваких 4 сата рада;
– морају да имају паузу од рада од најмање 2 недеље у години.

Ако је млада особа изнад школског узраста, али млађа од 18 година, не сме да ради више од 8 сати дневно или више од 40 сати недељно. Исто тако, обично им је забрањено да раде између 22:00 и 6:00 ујутро, осим ако раде у одређеним професијама.[32]

Негде је уређено и годишње трајање радног времена, што сматрамо корисним како се лаки рад због претераног обима не би претворио у тежак облик рада за дете. У Словенији, према чл. 211/3 Закона о радним односима: „(3) Дете које је навршило 13 година такође може обављати лаке послове у другим активностима, али не дуже од 30 дана у календарској години током школских празника…“.[33]

У оквиру услова, поједине земље уређују и минималну зараду по сату малолетника на лаком раду. То је такође корисно решење, које треба да допринесе да се избегне експлоатација. Нпр. у Великој Британији, минималне зараде за младе испод 18 година у 2021. години износе £4.62, а за шегрте је то £4.30 (за старије раднике минимална зарада је нешто виша).[34]

[32] Текст у табели и касније наведено према: *Child Employment,* ChildLaw Advice, https://childlawadvice.org.uk/information-pages/child-employment/ Добар пример за уређење радног времена деце на лаком раду налази се и у тексту: *Child Work Permit,* Dorset Council, UK, https://www.dorsetcouncil.gov.uk/business-consumers-licences/licences-and-permits/child-work-permit/child-work-permit. Наиме, у Британији свака општина посебно уређује врсте и обављање лаког рада.

[33] *Zakon o delovnih razmerjih,* Словенија, 2013, Uradni list RS, št. 21/13, 78/13, 47/15, 33/16, 52/16, 15/17, 22/19, 203/20, 119/21.

[34] Из: GOV.UK, *National Minimum Wage and National Living Wage rates,* https://www.gov.uk/national-minimum-wage-rates (23. 9. 2021)

У великом броју земаља тражи се прибављање *дозволе или сагласности* за лаки рад деце – да не би дошло до злоупотреба. У том процесу учествује неколико лица, односно органа. Прво, родитељ (старатељ), који или подноси захтев за одобрење рада или мора са тиме да се сагласи.[35] Одобрење или дозволу најчешће издаје инспектор рада, а негде је то и администрација надлежна за безбедност на раду (нпр. Исланд),[36] префект (Француска). Понекад се уз сагласност тражи и мишљење стручног органа (нпр. центра за социјални рад) или лекара, најчешће када је ситуација нејасна (да ли је рад опасан или не). Обично родитељ подноси захтев надлежном органу.[37]

У овом погледу занимљиво је пољско решење, које треба да обезбеди видљивост и лаку контролу лаког рада деце. Тамо доношење посебног *акта о листи лаких послова код послодавца* спада у обавезне акте које доноси послодавац. Послодавац је дужан да сачини листу лаких активности, коју, након што се са њом сагласио лекар медицине рада, одобрава инспектор рада.[38]

Корисно је и да се пропише садржина захтева који подноси родитељ (старатељ) детета, како би између осталог могао лако да се утврди узраст детета, трајање и услови рада, као и да ли је постојала сагласност родитеља. Примера ради, према легислативи провинције Квинсленд у Аустралији, захтев родитеља за обављање лаког рада мора да садржи следеће податке: име детета, датум његовог рођења, назив потенцијалног послодавца, име другог послодавца за које дете ради, радне сате које дете ради за било којег послодавца, име родитеља, број сати у току којих је дете обавезно да похађа школу, изјаву родитељеве сагласности да дете обавља рад, потпис родитеља.[39]

Како су могуће, а и честе су злоупотребе дечијег рада, нарочито у мање развијеним земљама или у изолованим провинцијама, неопходно је обезбедити и државни *надзор* обављања лаких послова код деце. То је нарочито

---

[35] Занимљиво је да се углавном не помиње сагласност детета (која се вероватно претпоставља), без чега се овакав рад своди на принудни рад.

[36] Према чл. 34, раније поменутог Правилника о раду деце и адолесцената, из 1999, Исланда, за ангажовање деце у културним, уметничким, спортским и рекламним активностима мора се прибавити дозвола Администрације за здравље и безбедност на раду.

[37] Пример – Словенија, чл. 211/3, Закон о радним односима: „4) Дете може обављати послове из другог и трећег става овог члана (напомена аутора: у питању је „лакши посао“), уз претходну дозволу инспектора рада, коју издаје на захтев законског заступника. Поступак и услови за издавање дозволе од стране инспектора рада одређују се подзаконским актом.“

[38] Видети више: *Employment conditions of workers performing work in the territory of the Republic of Poland in the framework of temporary posting by an employer with the seat in another Member State of the European Union,* Warsaw, May 2015, https://www.pip.gov.pl/pl/f/v/134099/INFO, стр. 35.

[39] Водич државе Квинсланд. *Child Employment Guide,* Department of Justice and Attorney-General, Queensland Government, https://s3.treasury.qld.gov.au/files/ir-child-employment-guide.pdf, стр. 7. Сличне одредбе садржи и поменути словеначки Правилник о издавању радних дозвола за децу млађу од 15 година, у 4/1.

важно како се у форми пријављеног лаког рада у ствари не би одвијао тежак или нелегалан облик рада. Надзор по правилу врши инспекција рада или надлежно министарство (рада или за бригу о породици). Корисно је, да се ради праћења злоупотреба формира и национално надзорно тело за праћење лаког рада деце, у које би ушли представници релевантних и заинтересованих субјеката (државе, синдиката, послодаваца, стручњака, невладиних организација које се баве децом). Нпр. у Француској Заштитник (омбудсман) за децу (le Défenseur des enfants) са неколико владиних и невладиних организација и удружења надзире област добробити детета. Заједнички редовно идентификују проблеме у појединим областима и дају препоруке председнику Републике или влади за унапређење легислативе.[40]

Надзор оваквог рада омогућавају и одговарајуће *евиденције*. По правилу, у упоредној пракси се очекује да послодавац или било које друго лице (субјекат) који радно ангажује децу у неком облику лаког рада, поред евентуалног прибављања одобрења или дозволе, води и одређене евиденције о лаком раду (о условима рада и лицима која га обављају). Практикује се и *регистрација* обављања лаких послова код надлежног органа. У том смислу, Комитет експерата за примену конвенција и препорука МОР у више наврата тражио је од земаља чланица да обезбеде податке о учешћу деце у разним облицима лаког рада (генерално, о трајању радног времена, броју лица, броју дана, ангажовању у области културе, спорта и сличних делатности, рада на улици).[41]

4) ВРСТЕ ЛАКИХ ПОСЛОВА

У упоредној пракси се јављају различите листе лаких послова. Негде се ти послови наводе само типски (оквирно), понегде се мање или више детаљно категоришу према делатностима, врсти послова или мешовито. Такође, наводе се и посебно делатности у којима су забрањени овакви послови или врсте послова који нису прихватљиви. Пошто та листа може да буде веома дугачка, навешћемо само неке (карактеристичне) примере послова који се сматрају лаким и као такви су дозвољени за децу.

У неке од најчешћих лаких послова спадају: лакши канцеларијски посао (рачунање, сортирање, курирски послови, уређивање поште, фотокопирање);

---

[40] Вид: Rapports annuels de la Défenseure des enfants, https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/outils/rapports-annuels-de-la-defenseure-des-enfants и Children's Rights: France, Library of the Congress, https://www.loc.gov/law/help/child-rights/france.php

[41] Видети нпр: *Observation (CEACR) – adoptée 2010, publiée 100ème session CIT (2011)*

Convention (n° 138) sur l'âge minimum, 1973, https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P13100_LANG_CODE:2322587,en

запошљавање у продавници (лаки помоћни послови, уређивање излога, полица, означавање цена); рад у ресторанима, кафићима и сличним објектима (нпр. припрема и чишћење столова, састављање наруџбина, прање, прикупљање, паковање и сервирање хране, прављење сокова и других напитака); послови у пољопривреди, шумарству и вртларству (лакши рад на исхрани животиња, ручни рад у сетви и садњи, уклањање корова, брање, плевљење, садња и заливање и одржавање земљишта без употребе опреме); достава, разношење или сличан рад (лакши курирски посао или посао доставе хране, штампе, летака); рад на склапању и монтажи делова; обрада дрвета (ручна монтажа ситних делова); бојење (бојама које нису штетне за здравље); паковање; рад на складиштењу и у магацину (слагање лаких производа, мерење и бројање); чишћење – лаки рад (нпр. чишћење канцеларије, лакше чишћење унутрашњег простора); једноставнији рад на производним линијама (без оптерећења и покрета који се понављају, те као такви могу проузроковати оштећење костију и мишића или неприкладне психичке напоре); мањи помоћни задаци у индустрији (који не укључују рад са или у блиском контакту са супстанцама или машинама које могу бити штетне или опасне по здравље); шетање и храњење кућних љубимаца; помагање у спортским, културним, уметничким и другим манифестацијама (продаја карата, скупљање лопти, продаја пића и хране); лаки рад у породичном домаћинству са кратким трајањем, интензитетом и под надзором; лаки рад у радњама или предузећима у којима су запослени једино чланови породице, под надзором; учешће извођењу или други рад на уметничким, културним, телевизијским, филмским, модним и сличним програмима и догађајима; рад у оквиру ученичких задруга; други лаки послови који су слични горе наведеним, а који с обзиром на радно окружење, захтеве посла, одговорност, као и физички и психички стрес узрокован радом не могу да угрозе дете.[42]

Аустрија нпр. има веома кратку листу лаких послова, али зато предвиђа три групе ових послова: 1) лака помоћ, 2) лагане обавезе у домаћинству и 3) лаки рад. Прва врста рада се не регулише (потребно је само да није штетна), ако је таква помоћ кратког трајања, природа рада не одговара услузи коју

[42] Листа је настала на бази упоређивања већег броја листа лаких послова земаља у свету. Најисцрпнију и по нама најбоље систематизовану листу лаких послова нашли смо у поменутом словеначком Правилнику о заштити здравља на раду деце, адолесцената и младих, чл. 3. Једна од квалитетнијих је и листа града Лестера у Великој Британији: *Child Employment Rights,* Leicester Country Council, https://www.leicestershire.gov.uk/education-and-children/child-employment/child-employment-rights/types-of-work-for-children, као и провинције Алберта у Канади: *ES-youth-employment-proposed-light-work-list.pdf, Proposed Light Work List for Youth Employment, Alberta,* Canada, https://www.alberta.ca/assets/documents/ES-youth-employment-proposed-light-work-list.pdf Занимљива је и листа лаких послова у Финској, дата на: *Light work suitable for young persons,* Ministry of Economic Affairs and Employment of Finland, https://tem.fi/en/light-work-suitable-for-young-persons

пружају запослени, ученици на раду или домаћи радници, деца нису изложена ризику од несрећа и није им угрожено физичко и ментално здравље, развој или морал.[43] Други облик ангажовања (лаке обавезе у домаћинству) – може да спада у (недозвољени) дечји рад ако је штетан и опасан и омета образовање. Трећи облик лаког рада спада у прихватљиви дечији рад. Деца која су напунила 13 година могу се ангажовати ван радног времена предвиђеног за похађање школе за лаки рад у следећим случајевима: 1) ако раде у предузећима у којима су запослени само чланови породице власника, 2) ако раде у приватном домаћинству, 3) обављају послове лакше доставе, раде на спортским теренима и игралиштима, баве се скупљањем цвећа, трава, гљива и воћа, као и активностима еквивалетним овима.[44]

У Француској се, у Кодексу о раду,[45] прави разлика код лаких послова у погледу узраста. За одређене – лаке послове, могу се запослити лица испод узраста од 16 година, тако што је дозвољено: запошљавање деце у секторима забаве и сектору моде лица старости од 3 месеца;[46] лаки рад у току половине распуста за младе који имају 14 година;[47] лаки рад у предузећима у којима су запослени једино чланови породице, под надзором оца или мајке или старатеља, без обзира на узраст.[48]

Поред тога, лаки рад у Француској могу да обављају и ученици. Ученик може под надзором да врши лаки рад који је дозвољен малолетницима Кодексом о раду. Међутим, не сме да има приступ машинама и производима који су забрањени за малолетнике.

У Немачкој, према чл. 2. Правилника о заштити деце на раду, из 1998. године:

„(1) Деца изнад 13 година и малолетници који похађају основно образовање могу бити запослени на следећим пословима: 1. испорука новина, часописа, рекламних листова и рекламних брошура, 2. код куће и у пољопривредним домаћинствима могу им се поверити домаћи и баштовански послови, достава, брига о кућним љубимцима и куповина, осим куповине алкохолних пића и дуванских производа, 3. на пољопривредним газдинствима могу се бавити активностима везаним за бербу и обрађивање поља,

---

[43] Чл. 1 поменутог аустријског закона.

[44] Вид: Сенад Јашаревић, *Приказ законодавства одабраних земаља Европске уније…, op. cit,* стр. 15.

[45] Кодекс о раду (1910) представља у ствари компилацију већег броја прописа о раду и има 3.176 страница. Цео текст Кодекса може се видети на: *Code du travail Version consolidée au 21 février 2020*, https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050

[46] Чл. L. 7124-1 и чланови који следе, и R. 7124-1 и наредни чланови Кодекса о раду (даље: КР).

[47] Чл. L. 4153-3 КР.

[48] Чл. L. 4153-5 КР.

стављање у промет пољопривредних производа и сточне хране, 4. подела летака током спортских манифестација, 5. рад на некомерцијалним активностима и догађајима које организују цркве, верске заједнице, удружења, клубови и политичке странке, ако је такав рад према члану 5 (3) Закона о заштити младих на раду лак и одговарајући за младе.“ [49]

Посебан третман у оквиру лаког рада има *рад деце у културним, спортским, модним и другим активностима.* Овакав рад је често ослобођен ограничења када су у питању године, али не и услова у погледу штетности, безбедности или трајања. Иначе, типове и категорије овог рада је веома тешко детаљно уредити, па се углавном државе задовољавају општијим формулацијама.

Лаки рад деце у наведеним областима је у складу са чланом 31. Конвенције о правима детета из 1989. године, према којем: „државе уговорнице признају право детета на одмор и разоноду, на играње и *рекреативне активности* примерене узрасту детета и да *слободно учествују у културном животу и уметности*“.[50] У том контексту, битан је и чл. 32 Конвенције: ”Стране уговорнице признају право детета да буде заштићено од економског искоришћавања и од обављања било ког посла који би могао да буде опасан или би ометао школовање детета или би био штетан по здравље детета или за физички, ментални, духовни, морални или друштвени развој детета.” Наведено је и да Комитет УН за права детета: ”подржава став да деца и њихове заједнице кроз културни живот и уметност изражавају свој специфичан идентитет и значење које дају свом постојању, и изграђују свој поглед на свет који представља њихов сусрет са спољним факторима које утичу на њихове животе. Културни и уметнички израз се артикулише и ужива у кући, школи, на улици и јавним просторима, као и кроз плес, фестивале, занате, церемоније, ритуале, позориште, књижевност, музику, биоскоп, изложбе, филм, дигиталне платформе и видео.”[51]

По правилу, за лаки рад у овим областима у земљама чланицама ЕУ и многим другим земљама се тражи одобрење, у складу са условима које земље

---

[49] *Kinderarbeitsschutzverordnung – KindArbSchV,* 1998. Kinderarbeitsschutzverordnung (KindArbSchV) vom 23. Juni 1998 (BGBl. I S. 1508/ Савезни службени лист I, стр. 1508), http://www.gesetze-im-internet.de/kindarbschv/

[50] О овоме видети више: *Committee on the Rights of the Child, General comment No. 17 (2013) on the right of the child to rest, leisure, play, recreational activities, cultural life and the arts (art. 31),* United Nations, 2013. За активности деце у области спорта и рекреације видети нпр. више: *Child Labour and the Right of Children to Play,* Footbal Resource Play, International Labour Organization, 2013, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwioxqzA6LXzAhVF6qQKHdOyAJ4QFnoECAkQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.ilo.org%2Fipecinfo%2Fproduct%2Fdownload.do%3Ftype%3Ddocument%26id%3D24777&usg=AOvVaw12cC9LCzdiJThmt8B6l5Qq

[51] Поменути коментар, стр. 6.

утврде.[52] Потреба детаљнијег уређења услова и одобрења постоји и код нас јер: ”то пракса захтева и потреба да се рад деце учини „правно видљивим“, односно смање шансе за радну експлоатацију деце и њихов „рад на црно“.”[53] При уређењу треба имати у виду следеће мишљење Комитета УН за права детета: ”Право деце да слободно учествују у културном животу и уметности захтева да државе уговорнице поштују и уздрже се од мешања у приступ детета, избор и укључивање у такве активности, уз обавезу да обезбеде заштиту детета и развој у најбољем интересу детета. Државе уговорнице такође морају да обезбеде да други не ограничавају то право. Одлука детета да оствари или не оствари ово право је његов избор и као таква треба да буде призната, поштована и заштићена.”[54].

Колико ова област захтева пажљив и изнијансиран приступ најбоље илуструје пример француског законодавства. Пре навршавања 14 година дете или адолесцент може да ради у оквиру забавних програма, у биоскопима, у оквиру радија, телевизије или звучних снимања, као манекен, у компанији или удружењу чији је циљ да учествује у такмичењима са видео игрицама. У сектору забаве предвиђена су прецизна ограничења за децу од узраста 3 месеца надаље. Примера ради, према чл. 7124-27 КР запошљавање детета млађег од шест година које се бави манекенством може се одобрити само за: „1) Максимално дневно трајање: (а) један сат, од чега највише пола сата може бити непрекидно док дете не наврши три године; (б) два сата, од којих непрекидно не дуже од једног сата, у узрасту од три до шест година; 2) максимално недељно трајање: (а) један сат, до навршених шест месеци; (б) два сата, од шест месеци до три године; (ц) три сата, од три до шест година.“

---

[52] Видети раније наведени пример Словеније (одобрење од стране инспектора рада). Према Директиви о заштити младих на раду, ЕУ, члан 5: ”Културне или сличне активности: 1. Запошљавање деце у сврху обављања културних, уметничких, спортских или рекламних активности подлеже претходном одобрењу надлежног органа у појединачним случајевима. 2. Државе чланице ће законским или подзаконским прописима прописати услове рада за децу у случајевима из става 1. и детаље поступка претходног одобрења, под условом да активности: (и) вероватно неће штетити безбедности, здрављу или развоју деце, и (ии) нису штетни за њихово похађање школе, њихово учешће у програмима професионалног усмеравања или обуке које је одобрило надлежно тело, нити за њихову способност да имају користи од добијених инструкција. 3. Одступајући од поступка утврђеног у ставу 1., у случају деце од најмање 13 година, државе чланице могу, законодавним или регулаторним одредбама, у складу са условима које одреде, одобрити запошљавање деце у сврху наступа у културним, уметничким, спортским или рекламним активностима. 4. Државе чланице које имају посебан систем овлашћења за агенције за моделирање у погледу активности деце могу задржати тај систем.

[53] Вид П. Јовановић, *Упоредна анализа заштите деце на раду/заштита деце од дечијег рада у законодавству Републике Србије о раду за законодавством одабраних земаља, МАП‘16 Пројекат,* Међународне организације рада, 2020, стр. 33.

[54] Поменути коментар из 2013, стр. 6.

У сектору забаве, ноћни рад деце млађе од 16 година може бити дозвољен само до поноћи. Сразмерно узрасту, све до 18 година, прописани су слични одговарајући услови, с тим да се дозвољено трајање радног времена постепено продужава (чл. R.7124-29, 7124-30 KP).[55]

Имајући у виду ”рањивост” деце, многе земље предвиђају који су послови *забрањени* и не сматрају се лаким. Такви – опасни послови, се обично утврђују генерално, за све малолетнике који раде (у складу са Конвенцијом МОР бр. 182 о забрани и хитној акцији за укидање најгорих облика дечијег рада и Препоруком бр. 190 истог назива),[56] а негде су опасни послови и посебно прописани за категорију лаких послова (односно узраст испод којег је дозвољено запошљавање).

У Немачкој, у Правилнику о заштити деце на раду, у чл. 2 (2) оквирно се уређује које активности нису лаке и стога нису погодне за децу старију од 13 година. То су следећи послови: који укључују ручно руковање теретима који редовно прелазе максималну тежину терета од 7,5 кг или повремено максималну масу од 10 кг; изазивају физичко оптерећење због неповољног држања; код којих постоји ризик од несрећа, посебно због рада са машинама или бриге о животињама.[57]

Код нас, иако лаки рад није регулисан, имамо Уредбу о утврђивању опасног рада за децу, из 2017. године, [58] која садржи листу делатности које су опасне за рад деце испод 15 година. [59] То је иначе узраст код којег деца не могу бити у радном односу – што значи да могу само да буду у питању лаки послови, који су на тај начин индиректно легализовани.

5) ЗАКЉУЧАК

Лаки рад деце представља недовољно изучену и још увек непотпуно и несистематично регулисану област у радном праву у свету, као и код нас. Овакав рад јавља се одвајкада и постоји и данас у свим друштвима. Његово

---

[55] С. Јашаревић, наведени извештај МАП, стр. 50.

[56] Нпр. у Јапану је то листа о преко педесет послова, према раније поменутом Правилнику о стандардима рада за малолетне особе, из 1954. године, чл. 9. И у другим земљама то су веома детаљне листе.

[57] Нешто у том смислу садржи и наша Уредба о утврђивању опасног рада за децу (Сл. гласник РС, бр. 53/2017), чл. 5, ст. 2 као и списак бр. 1 – Штетности за децу; списак бр. 2 – Опасне околности за децу).

[58] Према чл. 1. Уредбе, тим актом утврђује се опасан рад за децу, узимајући у обзир ст. 3. и 4. Препоруке МОР број 190 о забрани и хитној акцији за укидање најгорих облика дечијег рада. Препорука је, као и поменута Конвенција бр. 182 ратификована у: Службени лист СРЈ – Међународни уговори, број 2/03.

[59] Видети: Списак бр. 4: Опасне делатности за децу млађу од 15 година живота.

дејсто може бити двојако. Може бити веома користан за стицање искуства и радних навика, а исто тако и штетан – опасан по развој, здравље, безбедност или да омета школовање детета. Због тога је веома важно да буде правилно сагледан (у погледу облика, услова за обављање) и као такав регулисан. То је један од задатака који очекује и Србију у циљу изградње друштва заснованог на владавини права, што нарочито подразумева заштиту рањивих категорија у свим облицима рада.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Struggle for democracy, Child labour, National Archives, UK, http://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/struggle_democracy/childlabour.htm;

Јовановић, Предраг, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2018.

World Report on Child Labour 2015: Paving the way to decent work for young people, International Labour Organization (ILO), Geneva, 2015.

Young workers in the EU: Age limits & working time, https://europa.eu/youreurope/business/human-resources/employment-contracts/young-workers/index_en.htm

Јовановић, Предраг, *Рањивост деце /омладине и могућност односно забрана њиховог рада,* Радно и социјално право, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Београд, 2020, бр. 2, стр. 21-60.

Јовановић, Предраг, *Кључни аспекти допуштеног и недопуштеног рада младих,* Радно и социјално право, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Београд, 2019, бр. 1, стр. 1-26

Јашаревић, Сенад, *Приказ законодавства одабраних земаља Европске уније о заштити деце на раду и заштити деце од дечијег рада, укључујући најгоре форме рада, МАП'16 Пројекат,* Међународна организација рада, 2020.

Јашаревић, Сенад, *Заштита деце у вези са радом у ЕУ,* Радно и социјално право, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Београд, 2020, бр. 2, стр. 5-26.

World Report on Child Labour 2015: Paving the way to decent work for young people, International Labour Organization (ILO), Geneva, 2015.

Employment of Children, A Guide for Children, Scottish Government, 2017, https://www.gov.scot/binaries/content/documents/govscot/publications/advice-and-guidance/2017/08/employment-children-guide-children/documents/00523181-pdf/00523181-pdf/govscot%3Adocument/00523181.pdf

Child Labour by Other Means, The Hindy, https://www.thehindu.com/opinion/editorial/Child-labour-by-other-means/article14546139.ece.

Child Employment, ChildLaw Advice, https://childlawadvice.org.uk/information-pages/child-employment/

Child Work Permit, Dorset Council, UK, https://www.dorsetcouncil.gov.uk/business-consumers-licences/licences-and-permits/child-work-permit/child-work-permit.

National Minimum Wage and National Living Wage rates, GOV.UK, https://www.gov.uk/national-minimum-wage-rates (23. 9. 2021)

Employment conditions of workers performing work in the territory of the Republic of Poland in the framework of temporary posting by an employer with the seat in another Member State of the European Union, Warsaw, May 2015, https://www.pip.gov.pl/pl/f/v/134099/INFO

Child Employment Guide, Department of Justice and Attorney-General, Queensland Government, https://s3.treasury.qld.gov.au/files/ir-child-employment-guide.pdf

Rapports annuels de la Défenseure des enfants, https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/outils/rapports-annuels-de-la-defenseure-des-enfants

Children's Rights: France, Library of the Congress, https://www.loc.gov/law/help/child-rights/france.php

Observation (CEACR) – adoptée 2010, publiée 100ème session CIT (2011), Convention (n° 138) sur l'âge minimum, 1973, https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P13100_LANG_CODE:2322587,en

Child Employment Rights, Leicester Country Council, https://www.leicestershire.gov.uk/education-and-children/child-employment/child-employment-rights/types-of-work-for-children

ES-youth-employment-proposed-light-work-list.pdf, Proposed Light Work List for Youth Employment, Alberta, Canada, https://www.alberta.ca/assets/documents/ES-youth-employment-proposed-light-work-list.pdf

Light work suitable for young persons, Ministry of Economic Affairs and Employment of Finland, https://tem.fi/en/light-work-suitable-for-young-persons

Јовановић, Предраг, *Упоредна анализа заштите деце на раду/заштита деце од дечијег рада у законодавству Републике Србије о раду за законодавством одабраних земаља, МАП'16 Пројекат,* Међународне организације рада, 2020, стр. 33.

Правни извори:[60]

Конвенција о правима детета (Convention on the rights of the child), Уједињене нације, 1989, Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 15/1990 и Сл. лист СРЈ – Међународни уговори бр. 4/1996 и 2/1997.

Директива бр. 94/33 о заштити младих на раду (Directive 94/33/EC on the Protection of Young People at Work), Европска унија, 1994. Official Journal of the European Communities, No L 216/12, 20. 8. 94.

Правилник о заштити здравља на раду деце, адолесцената и младих (Pravilnik o varovanju zdravja pri delu otrok, mladostnikov in mladih oseb – ПЗД), Словенија, 2015 (Ministrica za zdravlje, dne 24. junija 2015, EVA 2015-2611-0033)

Правилник о издавању дозволе за рад деце, млађе од 15 година (Pravilnik o izdaji dovoljenj za delo otrok, mlajših od 15 let – ПДД), Словенија, 2018 (Ministrica za zdravlje, dne 5. aprila 2018, EVA 2018-2611-0013)

Закон о заштити младих особа на раду (Protection of Young Persons Employment Act), Ирска, 1996, P 16, 1996, Ireland (ревидиран 18. маја 2021)

[60] Извори се такође наводе према редоследу навођења у тексту.

Закон о запошљавању деце и омладине, из 1987, Kinder- und Jugendlichen-Beschäftigungsgesetz (KJBG), Објављен у: Федерални службени гласник, бр. 599/1987.
Конвенција бр. 138 о минималним годинама старости за заснивање радног односа (Minimum age convention), Међународна организација рада, 1973, Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори бр. 14/1982.
Act (No. 62 of 2005) relating to working environment, working hours and employment protection (Working Environment Act), Норвешка, https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=70972&p_country=NOR&p_count=1285&p_classification=01.02&p_classcount=12
Labour Law (2001), са изменама 2011, Латвија, доступно на: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=60599&p_country=LVA&p_count=460&p_classification=01.02&p_classcount=20
Regulation (of the Ministry of Welfare) regarding the work of children and adolescents, No. 426/1999, 1999, Исланд. неслужбени превод на енглеском језику доступан у бази NATLEX МОР: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=64017&p_country=ISL&p_count=455
Labour Standards Act (Law No. 49 of 7 April 1947); Update translation to 2008, Јапан, https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=27776&p_country=JPN&p_count=644&p_classification=01.02&p_classcount=4
Labour Standards Regulations for Minors: Ordinance of the Ministry of Labour No. 13, 1954, Јапан (доступно само на Јапанском језику, изузев неслужбеног превода листе опасних послова) https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=106508&p_country=JPN&p_count=644&p_classification=04.01&p_classcount=1
Правилник о пословима на којима малољетник може радити и о активностима у којима смије судјеловати, 2014, Хрватска, Народне новине, бр. 62/2010, 94/2014.
Кодекс о раду (Code du travail), 1910, Француска, Code du travail Version consolidée au 21 février 2020, https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050
Закон о радним односима (Zakon o delovnih razmerjih), Словенија, 2013, Uradni list RS, št. 21/13, 78/13, 47/15, 33/16, 52/16, 15/17, 22/19.
Уредба о утврђивању опасног рада за децу, Србија, 2017 (Сл. гласник РС, бр. 53/2017)
Правилник о превентивним мерама за безбедан и здрав рад младих, Србија, 2016 (Сл. гласник РС, бр. 102/2016)
Конвенција бр.182 о забрани најгорих облика дечијег рада (Worst forms of child labour convention), МОР, 1999, Службени лист СРЈ – Међународни уговори, број 2/03).
Препорука МОР бр. 190 о забрани и хитној акцији за укидање најгорих облика дечијег рада (Worst forms of child labour reccomendation), МОР, 1999.

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

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

Light Child Work in International Standards and Comparative Legislation

Abstract**:** *The protection of children at work was one of the first topics addressed by labor legislation in the world. However, the regulation of child labor remains one of the insufficiently regulated areas in labor law. Within that, one of the newer topics is light work of children. This form of child labor has existed since time immemorial, especially in the family and household, so it is considered useful for acquiring work habits and experience. However, it can be both dangerous and harmful. In this paper, we present the light work topic, with an emphasis on the existing regulations in the world and the possibilities for a best solutions for regulation of this form of work.*

Keywords*: labour, children, light work, protection of children.*

Датум пријема рада: 29.10.2021.
Датум достављања коначне верзије рада: 16.11.2021.
Датум прихватања рада: 23.01.2022.

Оригинални научни рад 342.727:341.6(4)
doi:10.5937/zrpfns55-35291

Sanja V. Đajić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Djajic@pf.uns.ac.rs

FREEDOM OF EXPRESSION, STRONG LANGUAGE AND PUBLIC SERVANTS*

"The freedom of expression cases before the European Court of Human Rights are mostly about rights not to be shut up."[1]

Abstract: *The aim of this contribution is to examine the scope of the freedom of expression of private persons in their encounters with public servants while the latter is on duty. Such situations are bound to happen quite often, sometimes accompanied with intemperance and strong language, so the relevance of the application of human rights to these encounters could potentially be significant. Discussion will be presented against the case-law of the European Court of Human Rights in order to assess whether and to what extent freedom of expression protects against public servants. Given the tendency of the Court to set different scrutiny tests for different categories of expression, and to contextualize expressions and limitations imposed, the ambition of this contribution is to establish whether the Court has distilled a special set of rules for the use of strong language against civil servants while performing public duties. While a regular balancing exercise can include a variety of legitimate interests that potentially can limit freedom of expression, one particular interest will be singled out, that is the right to privacy of public servants and how the balancing of the right to the reputation of public servants with the freedom of expression of private persons can play out.*

Keywords*: freedom of expression, European Court of Human Rights, Article 10 of the European Convention on Human Rights, civil servants, strong language, insult.*

---

* The author gratefully acknowledges the support of the University of Novi Sad Faculty of Law Project (*Legal Tradition and New Challenges in Law*). This article is the result of the research conducted on this Project.

[1] Karen Reid, "Words in the workplace", *Freedom of Expression – Essay in honour of Nicolas Bratza* (eds. Josep Casadevall et al.), Oisterwijk, The Netherlands: Wolf Legal Publishers, 2012, 383-390, 383.

INTRODUCTION

The idea behind this article is to examine the relationship between the freedom of expression of citizens, on one hand, and public servants (civil servants, public officers),[2] on the other, and which is the road less travelled in otherwise abundant takes on freedom of expression. While freedom of expression usually arises in the context of the press or the general public who politically criticise elected officials, this freedom can also be situated within the context of encounters between private individuals and state authorities even if such situations are not in the spotlight as the former. On the other hand, such situations are bound to happen quite often, sometimes accompanied with intemperance and strong language, so the relevance of the application of human rights to these encounters could potentially be significant. Thus, the aim of the article is to examine the existing case-law of the European Court of Human Rights on this particular issue, alone and in conjunction with other rights and freedoms, in order to assess whether and to what extent freedom of expression protects against public servants. As this is a large group of persons who do not belong to the special category of politicians and public figures, and who do not have all possible instruments for the protection of their privacy or reputation as the latter, it would be illuminating to see how the balancing between the right to privacy and to the freedom of expression has been evolving.

The article will begin with the overview of the case-law of the European Court of Human Rights on freedom of expression cases involving public servants. The second part will address whether and to what extent freedom of expression provides protection against public servants and whether the existing case-law has distilled a separate category of expression subject to special rules. The third part will place the problem in a broader context of balancing between freedom of expression and right to privacy, or more precisely, between the freedom of expression and the right to reputation of public servants. This particular dichotomy is thus to be discussed from the perspective of the relationship between the right to the protection of dignity of public servants and the right of the public to speak to and about lower levels of state authority.

[2] Expressions "public servants", "civil servants" and "public officers" will be used interchangeably throughout the article as they denote in most general terms government employees other than those appointed or elected. This is because different terms are used in various national legal systems so in order to avoid restrictions which might arise due to the exclusive use of one particular expression, all terms encompassing specified category of government employees will be used. In addition, the European Court of Human Rights seems to use expressions "public servants" and "civil servants" interchangeably.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE-LAW ON FREEDOM OF EXPRESSION IN MATTERS INVOLVING ENCOUNTERS WITH PUBLIC SERVANTS

The freedom of expression envisaged in Article 10 of the European Convention on Human Rights (ECHR)[3] has been one of the cornerstones of the human rights protection established by the Strasbourg system.[4] This human right has been deeply embedded in the liberal doctrine and national legal traditions of Member States of the Council of Europe, so parliamentary democracies are difficult to be imagined without individual freedoms to express opinion in a variety of circumstances. It has also been recognized as a human right by a number of other international human rights instruments.

Article 10 (Freedom of expression) of the ECHR reads as follows:

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.
2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

Therefore, freedom of expression in all its varieties is the entitlement guaranteed by paragraph 1 of Article 10 which still can be limited under the conditions set forth in paragraph 2 of the same provision. However, there is a presumption in favour of freedom of expression.[5] The usual approach of the ECtHR is to scrutinize

[3] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed at Rome, Nov. 4, 1950, effective Sept. 3, 1953, 213 U.N.T.S 222, as amended by Protocol No. 11, ETS No. 155, entered into force on 1 November 1998 (hereinafter ECHR or Convention).

[4] "Freedom of expression has been described as the touchstone of all rights…. It is vital freedom for development, the functioning of democracy, and modern economies."- Kevin Boyle, Sangeeta Shah, "Thought, Expression, Association, and Assembly", *International Human Rights Law* (eds. Daniel Moeckli et al.), Oxford University Press: Oxford, 2010, 266.

[5] "The balancing, therefore, starts with the presumption in favor of freedom of expression, the exceptions to which must be narrowly construed." – Eric Barendt, *Freedom of Speech*, Oxford University Press: Oxford, 1985, 65.

whether the expression in question can come under the scope of Article 10[6] and then to proceed with an analysis of the second paragraph of Article 10, which are the conditions for lawful limitation of the freedom. This analysis requires answers to questions whether a limitation has been prescribed by law and pursued a legitimate aim, and whether such limitation was necessary in a democratic society which requires the application of the so-called proportionality test in assessing if there was a less intrusive way to protect a legitimate aim without unnecessarily limiting the right to speech.[7]

While it is clear that the issue of expression will more likely appear within the context of political debate and the freedom of the press, this still does not exclude a number of diverse situations in which freedom of expression can protect speech or other manifestations of one's opinion and belief. The relevance and recognition of different facets of freedom of expression have been amply proven by the case-law of the Strasbourg Court. The Court's landmark decisions on freedom of expression in democratic societies have become famous and its findings on the nature and relevance of expression have resonated in a number of the Court's decisions:

> "In this connection, the Court has to recall that freedom of expression, as secured in paragraph 1 of Article 10 (art. 10-1), constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfillment. Subject to paragraph 2 (art. 10-2), it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society'."[8]

---

[6] The ECtHR can dismiss the claim on the basis that particular type of expression does not fall under the scope of Article 10. See, e.g. *Garaudy v. France*, App. no. 65831/01, Decision of 24 June 2003; *Norwood v. The United Kingdom*, App. no. 23131/03, Decision of 16 November 2004; *Witzsch v. Germany* (no. 2), App. no. 7485/03, Decision of 13 December 2005.

[7] General principles applicable to limitations: "Legality: any limitation on a freedom must be set down or prescribed in law. A restriction cannot be legitimate where it is the arbitrary whim of an official. National law must set out the ground of restriction in clear and precise terms. Legitimate aim: the interference or restriction must follow a legitimate purpose, that is, be based on one of the exhaustive grounds of limitation listed in the international standards which define the freedom. Proportionality: the restriction must be 'necessary' in the sense that there is 'a pressing social need' for it and that any measure taken in the minimum required to achieve the purpose of the limitation in a democratic society. Presumption of freedom: freedom is the rule, its limitation is the exception. … The onus is on the authorities in the particular case to show that it is legitimate to restrict it." – K. Boyle, S. Shah, *op. cit*., 258.

[8] *Lingens v. Austria*, App. no. 9815/82, Judgment of 8 July 1986, para. 41. (This particular phrase has been used in around 300 judgments of the Court).

An exchange of ideas and information seems to be of the utmost importance in cases involving so-called political speech which includes politicians and the press,[9] public debate of a range of actors on a variety of issues,[10] broad public discussions on issues for society as a whole,[11] and so on. A common approach to political speech has been to limit the margin of appreciation of states in order to liberate political speech and the press from different limitations. There has been a general understanding that political expression plays a central role in the operation of Article 10 of the Convention and that the limits of acceptable criticism are wider in relation to political debate.[12] However, freedom of expression cannot be restricted to the relationship between politicians and press, or politicians themselves. Apart from political expression, the Court also recognized other forms of protected expressions, such as commercial,[13] academic,[14] scientific, broadcasting,[15] artistic,[16] and they all fall within the ambit of Article 10.

---

[9] European Court of Human Rights, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights – Article 10*, Council of Europe, 2021, para. 12.

[10] *Jerusalem v. Austria*, App. no. 26958/95, Judgment of 27 February 2001, para. 38.

[11] *Toranzo Gomez v. Spain*, App. no. 26922/14, Judgment of 20 November 2018, para. 64; *Lewandowska-Malec v. Poland*, App. no. 39660/07, Judgment of 18 September 2012, para. 70; *Monnat v. Switzerland*, App. no. 73604/01, Judgment of 21 December 2006, para. 70.

[12] Dominika Bychawska-Siniarska, *Protecting the Right to Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe: Strasbourg, 2017, 63.

[13] *Markt Intern Vergal GmbH and Klaus Beermann v. Germany*, App. no. 10572, Judgment of 20 November 2009; *Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria* (no. 3), App. no. *39069/97*, Judgment of 11 December 2003. See also: Maya Hertig Randall, "Commercial Speech under the European Convention on Human Rights: Subordinate or Equal," *Human Rights Law Review*, no. 1/2006, 53-86.

[14] "We submit that in determining whether 'speech' has an 'academic element' it is necessary to establish: (a) whether the person making the speech can be considered an academic; (b) whether that person's public comments or utterances fall within the sphere of his or her research; and (c) whether that person's statements amount to conclusions or opinions based on his or her professional expertise and competence. These conditions being satisfied, an impugned statement must enjoy the utmost protection under Article 10, as indicated in paragraph 6 above. Where and how (*inter alia*, in what form of publication or to what audience) the "speech" was given or was otherwise made public is a secondary, auxiliary and often not decisive factor." – Joint Concurring Opinion of Judges Sajó, Vučinić and Kūris in *Mustafa Erdoğan and Others v. Turkey*, App. nos. 346/04 and 39779/04, Judgment of 27 May 2014.

Also: *Sorguç v. Turkey*, App. no. 17089/03, Judgment 23 June 2009, *Sapan v. Turkey*, App. no. 44102/04, Judgment of 8 June 2010; *Mustafa Perinçek v. Switzerland*, App. no. 27510/08, Judgment of 15 October 2015.

[15] *Sigma Radio Television Ltd v. Cyprus*, App. nos. 32181/04 and 35122/05, Judgment of 21 July 2011.

[16] *Müller and Others v. Switzerland*, App. no. 10737/*84*, Judgment 24 May 1988; for general discussion on the EctHR treatment of artistic freedom of expression, see Eleni Polymenopoulou, "Does One Swallow Make a Spring? Artistic and Literary Freedom at the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, 2016, 16, 511–539.

What can be different is the proportionality test which can depend on the categorisation of expression to be protected given the relevance of the exchange of information and ideas, on one hand, and other prevailing interests that can expand margin of appreciation of states and thereby expand limitations of the freedom, on the other. Article 10 provides, unlike in other rights enshrined in the Convention, that freedom of expression carries with it duties and responsibilities, which expands legitimate considerations for limiting the freedom. However, all these considerations highly depend on the context within which it has been exercised. Therefore, freedom of expression will always be subject to the balancing test and will depend on the context where the expression took place.

Context discussed in this article embraces situations of encounters of private persons with civil servants acting in an official capacity. These encounters tend to happen quite often and potentially can involve a significant number of participants not only because they involve private persons that outnumber categories of high-profile public persons and politicians but also because the number of civil servants equally outnumber the former group. These are common situations which may involve daily run-ins with police, law enforcement officers, inspectors and similar categories of public servants which dispense governmental and public powers and commonly with the right to use force. Given that strong language might easily pervade in verbal encounters discussed herein it is useful to be reminded of the relevance of context for the assessment of freedom of expression in relation to insulting language: "The context of an insult can be distilled into seven factors: (i) what was said, (ii) who said it and to whom, (iii) how was it said, (iv) when was it said, (v) where it was said, (vi) what intent the speaker had, and (vii) what impact the statement had."[17]

Janowski v. Poland[18] seems to be the first Court's case where the issue was whether freedom of expression covers a verbal encounter between individuals and civil servants acting in their official capacity.[19] In *Janowski* the Grand Chamber analysed whether the verbal attack of the applicant against two municipal guards warranted a fine issued against the applicant in a criminal proceeding. The criminal offense for which the applicant was fined was the prohibition to hinder civil servants in performing their duties, which was the result of two insulting words ("oafs" and "dumb") he used

[17] Amal Clooney, Philippa Webb, "The Right to Insult in International Law", *Columbia Human Rights Law*, 2/2017, 1-55, at 25.

[18] *Janowski v. Poland*, App. no. 25716/94, Grand Chamber Judgment of 21 January 1999.

[19] This was the case brought under the old system where the application was first entertained by the Commission which found a breach of Article 10 of the Convention. – *Ibid*., paras. 17, 21.

against two municipal guards.[20] As in other cases, the Court here also undertook a step-by-step balancing test: it first confirmed that the criminal conviction for verbal attack against civil servants had been interference with the applicant's guaranteed right,[21] which was the conclusion that eventually allowed for subsuming the verbal exchange with civil servants under Article 10. Then the Court examined whether the interference was prescribed by law[22] and whether it pursued a legitimate aim that is to be found in paragraph 2 of Article 10. As to the latter, the Court noted that Poland argued two separate legitimate aims: prevention of disorder and "protection of the reputation and the rights of the municipal guards as the second legitimate aim."[23] Notably, the Court accepted only the prevention of disorder as a legitimate aim in this case.[24] As the final step, the Court examined the standard "necessary in a democratic society" which amounts to a proportionality test, i.e. whether there was a pressing social need that could justify the limitation of the applicant's freedom of expression and whether national authorities adduced relevant and sufficient reasons to justify the interference.[25]

While the Court eventually found that there was no breach of Article 10, thereby reversing the Commission's decision, it still drew important conclusions. The Court agreed with the Commission that civil servants acting in official capacity are subject to wider limits of acceptable criticism than private individuals, but not to the same extent as politicians. The reason which presumably led the Court to conclude that civil servants exercising their duties find themselves somewhere between private individuals and politicians is the public confidence which civil servants should enjoy in order to be successful in performing their duties.[26] The Court also noted that the applicant insulted municipal guards during an incident which took place in a square,[27] a public place, but also that the guards were trained in how to respond to such language.[28] For the Court, the national authorities provided relevant and sufficient reasons for limiting the freedom of expression of the applicant especially given the fact that his criminal conviction had been significantly reduced and was likely to be quashed which left the

[20] *Ibid*., para. 14.
[21] *Ibid*., para. 22.
[22] *Ibid*, para. 24.
[23] *Ibid*., para. 25.
[24] *Ibid*., para. 26.
[25] *Ibid*., paras. 30-31.
[26] *Ibid*., para. 33.
[27] *Ibid*., para. 32
[28] *Ibid*., para. 34.

respondent State within the legitimate margin of appreciation.[29] Notably, it was a majority judgment where as many as five judges dissented with the view that there was a breach of Article 10 because two insulting words could not provoke public disorder. Therefore, no pressing social need for punishing the applicant existed, but also because national authorities were left with too wide a discretion in punishing verbal insults as a criminal offense.[30]

Despite the fact that the *Janowski* case upheld the limitations of freedom of expression in relation to the use of insulting words against civil servants, it still stands as an important decision for controlling punishments of private individuals for strong language used in front of or against public officers. The rationale of *Janowski* is that a verbal exchange between a private individual and civil servant falls within the ambit of Article 10, but also that civil servants are presumed to have been trained to handle such situations.

In addition, the Court rejected the argument according to which criminal conviction was justified as a measure for the protection of civil servants' reputation – the criminal sanction was acceptable for the protection of public order. Finally, the Court manifestly assessed the character of the sanction against the legitimate aim pursued, i.e. there was solely a fine that was likely to be removed. In addition, dissenting judges were sensitive to factual surroundings that prompted the applicant to use two criminalized words and labelled the given situation as one of "verbal intemperance",[31] "banal discussion with municipal guards",[32] "spontaneous and lively discussion",[33] "lively exchange",[34] or "sense of frustration"[35].

The ECtHR used *Janowski* in subsequent cases when dealing with similar issues and as support for a variety of conclusions reached therein.[36] For example, the case *Yankov v. Bulgaria*[37] relates to, inter alia, disciplinary punishment of a detainee for insulting officials in the draft manuscript of a book found by wards during the search of the applicant's cell. Pursuant to regulations adopted on the basis of legislation on execution of punishments, the prison authorities punished the applicant with disciplinary measure of a seven-day confinement. The Court

---

[29] *Ibid*., para. 35.

[30] Dissenting opinions of Judges Mr Wildhaber, Sir Nicholas Bratza, Mr Rozakis, Mr Bonello, Mr Casadevall.

[31] Dissenting opinion of Mr Bonello, at 18.

[32] Dissenting opinion of Mr. Casadevall, at 20.

[33] Dissenting opinion of Mr. Wildhaber, at 13.

[34] Dissenting opinion of Sir Nicholas Bratza, at 16.

[35] *Ibid*.

[36] According to the HUDOC database Janowski was invoked by the Court in 102 cases. In 71 cases there was a violation of Article 10 of the ECHR. See: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext": ["\"JANOWSKI v. POLAND\""],"languageisocode":["ENG"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"]}. (accessed on 23 November 2021).

[37] *Yankov v. Bulgaria*, App. no. 39084/97, Judgment of 11 December 2003.

found violation of Article 10 of the Convention for various reasons, from the fact that the insults were not disseminated by Yankov, and that the handful of police officers who had read the manuscript could not amount to 'public',[38] to the fact that "civil servants have a duty to exercise their powers by reference to professional considerations only, without being unduly influenced by personal feelings. The need to ensure that civil servants enjoy public confidence in conditions free of undue perturbation can justify an interference with the freedom of expression only where there is a real threat in this respect."[39] Therefore, despite the fact that the applicant used expressions for describing police and prison wards, such as "well-fed idlers", "simple villagers", "a provincial parvenu" and "powerful unscrupulous people",[40] the Court, while contextualizing as always, tipped the balance in favour of freedom of expression.

While the majority of decisions invoking *Janowski* discussed the freedom of the press in relation to actions of civil servants, we shall here limit the analysis to those cases that considered the issues that were at the heart of the *Janowski* judgment, such as the encounter between private persons and public officers outside media context, which are relevant for our discussion. In *Raichinov v. Bulgaria*[41] the applicant was criminally convicted and fined for using insulting words against the deputy public prosecutor during the judicial council meeting. The Court found that there was a breach of Article 10 mostly because the incident happened during the meeting where only 25 members of the judicial council were present. Since the public was not involved, the Court found that the remarks were made before a limited audience and that the negative impact, if any, was quite limited.[42] In addition, the Court observed that this remark did not hinder the insulted public official from performing his duties so that grounds for limiting freedom of expression could not be invoked.[43] The Court also thought that a criminal conviction as such was too harsh and that a civil remedy could have been used instead,[44] which is the criterion relevant for the proportionality test.[45]

---

[38] *Ibid*., para. 141.

[39] *Ibid*., para. 142.

[40] *Ibid*., paras. 66 and 136.

[41] *Raichinov v. Bulgaria*, App. no. 47579/99, Judgment of 20 April 2006.

[42] *Ibid*., para. 48.

[43] "However, the need to ensure that civil servants enjoy public confidence in such conditions can justify an interference with the freedom of expression only where there is a real threat in this respect." – *Ibid*.

[44] "However, the assessment of the proportionality of an interference with the rights protected thereby will in many cases depend on whether the authorities could have resorted to means other than a criminal penalty, such as civil and disciplinary remedies." – *Ibid*., para. 50.

[45] "However, the assessment of the proportionality of an interference with the rights protected thereby will in many cases depend on whether the authorities could have resorted to means other than a criminal penalty, such as civil and disciplinary remedies." – *Ibid*., para. 50.

There were similar considerations in *Kazakov v Russia*[46] and *Bezymyannyy v Russia*[47] where violations of freedom of expression were found because of the limited effect of the insulting words (letter sent to the military commander and public prosecutor respectively) even though there was only a civil remedy awarded against the applicant in favour of a military officer and a judge, so "the defamation proceedings resulted in an excessive and disproportionate burden being placed on the applicant."[48] In a similar private letter related defamation case, the Court found the breach of Article 10 because "the letter did not pose a threat to the Academy officials' enjoyment of public confidence, as its contents were not made known to the general public and no press or other form of publicity was involved."[49] Therefore, the lack of an adequate audience seems to necessarily imply that reputation as such cannot be tarnished[50] regardless of the words used: in *Skalka v Poland* extreme derogatory words, addressed in a letter to the high judicial authority, were not seen as sufficient to justify criminal sanction on the basis of insulting state authorities.[51] The addressees of the insulting words were unknown to the applicant and no genuine personal relationship actually existed, so the Court, while acknowledging that words were only insults and not criticism,[52] went on to conclude that the applicants' words were those of "anger and frustration."[53] The Court found that imprisonment of eight months was too severe to justify the interference with the applicant's freedom of expression.[54]

In *Mariapori v. Finland*[55] the applicant was punished for making statements, in the capacity of an expert witness, about tax fraud allegedly committed by tax

[46] *Kazakov v. Russia*, App. no. 1758/02, Judgment of 18 December 2008.

[47] *Bezymyannyy v Russia*, App. no. 10941/03, Judgment of 8 April 2010.

[48] *Kazakov*, para. 31, *Bezymyannyy*, para. 44.

[49] *Syrik v. Ukraine*, App. no. 6428/07, Judgment of 31 March 2001, para. 45.

[50] As explicitly noted in another similar case: "The fact that they were never made public is relevant, as the case-law indicates, to the assessment of the proportionality of the interference under Article 10 of the Convention …Their negative impact, if any, on the officers' reputation was thus quite limited." – *Sharanov and Palfreeman v. Bulgaria*, App. nos. 35365/12 & 69125/12, Judgment of 21 July 2016.

The lack of public was crucial for Court's finding against defamatory character of the used words. E.g. *Gregoridades v. Greece*, App. no. 24348/94, Judgment of 25 November 1997 (GC); *Sofranschi v. Moldova*, App. no. 34690/05, Judgment of 21 December 2010; et al.

[51] "That letter had been aimed at insulting an unidentified judge of the Penitentiary Division and all judges of the Katowice Regional Court. The applicant had referred to these judges as "irresponsible clowns". Furthermore, he had referred to an unidentified judge of that court in a particularly insulting manner, labelling him several times "a small-time cretin" ("*kretynek")*, "a clown" ("*błazen*"), "an illiterate" ("*analfabeta*"), "a fool" ("*dureń*"), "such a limited individual" ("*tego rodzaju ograniczone indywiduum*"), "outstanding cretin" ("*spotęgowany kretyn*")." – *Skałka v. Poland*, App. no. *43425/98*, Judgment of 27 May 2003, para. 26.

[52] *Ibid*., paras. 36.

[53] *Ibid*., para. 37.

[54] *Ibid*., para. 42.

[55] *Mariapori v. Finland*, App. no. 37751/07, Judgment of 6 July 2010.

inspectors, that was referenced later on in a book she published about taxation. She was sentenced to parole and ordered to pay damages to the tax inspectors. The ECtHR found that: "[a]lthough the national authorities' interference with the applicant's right to freedom of expression may have been justified by the concern to strike the balance between the various competing interests at stake, the criminal sanction and the accompanying obligation to pay compensation imposed on her by the national courts were manifestly disproportionate in their nature and severity, having regard to the legitimate aim pursued by the applicant's conviction for defamation."[56] Although the case before domestic courts was presented to the public both by the media and the applicant's book, the Court reverted to *Janowski* to clarify the position of civil servants who could be reasonably expected to tolerate certain statements in certain situations. In this case it was the fact that the applicant acted as a witness and as such was expected to give her view of the facts.[57]

In *Marinova and Others v. Bulgaria*,[58] five applicants "alleged that their conviction and punishment for making complaints against public officials, coupled with the orders to pay damages to those officials, were in breach of their right to freedom of expression."[59] All applicants complained about public servants to their superiors though in different contexts: for acts of teachers to the school headmaster, and for acts of police officers to their superiors. After all their complaints had been dismissed the applicants were convicted for defaming public officers and additionally were ordered to pay damages to these officers for reputational harm. By joining the applications, the Court manifestly identified the judicial pattern in Bulgaria and decided to deal with it in a single judgment. The Court here ruled that both criminal sanctions and fines ordered on that basis should be assessed together with damages awarded directly to public servants – in other words, both criminal and civil sanctions should be viewed together as penalty and interference with the freedom of expression.[60] The Court added that legitimate aims pursued by the interference with freedom of expression differ with respect to justification of the impugned measure where the protection of reputation of others provide

[56] *Ibid*., para. 68.

[57] *Ibid*., para. 66.

[58] *Marinova and Others v. Bulgaria*, App. nos. 33502/07, 30599/10, 8241/11 and 61863/11, Judgment of 12 July 2016 (All applications were joined under Rule 42 § 1 of the Rules of Court. – para. 68 of the Judgment).

[59] *Ibid*., para. 3.

[60] "The judgments against Mrs Marinova, Mr Zlatanov and Mr Findulov, finding them guilty of defamation, subjecting them to fines – and in the case of Mr Findulov also to a public reprimand – and ordering them to pay damages (see paragraphs 10, 18 and 29 above), constituted an "interference", in the form of a "penalty", with their right to freedom of expression under Article 10 of the Convention. Such interference will only be compatible with that Article if it was "prescribed by law" and was "necessary in a democratic society" for one of the aims set out in its second paragraph." – *Ibid*., para. 79.

lesser justification than, for example, maintenance of the authority of judiciary.[61] The Court finally found the breach of Article 10 given that interference was not proportional to the legitimate aim pursued.

What is also relevant to this discussion is whether any vulgar language automatically amounts to an insult which in turn can serve as a legitimate aim for limiting freedom of expression by criminal or civil sanctions. The Court did have the opportunity to entertain the character of expressions which are on their face vulgar but the context within which they are used can significantly change their meaning and relevance for evaluating their insulting character.[62] That was as early as *Janowski* case where dissenting judges stressed the context in which insulting words were spoken as "verbal intemperance" or as the result of "frustration". In subsequent cases the Court took into consideration whether the punished applicants acted in bad faith.[63] In *Gavrilovici v. Moldova* the Court noted that the applicant was in a state of despair and anger, and his words were uttered in the course of an oral exchange and not in writing after careful consideration.[64] Therefore "the effect of his speech must in the circumstances have been minimal, especially given that all those present were well aware of the tensions between the applicant and I.M. and had heard the statements which had provoked the applicant's reaction."[65] Consequently in *Gavrilovici* the five-day prison term could not be justified against this background especially because the domestic court failed to "examine the context in which the applicant's alleged statement had been made."[66]

FREEDOM OF EXPRESSION VIS-À-VIS PUBLIC SERVANTS: A SPECIAL CATEGORY OF EXPRESSION?

In order for the freedom of expression to be applicable in an individual case, there should be 'expression' falling within the scope of Article 10. As illustrated by the Strasbourg jurisprudence, freedom of expression protects a variety of forms

---

[61] "Moreover, the aim sought to be achieved by the applicants' convictions was not the maintenance of the authority of the judiciary, which may supply greater justification for such measures, but the reputation of the public officials concerned." – *Ibid*., para. 91 (references omitted)

[62] Apart from the situations entertained herein, there are others where insulting language can indeed be tolerable on the basis of freedom of artistic expression or as a style of satire (E.g. *Grebneva and Alisimchik v. Russia*, App. no. 8918/05, Judgment of 22 November 2016).

[63] *Savitchi v. Moldova*, App. no. 11039/02, Judgment of 11 October 2005; *Kazakov v. Russia*, App. no. 1758/02, Judgment of 18 December 2008; *Marin Kostov v. Bulgaria*, App. no. 13801/07, Judgment of 24 July 2012; *Marinova and Others v. Bulgaria*, App. nos. 33502/07, 30599/10, 8241/11 and 61863/11, Judgment of 12 July 2016.

[64] *Gavrilovici v. Moldova*, App. no. 25464/05, Judgment of 15 December 2009, para. 58.

[65] *Ibid*., para. 59.

[66] *Ibid*., para. 61.

and types of expression, from political to artistic and commercial. ECtHR has also recognized that critique targeting the work of public servants on duty is protected by Article 10 of the ECHR. However, to be treated as "expression" eligible for protection it is not always necessary that such expression must at all times have the form of critique. It is the context and form which may attract the protection despite its content and substance. The commentaries of the Convention and Court's case-law demonstrate that such context and the requirement of balancing equally between freedom and a variety of legitimate aims justifying restrictions of the former relates also to the functioning of the civil service.[67]

In *Janowski* and in cases that followed (and in few cases that preceded it[68]), it was the Grand Chamber that did not outrightly dismiss the possibility to engage in Article 10 discussion despite the use of vulgar language outside political debate. The Court could have found that the situation in *Janowski* was outside the ambit of freedom of expression and go for incompatibility *ratione materiae* with the provision of the Convention.[69] However, in this and other cases the indecency of expression did not disqualify it from the protection. The Court called some quite derogatory words (infidel cops, lowbrows) as a "provocative metaphor" and "emotional appeal".[70]

Recently the Court clarified that situations of close encounters and verbal protests squarely fall under the concept of expression within the meaning of Article 10. In *Skolka v. Poland*, where national courts issued a custodial penalty to the applicant for shouting slogans in the courtroom, the Court found the breach of Article 10 but also clarified the scope of protected speech: "In its extensive case-law on freedom of expression, the Court has on many occasions held that protests, such as these taking the form of physically impeding certain activities, can constitute expressions of opinion within the meaning of Article 10 and that the arrest and detention of protesters can constitute interference with the right to

[67] "The Court will attempt to strike a fair balance between the rights of the individual and the interests of the state in ensuring the functioning of the civil service." – Phillip Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights,* 3rd ed., Oxford: Oxford University Press, 2011, 366.

[68] E.g. *Grigoriades v. Greece*, App. no. 24348/94, Judgment of the Grand Chamber of 25 November 1997. The application was first submitted to the Commission which found violation of Article 10 of the Convention. The case was subsequently referred to the Court's Chamber which relinquished its jurisdiction to the Grand Chamber. The Grand Chambered also found violation of Article 10. The case revolved around the criminal sanction for insult against armed forces that was allegedly present in the applicant's letter to military authorities regarding accusations of the conduct of applicant's superiors during his military service. The letter contained strong and intemperate remarks.

[69] As confirmed in a recent case law: "The Court reiterates that offensive language may fall outside the protection of freedom of expression if it amounts to wanton denigration; but the use of vulgar phrases in itself is not decisive in the assessment of an offensive expression." – *Savva Terentyev v. Russia*, App. no. 10692/09, Judgment of 28 August 2018, para. 68.

[70] *Savva Terentyev v. Russia*, para. 72.

freedom of expression."[71] In *Savva Teryentsev v. Russia* the Court found the breach of Article 10 despite quite vulgar and offensive language directed to the police because: "it was rather the applicant's emotional reaction to what he saw as an instance of an abusive conduct of the police personnel."[72] Moreover, the situations characterized by oral exchange of arguments, as opposed to written statements, where individuals have no benefit of having time to reflect on their communication, seem to tip the balance in favour of free speech.[73] In all of the analysed cases harsh words were addressed to civil servants on duty as a reaction to dissatisfaction with the situation and sometimes were just expressions of anger, despair and frustration.[74] Therefore, reactive statements made by private individuals targeting civil servants, usually police officers on duty, are 'expressions' protected by the right to freedom of expression.

The ECtHR has repeatedly refuted formalism and required the assessment of the whole context instead of a semantic exercise, precisely in cases dealing with offensive and insulting language addressed to state authorities.[75] If derogatory, defamatory and indecent words and expressions were not uttered with premeditated plan to offend police forces either in their public or private capacity but were rather the reaction to situation and expressions of fear and despair, this is the context within which these words are to be assessed. In *Yankov* case the Court observed that persons in custody are particularly vulnerable so the punishment for allegedly false accusations requires particularly solid justification in order to be considered "necessary in a democratic society".[76]

---

[71] *Slomka v. Poland*, App. no. 68924/12, Judgment of 6 December 2018, para. 58.

[72] *Savva Terentyev v. Russia*, para. 86.

[73] "It should also be observed that the applicant's remark, while liable to be construed as a serious moral reproach, was apparently made in the course of an oral exchange and not in writing, after careful consideration." – *Raichinov v. Bulgaria,* para. 51.

[74] *Skalka v. Poland*, para. 37.

[75] "In the present case, the domestic decisions in both sets of proceedings cited the expressions which the courts regarded as contemptuous, without giving the context in which they had been made. They seem to have relied solely on the semantic meaning of the words and phrases the applicant used. None of the courts explored the relation of the impugned statements to the facts of the case." – *Čeferin v. Slovenia*, App. no. 40975/08*,* Judgment of 16 January 2018, para. 62.

Also: "[T]he Court considers that the domestic courts in both sets of contempt of court proceedings, in their examination of the case, failed to put the applicant's remarks in the context and form in which they were expressed." – *Čeferin v. Slovenia*, App. no. 40975/08*,* Judgment of 16 January 2018, para. 55.

"Turning to the reasoning of the domestic courts, the Court observes that they focused on the nature of the wording used by the applicant, limiting their findings to the form and tenor of the speech. They did not try

to analyse the impugned statements in the context of the relevant discussion and to find out which idea they sought to impart." – *Savva Terentyev,* para. 82.

[76] *Yankov v. Bulgaria*, para. 134.

On the other hand, the Court is sensitive to the position of civil servants to the extent that their function and reputation as such indeed mandate protection. The rationale for this protection lies in legitimate concerns regarding the authority[77] of and public confidence in public service.[78] This finding goes hand in hand with understanding that civil servants are necessarily exposed to general public while performing their functions. Both *Janowski* and its followers root for the protection of civil servants to the extent greater than that for other public figures.

On the other hand, public servants are subject to higher limits of acceptable criticism as compared to private individuals.[79] The higher limits of acceptable criticism means a higher degree of tolerance for actions of private persons[80] which seems to be especially pertinent for security forces.[81] As noted by the ECtHR in *Janowski case*, police officers are trained how to respond to strong and impulsive language,[82] the proposition that was reaffirmed and elaborated in subsequent case-law: "In the Court's view, being a part of the security forces of the State, the police should display a particularly high degree of tolerance to offensive speech, unless such inflammatory speech is likely to provoke imminent unlawful actions in respect of their personnel and to expose them to a real risk of physical violence. It has only been in a very sensitive context of tension, armed conflict and the fight against terrorism or deadly prison riots that the Court has found that the relevant statements were likely to encourage violence capable of putting members of security forces at risk and thus accepted that the interference with such statements

[77] "It is a common ground between the parties that this interference was … in pursuit of a legitimate aim, namely the protection of the authority of and the public confidence in the judiciary." – *Slomka v. Poland*, para. 67.

[78] "In this connection, the Court has observed in several cases that it may be necessary to protect public servants from offensive, abusive and defamatory attacks which are calculated to affect them in the performance of their duties and to damage public confidence in them and the office they hold." – *Siryk v. Ukraine*, App. no.

6428/07, Judgment of 31 March 2011, para. 41 (The Court found that particular circumstances of the case did not disclose threat to public confidence in public officials because the letter's "contents were not made known to the general public and no press or other form of publicity was involved." The Court found breach of freedom of expression.)

[79] "The Court reiterates that civil servants acting in an official capacity are, like politicians, subject to wider limits of acceptable criticism. Admittedly those limits may in some circumstances be wider with regard to civil servants exercising their powers than in relation to private individuals. However, it cannot be said that civil servants knowingly lay themselves open to close scrutiny of their every word and deed to the same extent as politicians and should therefore be treated on an equal footing with the latter when it comes to the criticism of their actions." – *Mariapori v. Finland*, para. 56, *Nikula v. Finland*, App. no. 31611/96, Judgment of 21 March 2002, para. 48.

[80] *Raichinov v. Bulgaria*, para. 48; *Syrik v. Ukraine*, para. 45; *Lešník v. Slovakia*, App. no. 35640/97, Judgment of 11 March 2003.

[81] *Savva Terentyev v. Russia*.

[82] *Janowski v. Poland*, para. 34.

was justified"[83] The limits of tolerance will be crossed "when it has been convincingly demonstrated that the persons concerned deliberately sought to harm the officials whose conduct they criticised while being aware that their allegations against those officials were false, and when the measures [against the persons concerned] are proportionate."[84]

Aims which can serve as legitimate aims for the limitation of expressions against civil servants, as provided for in the Convention and aired by the Court, include military discipline, national security,[85] public order,[86] authority of judiciary,[87] public confidence in public services,[88] reputation of the public service,[89] and reputation of public servants. While only the last one (reputation of public servants) serve to protect a clearly private interest, all others represent genuine public interests. This public/private interest distinction could potentially be illuminating for assessing the Court's take on freedom of expression in encounters between private individuals (as opposed to public figures or journalists) and civil servants (as opposed to public figures and politicians) and could mandate an additional discussion, especially because in all of the cases in which the Court accepted a protection of private interest of a public servant as a legitimate aim, in principle, always found, on the facts of the case, breach of Article 10 of the Convention. The reputation of public servants indeed seems to be the weaker ground for any limitation on freedom of expression.[90] In *Janowski v. Poland*, in which the Grand Chamber did not find a breach of freedom of expression, it was the protection of public order that served as a legitimate aim. The Grand Chamber refuted that the protection of the reputations of municipal guards in the incident could have served as a legitimate ground for limiting freedom of expression.[91]

An important aspect in the assessment in all these cases is to what extent the public gets involved because the negative effects of offensive speech highly depend on the existence and size of an audience witnessing the inflammatory vocabulary. The extent of dissemination precedes any qualification

---

[83] *Savva Terentyev v. Russia*, para. 77.

[84] *Marinova et al. v. Bulgaria*, para. 94.

[85] *Grigoridades v. Greece*.

[86] *Janowski v. Poland*.

[87] *Slomka v. Poland*.

[88] *Bezymyannyy v. Russia, Kazakov. Russia*.

[89] *Skalka v. Poland, Savva Terentyev*.

[90] "Moreover, the aim sought to be achieved by the applicants' convictions was not the maintenance of the authority of the judiciary, which may supply greater justification for such measures, but the reputation of the public officials concerned." – *Marinova et al. v. Bulgaria*, para. 91.

[91] *Janowski v. Poland*, paras. 25-26.

of the speech's consequences under any possible ground for interference.[92] Statements that are published, disseminated in the media and/or available to a wide audience are more likely to damage someone's reputation or affect other interests protected by paragraph 2 of Article 10. Conversely, a limited audience necessarily minimizes the negative effect of the speech. The latter situation can include both written and verbal comments, but the former, usually pursued as petitions or appeals to state authorities, will *per definitionem* exclude audience and the general public. In verbal encounters the Court found, for example, that 25 members of the judicial committee constituted "a limited audience, at a meeting held behind the closed door"[93]. The ECtHR referred to the requirement of the public when assessing the proportionality test in *Yankov* (only the police guards who read the impugned text),[94] *Skalka* ("It was not an open and overall attack on the authority of the judiciary, but an internal exchange of letters of which nobody of the public took notice."[95]) *Ceferin* (courtroom),[96] *Teryentsev* (blog with limited number of viewers).[97] As the Court explained: "Limited impact of the impugned statements is the most important aspect of its assessment of the proportionality of the interference."[98]

In addition, and as a separate requirement for justifying the punishment of the expression, is the procedural safeguards in cases involving freedom of expression, the lack of which can amount to breach of Article 10: "In the light of the shortcomings in the impugned procedure, the Court cannot consider that the restriction on the applicants' right to freedom of expression was accompanied by effective and adequate safeguards against abuse."[99]

Finally, the nature and severity of sanctions is the last step in deciding on the proportionality between state interference and an individual's freedom of expression: "Restrictions must not be overboard……[R]estrictive measures must conform to the principle of proportionality; they must be appropriate to achieve their protective function; they must be the least intrusive instrument amongst

[92] Proportionality test comprises the assessment of the form of dissemination: "The principle of proportionality must also take account of the form of expression at issue as well as the means of its dissemination." – Human Rights Committee, *General Comment no. 34 (Article 19: Freedoms of opinion and expression)*, CCPR/C/GC/34, 12 September 2011, para 34.

[93] *Raichinov v. Buglaria*, para. 48.

[94] *Yankov v. Bulgaria*.

[95] *Skalka v. Poland*, para. 42. Similarly in *Kazakov v. Russia*, para. 29; *Siryk v. Ukraine*, para. 45; *Marin Kostov v. Bulgaria*, para. 46; *Marinova et al. v. Bulgaria*.

[96] "Moreover, they were confined to the courtroom, as opposed to the criticism of a judge voiced in, for instance, the media." – *Čeferin v. Slovenia*, para. 54.

[97] "In such circumstances the Court considers that the potential of the applicant's comment to reach the public and thus to influence its opinion was very limited." – *Savva Terentyev*, para. 81.

[98] *Sofranschi v. Moldova*, App. no. 34690/05, Judgment of 21 December 2010.

[99] *Slomka v. Poland*, para. 69. Also, *Mariapori v. Finland*, para. 64; *Gavrilovici v. Moldova*, para. 61.

those which might achieve their protective function; they must be proportionate to the interest to be protected."[100] The European Court of Human Rights tends to see criminal and penal sanctions as the most severe interference with someone's freedom of expression: "imposing criminal sanctions on someone who exercises the right to freedom of expression can be considered compatible with Article 10 '… only in exceptional circumstances, notably where other fundamental rights have been seriously impaired …' (see, *mutatis mutandis*, *Cumpănă and Mazăre v. Romania* [GC], no. 33348/96, § 115, ECHR 2004-XI)."[101] Consequently criminal punishments mandate particularly strong justifications to strike a balance through the proportionality test between the limitation of the freedom and attaining the legitimate aim. Limitations on freedom of expression are not limited to criminal or disciplinary measures but also include decisions on damages against applicants. Restrictions can include obligations to offer an apology or to retract defamatory statements. The combined effect of all restrictions imposed by decisions of state courts or other state authorities is measured in a single balancing test. From this perspective both criminal and civil sanctions, though seemingly distant and unrelated, are seen together as a single restrictive measure and as such evaluated against one's freedom.

Most of the cases dealing with freedom of expression against civil servants demonstrate that it is usually the proportionality test where the state measure is found to be too excessive to pass it. Criminal punishments which failed to pass the strict scrutiny test include, for example, eight months prison sentence for a criminal offence of insulting a state authority (in a strongly worded letter to supervising authority of the prison),[102] a five-days prison term for insulting a member of the regional administrative council,[103] a fine and a public reprimand for defaming a deputy public prosecutor at the judicial meeting,[104] 14-days in a solitary cell as a criminal sanction and disciplinary measure for insulting prison authorities in a letter to a public prosecutor,[105] 14 days in prison for contempt of court for shouting slogans in a courtroom,[106] insulting the police officer on duty by submitting a claim against him to his superiors.[107] Even a suspended prison sentence was found to be disproportionate to the legitimate aim because the nature of the criminal offence was too harsh and part of the punishment (a comment on the blog was qualified as a criminal offence of inciting hatred and enmity and

[100] Human Rights Committee, *General Comment no. 34 (Article 19: Freedoms of opinion and expression)*, CCPR/C/GC/34, 12 September 2011, para 34.

[101] *Gavrilovici v. Moldova*, para. 60.

[102] *Skalka v. Poland*.

[103] *Gavrilovici v. Moldova*.

[104] *Raichinov v. Bulgaria*.

[105] *Marin Kostov v. Bulgaria*.

[106] *Slomka v. Poland*.

[107] *Findulov and Zlatanov v. Bulgaria* (case *Marinova, Findulov and Zlatanov v. Bulgaria*).

humiliating the dignity of a group of persons on the grounds of their membership of a social group, that "social group" being the police forces).[108] However, decisions on damages awarded to civil servants in their private capacity represent restrictions on freedom of expression and are as such subject to the balancing test. The amount of damages can be decisive, alone[109] or in combination with other civil remedies awarded, such as an apology and retraction together with a moderate sum awarded as damages.[110] Finally, the combination of criminal and civil sanctions is most likely to distort the balance and lead the Court to conclude that such a combination constitute disproportional and severe punishment which is not necessary in a democratic society.[111] Therefore, harsh sanctioning measured against the harm caused by derogatory speech which qualified for the protection, will almost certainly lead to the violation of Article 10 regardless of the pursued legitimate aim. In case the legitimate aim is the reputation of a public servant, this is nearly certain. Given the special case of the concept of the private reputation of public servants, we shall now turn to discuss its meaning and scope within the law of the European Convention on Human Rights.

PUBLIC SERVANTS AND RIGHT TO PRIVACY – A SPECIAL CASE FOR THE REPUTATION OF PUBLIC SERVANTS?

In the majority of the freedom of expression cases discussed above the issue was whether the reputation of public servants was harmed by derogatory expressions. The Court did not exclude the possibility of reputational harm to public servants but this issue was somehow entangled with other considerations not entirely compatible with the concept of privacy, such as public order or the protection of the integrity of a public function. However, in none of the cases where the reputation of public servants was accepted as a legitimate aim the Court found the protection of reputation proportional to the limitation of freedom of expression. In sum, in all these cases freedom of expression was found to be breached. This prompts one to look at the problem from the perspective of reputational harm. Reframing the issue leads to the question: what is considered to be a protected reputation of a public servant? This requires an examination of several linear issues: the concept of reputation in the law of the European Convention on Human Rights, how it operates for the protection of public servants in terms of their assumed obligation to tolerate public criticism, and their expected ability to handle the vigorous behaviour of unruly citizens.

[108] *Savva Terentyev v. Russia*.
[109] *Siryk v. Ukraine*.
[110] *Kazakov v. Russia, Bezymyanny v. Russia*.
[111] *Marinova et al. v. Buglaria, Mariapori v. Finland*.

Therefore, the answer requires the examination of how reputation is conceptualized as part of privacy in general, and how it can operate either as a limitation of the expression envisaged in Article 10(2) of the Convention or as a self-standing right and claim under Article 8. The first question involves the issue of proportionality while the second amounts to weighing between two equally valid human rights. In both cases the underlying issue is how to assess the concept of privacy of public servants given their position in the case law on freedom of expression.

Reputation is not expressly mentioned in Article 8 of the Convention which was expanded not before 2004 to include it within the ambit of right to privacy.[112] Once it was accepted by the Court as part and parcel of the privacy there has remained the issue of its conceptualization, a task that has turned out to be difficult. In the case of *Chauvy and Others v. France* the Court regarded the right to reputation as "a right which is protected by Article 8 of the Convention as part of the right to respect for private life."[113] However, in the case of *Karako v. Hungary*, the Court challenged the understanding that the "right to reputation" is part of right to privacy.[114] The Court started its analysis by distinguishing between personal integrity rights that fall under the "right to privacy" and qualified reputation as "a matter related primarily to financial interests or social status".[115] The Court concluded that reputation might come under Article 8 protection "mostly when the factual allegations were of such a seriously offensive nature that their publication had an inevitable direct effect on the applicant's private life" i.e. to undermine his personal integrity.[116] The evolving and not entirely consistent case law of the Strasbourg Court on "reputation" seems to have established the "seriousness threshold"[117] that needs to exist in order to attract the protection of one's reputation. In a seminal case on Article 8 and concept of reputation, *Axel Springer v. Germany*, the Grand Chamber confirmed the seriousness test for the protection of reputation within the right to privacy, as well as the need for balancing between values protected by Articles 8 and 10 of the Convention:

"… [T]he right to protection of reputation is a right which is protected by Article 8 of the Convention as part of the right to respect for private life … The concept of 'private life' is a broad term not susceptible to exhaustive definition, which covers the physical and psychological integrity of a person….In order for

[112] Tanya Aplin, Jason Bosland, "The uncertain landscape of Article 8 of the ECHR: the protection of reputation as a fundamental human right?", *Comparative Defamation and Privacy Law* (ed. Andrew T. Kenyon), Cambridge University Press, Cambridge 2016, 265-290, at 266.

[113] *Chauvy and Others v. France,* para 70.

[114] *Karako v. Hungary.*

[115] *Karako v. Hungary*, para 22.

[116] *Karako v. Hungary*, para 23.

[117] T. Aplin, J. Bosland, 276-278.

Article 8 to come into play, however, an attack on a person's reputation must attain a certain level of seriousness and in a manner causing prejudice to personal enjoyment of the right to respect for private life …When examining the necessity of an interference in a democratic society in the interests of the 'protection of the reputation or rights of others', the Court may be required to verify whether the domestic authorities struck a fair balance when protecting two values guaranteed by the Convention which may come into conflict with each other in certain cases, namely, on the one hand, freedom of expression protected by Article 10 and, on the other, the right to respect for private life enshrined in Article 8."[118]

These cases demonstrate that reputation has become part of Article 8 protection and as such can be weighed against expression protected by Article 10, but they also demonstrate that reputation is not protected without certain qualifications.

Apart from these leading cases relevant for the conceptualisation of reputation in general, there are cases which dealt specifically with the reputation of public servants. In a very recent *Sağdıç v. Turkey* case, the applicant was a high-ranking officer in the armed forces who claimed a breach of his right to protect reputation before Turkish courts on account of several articles published in daily newspapers which accused him of the involvement in an alleged plan to overthrow the government. His claims before domestic courts were denied. The European Court, relying inter alia on *Janowski v. Poland* (freedom of expression case) qualified the applicant's position as the one of public servant, that being relevant for the assessment of margin of criticism public officials are expected to tolerate: "As for politicians, the limits of admissible criticism are wider for civil servants acting in the exercise of their official functions than for private individuals. However, it cannot be said that officials knowingly expose themselves to close scrutiny of their actions in the same manner as politicians."[119] As for reputation, the Court found that "For Article 8 to apply, the damage to reputation must reach a certain level of seriousness and have been carried out in such a way as to harm the personal enjoyment of the right to respect for private life."[120] Having noted that these articles represent an example of irresponsible journalism lacking veracity and good faith, The Court ultimately found there was a breach of the right to protect reputation as the Turkish courts failed to strike a balance between the freedom of expression and the right to the protection of privacy.

All the cases discussed herein in relation to protection of reputation, including the *Sağdıç v. Turkey*, dealt with claims of reputational harm that resulted from dissemination of damaging information in newspapers and media. Although these cases revolve around the dissemination of information to the general public or to

[118] *Axel Springer AG v. Germany*, Grand Chamber, Judgment of 7 February 2012, paras. 83-84.

[119] *Sağdıç v. Turkey*, App. no. 9142/16, Judgment of 9 February 2021, para. 33.

[120] *Ibid.*, para. 25.

a considerable large audience, they are nevertheless useful for the issues discussed herein: reputation of public servants in face of someone's freedom of speech. While the reputation of public servants is protectable under Article 8 and can equally serve as an exception to Article 10, for it to be protected there is a double threshold to be reached. First, "damage to reputation must reach a certain level of seriousness and have been carried out in such a way as to harm the personal enjoyment of the right to respect for private life" and even if that happens public servants are expected to manifest a wider level of tolerance towards acceptable criticism while performing public functions. This medium scrutiny test for the protection of reputation of public servants is moderate compared to politicians, on one hand, and private citizens, on the other. Combined with the "seriousness threshold" standard which by itself could be difficult to meet for opening the door to Article 8 protection, it seems that it is actionable only in circumstances involving the audience, judged by existing case law which does not disclose other situations of more private settings. This 'moderate' level of protection of the reputation of public servants mirrors the understanding of reputation within paragraph 2 of Article 10 of the Convention.

CONCLUSION

The reputation of public servants has a limited protection for a variety of reasons which all depersonalize civil servants whilst performing public duties. It sounds nearly counterintuitive to protect the privacy of public servants, to protect the concept of self-esteem and the psychological integrity of a governmental post. However, the law does provide for this possibility but in circumstances which are more limited than one would expect. In other words, while it is certainly wise to be less vocal in encounters with civil servants and police officers, it seems that freedom of expression provides a contextualised defence for strong language face to face with governmental employees, especially if the limitation of the former is based on the protection of reputation of the civil servants.

REFERENCES

Literature

Aplin, Tanya, Jason Bosland, "The uncertain landscape of Article 8 of the ECHR: the protection of reputation as a fundamental human right?", *Comparative Defamation and Privacy Law* (ed. Andrew T. Kenyon), Cambridge University Press, Cambridge 2016, 265-290

Barendt, Eric, *Freedom of Speech*, Oxford University Press: Oxford, 1985

Boyle, Kevin, Sangeeta Shah, "Thought, Expression, Association, and Assembly", *International Human Rights Law* (eds. Daniel Moeckli et al.), Oxford University Press: Oxford, 2010

Bychawska-Siniarska, Dominika, *Protecting the Right to Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe: Strasbourg, 2017

Clooney, Amal, Philippa Webb, "The Right to Insult in International Law", *Columbia Human Rights Law*, 2/2017, 1-55

European Court of Human Rights, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights – Article 10*, Council of Europe, 2021

Hertig Randall, Maya, "Commercial Speech under the European Convention on Human Rights: Subordinate or Equal," *Human Rights Law Review*, no. 1/2006, 53-86

Human Rights Committee, *General Comment no. 34 (Article 19: Freedoms of opinion and expression)*, CCPR/C/GC/34, 12 September 2011

Leach, Phillip, *Taking a Case to the European Court of Human Rights,* 3rd ed., Oxford: Oxford University Press, 2011

Polymenopoulou, Eleni, "Does One Swallow Make a Spring? Artistic and Literary Freedom at the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, 2016, 16, 511–539.

Reid, Karen, "Words in the workplace", *Freedom of Expression – Essay in honour of Nicolas Bratza* (eds. Josep Casadevall et al.), Oisterwijk, The Netherlands: Wolf Legal Publishers, 2012, 383-390

Schabas, William, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2016

European Court of Human Rights cases

Axel Springer AG v. Germany, App. no. 39954/08, Judgment (Grand Chamber) of 7 February 2012

Bezymyannyy v Russia, App. No. 10941/03, Judgment of 8 April 2010.

Čeferin v. Slovenia, App. no. 40975/08*,* Judgment of 16 January 2018

Garaudy v. France, App. No. 65831/01, Decision of 24 June 2003;

Gavrilovici v. Moldova, App. No. 25464/05, Judgment of 15 December 2009

Grebneva and Alisimchik v. Russia, App. No. 8918/05, Judgment of 22 November 2016

Gregoridades v. Greece, App. No. 24348/94, Judgment of 25 November 1997 (GC);

Grigoriades v. Greece, App. No. 24348/94, Judgment of the Grand Chamber of 25 November 1997

Janowski v. Poland, App. No. 25716/94, GC, Judgment of 21 January 1999

Jerusalem v. Austria, *App. no.* 26958/95*,* Judgment of 27 February 2001

Kazakov v. Russia, App. No. 1758/02, Judgment of 18 December 2008.

Kazakov v. Russia, App. No. 1758/02, Judgment of 18 December 2008;

Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria (no. 3), App. No. *39069/97*, Judgment of 11 December 2003.

Lešník v. Slovakia, App. no. 35640/97, Judgment of 11 March 2003.

Lewandowska-Malec v. Poland, App. No. 39660/07, Judgment of 18 September 2012

Lingens v. Austria, App. No. 9815/82, Judgment of 8 July 1986

Mariapori v. Finland, App. No. 37751/07, Judgment of 6 July 2010
Marin Kostov v. Bulgaria, App. No. 13801/07, Judgment of 24 July 2012;
Marinova and Others v. Bulgaria, App. Nos. 33502/07, 30599/10, 8241/11 and 61863/11, Judgment of 12 July 2016
Marinova and Others v. Bulgaria, App. Nos. 33502/07, 30599/10, 8241/11 and 61863/11, Judgment of 12 July 2016
Markt Intern Vergal GmbH and Klaus Beermann v. Germany, App. No. 10572, Judgment of 20 November 2009
Monnat v. Switzerland, App. No. 73604/01, Judgment of 21 December 2006,
Müller and Others v. Switzerland, App. No. 10737/*84*, Judgment 24 May 1988
Mustafa Erdoğan and Others v. Turkey, App. Nos. 346/04 and 39779/04, Judgment of 27 May 2014.
Mustafa Perinçek v. Switzerland, App. No. 27510/08, Judgment of 15 October 2015.
Nikula v. Finland, App. no. 31611/96, Judgment of 21 March 2002
Norwood v. The United Kingdom, App. No. 23131/03, Decision of 16 November 2004;
Raichinov v. Bulgaria, App. No. 47579/99, Judgment of 20 April 2006.
Sağdıç v. Turkey, App. no. 9142/16, Judgment of 9 February 2021
Sapan v. Turkey, App. No. 44102/04, Judgment of 8 June 2010;
Savitchi v. Moldova, App. No. 11039/02, Judgment of 11 October 2005;
Savva Terentyev v. Russia, App. no. 10692/09, Judgment of 28 August 2018
Sharanov and Palfreeman v. Bulgaria, App. Nos. 35365/12 & 69125/12, Judgment of 21 July 2016.
Sigma Radio Television Ltd v. Cyprus, App. Nos. 32181/04 and 35122/05, Judgment of 21 July 2011.
Siryk v. Ukraine, App. no. 6428/07, Judgment of 31 March 2011
Skałka v. Poland, App. No. *43425/98*, Judgment of 27 May 2003
Slomka v. Poland, App. no. 68924/12, Judgment of 6 December 2018
Sofranschi v. Moldova, App. No. *34690/05*, Judgment of 21 December 2010
Sofranschi v. Moldova, App. no. 34690/05, Judgment of 21 December 2010
Sorguç v. Turkey, App. No. 17089/03, Judgment 23 June 2009
Syrik v. Ukraine, App. No. 6428/07, Judgment of 31 March 2001
Toranzo Gomez v. Spain, App. No. 26922/14, Judgment of 20 November 2018
Witzsch v. Germany (no. 2), App. No. 7485/03, Decision of 13 December 2005.
Yankov v. Bulgaria, App. no. 39084/97, Judgment of 11 December 2003

Сања В. Ђајић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Djajic@pf.uns.ac.rs

Слобода изражавања, грубе речи и државни службеници

Сажетак: *Циљ овог рада је да испита домашај и поље примене слободе изражавања приватних лица у њиховој комуникацији са државним службеницима када ови врше јавна овлашћења. Овакве ситуације су доста честе и у њима може доћи до вербалног сукоба у којем ће се разменити увреде и грубе речи. Имајући у виду извесност оваквих ситуација и учешће службеника који врше јавна овлашћења примена стандарда из области људских права је у таквим ситуацијама могућа а можда чак и неопходна. Одговор на ово питање се тражи у пракси Европског суда за људска права у домену положаја државних службеника и њихове обавезе да покажу професионалност и стрпљивост у поступању са грађанима и у погледу обавезе да поштују њихову слободу изражавања. Европски суд за људска права је у својој пракси установио стандарде заштите за различите облике изражавања који се разликују и по томе у којој мери је и под којим условима могуће ограничити изражавање. Намера ауторке је да утврди да ли је Европски суд у својој пракси установио посебан стандард за примену члана 10 Европске конвенције о људским правима на однос државних службеника и приватних лица. Пошто постоје различити легитимни циљеви због којих је дозвољено ограничити слободу изражавања, овде ће посебно бити испитан један конкретан легитимни циљ а то је право на заштиту угледа и части државних службеника и на који начин и под којим условима Европски суд одмерава сукоб слободе изражавања приватних лица и права на заштиту угледа и части државних службеника.*

Кључне речи: *слобода изражавања, Европски суд за људска права, члан 10 Европске конвенције о људским правима, државни службеници, грубе речи, увреда.*

Датум пријема рада: 07.12.2021.
Датум прихватања рада: 30.12.2021.

Оригинални научни рад 341.45:351.74
doi:10.5937/zrpfns55-35472

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

Милана М. Писарић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs

МОДЕРНИЗАЦИЈА ПРУМСКОГ ОКВИРА ЗА РАЗМЕНУ ПОДАТАКА*

***Сажетак**: На нивоу Европске уније је ради унапређења сарадње између надлежних органа држава чланица разрађен механизам размене података за потребе кривичног поступка. Међу елементима тог механизма су инструменти створени прумским одлукама из 2008. године. Имплементацијом ових одлука донекле су уклоњене баријере за прекогранично кретање појединих категорија информација, тако што надлежни органи једне државе чланице омогућавају надлежним органима друге државе чланице да приступе и претраже одређене базе података. Иако се прумски оквир сматра успешним инструментом полицијске сарадње, временом је уочено неколико битних препрека које ометају благовремену и несметану размену података и тиме утичу на ефикасност истрага. У раду се разматра нужност и усмереност ревизије прумског оквира у циљу модернизације инструмената за размену података.*

***Кључне речи**: полицијска сарадња, размена података, Европска унија, кривични поступак.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Откривање и доказивање кривичних дела су активности које се заснивају на информацијама, па њихова успешност зависи од тога да ли и у којој

* Рад је настао као резултат рада на Пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ у 2021, чији носилац је Правни факултет у Новом Саду, Универзитет у Новом Саду.

мери органи поступка имају брз, правовремен и једноставан, законом овлашћен приступ релевантним подацима. Потреба са сарадњом надлежних органа, а нарочито разменом података, одувек је постојала и у оквиру граница националне државе и у прекограничном контексту. С обзиром на то да савремене информационе технологије пружају могућност прикупљања, комбиновања и размене података неометано и благовремено, било би неоправдано да се надлежним органима не омогући коришћење ових предности. Због свега наведеног, на нивоу Европске уније се делује у правцу унапређења оперативне полицијске сарадње између надлежних органа држава чланица, са посебним нагласком на омогућавање олакшане размене података. Легислативна надлежност у овој области заснива се на члану 87(2)(а) УФЕУ, који предвиђа успостављање механизама за прикупљање, чување, даљу обраду, анализу и размену релевантних података. Временом је осмишљен правни оквир за обраду података, разрађен у два колосека: успостављање централизованих информационих система (укључујући Шенгенски информациони систем[1] и Европски информациони систем о кривичној евиденцији[2]), с једне стране, и унапређење размене података између органа држава чланица. Међу инструментима за унапређење размене података у оквиру полицијске сарадње је и прумски оквир, успостављен 2008, који је од посебног значаја за супротстављање тероризму и прекограничном криминалу.

2. ПРУМСКИ ОКВИР

Полазећи од претпоставке да ће укидање контроле унутрашњих граница и слободно кретање људи довести до тога да ће се извршиоци кривичних дела такође слободно кретати, и да је нужна појачана сарадња између националних надлежних органа, седам држава чланица[3] је маја 2005. закључило Прумску конвенцију о унапређењу прекограничне сарадње.[4] Иако је било предвиђено да се у року од три године од њеног ступања на снагу поднесе предлог да се Конвенција укључи у правни оквир ЕУ, већ 2007. Савет

[1] The Schengen Information System: SIS

[2] The European Criminal Record Information System: ECRIS, и ECRIS-TCN за држављане држава које нису чланице ЕУ.

[3] Конвенцији су се могле придружити и друге државе чланице. Између 2007. и 2008. Бугарска, Португал, Шведска, Грчка, Финска, Мађарска, Италија, Румунија, Словачка и Словенија су ратификовале или приступиле Конвенцији.

[4] Convention between the Kingdom of Belgium, the Federal Republic of Germany, the Kingdom of Spain, The French Republic, the Grand Duchy of Luxembourg, the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Austria on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism, cross-border crime and illegal migration, 27 May 2005, https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10900-2005-INIT/en/pdf.

за правосуђе и унутрашње послове (*Justice and Home Affairs: JHA*) одлучио је да већину делова Конвенције, који се односе на полицијску и правосудну сарадњу у кривичним стварима, интегрише у правни оквир ЕУ,[5] па су 2008. усвојене тзв. прумске одлуке: Одлука 2008/615 о унапређењу прекограничне сарадње, нарочито у супротстављању тероризму и прекограничном криминалу[6] и Одлука 2008/616 о имплементацији Одлуке 2008/615.[7]

2.1. Прумске одлуке

Прумским одлукама створен је оквир који представља децентрализовану мрежу за размену информација, састављену од националних база података које су међусобно повезане. Наиме, државе чланице су овим одлукама обавезане да на националном нивоу успоставе 1) базу података о ДНК анализи, 2) базу дактилоскопских података, и 3) базу података о регистрацији возила. Такође, државе чланице су обавезане да обезбеде доступност ових категорија података из националних база, односно да дозволе аутоматску претрагу преко одређених националних контактних тачака, у оквиру којих се могу упоређивати подаци у појединачним случајевима, а све у складу са захтевом националног прописа државе која је захтев упутила.[8]

Прумски оквир за аутоматизовану претрагу и размену података омогућава држави чланици да тражи податке о ДНК анализи, дактилоскопске податке и податке о регистрацији возила у националним базама података других држава чланица. Механизам се одвија у два корака. У оквиру првог корака аутоматски се размењују одређене категорије података. Најпре се претражују и упоређују подаци, чему следи обавештење о поготку/ нема поготка (*hit/no hit*), односно пронађени су/нису пронађени подударни скупови података. У случају поготка, следи аутоматизована испорука резултата претраге. Док се у погледу података о регистрацији возила додатни подаци достављају одмах по „поготку“, у погледу података о ДНК анализи и дактилоскопских података, по „поготку“ се шаљу само одређени референтни

[5] Више о томе вид. М. Писарић, „Унапређење размене података у оквиру прекограничне полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима на нивоу Европске уније – „Прумски процес“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 3/2010*, 562-563.

[6] Council Decision 2008/615/JHA of 23 June 2008 on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime, OJ L 210, 6.8.2008, p. 1–11, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32008D0615.

[7] Council Decision 2008/616/JHA of 23 June 2008 on the implementation of Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime, OJ L 210, 6.8.2008, p. 12–72, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32008D0616.

[8] Више о томе, вид. T. Bugarski, „Razmena podataka i informacija u vezi sa DNK profilima kao vid prekogranične saradnje država u borbi protiv kriminaliteta“, *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije*, vol. 3, Novi Sad, 2015, 836.

подаци. Наиме, с обзиром на то да се ради о посебним категоријама података о личности, након што „погодак“ буде потврђен, тако што стручно лице верификује подударне скупове података, држави у чијој бази је потврђен погодак се упућује захтев за достављање података о личности и података у вези са конкретним случајем.[9] Другим речима, активирају се традиционални канали узајамне правне помоћи, но они технички нису део прумског режима, јер је даља размена доступних података о личности регулисана националним правом замољене државе чланице.

Поред тога, Одлука 2008/615/JXA прописује правила о достављању података о личности и других података у случају масовних догађаја са прекограничном димензијом (Поглавље 3), као и за потребе спречавање тероризма (Поглавље 4). Предвиђена су и правила о другим облицима сарадње, као што су заједничке операције или помоћ у случајевима масовних окупљања, катастрофа и тешких несрећа (Поглавље 5). Такође, утврђен је низ правила о заштити података (Поглавље 6). Међу њима је и правило да је обрада података о личности у држави која је упутила захтев дозвољена искључиво у сврхе за које су подаци достављени, а да свака обрада у друге сврхе мора бити предмет претходног одобрења државе чланице којој је захтев упућен. Такође, прописана су и правила која се односе на тачност, релевантност и период чувања података, укључујући могућности исправљања или брисања тих података. У Одлуци су садржана и правила о правима појединаца, међутим, у време њеног усвајања недостајао је правни оквир за обраду података у сврху истраге, јер Оквирна одлука о заштити података о личности у оквиру полицијске и правосудне сарадње још није била усвојена.[10]

Од држава чланица се очекивало да имплементирају прумске одлуке у две фазе: рок за транспозицију правила о достављању информација у вези са масовним догађајима и спречавању тероризма и правила о заштити података био је 26. август 2009, док је у погледу одредаба о аутоматизованој претрази ДНК профила, дактилоскопских података и података о регистрацији возила рок био 26. август 2011. године.

Поред тога, државе чланице биле су у обавези да испуне формалне захтеве. Наиме, да би држава могла да започне са аутоматизованим претраживањем и да захтева да јој се достављају подаци било је потребно предузети низ корака: (а) члан 25(2) Одлуке 2008/615 предвиђа да се одредбе о заштити података (Поглавље 6) морају претходно спровести у националном

[9] V. Toom, R. Granja, A. Ludwig, „The Prüm Decisions as an Aspirational regime: Reviewing a Decade of Cross-Border Exchange and Comparison of Forensic DNA Data“, *Forensic Science International: Genetics 4/2019*, 51.

[10] Council Framework Decision 2008/977/JHA of 27 November 2008 on the protection of personal data processed in the framework of police and judicial cooperation in criminal matters, OJ L350/60, 30.12.2008, p. 60–71, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex% 3A32008F0977.

закону; (б) према члану 20 Одлуке 2008/616 држава треба да прође процедуру евалуације, која се састоји од попуњавања упитника у вези са категоријом података, пилот тестирање и евалуациону посету, након чега се Савету подноси евалуациони извештај, који, након консултација са Параламентом, доноси одлуку на основу које дотична држава чланица може да започне оперативну размену података.

2.2. Имплементација

Имплементација прумских одлука је била праћена одређеним компликацијама. Наиме, да би државе чланице могле другим државама чланицама да учине доступним податке ускладиштене у националним базама података, претходно су морале да имају успостављене такве базе, што није био случај у свим државама. Због тога је имплементација прумских одлука захтевала успостављање националних база података, што је било условљено доношењем потребних прописа у државама чланицама. Како су ове базе података предмет уређења националног закона, њихова основна правила се значајно разликују.

Имплементација прумских одлука је разматрана у више наврата у последњих неколико година. У Извештају о имплементацији из 2012. Комисија је нагласила значај аутоматизоване претраге података у националним базама, а као кључни проблем препознала је недостатак једнообразних правила процедуре након „поготка“ као резултата претраге.[11] Сам процес имплементације је текао прилично споро, а кашњења се могу приписати различитим факторима, првенствено финансијским и техничким потешкоћама.[12] Поводом непоштовања обавеза из прумских одлука Комисија је 2017. у оквиру процедура због непоштовања обавеза утврђених изворима права ЕУ чак упутила захтев за званична обавештења у неколико држава чланица (Хрватска, Ирска и Италија, Грчка и Португалија).[13]

Средином 2020. Савет је изнео Саопштење о имплементацији одредаба прумских одлука у делу о размени података,[14] у ком је утврђено да је већи-

[11] European Commission, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Council Decision 2008/615/JHA of 23 June 2008 on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime (the 'Prüm Decision') COM(2012) 732 final, 7.12.2012, https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0732:FIN:EN:PDF, 7.

[12] Више о томе, вид. F. Santos, *Overview of the implementation of the Prüm Decisions*, 2016, https://eg.uc.pt/handle/10316/41091?mode=full, 8.

[13] Вид. European Commission, Ninth progress report towards an effective and genuine Security Union, COM (2017) 407 final, 26.7.2017, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0407&from=LV, 9.

[14] Council of the European Union, Communication from the General Secretariat of the Council to Working Party on JHA Information Exchange (IXIM) REV 5197/1/20 on implementation

на држава чланица оперативна и омогућава аутоматизовано претраживање података о ДНК анализи, отисцима прстију и регистрацији возила. Ипак, уочене су одређене мањкавости у имплементацији.

Што се тиче података о ДНК анализи, у Грчкој и Италији још увек није у функцији оперативна база података, иако су одговарајући софтвери инсталирани.[15] Штавише, међу 25 оперативних држава, степен повезаности значајно варира – Холандија размењује ДНК податке са 24 државе чланице, Бугарска са 12, Велика Британија са девет, Данска са седам, а Ирска са свега две државе чланице. Приметне су разлике и у погледу категорије података којима државе једна другој омогућавају приступ у сврху истраге кривичних дела: све државе дозвољавају претрагу свих трагова кривичног дела похрањених у националној бази података, док у погледу осуђених и осумњичених лица постоји неколико изузетака; 18 од 29 држава дозвољава приступ подацима о ДНК анализи који се тичу неидентификованих људских остатака; [16] 14 држава дозвољава приступ базама података о ДНК анализи неидентификованих и несталих лица. Као државе са најповољнијим правним оквиром за размену ових података препознате су Малта, Словачка и Чешка, док у Немачкој, Ирској, Грчкој, Луксембургу, Португалу, Финској и Шведској надлежни органи имају ограничено право да користе прумски оквир.

Што се тиче имплементације правила о аутоматизованим претрагама у бази дактилоскопских података, Грчка, Италија, Хрватска и Велика Британија не дозвољавају нити траже размену података (при чему су Грчка и Хрватска још увек у фази тестирања). Међу државама које су постале оперативне пристуна су одступања у повезивању слична онима уоченим у вези са подацима о ДНК анализи. Иако је већина држава чланица повезана са око 20 других, Летонија је повезана са девет, Шведска са пет а Ирска са само две државе чланице.[17] Белгија је, пак, оперативна са девет држава у погледу долазних и одлазних захтева, али прима захтеве за претрагу из још 12 држава.[18] У свим државама одређен је максималан број захтева за претраживање на дневном нивоу. Што се тиче категорије података, претраживање података о отисцима прстију осуђених и осумњичених лица, и трагова папиларних линија пронађених на лицу места дозвољено је у готово свим државама, са изузетаком Пољске и Словеније. [19] Око половине држава чланица омогућава претрагу база дактилоскопских података идентификованих

of the provisions on information exchange of the "Prüm decisions, 25.6.2020, https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5197-2020-REV-1/en/pdf.

[15] Council, op.cit, 20.

[16] Council, op.cit, 21.

[17] Council, op.cit, 23-24, 26.

[18] Council, op.cit, 22.

[19] Council, op.cit, 28.

људских остатака, док је аутоматизована претрага отисака прстију несталих лица омогућена у свега седам држава.[20]

У погледу имплементације правила о размени података о регистрацији возила, Грчка, Италија и УК нису оперативне.

Чланом 36(4) Одлуке 2008/615 предвиђено је да ће Комисија, након имплементације прумских одлука на националном нивоу од стране свих држава чланица, размотрити препоруке за даљи развој инструмента полицијске сарадње. Иако и девет година након истека рока наведеног у Одлуци 2008/615, имплементација још увек није у потпуности завршена, покренут је процес ревизије прумског оквира.

3. РЕВИЗИЈА ПРУМСКОГ ОКВИРА

Последњих неколико година се јасно указује на нужност модернизације прумског оквира (*Next Generation Prüm*). С обзиром на то да се легислативне мере о полицијској сарадњи усвајају у складу са агендом институција ЕУ, оправдање и смисао реформе прумског оквира треба посматрати у једном ширем котексту. У средишту ове агенде су стратегије унутрашње безбедности Уније. Полазећи од страгегија за период 2010-2014 и за период 2015-2020, у којима се, међу приоритетима, препознаје унапређење размене информација и оперативне сарадње између држава чланица у супротстављању тероризму и организованом криминалу, Комисија је и у Стратегији из јула 2020. указала на потребу модернизације прумских одлука, доводећи је у везу са технолошким и форензичким развојем и развојем у области заштите података о личности и измењеним оперативним захтевима.[21]

3.1. Процес

Ток легислативне акције на реформи прумског оквира првенствено је одређен Мапом за унапређење размене и управљања подацима и прекограничну размену података, укључујући интероперабилност система, коју је Савет усвојио 6. јула 2016. године.[22] У овом документу предвиђене су крат-

[20] Ibidem.

[21] European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the EU Security Union Strategy, COM(2020) 605 final, 24.7.2020, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-eu-security-union-strategy.pdf, 28.

[22] Council of the European Union, Roadmap to enhance information exchange and information management including interoperability solutions in the Justice and Home Affairs area, Document 9368/1/16 REV 1, 6.6.2016, https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9368-2016-REV-1/en/pdf.

корочне и средњерочне мере и дугорочна оријентација ка унапређењу управљања и размене података у области правосуђа и унутрашњих послова, међу којима је и прумски оквир. За остваривање овог циља планирано је препознавање кључних препрека за потпуно коришћење инструмената из прумских одлука и њихово превазилажење, као и разматрање могућности укључивања Европола у прумски оквир.[23]

Конкретна иницијатива да се размотри развој следеће генерације прумског оквира покренута је јула 2018, када је Савет изнео Закључке о имплементацији прумских одлука десет година након њиховог усвајања.[24] Истакнувши да су аутоматизована претрага и поређење ДНК профила, дактилоскопских података и података о регистрацији возила, као и други облици сарадње (заједничке операције, заједничке истражни тимови и помоћ у вези са масовним окупљањима, катастрофама и озбиљним несрећама) од суштинског значаја за борбу против тероризма и прекограничног криминала, Савет је позвао државе чланице које још нису оперативне да покрену нерешене процедуре евалуације што је пре могуће, а државе које су оперативне да наставе са ширењем међусобне оперативне повезаности и да у већој мери користе алате из прумских одлука за аутоматизовану размену података, као и друге облике сарадње. Истовремено, Савет је позвао Комисију да након потпуне имплементације прумских одлука од стране свих држава чланица размотри ревизију ових одлука, у смислу проширења поља примене и осавремењивања потребних техничких и правних захтева. [25]

Специјални комитет за теоризам је 21. новембра 2018. Европском парламенту упутио Извештај о налазима и препорукама,[26] који је Парламент усвојио резолуцијом у децембру 2018. године.[27] У овом Извештају је указано на потребу унапређења сарадње и размене података између држава чланица у спречавању, откривању и доказивању теоризма, с посебним нагласком на нужност ревизије постојећих правних инструмената, нарочито прумских одлука.[28]

Полазећи од наведених инцијатива, Комисија је у новембру 2018. покренула процес израде студије изводљивости о будућности прумског оквира. У том циљу планирана је процена техничких, оперативних и правних захте-

[23] Ibidem, 27.

[24] Council of the European Union, Council Conclusions on the implementation of the "Prüm Decisions" ten years after their adoption, Document 11227/18, 18.7.2018, https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11227-2018-INIT/en/pdf.

[25] Ibidem, 5.

[26] Special Committee on Terrorism, Report on findings and recommendations of the Special Committee on Terrorism (2018/2044(INI)), 21.11.2018, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0374_EN.html.

[27] European Parliament, Resolution of 12 December 2018 on findings and recommendations of the Special Committee on Terrorism (2018/2044(INI)), OJ C 388, 13.11.2020, p. 42–83, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018IP0512.

[28] Ibidem, 49.

ва за измену техничке архитектуре, побољшање размене података о личности и података у вези са конкретним случајем а након што претрага у систему резултира „поготком“, укључивање додатних категорија података и унапређење постојеће обраде података, као и повезивање прумског система са другим централним базама података у ЕУ и интероперабилним решењима. Ради реализације ових циљева у октобру 2019. формиране су четири фокусне групе са задатком да помогну Комисији у изради студије изводљивости тако што ће утврдити на који начин и у ком правцу је потребно даље да се развијају постојећи механизми размене података. Три групе су се фокусирале на типове података који су већ размењују, док је анализа потребе за разменом података из система за препознавање лица била поверена четвртој групи.[29]

Иако је било планирано да Комисија изнесе легислативни предлог у другом кварталу 2021, то у време писања рада још увек није било учињено. Ипак, узимајући у обзир све наведено, неспорно је да ће ревизија у циљу модернизације прумског оквира уследити у скорије време, а обриси правца и обима ревизије наслућују су у довољној мери да би били предмет анализе.

Правац реформе прумског оквира одређен је у три документа Комисије из 2020. године:

1) У Студији изводљивости о побољшању размене података у складу са прумским одлукама, објављеној у мају 2020, препознати су одређени недостаци а потом су предложене опције осмишљене да би се ти недостаци превазишли и да би се у прумски оквир укључила нова решења, условљена променама у технолошком окружењу, а са циљем максимизирања перформанси прумског оквира.[30]

2) Комисија је јуна 2020. објавила резултате процене усклађености правних инструмената из некадашњег Трећег стуба са правилима о заштити података о личности из Директиве 62(6),[31] а међу десет инструмената које је потребно ревидирати у том смислу налазе се и прумске одлуке.[32]

[29] Council, Document 13356/19 (30 October 2019, not publicly available), наведено према N. Vavoula, Police Information Exchange, 2020, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/658542/IPOL_STU(2020)658542_EN.pdf, 25.

[30] European Commission, Study on the Feasibility of Improving Information Exchange under the Prüm Decisions, 25.5. 2020, https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6c877a2a-9ef7-11ea-9d2d-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-130489216. У даљем тексту: European Commission, *Study on the Feasibility*.

[31] Directive (EU) 2016/680 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 by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA, (OJ L 119, 4.5.2016, p. 89–131), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32016L0680.

[32] European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Way forward on aligning the former Third pillar acquis with data protection rules,

3) Као део легислативне иницијативе за унапређење аутоматизоване размене података у прумском оквиру Комисија је августа 2020. објавила Путоказ за комбиновану еваулацију и Почетну процену утицаја, [33] у којој су утврђени недостаци прумског оквира у светлу оперативног, технолошког, форензичког развоја и развоја правила о заштити података.[34]

3.2. Правац

У Почетној процени утицаја се истиче да се прумски оквир сматра успешним инструментом ЕУ за сарадњу између надлежних органа, који је допринео откривању и доказивању многих кривичних дела. Ипак, постоји неколико препрека које ометају благовремену и несметану размену података у оквиру прумског оквира и тиме утичу на ефикасност истраге као и на успостављање могућих прекограничних веза:[35]

1) Неефикасност процедура након „поготка“: С обзиром на то да се аутоматизоване претраге података о ДНК анализи и дактилоскопских података у националним базама података заснивају само на референтним подацима из којих се лице на који се податак односи не може директно идентификовати, него је након што стручно лице потврди “погодак“ неопходно даље податке захтевати у складу са важећим националним правилима које се у знатној мери разликују, даљи поступак размене података о „погоцима“ је веома неуједначен од државе до државе. Услед тога, приметна је незанемарљива фрагментираност у погледу коришћених канала сарадње, процедура, те прописаних скупова података и временских ограничења. Такође, разлике у циљевима и начину сарадње између полицијских и правосудних органа може представљати препреку правовременој и ефикасној размени податка за потребе кривичног поступка, јер се полицијска сарадња заснива на највећем степену приступа доступним подацима за потребе октривања и доказивања, али и спречавања кривичних дела, док је правосудна сарадња рестриктивнија и спорија.[36]

COM(2020) 262 final, 24.6.2020, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:c835f51d-b6d5-11ea-bb7a-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF, 8.

[33] European Commission, Combined Evaluation Roadmap/Inception Impact Assessment, Strengthening the automated data exchange under the Prüm framework, Ref. Ares(2020)4214748, 11.8.2020, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12563-Strengthening-the-automated-data-exchange-under-the-Prum-framework_en. У даљем тексту: European Commission, Combined Evaluation Roadmap/Inception Impact Assessment.

[34] Више о изнетим ставовима и резултатима консултација, вид. Contributions to the consultation, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12563-Strengthening-the-automated-data-exchange-under-the-Prum-framework/public-consultation_en.

[35] European Commission, *Combined Evaluation Roadmap/Inception Impact Assessment*, 2-3.

[36] S. Matos, „Privacy and data protection in the surveillance society: The case of the Prüm system“, *Journal of Forensic and Legal Medicine* 6/2019, 158.

2) Потешкоће у прекограничној размени других категорија података – Прумски оквир не омогућава аутоматизовано претраживање и упоређивање појединих категорија података, који се тренутно размењују путем недовољно ефикасних и дуготрајних традиционалних канала сарадње, као што су подаци из полицијских евиденција или подаци о возачким дозволама. Поред тога, ван прумског оквира су и друге, за истрагу значајне, категорије података који се прикупљају током истрага а не могу се поредити и делити због недостатка техничких решења, као што су фотографије осумњичених и осуђених лица или балистички подаци.
3) Комплексна техничка архитектура – Прумски оквир је децентрализована мрежа билатералних веза између националних база података држава чланица без централних компоненти на нивоу ЕУ, што значи да свака држава чланица треба да успостави 27 веза у односу на сваку категорију података. Испуњавање овако постављеног захтева је технички комплексно и изискује значајне финансијске и људске ресурсе. Као резултат тога, од могућих конекција, успостављено је свега 61% повезаности у односу на податке о ДНК анализи, 57% у односу дактилоскопске податке и 79% у односу на податке о регистрацији возила.
4) Изостанак системске размене података између држава чланица и Европола – Иако је током година повећана повезаност између Европола, као кључне тачке за размену података о прекограничном и организованом криминалу, и централизованих информационих система ЕУ за безбедност, управљање границама и миграцијама, значајан део размене података се и даље се одвија путем децентрализованих мрежа, као што је прумски оквир.
5) Неефикасност у тренутној аутоматизованој размени података – Иако прумске одлуке садрже детаљна правила о укључивању и подударању, техничким спецификацијама упита, безбедносним мерама, комуникацији итд, нека од ових правила су застарела, услед значајног информационог и форензичког развоја. Поред тога, постоје незанемарљиве разлике у погледу могућности употребе прумског оквира за претрагу података о несталим лицима и неидентификованим људским остатацима.
6) Застарели оквир заштите података о личности – Иако Прумске одлуке садрже правила о заштити података о личности, ова правила су застарела и нису у складу са захтевима у смислу важећег режима заштите података.

Ради превазилажења ових недостатака у Студији изводљовости о унапређењу размене информација предложене су измене прумског оквира у пет кључних области:

1. *Унапређење аутоматизоване претраге података*, што подразумева:

а) Проширивање поља примене прумског оквира, омогућавањем претраге података о несталим лицима, неидентификованим преминулим лицима и људским остацима:

Да би се превазишла расцепканост правног оквира на нивоу држава чланица и да би се омогућио реципроцитет, предлаже се проширење материјалног и персоналног поља примене прумских одлука, стварањем основа за претрагу података од значаја за потрагу за несталим лицима и идентификовање преминулих лица и људских остатака, чак и у случају да не постоји директна веза са конкретном истрагом.

Тренутно је материјални обухват прумских одлука постављен тако да се аутоматска претрага података дозвољава само у сврху спречавања и истраге кривичних дела, нарочито тероризма и прекограничног криминала. Проширивањем материјалног поља примене прумских одлука државе би биле обавезане да измене законодавство у смислу да се такви подаци најпре морају прикупљати и чувати у националним базама а потом и да се могу аутоматски претраживати од стране надлежних органа друге државе чланице.

Укључивање података о ДНК анализи и дактилоскопских података несталих лица би било проширено персонално поље примене прумског оквира. У том смислу, неопходне су додатне мере заштите ове категорије података, у погледу периода задржавања података и овлашћења надлежних органа да иницирају претрагу, као и раздвајање механизама обраде и претраге ових података у односу на категорију осумњичених и осуђених лица.[37]

б) Побољшања у погледу категорија података које се тренутно размењују, што захтева реформу техничких захтева за размену биометријских података, у виду усвајања техничких стандарда за размену, као и одређена прилагођавања у погледу све три категорије података:

У Студији се разматрају промене потребне у циљу побољшања ефикасности дактилоскопских података кроз стандардизацију квалитета слике отиска прста,[38] те повећање минималног прага (тј. броја локуса) за подударање ДНК профила, како би се смањио број лажних позитивних резултата.[39] У погледу података о регистрацији возила, предлаже се низ промена ради побољшања ефикасности процеса претраге и размене информација. Предложено је да, уместо обавезног навођења државе порекла регистарских таблица, овај филтер претраге буде опциони, како би државе чланице могле да траже подударања у свим националним базама података. С обзиром на то да и подаци о возилу представљају податке о личности у мери у којој воде ка идентификацији физичког лица, у циљу поштовања принципа миними-

[37] European Commission, *Study on the Feasibility*, 22

[38] European Commission, op.cit, 35

[39] European Commission, op.cit, 36-37

зације података само основни скуп података (регистрска таблица, порекло, марка, модел и боја возила) треба да буду обезбеђени, како би се идентификовало одговарајуће возило. Такође, у Студији изводљивости се предлаже развијање индекса који би садржао све претраге по возилу, који би постао доступан државама чланицама, на који начин би се створио проактивнији алат за истрагу. С тим у вези потребно је размотрити најпре неопходност успостављања индекса, а потом и елементе који били укључени за идентификацију возила, период задржавања, услове за приступ, вођење евиденције коришћења индекса и садржаја ком би се омогућио приступ. Такође, разматрана је могућност претраге свих возила регистрованих на једно лице, као и претраге по боји возила и километражи.[40]

2. *Унапређење процедуре након поготка*, тако што би се између поготка и упућивања захтева за пружање узајамне правне помоћи предвидео један међукорак. У оквиру тог међукорака би, по аутоматизму, ограничени основни скуп података био обезбеђен по „поготку", али само у погледу дактилоскопских података и то само у случајевима претраге са високим степеном тачности (односно валидације тачности поготка), у којима је могућност лажног подударања веома мала.[41]

3. *Увођење могућности аутоматизоване претраге додатних категорија података*, као последица развоја нових технологија и истражних алата, нарочито у погледу:

а) Слика лица

Укључивањем препознавања лица као биометријског алата у прумски оквир, државе чланице би могле да упореде слике непознатих учинилаца кривичних дела са националним референтним базама других држава чланица. Међутим, у државама чланицама тренутно не постоје националне централне базе података са референтним сликама или национални софтвер за препознавање лица (иако се у појединим држава разматра процес имплементације таквих база података и софтвера).[42] Усвајањем правног оквира за модернизацију прумских одлука државе би се обавезале да примењују софтвер за препознавање лица и створе централну базу података слика лица. Будућа претрага и размена података из таквих база би била руковођена правилима за размену постојећих биометријских података, као и форензичким и техничких захтевима. С обзиром на то да се ради о категорији података о личности, у Студији се инсистира на обезбеђивању што вишег нивоа квалитета слика лица у националним базама, као и на мерама у циљу смањивања ризика погрешног подударања.[43]

[40] European Commission, op.cit, 58
[41] European Commission, op.cit, 61-64
[42] Council, Document 13356/19 (n 98) 14.
[43] European Commission, op.cit, 150

б) Података о возачким дозволама

Иако се подаци о возачким дозволама размењују путем RESPER апликације, ова могућност није предвиђена за потребе истраге. Такође, надлежни органи имају у већини држава приступ националним базама података о возачким дозволама, па је у разматрању ове могућности потребно претходно узети у обзир колико држава чланица дозвољава такве претраге, за која кривична дела и у којој фази поступка.

в) Биографских података

Разматра се креирање индексних база података које би садржале изводе из полицијских евиденција са псеудонимизованим подацима и покретање претрага таквог индекса на бази поготка/без погодака. У том смислу, потребно је претходно утврдити шта се подразумева под полицијском евиденцијом, да ли је неопходно успостављање таквих националних индекса и да ли би то имало додатну вредност (имајући у виду рад Европола и могућности Шведске иницијативе), које подаци би биле укључени у индекс, који би био период чувања тих података, у које сврхе би се могли користити и ко би им могао приступити.

4. *Увођење нове ИТ архитектуре*, ради превазилажења одређених недостатака прумског оквира као децентрализоване мреже за претрагу и размену података. Не ради се о потпуној централизацији процеса и стварању новог информационог система на нивоу Уније, него се разматра имплементација централног рутера, преко ког би се примали и упућивали захтеви између држава чланица, уместо постојећих билатералних аранжмана. На тај начин би ревидирана архитектура омогућила и прикупљање статистичких података о коришћењу прумског оквира.[44]

5. *Разматрање могућности повезивања прумског оквира са информационим системима и другим интероперабилним решењима*, пре свега са Европским порталом за претрагу (*the European Search Portal*), Европолом и Интерполом. Међутим, претходно је неопходно проценити усклађеност таквих предлога за принципом нужности и сразмерности.[45]

У Почетној процени утицаја Комисија је јасно утврдила правац легислативне интервенције, истакнувши да су циљеви ревизије прумског оквира да се:[46]

1) убрза и поједностави размена података о личности и података у вези са случајем након што стручна лица потврде „погодак“

Ради остварења овог циља могућа је легислативна интервенција у два правца: (а) усвајање стандарда за скуп података које треба да обезбеди за-

[44] European Commission, op.cit, 101

[45] European Commission, op.cit, 121-126

[46] European Commission, *Combined Evaluation Roadmap/Inception Impact Assessment*, 3-4.

мољена држава чланица, временски оквир и канал за пренос података након што држава чланица која је вршила претрагу потврди „погодак“, и (б) имплементација системског решења за испитивање и достављање ограниченог скупа основних података о личности на полуаутоматизовани начин, при чему се могућа различита техничка решења и нивои усклађености процеса.

2) омогући аутоматска размена додатних категорија података који су доступни у кривичним или другим базама података држава чланица у сврху истраге

Ради остварења овог циља могућа је легислативна интервенција у правцу увођења једне или неколико додатних категорија података у криминалистичким базама података држава чланица који би били доступни за аутоматизовану претрагу и поређење у оквиру прумског оквира: ограничени скуп података о осумњиченом (нпр. псеудонимизовано име, датум рођења, место рођења, пол), возачке дозволе, слике лица, балистички подаци.

3) *олакша имплементација, коришћење и одржавање информационог система*

Ради остварења овог циља могућа је легислативна интервенција у два правца: (а) одржавање децентрализоване архитектуре прумског оквира, уз имплементацију централног рутера, преко ког би се државе чланице повезивале (уместо успостављања билатералних веза за сваком државом чланицом понаособ), и који би пружао додатне услуге на нивоу ЕУ (статистика, оперативно техничко праћење система и сл), и (б) развијање централизоване компоненте за претрагу и упоређивање података, на који начин би се избегла потреба за развојем и одржавањем неопходних хардверских и софтверским компоненти у свакој држави чланици посебно.

4) омогући претрага и упоређивање података које је Европол примио из трећих држава

Ради остварења овог циља могућа је легислативна интервенција у два правца: (а) Европол би био укључен у прумски оквир у циљу унакрсне провере података добијених од трећих држава и успостављања веза између података, уз примену строгих заштитних мера које би обезбедиле да неће бити даљег преноса података трећим државама, и (б) Европол би, поред претходно наведеног, похрањивао податке о „погоцима“ који потпадају под његов мандат и користио би их за остваривање задатака из свог мандата у смислу пружања подршке државама чланицама у борби против прекограничног криминала и тероризма.

5) унапреди аутоматизована размена постојећих категорија података

Ради остварења овог циља могућа је легислативна интервенција у два правца: (а) креирање новог правног инструмента како би заменио Одлуку 2008/616, како би се омогућило флексибилније ажурирање техничких, форензичких и административних стандарда, и (б) имплементација структурне

промене у постојећој аутоматизованој размени, кроз проширење опсега прумског оквира, како би се побољшала ефикасност прумског оквира (тако што би се омогућила претрага података о ДНК профилима и о дактилоскопским подацима и у погледу несталих лица и неидентификованих људских остатака, односно увеле би се нове функционалности (нпр. додавање опционих података о километражи и боји у одговору на претрагу података о регистрацији возила)

6) обезбеди висок ниво заштите података и прумске одлуке ускладе се са Директивом 2016/680

Ради остварења овог циља, без обзира на то да ли ће и у ком правцу одредбе прумских одлука бити мењане у смислу претходно описаних могућих интервенција, неопходна је измена постојећих одредби о заштити података у прумском оквиру ради усклађивања са Директивом 2016/680.

Описане потенцијалне легислативне интервенције су прелиминарне и биће предмет додатне процене утицаја, а исход такве анализе могао би да се састоји од комбинације наведених опција. Ипак, може се очекивати да ће се овако постављени циљеви јасно одразити и на садржај будућег легислативног предлога.

4. ЗАКЉУЧАК

Имплементација прумских одлука тренутно у завршној фази, па се планира ревизија прумског оквира, са циљем проширења његовог обима и ажурирања неопходних техничких и правних захтева. Разматрајући могући правац легислативних акција, на првом месту треба указазати на то да је неспорно да ће се прумски оквир ревидирати како би се ажурирала *правила о заштити података о личности* у складу са модернизованим правним оквиром. У вези са могућим реформама прумског оквира значајно место заузима питање *основних права*, посебно права на поштовање приватног живота и заштите личних података и забране дискриминације. Ова питања су само у рудиментарном облику истакнута у Студији о изводљивости, па би пре усвајања легислативних предлога требало извршити процену утицаја различитих опција на основна права појединаца. У том погледу су од посебне важности принципи нужности и пропорционалности, полазећи од тога да прописивање одређених мера не би требало да буде вођено само могућностима које нуди еволуција информационе технологије.

Што се тиче *укључивања додатних категорија података* у прумски оквир, требало би проценити какве су импликације стварања индексних база података које садрже изводе из *полицијских евиденција* на приватност и заштиту података, укључујући њихову неопходност и додатну вредност,

посебно имајући у виду рад Европола и могућности које нуди Шведска иницијатива. У погледу увођења *аутоматизованих претрага слика лица*, у евентуалној ревизији морају се узети у обзир импликације по основна људска права. Како су такве претраге компликоване због неадекватног квалитета слика, у будући оквир морају бити уграђене адекватне мере заштите података тако да квалитет слика лица буде довољно висок да се спречи ризик од повећаног лажног подударања. Такође, специфичне сврхе претраживања слика лица такође треба да буду ограничене како би се спречила широка пракса надзора на националном нивоу. У вези са могућим проширивањем прумског оквира у односу на *нестала лица и неидентификована преминула лица* важно је истакнути да су за обраду ових података у оквиру истог правног режима као за размену података о осуђеним лицима потребне додатне гаранције, пре свега у погледу задржавања тих података и овлашћења органа да покрену претраге у бази података. Проналажење несталих лица и идентификација преминулих су циљеви који нису увек повезани са циљевима кривичног поступка, па одвајање различитих типова размене података о несталим и преминулим лицима од оних који се односе на учиниоце кривичних дела треба размотрити као опцију. Што се тиче аутоматизованог претраживања *података о возилима*, потребно је напоменути да све измене морају бити засноване на принципима неопходности, пропорционалности и минимизације података. У вези са креирањем индекса мора се узети у обзир неопходност његовог успостављања, елементе које треба да укључити да би се идентификовао веома ограничен број возила, период задржавања, услове за приступ индексу од стране службених лица, вођење евиденције о коришћењу индекса и о садржају коме је омогућен приступ.

Осигурање *високог квалитета података* требало би да буде главни приоритет због опасности од лажних позитивних резултата, посебно са постепеним развојем националних база података и великим количинама података који се чувају. Да би се побољшао квалитет података о отисцима прстију неопходна је примена техничких стандарда, док у погледу ДНК подударања треба размотрити повећање броја локуса. При томе, остваљање могућности државама чланицама да дефинишу другачије услове подударања кроз билатералне споразума захтева пажљиву процену, из разлога што би се на тај начин утврђено правило учинило неприменљивим и самим тим неефикасним.

Што се тиче *поједностављивања процедуре након погодака*, аутоматизација захтева за праћење и преузимање минималног скупа података биће од велике користи истражним органима, имајући у виду да је сарадња у том погледу у овом тренутку дуготрајна. Ипак, аутоматизацију би требало евентуално резервисати само у случајевима када је могућност грешке маргинална. Механизам поступања по захтеву за међународну правну помоћ би се

могао поједноставити предвиђањем рокова за поступање по долазним захтевима, међутим корисно је омогућити државама чланицама дискреционо право да задрже мануалну ауторизацију, у одређеном ограниченом временском оквиру, посебно у случајевима забринутости да подаци о личности у бази података друге државе чланице нису поуздани.

О уграђивању *решења интероперабилности* не треба одлучивати пре увођења интероперабилности 2023. године и процене њене ефикасности. Постоје значајне разлике између централизованих информационих система и децентрализованих механизама размене, као што је прумски оквир, као и значајне разлике између намене централизованих информационих система и могућности које прумски оквир нуди. Треба проценити неопходност и пропорционалност омогућавања интероперабилности података у прумском систему са другим подацима присутним у базама података на нивоу ЕУ, при чему треба избегавати могућа преклапања. Такође треба размотрити да ли је централни прумски рутер неопходан ако су билатералне везе између националних база података већ у завршној фази.

Могућност да се Европолу да улога у прумском систему отвара низ питања као што су заштита биометријских података од стране Европола и потреба за ограничењима за даље преносе у треће државе. Укључивање Интерпола као актера прумског оквира треба да обезбеди да не дође до преноса података о личности у треће земље осим уколико Комисија није донела одлуку о адекватности (*adequacy decision*) којом се обезбеђује адекватан ниво заштите података о личности у тој држави. Што се тиче могућности отварања прумског оквира према трећим земљама, посебно према државама Западног Балкана, треба нагласити да се свако аутоматизовано претраживање база подтака мора одвијати у складу са прописима ЕУ о заштити података. Сходно томе, ова опција би могла бити могућа само ако постоји довољна интеграција и веза са ЕУ која осигурава да су подаци о личности заштићени на суштински еквивалентан начин.

Иако Одлука 2008/616 предвиђа пубиликовање *статистичких података*, те информације нису доступне јавности, па су делотворност и транспарентност прумског оквира доведени су у питање, што је неопходно превазићи. Такође, корисно би било предвидети обавезе извештавања о употреби прумског оквира.

Поред свих ових разматрања, не сме се изгубити из вида и чињеница да имплементација ипак још увек није у поптуности спроведена у свим државама чланицама, а да степен повезаности између оперативних држава чланица значајно варира. Такође, прумски оквир укључен је *acquis* ЕУ без демократске контроле Европског парламента и без судске контроле од стране Суда правде. Ове мањкавости биће превазиђене у актуелном процесу ревизије, с обзиром на то да је у легислативну процедуру у области полицијске

сарадње, након ступања на снагу Лисабонског уговора, укључен и Европски парламент, као противтежа Комисији и Савету. Његово активно учешће могло би да обезбеди легитимитет ревидираном прумском оквиру и гаранције да ће сви јавни интереси бити подједнако избалансирани.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Извори

Convention between the Kingdom of Belgium, the Federal Republic of Germany, the Kingdom of Spain, The French Republic, the Grand Duchy of Luxembourg, the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Austria on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism, cross-border crime and illegal migration, 27 May 2005, https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10900-2005-INIT/en/pdf;

Council Decision 2008/615/JHA of 23 June 2008 on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime, OJ L 210, 6.8.2008, p. 1–11, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32008D0615;

Council Decision 2008/616/JHA of 23 June 2008 on the implementation of Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime, OJ L 210, 6.8.2008, p. 12–72, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32008D0616;

Council Framework Decision 2008/977/JHA of 27 November 2008 on the protection of personal data processed in the framework of police and judicial cooperation in criminal matters, OJ L350/60, *30.12.2008, p. 60–71,* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32008F0977;

Directive (EU) 2016/680 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 by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA, OJ L 119, 4.5.2016, p. 89–131, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32016L0680;

Литература

Bugarski T., „Razmena podataka i informacija u vezi sa DNK profilima kao vid prekogranične saradnje država u borbi protiv kriminaliteta“, *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije* vol. 3, Novi Sad, 2015, 385-403;

Council of the European Union, Roadmap to enhance information exchange and information management including interoperability solutions in the Justice and Home Affairs area, Document 9368/1/16 REV 1, 6.6.2016, https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9368-2016-REV-1/en/pdf;

Council of the European Union, Council Conclusions on the implementation of the „Prüm Decisions“ ten years after their adoption, Document 11227/18, 18.7.2018, https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11227-2018-INIT/en/pdf;

Council of the European Union, Communication from the General Secretariat of the Council to Working Party on JHA Information Exchange (IXIM) REV 5197/1/20 on implementation of the provisions on information exchange of the “Prüm decisions, 25.6.2020, https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5197-2020-REV-1/en/pdf;

European Commission, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Council Decision 2008/615/JHA of 23 June 2008 on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime (the ‘Prüm Decision’) COM(2012) 732 final, 7.12.2012, https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0732:FIN:EN:PDF;

European Commission, Ninth progress report towards an effective and genuine Security Union, COM (2017) 407 final, 26.7.2017, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0407&from=LV;

European Commission, Study on the Feasibility of Improving Information Exchange under the Prüm Decisions, Brussels, 25.5.2020, https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6c877a2a-9ef7-11ea-9d2d-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-130489216;

European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Way forward on aligning the former Third pillar acquis with data protection rules, COM(2020) 262 final, Brussels, 24.6.2020, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:c835f51d-b6d5-11ea-bb7a-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF;

European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the EU Security Union Strategy, COM(2020) 605 final, Brussels, 24.7.2020, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-eu-security-union-strategy.pdf;

European Commission, Combined Evaluation Roadmap/Inception Impact Assessment, Strengthening the automated data exchange under the Prüm framework, Ref. Ares(2020)4214748, Brussels, 11.8.2020, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12563-Strengthening-the-automated-data-exchange-under-the-Prum-framework_en;

European Parliament, Resolution of 12 December 2018 on findings and recommendations of the Special Committee on Terrorism (2018/2044(INI)), OJ C 388, 13.11.2020, p. 42–83, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018IP0512;

Matos, S., „Privacy and data protection in the surveillance society: The case of the Prüm system“, *Journal of Forensic and Legal Medicine 6/2019*, 155-161;

Писарић М., „Унапређење размене података у оквиру прекограничне полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима на нивоу Европске уније – „Прумски процес“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 3/2010*, 557-572;

Santos F., *Overview of the implementation of the Prüm Decisions*, 2016, https://eg.uc.pt/handle/10316/41091?mode=full;
Special Committee on Terrorism, Report on findings and recommendations of the Special Committee on Terrorism (2018/2044(INI)), 21.11.2018, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0374_EN.html;
Toom V., R. Granja, A. Ludwig, „The Prüm Decisions as an Aspirational regime: Reviewing a Decade of Cross-Border Exchange and Comparison of Forensic DNA Data“, *Forensic Science International: Genetics 4/2019*, 50–57;
Vavoula N., *Police Information Exchange*, 2020, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/658542/IPOL_STU(2020)658542_EN.pdf.

Остало:

Contributions to the consultation, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12563-Strengthening-the-automated-data-exchange-under-the-Prum-framework/public-consultation_en.

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

Milana M. Pisarić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs

Modernization of the Prum Framework for Data Exchange

Abstract: *In order to improve cooperation between the competent authorities of the Member States, a mechanism for the exchange of data for the needs of criminal proceedings has been developed at the level of the European Union. Among the elements of that mechanism are the instruments created by the Prum decisions from 2008. The implementation of these decisions has removed barriers to the cross-border movement of certain categories of information, by allowing the competent authorities of one Member State to allow the competent authorities of another Member State to access and search certain databases. Although the Prum Framework is considered a successful instrument of police co-operation, several significant obstacles have been identified over time that hinder the timely and unhindered exchange of data and thus affect the efficiency of investigations. The paper discusses the necessity and direction of the revision of the Prum framework in order to modernize the instruments of data exchange.*

Keywords: *police cooperation, data exchange, European Union, criminal procedure.*

Датум пријема рада: 20.12.2021.
Датум достављања коначне верзије рада: 11.01.2022.
Датум прихватања рада: 17.01.2022.

Прегледни рад 343.26:343.292
doi:10.5937/zrpfns55-34642

Драгиша С. Дракић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Drakic@pf.uns.ac.rs

Иван Д. Милић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
I.Milic@pf.uns.ac.rs

ПРЕВРЕМЕНО ОТПУШТАЊЕ ОСУЂЕНИКА*

Сажетак: *Један од начина „ранијег изласка" из казненог завода или из просторија у којима осуђени издржава казну огледа се у превременом отпуштању. Превремено отпуштање се не може одобрити сваком осуђенику. Од правила да се осуђени може превремено отпустити услед доброг владања постоји и изузетак. Превремено осуђеника може да отпусти директор Управе за извршење кривичних санкција или судија за извршење кривичних санкција.*

Пажња аутора у овом раду је управо превремено отпуштање осуђеника и то како оних који издржавају казну затвора у казеним заводима тако и оних који издржавају казну у просторијама у којима станују.

Кључне речи: *казна затвора, превремено отпуштање, суд, трудноћа, закон, судија за извршење.*

УВОД

Осуђена лица којима је изречена казна затвора знају колико ће времена највише провести на издржавању казне затвора, јер је то време одређено правноснажном судском одлуком. Осуђена лица којима је изречена казна

* Рад је настао као резултат рада на Пројекту „Правна традиција и нови правни изазови", чији носилац је Правни факултет у Новом Саду, Универзитет у Новом Саду. Рад је презентован на Међународној научној конференцији Правна традиција и нови правни изазови, одржаној 29. и 30. септембра 2021. године на Правном факултету Универзитета у Новом Саду.

доживотног затвора знају да ће до краја живота остати на издржавању казне у казненом заводу.[2] Правило је да након што је донета осуђујућа пресуда којом је окривљеном изречена казна затвора, који тада постаје осуђени, зна где ће издржавати казну затвора – да ли у казненом заводу или у просторијама у којима станује. У пресуди се не наводи у којем казненом заводу ће осуђени издржавати казну затвора, већ ће то осуђени сазнати када буде добио налог за издржавање казне. Свакако да постоје правила којима се уређује од којих критеријума зависи у који казнени завод ће осуђеник бити упућен на издржавање казне затвора.

Иако је у пресуди тачно наведено колико је осуђени дужан да проведе на издржавање казне затвора, у појединим случајевима осуђени може и пре истека казне да се отпусти из казненог завода. Постоји неколико могућности услед којих се осуђени може отпустити из казненог завода пре истека казне. Дакле, није *условни отпуст*[3] једини разлог ранијег изласка осуђеника из казненог завода. Тако, осуђени може да се раније отпусти услед амнестије и помиловања, као и због *превременог отпуштања*.

Колико раније осуђени може да се отпусти из казненог завода зависи од тога ко може раније да га отпусти. Правни положај осуђеника који је *раније отпуштен* у вези са временом неиздржане казне разликује се у зависности од тога ко је донео „одлуку“ о ранијем отпуштању. У појединим случајевима осуђени који је отпуштен пре истека казне сматра се да је издржао казну у целости, што значи да се дат ранији отпуст не може опозвати. Са друге стране, постоји могућност да се ранији отпуст са издржавања казне затвора опозове. Такође се и разликује правни положај осуђеника који је раније отпуштен.

Иако смо рекли да се осуђена лица из више разлога могу раније отпустити[4], предмет овог рада је превремено отпуштање осуђеника. Законом о извршењу кривичних санкција под *превременим отпуштањем* осуђеника сматра се само отпуштање од стране директора Управе за извршење кривичних санкција и судије за извршење кривичних санкција.

1. ПРЕВРЕМЕНО ОТПУШТАЊЕ ОСУЂЕНИКА

Правила у погледу превременог отпуштања осуђеног у Републици Србији су се изменила доношењем Закона о изменама и допунама Закона о

[2] Аутори у раду користе назив казнени завод за све установе у којима осуђена лица издржавају казну затвора.

[3] У науци се истиче да је условни отпуст најчешћи основ за отпуштање осуђеника, вид. А. С. Князьков, Условно-досрочное освобождение: проблемы и тенденции, *Вестник Томского государственного университета. Право.* 2015. №2 (16), 63.

[4] О отпуштању осуђеника вид. Đorđe Ignjatović, *Pravo izvršenje krivičnih sankcija*, Beograd, 2014, 181-182.

извршењу кривичних санкција[5] који је ступио на снагу 1. децембра 2019. године. До тада је само директор Управе за извршење кривичних санкција[6] (у даљем тексту: директор Управе), могао да превремено отпусти осуђеника, а од тада превремено отпуштање више није само у његовој надлежности. Сада и судија за извршење кривичних санкција (у даљем тексту: судија за извршење), може да превремено отпусти осуђеника. Свакако да постоје значајне разлике у погледу ова два случаја превременог отпуштања, као што су разлози за превремено отпуштање, време које је осуђени у обавези да проведе на издржавању казне затвора и положај осуђеника који је превремено отпуштен.

Имајући у виду да већ неколико година уназад казна затвора не мора нужно да се извршава у казненом заводу, већ и у просторијама у којима осуђени станује (тзв. кућни затвор) постоје и разлике у погледу превременог отпуштања између осуђених којих издржавају казну у казненом заводу и оних који казну издржавају у просторијама у којима станују. Дакле, не важе исте правила превременог отпуштања за осуђена лица која казну затвора издржавају у казненом заводу и осуђенике који казну затвора издржавају у свом стану-кући у погледу ове погодности.

2. ПРЕВРЕМЕНО ОТПУШТАЊЕ ОДЛУКОМ ДИРЕКТОРА УПРАВЕ ЗА ИЗВРШЕЊЕ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА

У Републици Србији има преко тридесет казнених завода у којима се налазе лица лишена слободе. Дакле, у казненим заводима се не налазе само осуђена лица којима је суд у кривичном поступку изрекао казну затвора већ и друга лица која су од стране надлежног органа лишена слободе (као што су притворена лица, прекршајно кажњена лица, и др.). Према Закону о извршењу кривичних санкција[7] Управа за извршење кривичних санкција организује, спроводи и надзире извршење казне затвора, малолетничког затвора, казне рада у јавном интересу, условне осуде са заштитним надзором, мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој

[5] Закон о изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 35/2019. (у даљем тексту и ЗоИДЗИКС). О неким новинама које овај Закон уводи вид. Иван Милић, Индивидуализација казне затвора на основу Закона о изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција из 2019. године, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2019, 1271–1285

[6] О превременом отпуштању осуђених лица вид. Милић Иван, *Индивидуализација казне затвора – криминолошки, кривичноправни и пенолошки аспект*, Нови Сад, 2017, 401-404. (докторска дисертација)

[7] Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, број 55 од 23. маја 2014, 35 од 21. маја 2019. (у даљем тексту и ЗИКС).

установи, обавезног лечења наркомана и обавезног лечења алкохоличара, као и васпитне мере упућивања у васпитно-поправни дом. Она такође спроводи меру притвора и друге мере за обезбеђење присуства окривљеног у кривичном поступку у складу са законом и обавља друге послове одређене законом. Управа је укључена у поступке социјалне реинтеграције и прихвата осуђених лица. Управа је орган у саставу министарства надлежног за послове правосуђа.[8] Управом руководи директор Управе, који представља Управу и одговоран је за законито и правилно извршење кривичних санкција у Републици Србији.[9] На овом месту треба истаћи да директор Управе има значајна овлашћења у погледу „одређених права осуђених лица", односно да има значајне надлежности у погледу индивидуализације казне затвора у поступку извршења. Тако на пример директор Управе одлучује о премештају осуђеника, о прекиду извршења казне осуђенику, о превременом отпуштању осуђеника и др.

Превремено отпуштање на основу одлуке директора Управе уређује се у *два закона.* Разлог зашто се у два закона уређује превремено отпуштање јесте последице „новоуведеног" модалитета извршења казне затвора у просторијама у којима осуђени станује (тзв. кућни затвор).[10] С тим у вези, Законом о извршењу кривичних санкција уређује се превремено отпуштање осуђеника из *казнених завода*, док се Законом о извршењу ванзаводских санкција и мера[11] уређује превремено отпуштање осуђеника који казну затвора издржавају у просторијама у којима станују.

2.1. Превремено отпуштање осуђеника одлуком директора Управе из казненог завода

Све док не наступи правноснажност осуђујуће судске одлуке не може се говорити о томе да је лице осуђено, већ је реч о окривљеном лицу против којег се води кривични поступак. Са друге стране, иако је осуђујућа одлука којом је окривљеном изречена казна затвора постала правноснажна то не значи да ће се осуђени истог дана упутити на издржавање казне затвора. Уколико осуђени на слободи чека да буде упућен на издржавање казне затвора потребно је да прође одређено време да би био упућен на издржавање казне у казнени завод.

---

[8] Вид. чл. 12 ЗИКС.

[9] Вид. чл. 27 ЗИКС.

[10] Нову алтернативну кривичну санкцију представља кућни затвор (кућно затварање). Здравко Грујић, *Алтернативе казни затвора*, Косовска Митровица, 2020, 114.

[11] Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера, *Службени гласник РС*, бр. 55 од 23. маја 2014, 87 од 13. новембра 2018.

Када је осуђени ступио на издржавање казне затвора за њега важе посебна правила понашања (тзв. затворска правила). Иначе, почетак извршења казне затвора рачуна се од дана када се осуђени јавио у завод на извршење казне.[12] Понашање осуђеника се стално вреднује, за свако добро владање осуђени треба да се награди а за лоше да се казни.[13] Уколико се осуђени добро влада у затвору може да добије и посебна права и погодности, као што је условни отпуст, слободан излазак у град, посета породици, превремено отпуштање и др. Иначе, извршењем кривичних санкција остварује се општа и индивидуална сврха њиховог изрицања у циљу успешне реинтеграције[14] осуђених у друштво.[15]

Дакле, добро владање осуђеника може да се награди на начин што ће се он из казненог завода *отпустити превремено* – пре него што истекне казна. Директор Управе може превремено отпустити осуђеног са издржавања казне највише шест месеци до истека казне, ако је издржао девет десетина казне. Реч је о условима који се тичу времена проведеног на издржавању казне затвора и преосталог времена неиздржане казне а који су објективни услови.

Осуђени се може превремено отпустити због доброг владања и постигнутих резултата у програму поступања. Имајући у виду да је реч о значајној „погодности“ коју може да добије осуђени, заиста само онај осуђеник који се добро влада у казненом заводу треба да се на овакав начин отпусти. Свакако се намеће питање – који су то осуђеници, јер ако су се добро владали зашто се нису *условно отпустили* (под условом да су поднели молбу). Сматрамо да за одабир „осуђеника који се добро владају“ и које треба превремено отпустити свакако могу послужити подаци о томе у којем одељењу осуђени издржава казну затвора и која му је група одређена.[16]

Предлог за превремено отпуштање осуђеника директору Управе подноси управник завода у којем осуђени издржава казну, на основу претходно

---

[12] Вид. чл. 57 ст. 2 ЗИКС.

[13] Осуђени за време издржавања казне затвора може да учини дисциплински преступ али и кривично дело. О кривичним делима која се врше од стране осуђених лица за време издржавања казне затвора вид. С. А. Хохрин, Состояние пенитенциарной преступности и горизонты развития криминопенологии, *Вектор развития криминологии в XXI веке: Тезисы докладов всероссийской научно-практической конференции, приуроченной к 30-летию Российской криминологической ассоциации*, Владимир, 2021, 92-96.

[14] Припрема осуђеника за живот на слободи има најважније значење у циљу постизања ресоцијализације. Вид. В. Е. Бурый, В. И. Степаненко, *Особенности организации исправительного процесса осужденных в местах лишения свободы*, [Электронный ресурс]: монография, Могилев, 2017, 80.

[15] Чл. 2 ЗИКС.

[16] О класификацији осуђених лица вид. Л. Б. Смирнов, *Уголовно-исполнительное право*, Санкт-Петербург, 2002, 108-115.

прибављеног мишљења стручног тима.[17] Иако се то законом експлицитно не прописује, сматра се да је осуђени који је превремено отпуштен издржао казну затвора. То значи да се превремени отпуст *не може* опозвати, те је он у том делу повољнији по осуђеника у односу на условни отпуст.

2.1.1. Превремено отпуштање са издржавања казне затвора на основу ранијег закона и решење Уставног суда.

Превремено отпуштање са издржавања казне затвора из казненог завода било је прописано и ранијим Законом о извршењу кривичних санкција[18], али је постојала једна разлика јер је по његовом решењу осуђени могао да се превремено отпусти највише *три месеца* до истека казне (чл. 173 ст. 1). У вези са таквим решењем законодавца Уставном суду била је поднета иницијатива за оцену уставности члана којим се уређивао превремени отпуст (чл. 173. ст. 1. ЗИКС). Као разлог оспоравања иницијатор наводи да из оспорене одредбе закона произлази, „а тако се даје и тумачење“, да право на превремено отпуштање са издржавања казне нема осуђени који није осуђен на казну затвора „већу од 30 месеци“, што по иницијатору даље значи да су осуђени „подељени“ у две категорије зависно од дужине времена на које су осуђени. Таквим прописивањем, по мишљењу иницијатора, „долази до дискриминације у остваривању права гарантованих чланом 21. ст. 2. и 3. и чланом 36. став 1. Устава. Међутим, Уставни суд није прихватио иницијативу за покретање поступка за утврђивање неуставности члана 173. став 1. ЗИКС. Уставни суд је сматрао да оспореним законским решењем нису повређена уставна начела забране дискриминације и једнаке заштите права. Наиме, оспореном законском одредбом уређује се, обезбеђује и остварује превремено отпуштање са издржавања казне свих субјеката у идентичној правној ситуацији, а прокламована начела о једнакој законској заштити без дискри-

[17] Занимљиво је видети колико се осуђеника *превремено отпушта*. У 2009. години примљено је 115 предмета превременог отпуста, од ког броја је 36 решено позитивно, 42 негативно, а 37 предмета је решено на други начин. Извор: Годишњи извештај о раду Управе за извршење за 2009. годину – доступан на: http://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/izvestaj%20 2009.pdf (08.09.2021). У 2010. години примљено је 92 предмета за превремено отпуштање, решено је 92 (на тај начин што је донето 38 позитивних решења, 20 негативних и 33 на други начин), а нерешен 1 предмет. Извор: Годишњи извештај о раду Управе за извршење за 2010. годину – доступан на: http://www.uiks.mpravde.gov.rs/lt/articles/izvestaji/ (08.09.2021). У 2013. године превремено је отпуштен 41 осуђеник. Извор: Годишњи извештај о раду Управе за извршење за 2013. годину, доступан на: http://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/Godisnji_izvestaj_UIKS-a_za_2013.pdf (08.09.2021). За очекивати је да ће се број превремено отпуштених осуђених лица повећати имајући у виду да се наведени статистички подаци односе на време када је само директор Управе био надлежан з а превремено отпуштање.

[18] Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 72/2009, 31/2011.

минације по било ком основу из члана 21. ст. 2. и 3. и право на једнаку заштиту права из члана 36. став 1. Устава не гарантују једнакост у апсолутном смислу, већ гарантују једнакост грађана који се налазе у идентичним правним ситуацијама.[19]

2.2. Превремено отпуштање осуђеног одлуком директора Управе из тзв. кућног затвора

Издржавање казне затвора у просторијама у којима станује је заиста огромна „привилегија за осуђеника" коју могу да добију само осуђена лица којима није изречена „строга" затворска казна. Према Кривичном законику само ако је осуђеном изречена казна затвора до једне године може се одредити овакав модалитет извршења казне,[20] наравно ако су испуњени и други услови.[21]

Такође су и правила у погледу оваквог начина извршења казне претрпела промене ступањем на снагу Закона о изменама и допунама закона о извршењу кривичних санкција из 2019. године. Та правила иду у *користи* осуђеним лицима, јер се уводи још једна „шанса" да не *иду* на издржавање казне затвора у казнени завод. Поменутим законом се уводи могућност да судија за извршење измени правноснажну одлуку у погледу начина-модела издржавања казне затвора, тј. да одреди да осуђени уместо у затвору издржава казну затвора у просторијама у којима станује .[22]

Осуђена лица која издржавају казну затвора на овакав начин могу се *превремено отпустити*. Правила у погледу превременог отпуштања налазе се у Закону о извршењу ванзаводских санкција и мера и то у само једном члану. У погледу превременог отпуштања важно је видети услове, рокове и друге појединости који се тичу самог поступка. Да би се осуђени превремено отпустио морају да се остваре услови који се тичу времена проведеног на издржавању казне и његовог владања, тако да се може рећи да је потребно да се остваре објективни и субјективни услови.

С тим у вези, осуђени може да се превремено отпусти ако издржи *девети десетина казне* и да му остане највише *три месеца* до истека казне. Субјек-

---

[19] Решење Уставног суда, број: ІУ-1/2007 од 23. априла 2009. године.

[20] Вид. чл. 45 ст. 3, 4 и 5 Кривичног законика, *Службени гласник РС*, бр. 85 од 6. октобра 2005, 88 од 14. октобра 2005 – исправка, 107 од 2. децембра 2005 – исправка, 72 од 3. септембра 2009, 111 од 29. децембра 2009, 121 од 24. децембра 2012, 104 од 27. новембра 2013, 108 од 10. октобра 2014, 94 од 24. новембра 2016, 35 од 21. маја 2019.

[21] О тзв. кућном затвору вид. Дракић Драгиша, Милић Иван, *Основи кривичног извршног права*, Нови Сад, 2019, 100-106; Дракић Драгиша, Милић Иван, Изрицање и извршење казне затвора која се извршава у просторијама у којима осуђени станује (тзв. кућни затвор), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2020, 999–1022.

[22] Вид. чл. 41а ЗоИДЗИКС.

тивни услов се тиче владања осуђеника, тако да се превремено може отпустити само онај осуђеник који се добро влада и ако су постигнути резултати у програму поступања. У погледу утврђивања испуњености субјективног услова могу се јавити проблеми имајући у виду да се добро-лоше владање тешко може утврдити. Наиме, прописима су одређене обавезе осуђеника који казну затвора издржава на овакав начин али и санкција уколико се не влада у складу са његовом положајем – положајем осуђеника. Санкција се огледа у томе што ће осуђени остатак казне да издржава у казненом заводу.

Предлог за превремено отпуштање може дати само службеник из повереничке канцеларије – повереник, док о поднетом предлогу одлучује директор Управе за извршење кривичних санкција.

Осуђени који је на овакав начин отпуштен са издржавања казне затвора сматра се да је издржао казну затвора у целости, што значи да се превремено отпуштање у овом случају *не може* опозвати. Из разлога немогућности опозивања за осуђеника је превремено отпуштање повољније у односу на условно отпуштање.

Чини се да је решење из ЗИКС-а послужило законодавцу да и у Закону о извршењу ванзаводских санкција и мера пропише овакво решење. Ми свакако сматрамо да у поступку извршења казне затвора треба да постоји њена индивидуализација, али се поставља питање да ли је оправдано да се на овакав начин омогући осуђеном да раније одслужи казну? То питање се поставља из два разлога. Први разлог смо донекле поменули, а он се тиче доброг владања осуђеника – јер ако осуђени прекрши правила која за њега важе тада се тзв. кућни затвор замењује тако што ће осуђени казну затвора да издржава у казненом заводу. Други разлог је условни отпуст. Наиме, и осуђени који казну затвора издржава у просторијама у којима станује може се условно отпустити „услед доброг владања“ и то након издржане 2/3 изречене казне. С тим у вези, ако се осуђени „добра влада“ зашто се не би условно отпустио а не превремено отпустио?

3. ПРЕВРЕМЕНО ОТПУШТАЊЕ ОСУЂЕНИКА ОД СТРАНЕ СУДИЈЕ ЗА ИЗВРШЕЊЕ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА

Судија за извршење се уводи како би се са строго административног надзора над извршењем кривичних санкција, прешло на судску контролу извршења кривичних санкција, с обзиром да улога суда не треба да се заврши изрицањем санкције, већ и праћењем њеног извршења.[23] При сваком

[23] Вид. Образложење предлога Закона о извршењу кривичних санкција, усвојеног на Другој седници Првог редовног заседања Народне скупштине у 2014. години, одржаној

вишем суду одређује се судија за извршење кривичних санкција којег одређује председник вишег суда из реда судија тог суда. У предметима за које је надлежан, судија за извршење поступа као судија појединац.[24] Сада је судија за извршење надлежан за одређена питања у погледу права и обавеза осуђених, али свакако и других лица лишених слободе, која су раније била у надлежности пре свега „затворских власти".

Судија за извршење има значајне надлежности које се тичу индивидуализације казне затвора у поступку извршења, а оне су проширене 2019. године. Наиме, Закон о извршењу кривичних санкција 2019. године измењен и допуњен. 1. децембра 2019. ступио је на снагу Закон о изменама и допунама закона о извршењу кривичних санкција којим се уводе значајне новине у области извршења казне затвора. Уводе се нови начини индивидуализације казне затвора у поступку извршење о којој одлучује судија за извршење. Један од начина индивидуализације казне затвора је и превремено отпуштање осуђеника из казненог завода које се уређује чланом 184а[25].

3.1. Место издржавања казне затвора и превремено отпуштање

Да ли се осуђеник може превремено отпустити од стране судија за извршење зависи од модалитета извршења казне затвора – да ли осуђени казну затвора издржава казну у казненом заводу или у просторијама у којима станује. Само се осуђеник који издржава казну затвора у казненом заводу може превремено отпустити на основу одлуке судије за извршење. Сада се, наравно, поставља питање зашто се осуђени који казну затвора издржава у просторијама у којима станује не може превремено отпустити одлуком судије за извршење? Могуће је да је законодавац сматрао да су разлози због којих се осуђени може превремено отпустити у овом случају оправдани само за осуђенике који казну затвора издржавају у казном заводу. Са друге стране, можда ће се и за њих предвидети могућност превременог отпуштања у некој наредној измени Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера.

3.2. Услови и разлози за превремено отпуштање

Да би се осуђени превремено отпустио из казненог завода морају да се остваре услови који се тичу времена проведеног на издржавању казне затвора и времена неиздржане казне. Само ако је осуђени издржао издржао *једну*

дана 23. маја 2014. године. извор: http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/mml/viewAct/2271 на дан: 20.08.2021.

[24] Вид. чл. 33 ЗИКС.

[25] Наслов члана је *превремено пуштање* на основу одлуке судије за извршење, док се у самом члану закона на говори о *превременом отпуштању.*

половину казне затвора може се превремено отпустити али највише *12 месеци* до истека казне. У погледу времена проведеног у казненом заводу и неиздржане казне види се да осуђени може да се *раније* отпусти у односу када се превремено отпушта од стане директора Управе.

Разлози за превремено отпуштање осуђеника у овом случају разликују се у односу на оне који су прописани када се осуђени отпушта на основу одлуке директора Управе, јер се они не односе на владање осуђеника. Иако по правилу добијања посебних права и погодности зависе од владања осуђеника, у овом случају реч је о изузетку. Наиме, осуђени се може превремено отпустити због *тешке болести, тешкоі инвалидитета или старости, ако би даље извршење казне представљало нехумано поступање.*

У казненим заводима се налазе, свакако, стари, болесни и осуђеници са инвалидитетом. Издржавање казне за њих је *теже* у односу на остале осуђенике, посебно имајући у виду чињеницу да законодавац приликом доношења Закона о извршењу кривичних санкција није много водио рачуна о положају оваквих осуђеника, већ је само прописао да осуђени са инвалидитетом има право на смештај примерен врсти и степену његових потреба,[26] и да се осуђени коме се у заводу не може пружити одговарајућа здравствена заштита, на предлог лекара, упућује се у Специјалну затворску болницу или другу здравствену установу[27].

Шта је тешка болест, тежак инвалидитет је питање које ће се ценити у сваком конкретном случају. Такође се и питање старости мора ценити у сваком конкретном случају. На овом месту вреди указати на једно решење из закона када је *старост осуђеника* цењена на начин да им се треба омогућити *одређено право/погодност*. Реч је о Закону о амнестији[28] из 2012. године којим је било прописано[29] да се осуђена лица за тачно одређена кривична дела ослобађају од извршења *10% изречене казне* затвора, али осуђена лица која су на дан ступања на снагу о тог закона *навршила 70 година живота*, ослобађају се од извршења *25% казне затвора.* Дакле, у овом закону граница је била 70 година живота.

Као што смо видели, потребно је и да се утврди да би даље извршење казне представљало *нехумано поступање*. Неспорно је да се у сваком случају треба проценити да ли даље извршење казне представља нехумано поступање. И овде треба имати у виду да се и ова осуђена лица на други начин могу раније отпустити – као што је случај са условним отпуштањем. Такође, постоји и могућност да се осуђени премести у Специјалну затворску болницу на лечење. Не треба изгубити из вида да се осуђенику, уколико су

[26] Вид. чл. 77 ЗИКС.
[27] Вид. 113 ст. 3 ЗИКС.
[28] Закон о амнестији, *Службени гласник РС*, број 107/2012.
[29] Чл. 1 ст. 3 и 4. Закона о амнестији.

испуњени услови који се прописују Законом о извршењу кривичних санкција, може и *прекинути* извршење казне.

3.3. Да ли треба увести још један разлог за превремено отпуштање?

Имајући у виду да је законодавац експлицитно прописао из којих разлога се осуђени може превремено отпустити од стране судије за извршење логично је да се из других разлога не може отпустити. Са друге стане, пошто је већ предвидео могућност да се осуђеник на овакав начин раније може домоћи слободе, чини се да би било оправдано да се на овакав начин *отпуштају и трудице и мајке које имају децу* у казненом заводу. Само у Казненом-поправном завод за жене у Пожаревцу осуђенице издржавају казну затвора,[30] међу којима има трудница и осуђеница са децом. Према ЗИКС труднице, породиље и мајке које негују децу смештају се одвојено од осталих осуђених жена.[31] Осуђена жена која има *дете* може задржати дете до истека казне, а најдуже *до навршене друге године живота детета*.[32]

Чини се оправданим да је законодавац требао да пропише да се и ове осуђенице могу превремено отпустити од стране судије за извршење. На пример у случају када је дете навршило две година живота у затвору а мајци остало још шест или мање месеци до истека казне зар не би било оправдано *да постоји могућност* да се мајка превремено отпусти и да заједно са дететом изађе из казненог завода? Законодавац је требао само да пропише могућност а судија за извршење би, свакако, доносио одлуку о томе.

3.4. Поступак за превремено отпуштање

Судија за извршење може да превремено отпусти осуђеника само на основу предлога „затворских власти“. У овом случају предлог може да поднесе само управник казненог завода у којем осуђеник издржава затворску казну. Колики ће бити број осуђеника у казненом заводу зависи пре свега од смештајних капацитета завода. Тако се у појединим казненим заводима налази и преко хиљаду осуђеника. На пример Казнено-поправни завод у Сремској Митровици је пројектован за смештај 1150 осуђених лица.[33] Оправдано

[30] Вид. чл. 4 Уредбе о оснивању завода за извршење кривичних санкција у Републици Србији, *Службени гласник РС*, бр. 20/2006, 89/2009, 32/2010, 53/2011, 11/2017.

[31] Чл. 78 ЗИКС.

[32] Вид. чл. 119 ст. 1 ЗИКС. О осуђеницама и њиховој деци вид. Ф. В. Грушин, И. А. Давыдова, Гарантии реализации некоторых прав и законных интересов осужденных к лишению свободы, являющихся родителями, *Вестник Томского государственного университета*. Право. 2020. № 36, 48-53.

[33] Извор: https://www.lls.rs/index.php?option=com_content&view=article&id=45&Itemid=15 на дан: 20. 08. 2021.

је да управник казненог завода у којем се налази тако велик број осуђених лица не може „знати“ сваког осуђеника, па тако не може знати ни да ли је осуђеник на пример *тешко оболео* те да из тог разлога треба да поднесе предлог за превремено отпуштање. С тим у вези, управник казненог завода подноси предлог на основу претходно прибављеног мишљења стручног тима. Стручни тим састављен је од представника служби завода[34]. У заводима где нема служби за третман и здравствену заштиту, чланове стручног тима чине запослени одговарајуће струке који процењују степен ризика и здравствено стање осуђеног.[35]

Уз предлог управника казненог завода, судији за извршење доставља се здравствена документација осуђеног. Сваком осуђенику приликом ступања на издржавање казне затвора отвара се здравствени картон. Здравствена документација служи судији за извршење да утврди да постоје услови за превремено отпуштање. Та документација у мањој мери служи судији за извршење и када се превремено отпуштање тражи из разлога старости осуђеника, јер за утврђивање старости није неопходна здравствена документација. Међутим, и у том случају може бити од значаја, јер је могуће да постоје више разлога за превремено отпуштање (на пример тешка болест и старост).

У појединим случајевима здравствена документација која се налази у казненом заводу неће бити довољна да се донесе одлука о томе да ли су испуњени услови за превремено отпуштање. У том случају судија за извршење може одредити вештачење ради утврђивања здравственог стања осуђеног.[36] Чланом 184а нису прописани рокови у којим би судија требао да донесе одлуку.

3.5. Правни положај превремено отпуштеног осуђеника одлуком судије за извршење

Као што је речено, осуђени који је превремено отпуштен одлуком директора управе из казненог завода или из просторија у којима станује сматра се да је издржао казну у целости. Такође, тај осуђеник нема никакве обавезе у погледу достављања одређене документације „затворским властима“ у односу на неиздржану казну.

Са друге стране, осуђени који је превремено отпуштен одлуком судије за извршење због тешке болести или тешког инвалидитета *има обавезе*. Према Закону о извршењу кривичних санкција тај осуђеник је дужан да на сваких 60 дана доставља судији за извршење извештај лекара о свом здрав-

[34] У заводима могу постојати следеће службе: 1) служба за третман; 2) служба за обезбеђење; 3) служба за обуку и упошљавање; 4) служба за здравствену заштиту; 5) служба за опште послове. За два или више завода могу се образовати заједничке службе. Чл. 19 ЗИКС.

[35] Вид. чл. 75 ст. 2 ЗИКС.

[36] Вид. чл. 184а ст. 4 ЗИКС.

ственом стању.[37] Иако би било логично да се пропише последица уколико осуђени не достави извештаје Законом то није учињено.

Превремено отпуштање се може и *опозвати*. Према Закону о извршењу кривичних санкција судија за извршење може опозвати одлуку којом је одобрено превремено отпуштање, *ако се накнадно утврди да нису постојали или су престали да постоје разлози за превремено отпуштање*.[38] Видимо да се превремено отпуштање не може опозвати у случају када осуђени не поднесе извештај, па се поставља питање зашто је законодавац пропустио и то питање да уреди. Уколико осуђени поднесе документацију из које се види да су престали да постоје разлози за превремено отпуштање судија за извршење ће опозвати одлуку о превременом отпуштању. Дакле, долази се до решења да се само превремено отпуштање из разлога старости *не може* опозвати.

У погледу опозивања превременог отпуштања јављају се свакако питања рокова и (не)урачунавања времена проведеног на превременом отпуштању. Дакле, законодавац није прописао у ком року се може опозвати превремено отпуштање и шта се „дешава" са временом који је осуђени провео ван казненог завода-време проведено на превременом отпуштању. Како бисмо указали подробније на овај проблем само ћемо предочити решење из Кривичног законика којим се уређују *рокови* опозивања условног отпуста и времена проведеног на условном отпусту у случају његовог опозивања. Прво, *условни отпуст* се може опозвати најкасније у року *од две године* од дана кад је условни отпуст истекао. Друго, део казне који је осуђени издржао по ранијој осуди *урачунава* се у нову казну, а време проведено на условном отпусту *не урачунава* се.[39]

Оваква неуређеност у Закону о извршењу кривичних санкција може довести до различитог тумачења од стане судије за извршење. Имајући у виду сврху превременог отпуштања од стране судије за извршење као и чињеницу да се превремено отпуштање од стране директора Управе не може опозвати, не би било оправдано када би се превремено отпуштање могло опозвати и након што је оно истекло. Такође, чини се да не би било оправдано када се време проведено на превременом отпуштању неби урачунавало као време издржане казне. Дакле, било би оправдано када би се превремено отпуштање могло опозвати само док не истекне казна затвора (то је оно време за које је осуђени превремено отпуштен), те да се време који је осуђени провео на превременом отпуштању у случају опозивања урачунава у издржану казну. Иако постоје више разлога за овакво тумачење, чини се да се

[37] Вид. чл. 184а ст. 5 ЗИКС.
[38] Вид. чл. 184а ст. 6 ЗИКС.
[39] Чл. 47 КЗ.

посебно могу издвојити два. Право, осуђени у овом случају није отпуштен по основу своје молбе – као што је случај са условним отпустом. Друго, ако је управник казненог завода поднео предлог на основу мишљења стручног тима, а судија за извршења прегледао здравствену документацију и евентуално одредио вештачење ради утврђивања здравственог стања осуђеног онда је логично да су „надлежни органи“ заиста на прави начин утврдили да постоје разлози за превремено отпуштање. Треће, не би било оправдано да осуђени буде у „неизвесности“ у погледу рокова опозивања и времена (не)урачунавања. Четврто, осуђени који је превремено отпуштен има и одређене обавезе које се тичу подношења документације.

Свакако да се намећу и друга питања у случају опозивања превременог отпуштања. Као што је сврха враћања осуђеника на издржавање казне од 1, 5, 10, 15… дана? Наравно да се ту отварају и питања поновног упућивања осуђеника на издржавање казне, потребног времена за то и (не)урачунавања тог времена.

4. КОЈА ОСУЂЕНА ЛИЦА НЕ МОГУ ДА СЕ ПРЕВРЕМЕНО ОТПУСТЕ?

1. децембра 2019. године ступио је на снагу Закон о изменама и допунама Кривичног законика[40], а једна од његових новина свакако је прописивање казне доживотног затвора. Одређена категорија учиниоца кривичних дела којима је изречена казна доживотног затвора не може се условно отпустити, јер је Кривичним закоником то забрањено. Забрана условног отпуштања је посебно проблематична јер се том забраном отварају многобројна питања, као што је сврха кажњавања и сврха извршења казне. Може се рећи да у погледу осуђеника на казну доживотног затвора разликујемо две категорије. Једна је она која се може условно отпустити и друга која не може. Са друге стране, Закон о извршењу кривичних санкција изричито *не предвиђа* забрану превременог отпуштања осуђеника којима је изречена казна доживотног затвора.

Неспорно је да могу да наступе разлози на старни осуђеника на казну доживотног затвора за превремено отпуштање. Дакле, и осуђени на казну доживотног затвора може да се добро влада у казненом заводу, да тешко оболи, а посебно може да наступи услов који се тиче старости. Међутим, било који услов да наступи осуђеног на казну доживотног затвора не може превремено да отпусти директор Управе нити судија за извршење. Разлог је тај што не може да се оствари услов који се тиче времена проведеног на издржавању казне и времена неиздржане казне, јер казна траје све док је осуђени жив.

[40] Закон и изменама и допунама Кривичног законика, *Службени гласник РС,* бр. 35/2019.

ЗАКЉУЧАК

Превремено отпуштање осуђеника је начин индивидуализације казне затвора у току издржавања казне. Сматрамо да у поступку издржавања казне затвора треба да постоји могућност да се добро владање осуђеника награди, али и лоше да се казни. Као што смо видели у раду, превремено отпуштање је заиста велика погодност за осуђеника. Прописи у Републици Србији којима се уређује извршење казне затвора неретко се мењају, с тим да последње измене и допуне Закона о извршењу кривичних санкција иду у „корист“ осуђеним лицима, јер се њима уводе нове могућности за индивидуализацију казне затвора. Ово је посебно значајно имајући у виду да је истог дана ступио на снагу Закон о изменама и допунама Кривичног законика којим се прописују поједина решења која су „строжа“ по учиниоца кривичног дела – на пример: уводи се казна доживотног затвора, прописују се посебна правила у погледу индивидуализације казне затвора у случају обичног и вишеструког поврата, доносе се измене у погледу услова за изрицање условне осуде.

Можда би у наредним изменама и допунама закона требало предвидети решења којима би се омогућило ефикасније остваривање права на превремено отпуштање. Тако би на пример требало експлицитно прописати рокове у којима директор Управе или судија за извршење треба да донесе одлуку о превременом отпуштању. Наиме, може се догодите да у току „поступка“ превременог отпуштања осуђеном истекне казна затвора. Актуелним решењем ЗИКС-а није уређено ни питање поновног тражења превременог отпуштања.

За осуђена лица која казну затвора издржавају у казненом заводу „много тога“ у вези са превременим отпустом зависи од „затворских власти“ оног казненог завода у којем осуђени издржава казну. Дакле, иако директор управе донеси одлуку о превременом отпуштању он то не може учинити уколико управник не предложи, а управник може да поднесе предлог само након прибављеног мишљења стручног тима. Вероватно да уколико је мишљење стручног тима „негативно“ да управник казненог завода неће ни поднети предлог за превремено отпуштање. Чини се да би било оправдано да стручни тим *предложи* управнику да поднесе предлог директору Управе за превремено отпуштање, то из разлога јер они „најбоље“ познају осуђена лица. Један од *проблема* свакако и је тај што директор Управе одлучује о превременом отпуштању само на основу „предлога“ управника казненог завода, а то значи се одлука доноси без личног присуства осуђеног. Мада, ово није ништа необично, имајући у виду и да се о условном отпусту може одлучити без личног присуства осуђеника. Са друге стране, када одлуку о превременом отпусту доноси судија за извршење он има могућност да зна о којем се

осуђенику ради јер он једном у свака четири месеца у току године обилази казнене заводе на територији своје месне надлежности и разговара са осуђенима.

Можда би требало размислити и о томе да се осуђеном дозволи да он сам поднесе предлог за превремено отпуштање. Свакако да би и у том случају судија за извршење и директор Управе имали обавезу да затраже „извештај“ о осуђенику.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Бурый В. Е., Степаненко В. И., *Особенности организации исправительного процесса осужденных в местах лишения свободы,* [Электронный ресурс]: монография, Могилев, 2017.

Грујић Здравко, *Алтернативе казни затвора*, Косовска Митровица, 2020.

Грушин Ф. В., Давыдова И. А., Гарантии реализации некоторых прав и законных интересов осужденных к лишению свободы, являющихся родителями, *Вестник Томского государственного университета*. Право. № 36. 2020.

Дракић Драгиша, Милић Иван, *Основи кривичног извршног права*, Нови Сад, 2019.

Дракић Драгиша, Милић Иван, Изрицање и извршење казне затвора која се извршава у просторијама у којима осуђени станује (тзв. кућни затвор), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2020.

Ignjatović Đorđe, *Pravo izvršenje krivičnih sankcija*, Beograd, 2014.

Князьков А. С., Условно-досрочное освобождение: проблемы и тенденции, *Вестник Томского государственного университета. Право.* 2015. №2 (16).

Милић Иван, Индивидуализација казне затвора на основу Закона о изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција из 2019. године, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2019.

Милић Иван, *Индивидуализација казне затвора – криминолошки, кривичноправни и пенолошки аспект*, Нови Сад, 2017. (докторска дисертација)

Смирнов Л. Б., *Уголовно-исполнительное право*, Санкт-Петербург, 2002.

Хохрин С. А., Состояние пенитенциарной преступности и горизонты развития криминопенологии, *Вектор развития криминологии в XXI веке: Тезисы докладов всероссийской научно-практической конференции, приуроченной к 30-летию Российской криминологической ассоциации*, Владимир, 2021.

* * *

Закон о амнестији, *Службени гласник РС*, број 107/2012.

Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера, *Службени гласник РС*, бр. 55 од 23. маја 2014, 87 од 13. новембра 2018.

Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 72/2009, 31/2011.

Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 55 од 23. маја 2014, 35 од 21. маја 2019.

Закон о изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 35/2019.

Закон и изменама и допунама Кривичног законика, *Службени гласник РС,* бр. 35/2019.

Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85 од 6. октобра 2005, 88 од 14. октобра 2005 – исправка, 107 од 2. децембра 2005 – исправка, 72 од 3. септембра 2009, 111 од 29. децембра 2009, 121 од 24. децембра 2012, 104 од 27. новембра 2013, 108 од 10. октобра 2014, 94 од 24. новембра 2016, 35 од 21. маја 2019.

Уредба о оснивању завода за извршење кривичних санкција у Републици Србији, *Службени гласник РС*, бр. 20/2006, 89/2009, 32/2010, 53/2011, 11/2017.

* * *

Образложење предлога Закона о извршењу кривичних санкција, усвојеног на Другој седници Првог редовног заседања Народне скупштине у 2014. години, одржаној дана 23. маја 2014.

* * *

Решење Уставног суда, број: ІУ-1/2007 од 23. априла 2009. године.

* * *

Годишњи извештај о раду Управе за извршење за 2009. годину.
Годишњи извештај о раду Управе за извршење за 2010. годину.
Годишњи извештај о раду Управе за извршење за 2013. годину.

* * *

http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/mml/viewAct/2271
http://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/Godisnji_izvestaj_UIKS-a_za_2013.pdf
http://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/izvestaj%202009.pdf
http://www.uiks.mpravde.gov.rs/lt/articles/izvestaji/
https://www.lls.rs/index.php?option=com_content&view=article&id=45&Itemid=15

Dragiša S. Drakić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Drakic@pf.uns.ac.rs

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

Early Release of Convicts

Abstract: *One of the modes of „release ahead of time" from a penitentiary institution, or from a place of residence in which a convict may be serving his sentence, is early release. Early release can not be approved for every convict. There are exceptions to the rule that convicts are eligible for early release based on good behaviour. Early release may be granted by the director of the Administration for Execution of Prison Sentences or by a judge for enforcement of criminal sanctions.*

The author's attention in this paper is precisely the early release of convicts – those serving their sentence in penitentiary institutions as well as those serving them in their place of residence.

Keywords*: prison sentence, early release, court, pregnancy, serving of sentence, judge for enforcement of criminal sanctions.*

Датум пријема рада: 28.10.2021.
Датум прихватања рада: 30.12.2021.

Оригинални научни рад 347.724:347.72.033
doi:10.5937/zrpfns55-35038

Владимир Ж. Марјански
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
vmarjanski@pf.uns.ac.rs

ОБАВЕЗА ВРШЕЊА ДОДАТНИХ УПЛАТА У ДРУШТВУ С ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ*

Сажетак: *Обавеза вршења додатних уплата је обавеза чланова друштва с ограниченом одговорношћу да друштву уплате новчане износе којима се финансира друштво без повећања основног капитала и који им се када се за то стекну законски услови могу вратити. Предмет анализе у овом раду су правна решења у вези са додатним уплатама у нашем праву и праву појединих држава (праву Хрватске, Аустрије и Немачке). Наведена упоредноправна решења биће обрађена посебно само на оним местима где се правна правила у вези са додатним уплатама у значајнијој мери разликују у односу на наше право. Конкретно, предмет анализе су следећа питања: 1. Успостављање правног основа и утврђивање и обликовање (формулисање) конкретне обавезе чланова да врше додатне уплате друштву; 2. Последице неиспуњења обавезе на додатне уплате и 3. Враћање додатних уплата. Наше право у вези са уређењем института додатних уплата, садржи неколико недоследности и слабости које би de lege ferenda требало отклонити како би примена овог вида финансирања друштава с ограниченом одговорношћу од стране чланова друштва био више прихваћен у домаћој пословној пракси.*

Кључне речи: *друштво с ограниченом одговорношћу, члан друштва, чланске обавезе, обавеза додатне уплате, финансирање друштва.*

1. ПОЈАМ И ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ОБАВЕЗЕ ВРШЕЊА ДОДАТНИХ УПЛАТА

Најуопштеније речено обавеза вршења додатних уплата је обавеза чланова друштва с ограниченом одговорношћу да друштву уплате новчане

* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту: „Правна традиција и нови правни изазови“ у 2021. години, чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

износе којима се финансира друштво без повећања основног капитала и који им се када се за то стекну законски услови могу вратити. Из овакве опште дефиниције проистиче неколико основних карактеристика обавезе вршења додатних уплата.

Прво, реч је о чланској (корпоративно-правној) обавези чији су правни основи успостављања и конкретног утврђења и садржинског формулисања корпоративно-правна акта. Стога ову обавезу могу преузети само чланови друштва с ограниченом одговорношћу. Како се чланом друштва сматра лице које је регистровано као власник удела, јасно је да се обавеза везује за конкретан удео у друштву с ограниченом одговорношћу.[1] У случају преноса удела, постоји солидарна одговорност преносиоца и стицаоца удела за извршење наведене обавезе, под условом да иста није у целини извршена до дана преноса удела.[2] Дакле, реч је о обавези која проистиче из чланства тј. власништва над уделом и везује се за његово поседовање. Такође, с обзиром на то да је реч о чланској (корпоративно-правној) обавези, њено неизвршење за собом може изазвати не само облигационо-правне, већ и статусно-правне последице (нпр. искључење члана из друштва), о чему ће више речи бити у оквиру посебног дела рада. По својим корпоративно-правним карактеристикама (начину преузимања обавезе, правним последицама неизвршења и специфичном режиму враћања члановима друштва), обавеза на додатне уплате разликује од тзв. добровољних уплата друштву (нпр. новчани поклони друштву, опрост дуга и сл.) и позајмица чланова друштва. Добровољне уплате друштву и позајмице чланова не заснивају се на корпоративно-правним актима, имају искључиво облигациони карактер, а њихово евентуално неиспуњење не изазива статусно-правне последице. У односу на добровољне уплате и позајмице чланова друштва не важе правила о додатним уплатама, већ правила о одговарајућем облигационом правном послу (правила уговора о поклону или уговора о зајму).[3] Поред наведеног додатне уплате разликују се и од тзв. споредних чинидби.[4]

---

[1] Вид. Закон о привредним друштвима, *„Сл. Гласник РС“, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др.закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018 і 91/2019* (даље у тексту и фуснотама: ЗПД), чл. 143.

[2] Вид. ЗПД, чл. 179, ст. 2.

[3] Зоран Арсић, Владимир Марјански, *Право привредних друштава*, Нови Сад 2018, 176. и Стеван Шогоров, „Реафирмација додатних (допунских) уплата у праву привредних друштава Републике Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* 2/2012, 14.

[4] Наш ЗПД не регуше више обавезу вршења споредних чинидби, али је исту могуће утврдити оснивачлим актом на аутономној основи. Више о томе видети код Владимир Марјански, „Споредне чинидбе као додатна обавеза члана друштва с ограниченом одговорношћу“, *Зборник радова правног факултета у Новом Саду*, 4/2016, 1286-1287. Између додатних уплата и споредних чинидби прави се јасна разлика и у упоредном праву. Ове две обавезе се у немачком и аустријском праву регулишу на посебним местима и означавају различитим називима (додатне уплате – *Nachschüsse* и споредне чинидбе – *Nebensplichtungen*). У хрват-

Друго, реч је о обавези која се може преузети само у друштву с ограниченом одговорношћу. Институт додатних уплата није својствен другим правним формама привредних друштава (нпр. иста се не може предвидети и преузети у акционарском друштву).

Треће, предмет ове обавезе је изражен у новцу. Обавеза вршења додатних уплата може се састојати искључиво у уплати новчаног износа.[5] Иста не може бити изражена у неновчаном облику (нпр. стварима и правима), за разлику од улога у друштво с ограниченом одговорношћу.

Четврто, додатне уплате су вид привременог финансирања рада друштва с ограниченом одговорношћу јер се извршењем ове обавезе не повећава основни капитал друштва, а уплаћени износи по овом основу могу се вратити члановима друштва у складу са условима предвиђеним законом.[6] Додатне уплате нису додатни улози, те се уписана вредност улога и процентуална вредност удела чланова додатним уплатама не повећава.[7] Из таквог правила проистиче и специфичан начин рачуноводственог евидентирања додатних уплата. Извршене додатне уплате не евидентирају се у оквиру основног капитала, већ у корист тзв. осталог (укупног) капитала (нпр. средстава резерви) или обавеза према члановима друштва у зависности од одлуке скупштине друштва и њихове намене у конкретном случају.[8]

ском праву, међутим, додатне уплате и споредне чинидбе регулисане су у оквиру истог члана Закона о трговачким друштвима (чл. 391) под насловом „Додатне чинидбе“. Упркос томе, и у хрватском праву постоје суштинске разлике између додатних уплата и споредних чинидби. Више о томе видети код Olga Bogdanović,“ Dodatne činidbe u društvo s ograničenom odgovornošću“, *Pravnik*, 46, 1 (93), 2013, 151.

[5] Вид. ЗПД, чл. 178, ст. 4.

[6] Вид. ЗПД, чл. 178, ст. 3.

[7] Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Компанијско право – Право привредних субјеката*, Београд 2020, 380.

[8] “Имајући у виду наведене одредбе закона према којима додатне уплате немају карактер улога, те да се из њих не формира основни капитал, те да евентуално враћање додатних уплата зависи од конретних околности (да ли су потребне за покриће губитака или намирење поверилаца друштва, рачуноводствено евидентирање треба спровести на један од следећих начина: уколико није извесно да ће додатне уплате бити враћене члановима друштва, односно не постоји одлука о моменту враћања додатних уплата, што значи да не постоји садашња обавеза у смислу Оквира за састављање и презентацију финансијских извештаја, додатне уплате треба евидентирати у оквиру класе 3 – Капитал; с обзиром на то да Правилником о Контном оквиру и садржини рачуна у Контном оквиру за привредна друштва, задруге, друга правна лица и предузетнике („Сл. гласник РС“, бр. 114/2006, 119/2008, 9/2009, 4/2010 и 3/2011 – даље: Правилник о Контном оквиру), није предвиђен посебан рачун за евидентирање додатних уплата чланова друштва, евидентирање треба извршити у корист рачуна 322 – Статутарне и друге резерве. Наиме, према члану 24. став 5. Правилника о Контном оквиру, на рачуну 322 исказују се резерве које се формирају у складу са општим и другим актом правног лица; уколико се додатне уплате врше са циљем покрића губитка друштва, у складу са одлуком скупштине друштва и чланом 180. став 1. Закона, губитак се може непосредно покрити у корист рачуна 350 – Губитак ранијих година,

Пето, за разлику од улога код којих важи правило о забрани њиховог враћања члановима друштва[9], новчани износи уплаћени друштву по основу обавезе вршење додатних уплата могу се вратити члановима друштва када се за то стекну законски услови.[10] Дакле, додатним уплатама за разлику од повећања основног капитала, само се привремено врши финасирање друштва с ограниченом одговорношћу. Приликом њихових уплата основни капитал се не повећава и следствено томе приликом њиховог враћања члановима друштва основни капитал се не смањује. Додатне уплате служе за додатно финансирање друштва, када се за то укаже потреба (покриће губитака, превазилажење неликвидности и сл.), и користе се, по правилу, док таква потреба постоји.[11] Стога су оне флексибилнији начин финансирања друштва, од обавеза преузетих по основу обавезе уплате односно уношења улога.[12]

Предмет истраживања у овом раду биће правна решења у вези са додатним уплатама у нашем праву и праву појединих држава (праву Хрватске, Аустрије и Немачке). Наведена упоредно-правна решења биће обрађена посебно само на оним местима где се правна правила у везу са додатним уплатама у значајнијој мери разликују у односу на наше право. Конкретно биће обрађивана следећа питања: 1. Успостављање правног основа и утврђивање и обликовање (формулисање) конкретне обавезе чланова да врше додатне уплате друштву, 2. Последице неиспуњења обавезе на додатне уплате и 3. Враћање додатних уплата.[13]

на терет рачуна 241 – Текући (пословни) рачуни или 244 – Девизни рачун (у случају уплата чланова из иностранства у складу са законом); уколико је одлуком скупштине друштва утврђена обавеза друштва да изврши повраћај додатних уплата и испуњени су услови за признавање садашње обавезе у смислу Оквира за састављање и презентацију финансијских извештаја, рачуноводствено евидентирање додатних уплата врши се у корист рачуна 469 – Остале обавезе, на терет рачуна 241 – Текући (пословни) рачуни или на терет рачуна 322 – Статутарне и друге резерве (уколико је одлука о повраћају донета након претходног евидентирања додатних уплата у корист рачуна 322). Према томе, рачуноводствено евидентирање додатних уплата треба извршити у корист (укупног) капитала или обавеза према члановима друштва, у зависности од одлуке скупштине друштва и њихове намене у складу са Законом.“ – Мишљење Министарства финансија бр. 140/16/401-00-1094/12 од 20.07.2012. године

[9] Вид. ЗПД, чл. 60.

[10] Вид. ЗПД, чл. 180.

[11] Стеван Шогоров, „Правне претпоставке захтева друштва за додатну уплату“, З*борник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2011, 8.

[12] O. Bogdanović,151.

[13] У нашој правној литератури постоји неколико радова који су се бавили тематиком додатних уплата: Стеван Шогоров, „Обавеза допунских уплата и додатних улога у друштво с ограниченом одговорношћу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2006, 289-300, Стеван Шогоров, „Правне претпоставке захтева друштва за додатну уплату“, З*борник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2011, 7-16, Стеван Шогоров, „Реафирмација додатних (допунских) уплата у праву привредних друштава Републике Србије“, *Зборник*

Иако се на појединим местима у раду помињу сличности и разлике између додатних уплата и других видова финансирања друштва од стране његових чланова, због ограниченог обима рада, оне неће бити предмет детаљног истраживања. Такође, на појединим местима биће поменути и поједини рачуноводствени аспекти који су уско везани за примену института додатних уплата.

2. УСПОСТАВЉАЊЕ ПРАВНОГ ОСНОВА И УТВРЂИВАЊЕ И ОБЛИКОВАЊЕ (ФОРМУЛИСАЊЕ) КОНКРЕТНЕ ОБАВЕЗЕ ЧЛАНОВА ДА ВРШЕ ДОДАТНЕ УПЛАТЕ ДРУШТВУ

2.1. Успостављање правног основа за увођење обавезе вршења додатних уплата

Упоредноправна решења. Анализирајући неколико упоредноправних решења (право Немачке[14], право Аустрије[15], право Хрватске[16]) у вези са обавезом чланова да врше додатне уплате друштву долазимо до закључка да у поменутим правним системима треба разликовати два момента: стварање правног основа тј. успостављање могућности увођења обавезе на додатне уплате, што се чини оснивачким актом и утврђивање и обликовање конкретне обавезе чланова, што се чини доношењем посебне скупштинске одлуке којом чланови преузимају конкретну обавезу вршења додатних уплата.

Дакле, у анализираним упоредноправним решењима могућност успостављања обавезе чланова на додатне уплате, мора претходно бити утврђена оснивачким актом друштва. Није довољно само постојање законске могућности за успостављање ове обавезе. У том смислу, оснивачким актом

радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2012, 11-22, Јована Величковић, „Начин утврђивања и правне последице неизвршења обавезе додатне уплате“, *Право и привреда – Часопис за привредноправну теорију и праксу,* 4-6/2014, 177-196. Ипак, у вези са појединим питањима постоје различита становишта (нпр. у погледу начина успостављања правног основа и утврђивања и обликовања конкретне обавезе чланова на додатне уплате). Такође, питање правног уређења и природе тзв. права абандона у случају настојања члана да се ослободи од обавезе додатних уплата и питања услова за враћање додатних уплата у ранијим радовима нису детаљније обрађивана.

[14] За право Немачке, вид. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung 20. April 1892, *RGBl. S. 477... Zuletzt geändert durch Art. 15 Abs. 23 G v. 4.5.2021 I 882* (даље у фуснотама: GmbHG Немачке), § 26-28.

[15] За право Аустрије, вид. Gesetz vom 6. März 1906, RGBI 58 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBI 58/1906… BGBl. I Nr. 71/2018 (даље у фуснотама: GmbHG Аустрије) § 72-74.

[16] За право Хрватске, вид. Zakon o trgovačkim društvima, *Narodne novine 111/93.. 40/19,* čl. 391.

успоставља се могућност тј. правни основ увођења обавезе вршења додатних уплата. То, међутим, не мора бити утврђено искључиво првобитним оснивачким актом, већ је исти правни основ могуће створити и изменама и допунама оснивачког акта уз сагласност свих чланова друштва.[17] Конкретна обавеза, међутим, коју преузимају чланови друштва, утврђује се и обликује на основу посебне одлуке скупштине друштва чији је правни основ доношења претходно предвиђен оснивачким актом. Следствено томе, посебна одлука скупштине друштва о утврђивању обавезе чланова мора бити обликована (формулисана) у складу са оснивачким актом. Уколико могућност успостављања ове обавезе чланова није предвиђена у оснивачком акту, скупштина друштва не може донети пуноважну одлуку о обавези чланова на додатне уплате.[18] Као што је већ наведено, сам закон, није довољан правни основ да скупштина друштва донесе конкретну одлуку о обавези чланова на додатну уплату.[19] Законима поменутих држава предвиђа се само могућност да се додатне уплате актима друштва уреде. Тек уколико је оснивачким актом друштва успостављена могућност увођења обавезе на додатне уплате, скупштина друштва ће моћи да донесе конкретне одлуке о обавезама чланова на додатне уплате.[20]

Успостављање правног основа за увођење обавезе додатних уплата мора бити недвосмислено и јасно изражено тако да не оставља никакву сумњу да се ради управо о институту додатних уплата а не о некој другој обавези или виду финансирања друштва од стране његових чланова.[21] Коначно, само успостављање правног основа, без доношења посебне одлуке скупштине не изазива било какве рачуноводствене промене (измену биланса друштва и сл.), у смислу евидентирања потраживања према члановима у имовини самог друштва. Потраживање тј. захтев према члановима за вршење додатних уплата не постоји пре доношења посебне одлуке скупштине о конкретном утврђивању и обликовању те обавезе.[22]

Српско право. За разлику од поменутих решења у упоредном праву, ЗПД не разликује два горепоменута момента. Закон о привредним друштвима не разликује стварање правног основа тј. успостављање могућности за увођење обавезе додатних уплата од утврђивања и обликовања (фомулисања) обавезе чланова друштва. Наиме, према чл. 178, ст. 1 ЗПД: „Оснивачким актом или одлуком скупштине може се утврдити обавеза чланова друштва

---

[17] Welf Müller, Burghard Hense (Hrsgb*), Beck'sches Handbuch der GmbH, Gesellschaftsrecht – Steuerrecht*, München 1995, 298.

[18] С. Шогоров, „Правне претпоставке захтева друштва за додатну уплату", 9.

[19] *Ibid.*

[20] *Ibid.*

[21] С. Шогоров, „Правне претпоставке захтева друштва за додатну уплату", 12.

[22] Max Gellis (Hrsgb.), *Kommentar zum GMBH-Gesetz*, 4. Auflage, Wien 2000, 549.

да, поред уплате уписаног основног капитала, изврше додатне уплате друштву сразмерно висини свог удела у друштву.“ Тумачењем ове норме може се извести закључак да према ЗПД није неопходно претходно створити правни основ за успостављање обавезе на додатне уплате, већ је довољно да се већ на основу законом дате могућности конкретна обавеза чланова друштва непосредно утврди оснивачким актом или одлуком скупштине.[23] Оваква норма наравно не представља сметњу да се прво оснивачким актом или општом одлуком скупштине успостави општи правни основ за утврђивање обавезе тј. да се ово питање уопштено уреди, па да се тек након тога посебном одлуком скупштине утврди и формулише конкретна обавеза чланова друштва на додатну уплату. Правно је логичније да, једнако као и у упоредном праву, обавеза додатне уплате буде прво предвиђена оснивачким актом на општем нивоу, а да потом по својој садржини буде дифинисана појединачним актом друштва – одлуком скупштине.[24] Ипак, чини нам се да у српском праву то није неопходно Према нашем ЗПД обавеза вршења додатних уплата непосредно се може утврдити и обликовати (формулисати) оснивачким актом или одлуком скупштине, већ на основу законом дате могућности, без претходног стварања правног основа у оснивачком акту.[25] Уколико је, међутим, оснивачким актом или одлуком скупштине друштва институт додатних уплата уређен на општи начин (успостављен општи правни основ увођења, предвиђена ограничења и обим преузимања будуће евентуалне обавезе чланова друштва), само тада је за сваку додатну уплату неопходно донети одговарајућу појединачну одлуку.[26]

2.2. Утврђивање и обликовање (формулисање) конкретне обавезе чланова да врше додатне уплате друштву

Упоредноправна решења. С обзиром на то да је у наведеним упоредноправним решењима неопходно претходно у оснивачком акту створити правни основ за утврђивање обавезе на додатне уплате, те да се оснивачким актом друштва ово питање само уопштено уређује, за утврђивање и обликовање конкретне обавезе чланова друштва неопходно је увек донети посебну одлуку о вршењу додатних уплата која мора бити у складу са одредбама оснивачког акта. Тек по доношењу посебне скупштинске одлуке настаје

[23] Другачије тумачење је изражено код С. Шогоров, „Правне претпоставке захтева друштва за додатну уплату“, 12.

[24] Јована Величковић, „Начин утврђивања и правне последице неизвршења обавезе додатне уплате“, *Право и привреда – Часопис за привредноправну теорију и праксу,* 4-6/2014, 182-183.

[25] У нашој литератури постоје и другачији ставови. У вези са тим видети опширније код С. Шогоров, „Правне претпоставке захтева друштва за додатну уплату“, 12.

[26] С. Шогоров, „Правне претпоставке захтева друштва за додатну уплату“, 13.

захтев друштва за додатну уплату.[27] Ипак, поред стварања правног основа да чланови преузму обавезу вршења додатних уплата, предмет уређења у оснивачком акту у вези са додатним уплатама могу бити и нека друга питања општег карактера.

Једно од најзначајнијих питања које се већ у оснивачком акту уређује јесте да ли је реч о обавези на додатне уплате која је унапред ограничена одређеним износом или је реч о обавези уплате новца чија свота није унапред ограничена.[28] Поменуто ограничење у оснивачком акту може се формулисати на различите начине. Тако је могуће да се ова обавеза ограничи на укупан износ, на појединачни износ по члану друштва и сл. У зависности од тога да ли је реч о обавези која је унапред ограничена или неограничена по свом износу у упоредном праву разликују се и поједине правне последице неизвршења ове обавезе о чему ће посебно бити речи на одговарајућем месту.

Поред наведеног, обавеза вршења додатних уплата у оснивачком акту може се и временски ограничити, тако да се конкретно може утврдити само за одређени ограничени временски период (нпр. наредне 3 године од успостављања правне могућности у оснивачком акту).

Такође, конкретно утврђивање обавезе чланова на додатне уплате могуће је оснивачким актом ограничити и настанком тачно предвиђене економске сврхе (нпр. ради изравнавања биланса у случају подкапитализације друштва, ради инвестиција[29], ради проширења пословања[30], за покриће губитака[31] и сл.).

Коначно, утврђивање конкретне обавезе на додатне уплате могуће је у оснивачком акту условити и претходним потпуним измирењем раније преузете обавезе уплате односно уношења улога од стране чланова друштва.[32]

Конкретно утврђивање и садржинско обликовање обавезе чланова на вршење додатних уплата, у упоредном праву, даље се врши појединачном одлуком скупштине друштва.

У вези са обимом обавезе која може теретити чланове друштва, у упоредном праву среће се углавном императивно правило, да обавеза на додат-

---

[27] W. Müller, B. Hense (Hrsgb), 298.

[28] Вид. Закон о трговачким друштвима Хрватске, čl. 391, st. 3-4 и GmbHG Немачке, § 26-28. У праву Аустрије не прави се посебна разлика спрам тога да ли је преузета обавеза на додатне неограничена или ограничена по свом износу. Вид. GmbHG Аустрије, § 72-74.

[29] W. Müller, B. Hense (Hrsgb), 298.

[30] M. Gellis (Hrsgb.), 548.

[31] У праву Швајцарске се обавеза на додатне уплате може утврдити искључиво ради покрића губитака – С. Шогоров, „Обавеза допунских уплата и додатних улога у друштво с ограниченом одговорношћу“, 294.

[32] *Ibid.*

не уплате може теретити чланове сразмерно вредности њихових удела или улога и да у том погледу не може бити одступања.[33]

С обзиром на то да у вези са утврђивањем и обликовањем обавеза додатних уплата нема даљих правила, те да у вези са тим упоредно право не садржи некаква специфична решења у односу на наше право, даља излагања у вези са формулисањем конкретне обавезе чланова на додатне уплате биће изложене у разматрањима које се односе на српско право.

Српско право. Као што је већ истакнуто, према нашем ЗПД обавеза вршења додатних уплата непосредно се може утврдити, али и обликовати (формулисати) оснивачким актом или одлуком скупштине, већ на основу законом дате могућности, без претходног стварања правног основа у оснивачком акту.[34] Следствено томе, нема сметње да се конкретна обавеза чланова на додатне уплате формулише одмах у оснивачком акту или накнадној одлуци скупштине. Уколико су, међутим, у оснивачком акту или ређе општој одлуци скупштине прописана само поједина општа правила у вези са додатним уплатама (нпр. ограничења по апсолутном износу, временско ограничење преузимања обавезе, одступање од правила да се обавеза преузима сразмерно процентуалној вредности удела и др.) појединачна одлука скупштине којом се та обавеза утврђује мора бити донета у складу са оснивачким актом или општом одлуком скупштине. Слично као и у упоредном праву могуће је оснивачким актом, а у српском праву и општом одлуком скупштине утврдити да ли је реч о обавези на додатне уплате која је унапред ограничена одређеним износом или је реч о обавези уплате новца чија свота није унапред ограничена. Ипак, српско право не предвиђа специфичне правне последице спрам тога да ли је преузета обавеза ограничена или не по свом износу о чему ће више бити речи у оквиру наслова који ће бити посвећен правним последицама неизвршења обавезе на додатне уплате.

Из одредби о начину утврђивања обавезе на додатне уплате проистиче да иста не може бити наметнута члановима друштва без њихове сагласности независно од врсте корпоративно-правног акта којим се она утврђује. Као што је већ поменуто, према ЗПД обавеза на додатне уплате може се утврдити оснивачким актом или одлуком скупштине. Уколико се ова обавеза утврђује оснивачким актом то може бити учињено у првом оснивачком акту или његовим изменама и допунама. Обавеза се не може наметнути члановима

[33] Вид. GMBHG Немачке, § 28, par. 2, GMBHG Аустрије, § 72, (2). Хрватски Закон о трговачким друштвима, међутим, не предвиђа правило да се обавеза на додатне уплате мора преузети сразмерно пословним уделима чланова друштва, па је слично као и у српском праву могуће на аутономној основи одступити од наведене сразмере преузимања обавезе на додатне уплате.

[34] Вид. ЗПД, 178, ст. 1.

противно њиховој вољи јер први оснивачки акт потписују сви оснивачи[35] (први чланови доо), а уколико се та обавеза уводи изменама и допунама оснивачког акта, одлука о изменама и допунама оснивачког акта не може се донети без сагласности члана којег ће та обавеза теретити. Прецизније, одлука о изменама оснивачког акта којој се умањују права неког члана може бити донета само уз сагласност тог члана, а нарочито у случају увођења или повећања обавезе додатних уплата.[36] С друге стране, уколико се конкретна обавеза на додатне уплате утврђује одлуком скупштине, иста се по правилу доноси једногласно. Уколико је оснивачким актом предвиђено да се одлука о додатним уплатама не доноси једногласно, него другом већином, та одлука обавезује само чланове који су за њу гласали.[37] На основу претходно наведеног проистиче да није основни принцип нашег права да обавеза додатне уплате настаје на основу једногласног одлучивања, већ да обавеза додатне уплате не може настати за сваког појединог члана без његовог пристанка (сагласности).[38] Иста се једноставно не може наметнути члановима друштва.

У вези са обимом обавезе која може теретити чланове друштва, српско право, за разлику од горе описаних упоредноправних решења, садржи диспозитивну норму. Оснивачким актом или одлуком скупштине може се утврдити обавеза чланова друштва да, поред уплате уписаног основног капитала, изврше додатне уплате друштву сразмерно висини свог удела у друштву, уз могућност да се оснивачким актом или одлуком скупштине одреди другачија сразмера, односно тачан износ додатних уплата.[39] Дакле, обавеза на додатне уплате, по правилу, терети чланове друштва у сразмери са процентуалном вредношћу удела који поседују у основном капиталу друштва, осим уколико другачија сразмера није утврђена оснивачким актом или одлуком скупштине.

У вези са садржином норме којом се утврђује непосредна обавеза чланова да врше додатне уплате ЗПД не садржи ближе одреднице. Према општим правилима облигационог права она мора бити јасна и конкретно одређена или барем одредива[40], независно од тога којим актом се она у српском праву утврђује (оснивачким актом или одлуком скупштине). Уколико је, међутим, оснивачким актом или тзв. „општом“ одлуком скупштине друштва институт додатних уплата уређен само на општи начин, тада је, једнако као и у упоредном праву, за сваку додатну уплату неопходно донети одговарајућу

---

[35] Вид. ЗПД, чл. 11.

[36] Вид. ЗПД, чл. 142, ст. 2.

[37] Вид. ЗПД, чл. 178, ст. 5-6.

[38] J. Величковић, 184.

[39] Вид. ЗПД, чл. 178, ст. 1.

[40] Вид. Закон о облигационим односима, *„Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ і 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93, „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља и „Сл. гласник РС „, бр. 18/2020* – даље у тексту и фуснотама: ЗОО, чл. 46, ст. 2.

појединачну одлуку којом се конкретна обавеза чланова друштва утврђује и обликује.[41] У том случају, међутим, појединачна одлука мора бити у складу са одредбама о додатним уплатама садржаним у оснивачком акту или „општој“ одлуци скупштине.

Конкретно одређење значи да се приликом формулисања норме о додатним уплатама (најчешће у посебној одлуци скупштине) мора утврдити износ додатних уплата који ће теретити чланове друштва на начин да он буде изричито одређен или барем одредив.[42] Тако је могуће предвидети конкретан износ обавезе коју преузима сваки или само поједини чланови друштва или утврдити само аполутни износ додатних уплата. У случају предвиђања само апсолутног износа, подразумеваће се да се сваки члан који је преузео обавезу на додатне уплате, обавезао да уплати оној износ који је у том укупном износу сразмеран процентуалној вредности његовог удела, осим ако оснивачким актом или одлуком скупштине није утврђена другачија сразмера.[43]

Могућност да обавезу преузму само поједини чланови друштва постоји само када је оснивачким актом прописано да се одлука о додатним уплатама не доноси једногласно него неком другом већином. У том случају, ако је оснивачким актом предвиђено да се одлука о додатним уплатама не доноси једногласно, него другом већином, та одлука обавезује само чланове који су за њу гласали.[44] Уколико, међутим, чланови нису предвидели да је за доношење одлуке о обавези додатне уплате потребна другачија већина, обавеза на додатне уплате мора теретити све чланове друштва без обзира да ли је она утврђена оснивачким актом или одлуком скупштине.[45]

Време испуњења тј. рок доспелости обавезе на додатне уплате, може али не мора бити одређен.[46] У пракси се рок доспелости обавезе често утврђује. Ипак, уколико рок доспелости није одређен сматраће се да је обавеза настала и истовремено доспела даном преузимања обавезе од стране чланова друштва тј. даном ступања на снагу оснивачког акта, његове измене или одлуке скупштине којом је обавеза на додатне уплате конкретно утврђена. Ово проистиче из опште норме о времену испуњења облигација из ЗОО: „Ако рок није одређен, а сврха посла, природа обавезе и остале околности не захтевају известан рок за испуњење, поверилац може захтевати одмах испуњење обавезе, а дужник са своје стране може захтевати од повериоца да одмах прими испуњење“.[47]

---

[41] С. Шогоров, „Правне претпоставке захтева друштва за додатну уплату“, 13.
[42] Вид. ЗОО, чл. 46, ст. 2.
[43] Вид. ЗПД, чл. 178, ст.1.
[44] Вид. ЗПД, чл. 178, ст. 5-6.
[45] Ј.Величковић, 186.
[46] M. Gellis (Hrsgb.), 551.
[47] ЗОО, чл. 314.

Дакле, имовински-правни захтев (потраживање) друштва према члановима настаје тек када је обавеза на додатне уплате конкретно утврђена. Од тог тренутка настаје и обавеза друштва да тај имовинско-правни захтев, тј потраживање евидентира у свом књиговодству. У упоредном праву се питање оваквог књиговодственог евидентирања регулише у компанијско-правним прописима. „Износ који друштво потражује тј. очекује по основу додатних уплата налази се на страни имовине (активе) испод потраживања посебно под ознаком „тражене додатне уплате“. С друге стране, одговарајући износ исказује се посебно и на страни пасиве у ставци „капиталне резерве“.[48]

3. ПОСЛЕДИЦЕ НЕИСПУЊЕЊА ОБАВЕЗЕ ВРШЕЊА ДОДАТНИХ УПЛАТА

С обзиром на то да обавеза на додатне уплате има истовремено статусно-правни (корпоративни) и облигациони карактер у случају неиспуњења обавезе на додатне уплате могу настати различите статусно-правне и облигационе последице по члана који ту обавезу није извршио.

3.1. Статусно-правне последице неизвршења обавезе на додатне уплате

У вези са статусно-правним последицама у српском, али и упоредном праву, предвиђа се опште правило да члан друштва одговара друштву за извршење обавезе додатне уплате на начин на који одговара за уплату уписаног улога у основни капитал друштва.[49] У том смислу последица неизвршења обавезе додатне уплате је евентуално искључење (кадуцирање) члана из друштва по истим правилима и у истом поступку као и у случају неизвршења обавезе уплате односно уношења улога. Ипак, поред примене одредби о искључењу члана из друштва, у случају неиспуњења обавезе додатне уплате предвиђа се и једна специфична последица тзв. право абандона. Право абандона подразумева право члана друштва да под одређеним условима овласти друштво да прода његов удео (српско право) или стави удео на располагање друштву у истом циљу (упоредно право) те да се из цене добијене продајом тог удела у потпуности или делимично намири обавеза додатне уплате. У вези са тзв. правом абандона постоје извесне разлике између нашег и упоредног права, те ће исте бити обрађене одвојено.

---

[48] Вид. GMBHG Немачке, § 42 (2).

[49] Вид. ЗПД, чл. 179, ст. 1.

Упоредноправна решења. У вези са статусно-правним последицама неиспуњења обавезе додатних уплата, у немачком и хрватском праву, прави се разлика између тзв. обавеза на додатне уплате које су ограничене својим износом и обавезе на додатне уплате које нису унапред ограничене по свом износу.[50]

Укратко, уколико је реч о обавези додатне уплате која је ограничена по свом износу, једина могућа статусноправна последица неизвршења обавезе је евентуално искључење (кадуцирање) члана из друштва, по истим правилима и у истом поступку као и у случају неизвршења обавезе уплате односно уношења улога.[51]

С друге стране, уколико је реч о обавези додатне уплате која је није унапред у оснивачком акту ограничена по свом износу, могућа је примена правила о тзв. праву абандона тј. да члан друштва под одређеним условима стави на располагање друштву његов удео и да овласти друштво да прода његов удео, те да се из цене добијене продајом тог удела у потпуности или делимично намири обавеза додатне уплате. Уколико обавеза плаћања додатних уплата није ограничена на одређени износ, сваки члан друштва, ако је уплатио своје улоге у основном капиталу у целости, има право да буде ослобођен плаћања додатних уплата стављањем удела на располагање друштву у року од месец дана од позива да изврши уплату ради задовољења захтева за уплатом додатних уплата.[52] Исто тако, ако чланови нису искористили горе наведено овлашћење нити извршили уплату у наведеном року, друштво може препорученим писмом изјавити да сматра да је удео члана дат на располагање друштву.[53] Друштво ће удео продати на јавној лицитацији у року од месец дана од дана давања изјаве члана или друштва. Сваки други облик продаје је дозвољен само уз сагласност члана. Члан има право да му буде исплаћена разлика преостала након што се покрију трошкови продаје и преостали износ додатне уплате.[54] Ако се друштво не намири продајом удела, удео ће припасти друштву (доћи ће до стицања сопственог удела). Друштво је онда даље овлашћено да тај удео продаје за свој рачун.[55]

Српско право. У нашем праву тзв. право абандона није условљено чињеницом да ли је обавеза на додатне уплате у оснивачком акту унапред ограничена или неограничена по свом износу. Једини услов за коришћење овог права је да је члан који се жели користити тим правом своје обавезе у вези са уплатом односно уношењем улога у основни капитал у целини из-

[50] Вид. хрватски Zakon o trgovačkim društvima, čl. 391, st. 3-4 и GMBHG Немачке, § 26-28
[51] Вид. хрватски Zakon o trgovačkim društvima, čl. 391, st. 3-4 и GMBHG Немачке, § 26-28.
[52] Вид. хрватски Zakon o trgovačkim društvima, чл. 391, ст. 4. и GMBHG Немачке, § 27 (1).
[53] Вид. Zakon o trgovačkim društvima, чл. 391, st.4. и GMBHG Ср. Немачке, § 27 (1).
[54] Вид. Zakon o trgovačkim društvima, чл. 391, st.4. и GMBHG Ср. Немачке, § 27 (2).
[55] Вид. Zakon o trgovačkim društvima, чл. 391, st.4. и GMBHG Ср. Немачке, § 27 (3).

мирио. Члан друштва који је у целости уплатио, односно унео свој улог може се ослободити обавезе додатне уплате ако у року од 30 дана од дана доспелости те обавезе овласти друштво да прода његов удео у поступку јавног надметања или на други начин.[56] У вези са формом и садржином овлашћења на продају удела члана који није испунио обавезу додатне уплате ЗПД не садржи ближе одредбе. У вези са тим спорно је неколико питања. Прво, у којој форми члан може овластити друштво да прода његов удео? Друго, ко ће се на уговору о преносу (продаји) удела појавити као преносилац (продавац) тог удела и која је природа датог овлашћења? Треће, која се врста продаје може применити у конкретном случају? Ове правне празнине могу створити извесне практичне проблеме приликом реализације тзв. права абандона.

Прво, у погледу форме датог овлашћења сматрамо да је неопходно да овлашћење прати форму уговора о преносу удела. С обзиром на то да се уговор о преносу удела закључује у писаној форми уз обавезну оверу потписа преносиоца и стицаоца у складу са Законом који уређује оверу потписа, сматрамо и да поменуто овлашћење на продају удела треба да буде дато у писаној форми уз оверу потписа члана друштва тј. власника удела који ће бити предмет продаје.[57]

Друго, ЗПД садржи одредницу „да члан може овластити друштво да прода његов удео„ па се поставља питање ко ће се на уговору о преносу (продаји) удела појавити као преносилац (продавац) тог удела. Наиме, није јасно која је природа датог овлашћења друштву да прода удео члана тј. да ли се њиме само даје овлашћење друштву да приступи закључењу уговора о преносу (продаји) удела у име члана друштва, а да се у делу норми о исплати накнаде само прецизира исплата у корист друштва (за рачун друштва) или ипак постоји овлашћење да друштво уговор о преносу удела закључи у своје име (као преносилац – продавац) и за свој рачун. Узимајући у обзир дикцију наведене одредбе и општих одредби о преносу удела у друштву с ограниченом одговорношћу, те да се у улози преносиоца удела може појавити искључиво члан друштва, става смо да овлашћење о којем је реч има само карактер (природу) специјалног пуномоћја датог друштву да закључи уговор о преносу у име члана друштва, а да испуњење тј. накнаду (цену) за пренети удео прими за свој рачун. У том смислу наше право се разликује у односу на решења из упоредног права где право абандона ради ослобођења од обавезе додатне уплате подразумева потпуно стављање на располагање удела у корист друштва.[58] На основу наведеног проистиче да у нашем праву

[56] ЗПД, чл 179, ст. 3.
[57] Вид. ЗПД, 175, ст. 1.
[58] Вид. GMBHG Ср. Немачке, § 27 (3)

и није реч о праву абандона у правом смислу те речи. Уопштено абандон подразумева да се неко одриче неког свог права (нпр. права својине). Према ЗПД, члан се не одриче свог удела у корист друштва јер на основу датог овлашћења не долази до стицања сопственог удела, уколико удео не буде продат до истека законом утврђеног рока за продају удела. У случају да удео не буде продат, удео, супоротно решењима из упоредног права[59], неће припасти друштву, већ ће и даље остати у власништву члана, све док се евентуално не спроведе поступак искључења тог члана из друштва. Овакво уређење природе овлашћења друштву да прода удео члана који жели да се на тај начин ослободи обавезе на додатне уплате изазива извесну правну несигурност за друштво. Ово из разлога што члан поменутим овлашћењем, не ставља удео на располагање друштву у својинском смислу. Датим овлашћењем друштво не стиче сопствени удео, па члан и поред датог овлашћења друштву и даље може самостално да располаже уделом. Овај проблем би се могао решити евентуалним увођењем норме о обавезној забележби код регистратора (АПР-у) да је дато искључиво овлашћење друштву да располаже уделом члана до истека рокова за његову продају.

Овакав недостатак норме, делимично се коригује следећим правилом из ЗПД: „Члан друштва који је свој удео пренео пре извршења обавезе на додатну уплату одговара солидарно са стицаоцем удела за ту обавезу у периоду од три године од дана регистрације преноса удела у складу са законом о регистрацији.“[60] Да би постојала солидарна одговорност преносиоца неопходно је да је обавеза на додатне уплате конкретно садржински одређена на дан преноса удела. Одговорност преносиоца је временски ограничена на период од три године од дана регистрације преноса удела. У том погледу постоји разлика у односу на случај неиуспуњења обавезе уплате односно уношења улога, јер је у том случају солидарна одговорност преносица временски неограничена по ЗПД, па се тада примењује општи рок застарелости из ЗОО.[61] Коначно, солидарна одговорност преносиоца постоји и у случају када стицалац буде искључен из друштва одлуком скупштине.[62]

Треће, поставља се питање на коју врсту продаје је овлашћено друштво и да ли овлашћење мора да садржи означење начина продаје удела (јавно надметање или неки други начин – нпр. непосредном погодбом)? У том смислу, чини нам се да је јавно надметање правило тј. правна претпоставка у погледу начина продаје удела. Стога у овлашћењу није неопходно одредити начин продаје Ипак, члан друштва може овластити друштво да приступи

[59] Вид. GMBHG Ср. Немачке, § 27 (3) и хрватски Zakon o trgovačkim društvima, čl. 391, st. 4.

[60] ЗПД, чл. 179, ст. 2.

[61] J. Величковић, 187.

[62] Вид. ЗПД, чл. 195, ст. 6.

продаји удела и на неки други начин (нпр. непосредном погодбом) уколико у овлашћењу у том правцу изрази изричиту вољу.[63]

Надаље, ако продајом удела члана друштва, друштво оствари цену која је, након одбитка трошкова продаје, нижа од износа његове обавезе додатне уплате, члан друштва остаје у обавези да друштву доплати ту разлику, а ако друштво том продајом оствари цену која, након одбитка трошкова продаје, прелази износ његове обавезе додатне уплате, друштво је дужно да ту разлику исплати том члану друштва.[64] У овом делу се наше право разликује у односу на решења из упоредног права. Дакле, према ЗПД, уколико износ остварен продајом удела буде мањи од износа обавезе члан друштва остаје у обавези да друштву доплати разлику. Дакле, он остаје без свог удела, а и даље има обавезу да исплати разлику. У упоредном праву ако цена добијена продајом удела није довољна да се друштво подмири у целини, члан се ослобађа обавезе да исплати разлику недостајућег износа додатне уплате, а његов удео се ставља на рсполагање друштву.[65] И у том погледу је јасно да наш законописац није разумео суштину института „права абандона". Право абандона је у упоредном праву установљена ради заштите права чланова друштва у оним случајевима када је у оснивачком акту предвиђена обавеза на додатне уплате која није унапред ограничена по свом износу.[66]

Коначно, ако члан друштва не овласти друштво да изврши продају његовог удела или ако његов удео не буде продат у року од две године од дана доспећа обавезе додатне уплате, односно у року одређеном оснивачким актом или уговореном року са тим чланом друштва из разлога за које није одговорно друштво, скупштина може у року од 180 дана од дана истека прописаног, односно одређеног или уговореног рока донети одлуку о искључењу тог члана из друштва без права на накнаду вредности његовог удела, сходном применом члана 195. ЗПД.[67] Из овакве одредбе проистиче да евентуално искључење члана зависи од воље друштва. Искључење је факултативно јер закон само предвиђа могућност да скупштина друштва у горепоменутим роковима донесе одлуку о искључењу члана из друштва. Дакле, последица неизвршења обавезе на додатне уплате не наступа по самом закону, већ на основу евентуалне скупштине одлуке, једнако као и у случају неизвршења чинидбе улога.[68]

---

[63] Вид. ЗПД, чл. 179, ст. 3. Такво решење постоји и у упоредном праву. За право Немачке видети GMBHG Ср. Немачке, § 27 (2), за право Хрватске видети Zakon o trgovačkim društvima, čl. 391, st. 4.

[64] Вид. ЗПД, 179, ст. 4.

[65] Вид. GMBHG Ср. Немачке, § 27 (3) и хрватски Zakon o trgovačkim društvima, čl. 391, st. 4.

[66] Слично J. Величковић, 193.

[67] Вид. ЗПД, 179, ст. 5.

[68] J. Величковић, 187.

Ако су услови за поменуто искључење члана испуњени у односу на више чланова друштва који су у доцњи у погледу обавезе на додатну уплату, одлука о искључењу доноси се за све те чланове.[69] Овакво правило проистиче из општег принципа о једнаком третману чланова друштва.

У случају искључења члана по основу неизвршења обавезе додатних уплата, искључени члан друштва остаје у обавези према друштву на додатну уплату.[70]

С обзиром на то да се у свему осталом сходно примењују општа правила о искључењу члана из друштва с ограниченом одговорношћу[71] на једнак начин као и у случају неизвршења обавезе уплате односно уношења уписаног улога у друштво, предмет разматрања у овом раду неће бити поступак искључења члана који није извршио обавезу додатне уплате.

3.2. Облигационо-правне последице неизвршења обавезе на додатне уплате

Поред анализираних статусно-правних последица по члана друштва који није извршио обавезу додатне уплате, у односу на тог члана друштва могу настати и одређене облигационо-правне последице.

С обзиром на то да се обавеза на додатне уплате састоји у уплати одређене своте новца, у случају неиспуњења ове обавезе наступају исте последице као и у случају неиспуњења било које новчане облигације. У складу са општим правилима из ЗОО за случај неиспуњења новчаних облигација, друштво има право да од члана потражује износ главнице са припадајућом законском затезном каматом од дана доспелости новчане обавезе.[72] Осим права на потраживање главнице са законском затезном каматом, у случају када је члан због неизвршења обавезе додатне уплате искључен из друштва, друштво задржава право да тужбом надлежном суду од искљученог члана друштва захтева и накнаду штете.[73] С обзиром на то да уговорна казна не може бити уговорена за новчане обавезе[74], предвиђање уговорне казне за неиспуњење обавезе додатних уплата није правно допуштено.

У погледу природе одговорности чланова за накнаду штете због неиспуњење обавезе на додатне уплате примењују се општа правила из ЗОО о уговорној одговорности.[75]

---

[69] Вид. ЗПД, 179, ст. 6..
[70] Вид. ЗПД, 179, ст. 7.
[71] Вид. ЗПД, чл. 195.
[72] Вид- ЗОО, чл- 277, ст. 1.
[73] Вид. ЗПД, чл. 195, ст. 7.
[74] Вид. ЗПД, чл. 270, ст. 3.
[75] Више о томе видети код J. Величковић, 193-194

4. ВРАЋАЊЕ ДОДАТНИХ УПЛАТА

Као што је већ истакнуто, за разлику од улога у погледу којих постоји забрана њиховог враћања члановима друштва[76], новчана средства уплаћена друштву по основу обавезе на додатне уплате могу се вратити члановима друштва или другим овлашћеницима права на поврат додатних уплата, уколико се за то испуне одређени законски услови. С обзиром на то да се правна правила нашег права у вези са враћањем додатних уплата суштински не разликују у односу на она која се срећу у упоредном праву, разматрања у оквиру овог наслова биће изложена на једном месту.

Према нашем ЗПД, услови и поступак враћања додатних уплата донекле зависе и од тога да ли је корпоративним актима којим ће утврђена обавеза на додатне уплате унапред предвиђен рок за враћање додатних уплата члановима друштва. Оснивачким актом или одлуком скупштине могу се одредити и рокови за враћање додатних уплата.[77] У том смислу разликују се две правне ситуације.

Прво, уколико је оснивачким актом или одлуком скупштине одређен рок за враћање додатних уплата, друштво је у обавези да приступи враћању додатних уплата у тако одређеном року. У том случају члан друштва или други овлашћеник права на враћање додатне уплате не мора да поднесе захтев за враћање додатне уплате, већ обавеза друштва да му уплаћена средства врати доспева у року који је предвиђен у оснивачком акту или одлуци скупштине којом је утврђена обавеза на додатне уплате.

Друго, уколико оснивачким актом или одлуком скупштине није одређен рок за враћање додатних уплата, друштво је у обавези да изврши враћање додатних уплата само на захтев члана друштва.

Независно од тога да ли је рок за враћање додатних уплата одређен или се враћање додатних уплата врши на захтев члана друштва, новчана средства уплаћена по основу додатних уплата могу се вратити члановима само уз испуњење одређених услова. Постоји неколико услова за враћање додатних уплата у зависности од конкретне ситуације.

Први услов за враћање додатних уплата односи се на финансијско стање друштва. Наиме, додатне уплате се могу вратити члановима само уколико та финансијска средства нису неопходна за покриће губитака друштва или за намирење поверилаца друштва.[78] Губитак је објективни финансијски показатељ који се исказује у пасиви биланса стања у оквиру капитала годишњег финансијског извештаја.[79] Уколико је друштво исказало губитак, он

[76] Вид. ЗПД, чл. 60.

[77] Вид ЗПД, чл. 178, ст. 3.

[78] Вид. ЗПД, чл. 180, ст. 1.

[79] Губитак се исказује као губитак текуће и губитак ранијих година у оквиру групе рачуна 35, АОП 109 у оквиру капитала у билансу стања.

се претходно мора покрити на неки од законом допуштених начина (првенствено на терет нераспоређене добити, потом средстава резерви и коначно на терет основног капитала[80]), па се тек онда може приступити враћању додатних уплата члановима друштва. У том смислу, евентуално враћање додатних уплата мора се извршити у складу са нормама о ограничењима плаћања члановима друштва.[81] Поред наведеног треба имати у виду да је понекад иницијална сврха вршења додатних уплата, управо покриће губитака друштва, када, на пример, друштво у тренутку утврђивања обавезе нема довољно нераспоређене добити, средстава резерви или основног капитала који би се могли теретити за покриће губитака.[82] С друге стране, уколико губитка нема или постоји могућност да се он покрије из других извора, да би се додатне уплате могле вратити члановима друштва неопходно је да та финансијска средства нису неопходна за намирење поверилаца. Наиме, чињеница да нема губитка или да је губитак покривен из других књиговодствених извора, још не значи да се новчана средства по основу додатних уплата могу вратити члановима друштва. Наиме услов је и да та финансијска средства нису потребна за намирење поверилаца. Да ли су та средства неопходна за намирење поверилаца зависи такође од конкретне финансијске ситуације друштва. Наведено се прецизније може утврдити само у сваком конкретном случају упоредном анализом рочне структуре активе и пасиве друштва, што захтева ангажовање стручњака финансијске струке.[83] Насупрот нашем праву, у упоредном праву се допуштеност враћања додатних уплата везује искључиво за чињеницу да ли је друштво исказало губитак који треба претходно покрити како би се приступило враћању додатних уплата.[84]

[80] Покриће губитка из ранијих година у друштвима са ограниченом одговорношћу врши се првенствено из нераспоређене добити и то по усвајању финансијских извештаја за пословну годину. Покриће губитка може да се спроведе и на терет резерви формираних за те намене и смањењем основног капитала, под условима прописаним Законом. Одлуку о покрићу губитка доноси скупштина друштва.

[81] Вид. ЗПД, чл. 184 и 275.

[82] Са рачуноводственог аспекта према члану 24. став 5. Правилника о Контном оквиру уколико се додатне уплате врше са циљем покрића губитка друштва, у складу са одлуком скупштине друштва и чланом 180. став 1. Закона, губитак се може непосредно покрити у корист рачуна 350 – Губитак ранијих година, на терет рачуна 241 – Текући (пословни) рачуни или 244 – Девизни рачун (у случају уплата чланова из иностранства у складу са законом). Извод из Мишљења Министарства Финансија бр. 140/16/401-00-1094/12 од 20.07.2012. године.

[83] Рочна структура се процењује разврставањем позиција активе и пасиве у одређене рочне сегменте и врши се њихово поређење. Овакве анализе су, међутим, углавном својствене привредним субјектима који послују у финансијском сектору (банке и осигуравајућа друштва). Више о томе видети код Срђан Маринковић, Жарко Поповић, „Ликвидност версус солвентност банака: анализа биланса стања банке“, *Економске теме*, 3/2008, 53-69.

[84] У аустријском праву је услов враћања додатних уплата додатно прецизиран извором из којег се претходно мора покрити губитак. Друштво може приступити враћању додатних уплата уколико у случају губитка има довољно других књиговодствених извора за покриће

Изоставља се други услов да су та финансијска средства неопходна за намирење поверилаца. Ово из разлога што тај услов није лако на објективан начин утврдити. Осим тога, повериоци друштва слично као и у нашем праву већ уживају одговарајућу заштиту која им се пружа као и у случају смањења основног капитала (обавештавање поверилаца о враћању додатних уплата, пружање средстава обезбеђења потраживања и сл.), а у случају стечаја друштва позиција поверилаца је заштићена правилом по коме се потраживања по основу додатних уплата намирују тек након пуног намирења стечајних поверилаца друштва са припадајућим каматама.[85] Стога, према нашем мишљењу није неопходно додатно пооштравати услове за враћање додатних уплата и захтевом да та финансијска средства нису неопходна за намирење поверилаца.

Надаље, с обзиром на то да је норма ЗПД која се заправо односи на билансне показатеље („губитак", „првенствено поверилаца у намирењу потраживања") прилично уопштена, сматрамо да би на сличан начин као и у случају исплате међудивиденде требало норме о враћању додатних уплата у ЗПД допунити у правцу да је ради враћања додатних уплата члановима друштва, неопходно горе поменуте билансне показатеље претходно утврдити усвајањем ванредног финансијског извештаја који би био сачињен за ту намену.[86] Независно од ове сугестије будућем законописцу, треба имати у виду да повраћај додатних уплата није повезан са исплатом добити члановима. Напротив, враћање додатних уплата није ништа друго до извршење облигационе обавезе друштва према члановима, па не зависи од позитивног пословања друштва. Састављање наменског ванредног финансијског извештаја не би се односило на утврђивање позитивног резултата пословања (као нпр. код исплате међудивиденде), већ на утврђивање чињенице да ли је друштво исказало губитак у пословању, те да ли су та финансијска средства неопходна за намирење поверилаца и то све ради прецизнијег утврђивања да ли финансијско стање друштва допушта враћање додатних уплата.

Други услов за враћање додатних уплата везује се за чињеницу да ли је члан којем се враћа додатна уплата претходно у целини извршио своју претходно преузету обавезу уплате односно уношења улога у друштво. Додатне уплате не могу се вратити члану друштва пре уплате, односно уноса целокупног уписаног улога у друштво.[87] Ова норма проистиче из логике да

губитка (нераспоређене добити или средстава резерви), тако да се основни капитал не мора смањити ради покрића губитака. Вид. GMBHG Аустрије, § 74, (1).

[85] Вид. ЗПД, чл. 180, ст. 9.

[86] Према ЗПД, чл. 273, ст. 1 „друштво може плаћати међудивиденду ако: „извештаји о пословању друштва и његовим финансијским резултатима сачињеним за ту намену јасно показују да је друштво у периоду за који се исплаћује међудивиденда остварило добит и да су расположива новчана средства друштва довољна за плаћање те међудивиденде."

[87] ЗПД, чл. 180, ст. 2.

члан не може да потражује од друштва враћање додатне уплате уколико није измирио чинидбу улога у друштво, јер друштво у том случају истовремено има потраживање према њему. Ипак, изузетно на захтев члана друштва који је извршио додатну уплату, а који није у потпуности уплатио уписани улог у друштво, за износ неуплаћеног уписаног улога, друштво може донети одлуку да се уместо враћања додатне уплате, додатна уплата сматра потпуним или делимичним испуњењем обавезе уплате уписаног новчаног улога.[88]

Поред навединих услова одредбама које се односе на враћање додатних уплата, уређују се и питања овлашћеника права тј. имовинско-правног захтева за враћање додатних уплата. Опште је правило да се додатне уплате могу вратити члановима друштва. Ипак, како се право на враћање везује за конкретан удео по основу којег је обавеза на додатне уплате својевремено извршена према друштву, ЗПД предвиђа додатна правила. Друштво је у обавези да врати додатне уплате и члановима друштва којима је то својство престало ако то није у супротности са одредбама овог закона.[89] У случају преноса удела друштво је у обавези да додатне уплате врати преносиоцу удела, осим ако уговором о преносу удела није другачије одређено.[90]

Ако друштво не изврши повраћај додатних уплата, лица која су на то овлашћена, могу да поднесу тужбу суду за повраћај додатне уплате.[91] Правноснажна одлука суда донета по тужби представља основ за регистрацију покретања поступка враћања додатне уплате.[92] У случају стечаја друштва, потраживања по основу додатних уплата намирују се тек након пуног намирења стечајних поверилаца друштва са припадајућим каматама.[93]

Коначно, интересантно је да ЗПД за враћање додатних уплата предвиђа сходну примену одредаба ЗПД о смањењу основног капитала. „Враћање додатних уплата врши се сходном применом одредаба овог закона о смањењу основног капитала друштва.“[94] Овакво решење је, међутим, најблаже речено неодрживо. Наиме, како се из додатних уплата не формира и не повећава основни капитал, нема логике да се у случају њиховог враћања спроводи поступак смањења основног капитала.[95] Овакво решење је неодрживо

[88] Вид. ЗПД, чл. 180, ст. 3.
[89] Вид. ЗПД, чл. 180, ст. 4.
[90] ЗПД, чл. 180, ст. 5.
[91] Вид. ЗПД. чл. 180, ст. 7.
[92] ЗПД, чл. 180, ст. 8.
[93] ЗПД,. чл. 180, ст. 9.
[94] ЗПД, чл. 180, ст. 6.
[95] У прилог наведеног говори и упутство Агенције за привредне регистре које се односи на враћање додатних уплата: „Дакле, за разлику од поступка за регистрацију смањења основног (регистрованог) капитала, где постоји и тзв. други корак у случају враћања додатних уплата, које никад нису претворене у основни капитал, регистратор након три месеца не може донети никакво решење о смањењу основног капитала или каквој другој регистрацији

не само са компанијско-правног, већ и са рачуноводственог аспекта будући да се финансијска средства уплаћена по основу додатних уплата не евидентирају на основном капиталу. Највероватније је реч о редакцијској грешки, те да је намера законописца вероватно била да се предвиди сходна примена одредаба о заштити поверилаца које се иначе примењују када се спроводи поступак смањења основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу (у складу са ЗПД, чл. 147а и 319).[96] Примена норми о заштити поверилаца има логике ако се узму у обзир горе анализиране норме према којима се додатне уплате не могу вратити члановима уколико су та финансијска средства неопходна за намирење поверилаца друштва. Њихов повраћај члановима, међутим, није повезан са смањивањем основног капитала друштва, још мање са исплатом добити члановима. Напротив, као што је већ поменуто, враћање додатних уплата није ништа друго до извршење облигационе обавезе друштва према члановима, па не зависи од позитивног пословања друштва. Исто тако враћање додатних уплата је ослобођено и било каквог пореског оптерећења које, иначе, прати исказану и исплаћену добит.[97]

5. ЗАКЉУЧАК

Као што је на самом почетку истакнуто обавеза вршења додатних уплата је обавеза чланова друштва с ограниченом одговорношћу да друштву уплате новчане износе којима се финансира друштво без повећања основног капитала и који им се када се за то стекну законски услови могу вратити. Наше право у вези са уређењем института додатних уплата, садржи неколико недоследности и слабости које би *de lege ferenda* требало отклонити како би примена овог вида финансирања друштава с ограниченом одговорношћу био више прихваћен у домаћој пословној пракси. У оквиру закључка наводимо само неколико најзначајнијих недостатака законског уређења овог института у нашем праву.

Прво, за разлику од поменутих решења у упоредном праву, ЗПД не разликује стварање правног основа тј. успостављање могућности за увођење обавезе додатних уплата од утврђивања и обликовања (фомулисања) конкретне обавезе чланова друштва на додатне уплате. Наиме, према чл. 178, ст. 1 ЗПД: „Оснивачким актом или одлуком скупштине може се утврдити

будући да се додатне уплате иницијално не региструју па никаква измена у регистрованим подацима на основном капиталу или улозима чланова не настаје.“ https://www.apr.gov.rs/registri/privredna-drustva/uputstva/promene-.2031.html (сајт посећен: 11.11.2021. године у 12 часова).

[96] Вид. детаљније о условима и поступку заштите поверилаца друштва ЗПД, чл. 147а. и 319.

[97] С. Шогоров, „Реафирмација додатних (допунских) уплата у праву привредних друштава Републике Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* 2/2012, 16.

обавеза чланова друштва да, поред уплате уписаног основног капитала, изврше додатне уплате друштву сразмерно висини свог удела у друштву.“ Тумачењем ове норме може се извести закључак да према ЗПД није неопходно претходно створити правни основ за успостављање обавезе на додатне уплате, већ је довољно да се већ на основу законом дате могућности конкретна обавеза чланова друштва непосредно утврди оснивачким актом или одлуком скупштине. Правно је логичније да, једнако као и у упоредном праву, обавеза додатне уплате буде прво предвиђена оснивачким актом на општем нивоу, а да потом по својој садржини буде дифинисана појединачним актом друштва – одлуком скупштине.[98]

Друго, у вези са статусно-правним последицама неизвршења обавезе додатних уплата, ЗПД садржи извесне недостатке у вези са горе објашњеним „правом абандона“ тј. правом члана да се ослободи обавезе додатних уплата уколико овласти друштво да прода његов удео. За разлику од упоредног права, у нашем праву тзв. право абандона није условљено чињеницом да ли је обавеза на додатне уплате у оснивачком акту унапред ограничена или неограничена по свом износу. Једини услов за коришћење овог права је да је члан који се жели користити тим правом своје обавезе у вези са уплатом односно уношењем улога у основни капитал у целини измирио. У вези са формом и садржином овлашћења на продају удела члана који није испунио обавезу додатне уплате ЗПД не садржи ближе одредбе. У вези са тим спорно је неколико питања. Прво, у којој форми члан може овластити друштво да прода његов удео? Друго, ко ће се на уговору о преносу (продаји) удела појавити као преносилац (продавац) тог удела, тј. каква је правна природа датог овлашћења? Треће, која се врста продаје може применити у конкретном случају? Ове правне празнине могу створити извесне практичне проблеме приликом реализације тзв. права абандона. Осим тога, према ЗПД, уколико износ остварен продајом удела буде мањи од износа обавезе члан друштва остаје у обавези да друштву доплати разлику.[99] Дакле, он остаје без свог удела, а и даље има обавезу да исплати разлику. У упоредном праву ако цена добијена продајом удела није довољна да се друштво подмири у целини, члан се ослобађа обавезе да исплати разлику недостајућег износа додатне уплате.[100] Такође, решења из нашег ЗПД разликују се и у односу на она из упоредног права где право абандона ради ослобођења од обавезе додатне уплате подразумева потпуно стављање на располагање удела у корист друштва.[101] На основу наведеног проистиче да у нашем праву и није реч о

[98] J. Величковић, 182-183.

[99] Вид. ЗПД, 179, ст. 4.

[100] Вид. GMBHG Ср. Немачке, § 27 (3) и хрватски Zakon o trgovačkim društvima, čl. 391, st. 4.

[101] *Ibid.*

праву абандона у правом смислу те речи. Уопштено абандон подразумева да се неко одриче неког свог права (нпр. права својине). Према нашем ЗПД, члан се не одриче свог удела (чланства у друштву) у корист друштва јер на основу датог овлашћења не долази до стицања сопственог удела, уколико удео не буде продат до истека законом утврђеног рока за продају удела. Уколико удео не буде продат, удео, супоротно решењима из упоредног права[102], неће припасти друштву, већ ће и даље остати у власништву члана, све док се евентуално не спроведе поступак искључења тог члана из друштва. И у том погледу је јасно да наш законописац није разумео суштину института „права абандона". Право абандона је у упоредном праву установљено ради заштите права чланова друштва у оним случајевима када је у оснивачком акту предвиђена обавеза на додатне уплате која није унапред ограничена по свом износу.

Треће, у вези са враћањем додатних уплата, према нашем ЗПД додатне уплате се могу вратити члановима само уколико та финансијска средства нису неопходна за покриће губитака друштва или за намирење поверилаца друштва.[103] Насупрот нашем праву, у упоредном праву се допуштеност враћања додатних уплата везује искључиво за чињеницу да ли је друштво исказало губитак који треба претходно покрити како би се приступило враћању додатних уплата.[104] Изоставља се други услов да су та финансијска средства неопходна за намирење поверилаца. Ово из разлога што тај услов није лако на објективан начин утврдити. Осим тога, повериоци друштва слично као и у нашем праву већ уживају одговарајућу заштиту која им се пружа као и у случају смањења основног капитала (обавештавање поверилаца о враћању додатних уплата, пружање средстава обезбеђења потраживања и сл.), а у случају стечаја друштва позиција поверилаца је заштићена правилом по коме се потраживања по основу додатних уплата намирују тек након пуног намирења стечајних поверилаца друштва са припадајућим каматама.[105] Питање враћања додатних уплата не тиче се само интереса других поверилаца друштва већ и интереса овлашћеника права на повраћај додатних уплата. С обзиром на то да овде није реч о финансијском показатељу који је лако утврдити и који није једнако објективан као „потреба покрића губитка", у

[102] Вид. GMBHG Ср. Немачке, § 27, (3) и хрватски Zakon o trgovačkim društvima, čl. 391, st. 4.

[103] Вид. ЗПД, чл. 180, ст. 1.

[104] У аустријском праву је услов враћања додатних уплата додатно прецизиран изворoм из којег се претходно мора покрити губитак. Друштво може приступити враћању додатних уплата уколико у случају губитка има довољно других књиговодствених извора за покриће губитка (нераспоређене добити или средстава резерви), тако да се основни капитал не мора смањити ради покрића губитка. Вид. GMBHG Аустрије, § 74, (1).

[105] Вид. ЗПД, чл. 180, ст. 9.

пракси се може десити да друштво неосновано одбија захтев за повраћај додатних уплата простом констатацијом да су финансијска средства неопходна за заштиту поверилаца. Стога, према нашем мишљењу није потребно додатно пооштравати услове за враћање додатних уплата и захтевом да та финансијска средства нису неопходна за намирење поверилаца. Надаље, с обзиром на то да је норма ЗПД која се заправо односи на билансне показатеље („губитак", „првенствено поверилаца у намирењу потраживања") прилично уопштена, сматрамо да би на сличан начин као и у случају исплате међудивиденде требало норме о враћању додатних уплата у ЗПД допунити у правцу да је ради враћања додатних уплата члановима друштва, неопходно горе поменуте билансне показатеље претходно утврдити усвајањем ванредног финансијског извештаја који би био сачињен за ту намену.[106]

Коначно, интересантно је да ЗПД за враћање додатних уплата предвиђа сходну примену одредаба ЗПД о смањењу основног капитала. „Враћање додатних уплата врши се сходном применом одредаба овог закона о смањењу основног капитала друштва."[107] Овакво решење је, међутим, најблаже речено неодрживо. Наиме, како се из додатних уплата не формира и не повећава основни капитал, нема логике да се у случају њиховог враћања спроводи поступак смањења основног капитала. Овакво решење је неодрживо не само са компанијско-правног, већ и са рачуноводственог аспекта. Највероватније је реч о редакцијској грешки, те да је намера законописца вероватно била да се предвиди сходна примена одредаба о заштити поверилаца које се иначе примењују када се спроводи поступак смањења основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу (у складу са ЗПД, чл. 147а).[108]

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Арсић З., Марјански В, *Право привредних друштава*, Нови Сад 2018.

Bogdanović O," Dodatne činidbe u društvo s ograničenom odgovornošću", *Pravnik*, 46, 1 (93), 2013, 149-166.

Величковић Ј., „Начин утврђивања и правне последице неизвршења обавезе додатне уплате", Право и привреда – Часопис за привредноправну теорију и праксу, 4-6/2014, 177-196.

Gellis M. (Hrsgb.), *Kommentar zum GMBH-Gesetz*, 4. Auflage, Wien 2000.

[106] Према ЗПД, чл. 273, ст. 1 „друштво може плаћати међудивиденду ако: „извештаји о пословању друштва и његовим финансијским резултатима сачињеним за ту намену јасно показују да је друштво у периоду за који се исплаћује међудивиденда остварило добит и да су расположива новчана средства друштва довољна за плаћање те међудивиденде."

[107] ЗПД, чл. 180, ст. 6.

[108] У вези са заштитом поверилаца у поступку смањења основног капитала видети ЗПД, чл. 147а и 319.

Јовановић Н, Радовић В, Радовић М, *Компанијско право – Право привредних субјеката*, Београд 2020.

Маринковић С, Поповић Ж, „Ликвидност версус солвентност банака: анализа биланса стања банке“, *Економске теме*, 3/2008, 53-69.

Марјански В, „Споредне чинидбе као додатна обавеза члана друштва с ограниченом одговорношћу“, *Зборник радова правног факултета у Новом Саду*, 4/2016, 1281-1293.

Müller W, Hense B. (Hrsgb*), Beck'sches Handbuch der GmbH, Gesellschaftsrecht – Steuerrecht*, München 1995.

Шогоров С, „Обавеза допунских уплата и додатних улога у друштво с ограниченом одговорношћу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2006, 289-300.

Шогоров С, „Правне претпоставке захтева друштва за додатну уплату“, З*борник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2011, 7-16.

Шогоров С, „Реафирмација додатних (допунских) уплата у праву привредних друштава Републике Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* 2/2012, 11-22.

Упутсво Агенције за привредне регистре у вези са враћањем додатних уплата: https://www.apr.gov.rs/registri/privredna-drustva/uputstva/promene-.2031.html (сајт посећен: 11.11.2021. године у 12 часова).

Коришћени прописи:

Закон о привредним друштвима, *„Сл. Гласник РС“, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др.закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018 і 91/2019.*

Правилником о Контном оквиру и садржини рачуна у Контном оквиру за привредна друштва, задруге, друга правна лица и предузетнике („Сл. гласник РС“, бр. 114/2006, 119/2008, 9/2009, 4/2010 и 3/2011)

Закон о друштвима с ограниченом одговорношћу СР. Немачке – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung 20. April 1892, *RGBl. S. 477... Zuletzt geändert durch Art. 15 Abs. 23 G v. 4.5.2021 I 882.*

Закон о друштвима с ограниченом одговорношћу Аустрије – Gesetz vom 6. März 1906, RGBI 58 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, *RGBI 58/1906... BGBl. I Nr. 71/2018.*

Закон о облигационим односима, *„Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ і 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93, „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља и „Сл. гласник РС „, бр. 18/2020.*

Zakon o trgovačkim društvima Republike Hrvatske, *Narodne novine 111/93...40/19.*

Vladimir Ž. Marjanski
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
vmarjanski@pf.uns.ac.rs

Obligation to Make Additional Payments in a Limited Liability Company

Abstract: *The obligation to make additional payments is the obligation of the members of a limited liability company to pay the company the amounts of money that finance the company without increasing the share capital and which can be returned to them when the legal conditions are met. The subject of analysis in this paper are legal solutions related to additional payments in Serbian law and the law of individual countries (the law of Croatia, Austria and Germany). The mentioned comparative legal solutions will be processed especially only in those places where the legal rules in connection with additional payments differ significantly in relation to Serbian law. In particular, the subject of the analysis are the following issues: 1. Establishment of the legal basis and determination and formulation (formulation) of the specific obligation of the members to make additional payments to the company; 2. Consequences of non-fulfillment of the obligation on additional payments and 3. Return of additional payments. Serbian law regarding the regulation of the institute of additional payments contains several inconsistencies and weaknesses that should be de lege ferenda eliminated in order for the application of this type of financing of limited liability companies to be more accepted in domestic business practice.*

Keywords: *limited liability company, member of the company, membership obligations, obligation of additional payment, financing of the company.*

Датум пријема рада: 22.11.2021.
Датум достављања коначне верзије рада: 02.12.2021.
Датум прихватања рада: 23.01.2022.

Оригинални научни рад 347.91/.95(497.16)“18/19“
doi:10.5937/zrpfns55-34733

Маша М. Кулаузов
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs

ГРАЂАНСКИ СУДСКИ ПОСТУПАК У ЦРНОЈ ГОРИ КРАЈЕМ XIX И ПОЧЕТКОМ XX ВЕКА – ОПШТИ ОСВРТ*

Сажетак: *У раду је извршена историјскоправна анализа одредаба о грађанском судском поступку усвојених у Црној Гори крајем XIX и почетком XX века. Процес нормирања парничне процедуре одвијао се споро и постепено, у условима превалентног племенског, народног суђења које је задржало примат још и у другој половини XIX века. Тада се полако појављују први појединачни подзаконски прописи који су регулисали поједине аспекте парничног поступка, да би се у наредним деценијама њихов број значајно умножио. Донети су са циљем концентрације поступка, јачања правне сигурности и процесне дисциплине и детаљно су размотрени у тексту. Ипак, парцијално регулисање грађанскоправних спорова није могло обезбедити униформну примену права на целој државној територији ни пуну правну сигурност у пуном обиму. Стога је 1905. године донет Законик о судском поступку у грађанским парницама чијим је ступањем на снагу заокружен процес унификације грађанског процесног права. Њему је у раду посвећена посебна пажња.*

Кључне речи: *грађански судски поступак, Црна Гора, обичајно право, грађанске парнице, кодификација грађанског судског поступка.*

1. КРАТАК УВИД У СУЂЕЊЕ ПРЕ ДОНОШЕЊА ПИСАНИХ ПРАВНИХ ПРАВИЛА О СУДСКОМ ПОСТУПКУ

Грађански судски поступак је, као основни вид заштите субјективних грађанских права, од изузетног значаја за јачање правне сигурности и несметано

* Рад је изложен на III Међународној научној конференцији „Правна традиција и нови правни изазови“ која је, у организацији Правног факултета Универзитета у Новом Саду, одржана 29. и 30. септембра 2021. године у онлајн формату.

функционисање правног поретка. Ипак, он је у Црној Гори још и у другој половини XIX века био препуштен обичајноправном регулисању. У улози носилаца судске власти налазиле су се племенске судије које су, у одсуству писаних правних правила, судиле по чистој савести и здравом разуму. Бирали су их њихови саплеменици из редова поштених, угледних, старијих људи, врсних познавалаца обичајног права, на годину дана. Уколико би се неко од изабраних судија показао недостојним за вршење судске функције, могао је бити смењен и пре истека мандата. Цео овај процес одвијао се без учешћа државних власти које су морале да поштују народну вољу. Евентуално, уколико би се појавила нека нарочито компликована грађанска парница коју изабране судије нису знале да пресуде, обратили би се државном поглавару или Сенату са молбом да реше спор.

У свим осталим случајевима поступак се од почетка до краја одвијао без икакве државне интервенције с обзиром на то да обичајно право није познавало двостепено суђење, те су тако пресуде племенских судија биле коначне већ у првој инстанци. Процеси би се окончавали у једном дану, а након саслушања парничних странака били су извођени докази, међу којима се у грађанскоправним споровима срећу сведоци и заклетве. Најчешће су биле имовинске казне, изрицане у доста високим износима, али уз могућност да се наплате и у натури уколико странка која је изгубила спор није имала новца да подмири судске трошкове и глобу. Ако је пак повериочево потраживање било обезбеђено ручном залогом у коју је најчешће давано оружје, у том случају би се његова доспела тражбина намиривала из вредности продате заложене ствари. Ненаплатива имовинска казна могла се заменити казном затвора.

Део глобе на коју је парничар који је изгубио спор био осуђен припадала је судијама, као накнада за време утрошено на вршење судске функције.[1] Поменуто решење било је логично и оправдано уколико се узме у обзир да је обичајно право подразумевало лаичко суђење, где су се у улози носилаца судске власти налазиле народне изборне судије изван државног апарата, које је вршење судијског позива одвлачило од домаћих, најчешће земљорадничких послова. Са изградњом судске мреже и професионализацијом судија ова пракса ће, разуме се, бити напуштена, поготово након 1837. године, када је руска царска влада повећала редовну годишњу субвенцију Црној Гори на 80.000 рубаља у асигнацијама и то на десет година,[2] чиме је, између осталог, омогућено и уредно исплаћивање плата судијама.

---

[1] М. Медаковић – О судцима и суду, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе I* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 508-515.

[2] Бранко Павићевић, *Саздање црногорске националне државе 1796-1878*, *Историја Црне Горе*, књига четврта, том први, Историјски институт Црне Горе – Побједа, Подгорица 2004, 214-215.

2. ПОДЗАКОНСКИ ПРОПИСИ О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

Учвршћивање државног поретка и стварање судског система неминовно је водило афирмацији начела вишестепености судства, једном од основних јемстава за доношење правичне и законите судске пресуде. Како би парничне странке могле да се користе правом да улажу правна средства вишим судским инстанцама, Црногорски Сенат је 1874. године издао наредбу свим нижим судским властима да издају парничарима писмени отправак пресуде. Капетан[3] или начелник[4] који би се оглушио о наређење био би кажњаван врло строго; први пут са 5 талира глобе, други пут би му глоба била удвостручена, док би након трећег поновљеног прекршаја био отпуштен из службе.[5] Из наведеног се види да су ова прва писана правила о грађанском судском поступку била усмерена на јачање процесне дисциплине и афирмисање начела законитости. Отприлике у исто време јављају се и писана сведочанства о томе да у судовима почињу да се воде протоколи у које се бележе ток и исход парница.[6]

У поступку пред Сенатом као највишом судском инстанцом примењивала се комбинација начела писмености и усмености. С једне стране, сенатори су се са доказима изведеним у првостепеном судском поступку и донетом одлуком упознавали из списа предмета, али су, с друге стране, усмено саслушавали странке о жалбеним наводима. Тако би жалилац пред судијама усмено образлагао жалбу, док би противна странка, такође усмено, давала свој одговор на правни лек. Странка која би поднела неосновану жалбу била је дужна да противној странци плати путне трошкове.[7] Смисао ове одредбе огледао се у намери црногорског законодавца да спречи злоупотребе процесних овлашћења и неоправдано одуговлачење спора.

---

[3] Капетани су локални органи власти који се налазе на челу територијално-административних јединица капетанија и располажу извршним и судским овлашћењима.

[4] Године 1871. установљено је 9 начелстава, у судској материји хијерархијски надређених капетанским судовима. Ипак, странкама је била остављена могућност да се на пресуде капетана жале непосредно Сенату. Више о томе вид. Mijat Šuković, *Istorija zakonodavstva Crne Gore 1796-1916*, CID, Podgorica 2007, 219.

[5] Наредба о давању писмене исправе парничарима од 3/15. јуна 1874, *Црноїорски законици – правни извори и йолиши́чки акши од значаја за историју државносши Црне Горе I* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 255.

[6] Valtazar Bogišić, *Izabrana djela*, tom II, *Zbornik pravnih običaja u Južnih Slovena* (prir. M. Čizmović), „JU UNIREKS MB" Beograd – „UNIREKS" Podgorica, Beograd – Podgorica 1999, 506.

[7] Наредба о давању писмене исправе парничарима од 3/15. јуна 1874, *Црноїорски законици – правни извори и йолиши́чки акши од значаја за историју државносши Црне Горе I* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 255.

Све до пред крај XIX века нису били опредељени рокови за улагање апелације, те се неретко дешавало да се странка незадовољна исходом спора обрати вишој судској инстанци чак и након пет – шест месеци од окончања првостепеног судског поступка.[8] Тек су 1890. године прописани стриктни рокови за подношење жалби, чија је дужина зависила од тога који је суд изрекао првостепену пресуду. Уколико је у првом степену одлучивао општински (кметски) суд, рок за жалбу је износио месец дана од дана објављивања пресуде. Ако би пак спор пресудили капетански или окружни суд, жалба се могла уложити у року од три месеца од саопштења пресуде парничним странкама. Правно средство против одлуке Великог суда[9] подносило се кнезу одмах након објављивања пресуде, осим када би Господар био одсутан или не би примао молиоце, у ком случају је незадовољној странци био остављен рок од три месеца од Господаровог повратка у земљу или од момента када је почео да прима молиоце да уложи жалбу. Судија је био у обавези да странкама дâ поуку о правном леку, а по истеку законских рокова за жалбу пресуда је постајала правноснажна и више се није могла побијати, изузев у случају када би странка сазнала за нове чињенице и доказе који би, да су били познати у моменту трајања парнице, довели до битно другачије судске одлуке. Позивање на овај разлог за изјављивање жалбе и по истеку преклузивних рокова било је допуштено једино уколико је незадовољна странка била савесна, односно ако за наведене чињенице и доказе није знала до момента окончања првостепеног судског поступка.[10] Поменуту наредбу поновило је и Министарство правде 1893. године.[11]

Како се у пракси убрзо показало да су опредељени рокови били предугачки и да је њихова различита дужина уносила конфузију у правни саобраћај, 1895. године је уследила нова наредба којом је утврђен јединствени рок за улагање жалбе који је износио месец дана од саопштења пресуде. Једино у случају појаве нових чињеница и доказа или постојања неотклоњиве сметње

---

[8] V. Bogišić, *Izabrana djela*, tom III, *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, CID Podgorica – Službeni list SCG Beograd, Podgorica – Beograd 2004, 344.

[9] Судском реформом из 1879. године образован је Велики суд као највиши суд у држави који је од тада пресуђивао спорове у последњој инстанци уместо укинутог Сената. Више о томе вид. Јагош Јовановић, *Стварање црногорске државе и развој црногорске националности – Историја Црне Горе од почетка VIII вијека до 1918 године*, Обод, Цетиње 1947, 336-338.

[10] Наредба Државног савјета о правоснажности судских пресуда и обнови поступка од 15/27. јула 1890, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 249-251.

[11] Наредба Министарства правде о роковима за жалбу у судском поступку од 14/26. децембра 1893, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе III* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 233-235.

услед које незадовољна странка није могла да искористи своје право на жалбу у законском року (попут болести или одсуства), рок се могао продужити.[12]

Доследно инсистирање на поштовању жалбених рокова било је од изузетног значаја јер су само правноснажне судске пресуде могле бити извршене. Да су државне власти итекако биле свесне колико је прецизно нормирање рокова било важно за уношење веће извесности у правни промет, говори и чињеница да је редактор наредби из 1893. и 1895. године био лично министар правде Валтазар Богишић, а да их је одобрио књаз Никола I.[13]

Рокови за апеловање на више судске инстанце су *Законом о грађанској судској надлежности* из 1902. године драстично скраћени и од тада су износили осам дана за пресуде капетанских и 14 дана за пресуде обласних судова. У рок се није рачунао дан у коме је странкама саопштена пресуда.[14] Стриктно се инсистирало на начелу двостепености судства и у том смислу против пресуда обласних судова донетих у другом степену није било дозвољено улагање даљих правних средстава Великом суду (чл. 8-13).[15]

Како су странке незадовољне исходом спора упркос императивним законским одредбама покушавале апеловати на Велики суд против коначних пресуда обласних судова, Министарство правде је прописало обавезу обласних судова да у таквим случајевима издају писмени отправак пресуде странкама. Парничари су били дужни да га прикључе жалби, коју би Велики суд као недозвољену решењем одбацио. Дакле, смисао овог законског наређења огледао се у томе да Велики суд већ из пресуде обласног суда види да је она донета у последњем степену и да се одмах огласи ненадлежним, а не да процењује своју стварну надлежност са законског становишта, што је понекад доводило до погрешних одлука, као и до компликовања судског поступка.[16]

---

[12] Наредба Министарства правде о роковима у којима судске пресуде постају правоснажне од 4/16. августа 1895, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе III* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 251-252.

[13] Петар Ђ. Стојановић, *Настајање савременог права у Црној Гори (1850-1900)*, књига 1, ЦАНУ – Правни факултет у Новом Саду, Титоград 1991, 174-175.

[14] Упутство Министарства правде племенским капетанима о извршењу Закона о грађанској и кривичној судској надлежности од 7/20. фебруара 1903, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 657.

[15] Закон о грађанској судској надлежности у Књажевини Црној Гори од 6/19. децембра 1902, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 614.

[16] Наредба Министарства правде свим обласним судовима о издавању писмених пресуда странкама од 17. фебруара / 2. марта 1904, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 882-883.

Да би се елиминисале процесне злоупотребе било је могуће жалити се кнезу на одуговлачење спорова од стране судова свих нивоа, укључујући и Велики суд (чл. 14).[17] Он је иначе, као врховна судска инстанца, био дужан да се стара о једнообразној примени материјалног и формалног права, као и о томе да се правда изриче по слову и духу закона. О својој надлежности морао је у сваком тренутку водити рачуна по службеној дужности, а уколико би обласни суд оценио да је Велики суд прекорачио границе своје надлежности, имао је право да о томе обавести Министарство правде које је вршило надзор над радом највишег суда.[18]

Са истим циљем концентрације и убрзања поступка издат је распис у ком је наложено свим судским органима да рочишта заказују „чим прије“, којом приликом је прописана и обавезна минимална садржина позива за саслушање. У њему су морали бити наведени датум усмене расправе, имена парничних странака и предмет спора. Доношењем поменуте наредбе ојачана је процесна дисциплина јер су од тада парничари могли да се појаве пред судом само у заказани дан и час, док су судије са своје стране морале да покажу већу ажурност у раду и да рочишта заказују благовремено.[19]

Увидевши, с једне стране, колико је у народу нарасла страст ка парничењу, а с друге стране, до које се мере у другим европским земљама изобичајило да државни поглавар врши судску функцију, почетком 1897. године је знатно ограничена могућност обраћања владару као врховној судској инстанци. До тада се господару обраћало „i za najmanji posao, pa baš da i groš ne vredi.”[20]

Од 1897. године је пресуда, да би била подобна за подношење кнезу на коначно разматрање, морала бити изречена од стране Великог суда у спору који није једнообразно решен у свим инстанцама, уз поштовање једномесечног рока од њеног саопштења парничним странкама. Пресуде донете у брачним споровима који су били у надлежности црквених судова као и у споровима око утврђивања ванбрачног очинства и издржавања ванбрачне деце ни у ком

---

[17] Закон о грађанској судској надлежности у Књажевини Црној Гори од 6/19. децембра 1902, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 614.

[18] Наредба Министарства правде свим обласним судовима о издавању писмених пресуда странкама од 17. фебруара / 2. марта 1904, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 883-884.

[19] Распис Министарства правде председницима свих обласних судова о начину одређивања рочишта парничарима од 10/23. јануара 1903, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 641-642.

[20] V. Bogišić (2004), 344-345.

се случају нису могле подносити кнезу као врховној касационој и судској власти. Рок од месец дана за улагање жалбе кнезу могао се продужити само у случајевима оправдане спречености странке да изјави правно средство у прописаном року или појаве нових чињеница и доказа. Истим актом одређено је и да ће кнез судити само суботом, и то ван времена трајања колективног судског годишњег одмора.[21] Смисао ове наредбе, сигурно врло непопуларне у народу, лежао је у томе да се Господару остави више времена за обављање државничких послова јер је парничарима стојала на располагању разграната мрежа професионалних судова којима су се могли обраћати ради реализовања својих правних интереса.

Будући да се показало да су судије поступале у складу са инквизиционим (истражним) начелом и силом водиле парницу и против воље тужиоца који би од ње најрадије одустао што се коси са самом природом парничног поступка, Министарство правде је нашло за потребно да изда распис свим окружним судовима са прецизним инструкцијама на који начин да поступају уколико би странка желела да повуче тужбу. Најпре је правосудним органима објашњено да је у грађанској парници квантум њихових официјелних овлашћења сведен на минимум јер су странке слободне да, сходно начелу диспозитивности, располажу својим имовинскоправним захтевима и у том смислу одустану од тужбе до првог рочишта и без пристанка туженог. По протеку тог процесног тренутка одустанак је био могућ само уз пристанак туженог, који је имао право и на накнаду парничних трошкова. Свака процесна радња предузета након тужитељевог повлачења тужбе ништава је по сили закона.[22]

Како је у судској пракси опажено да се „страст к парничењу нимало не стишава, нити опада, а напротив, умножава се до грдне злоупотребе“[23] 1903. године је уведена законска обавеза покушаја ванинституционалног решавања спорова за које су били стварно надлежни капетански судови. Тако је тужилац уз иницијални парнични акт био дужан да капетану приложи и

[21] Наредба Министарства правде о случајевима у којима се парнична странка ради жалбе може обратити владару од 14/26. децембра 1896, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе III* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 275-276.

[22] Распис Министарства правде свим окружним судовима о одустајању од тужбе у грађанском судском поступку од 26. октобра / 8. новембра 1901, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 549-551.

[23] Наредба Министарства правде о случајевима у којима се парнична странка ради жалбе може обратити владару од 14/26. децембра 1896, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе III* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 275.

извештај („биљет“) да тужени није дошао на рочиште за мирење или да мирење није успело. Покушај вансудског поравнања био је обавезан само у предметима који су потпадали под ингеренцију капетанских судова надлежних за имовинске спорове мале вредности и ситније грађанске парнице.[24]

Иако је већ наредбом Државног савета из 1890. године нормирана обавеза судија да странку упознају са правом на апелацију, чињеница да такве правне поуке нису биле писмено констатоване отворила је простор за бројне процесне злоупотребе и дерогирање ауторитета правосудних органа. Тако су се парничари често обраћали Великом суду са изјавом да се нису одрекли права на жалбу као што је то неретко било забележено у списима предмета. Будући да су овакве појаве уносиле несигурност у правни промет и охрабривале несавесно понашање парничара, Министарство правде је 1904. године наложило обласним судовима, а преко њих и судовима нижег степена, да сваки пут када изрекну пресуду писмено на записник констатују да ли се странке одричу права на жалбу или је пак изјављују. Акт је морао бити својеручно потписан од стране процесних субјеката. Уколико би странка незадовољна исходом парнице уложила жалбу, у поменутом акту су морали бити наведени жалбени разлози, и он се, уз остале парничне списе, достављао надлежном вишем суду на даље поступање.[25]

Наредбом ресорног министарства снажно је афирмисано начело писмености у жалбеном поступку, што је оправдано и разумљиво ако се узме у обзир да он по правилу има једино контролну функцију. Наиме, виши суд у принципу само оцењује законитост побијаних пресуда на основу достављених парничних списа, док је одржавање усменог рочишта неопходно једино када је, услед неправилно утврђеног чињеничног стања потребно поновити већ изведене доказе. Дакле, одржавање непосредне, усмене и јавне расправе обележје је првостепеног судског поступка и то је поменутом наредбом из 1904. године само још више наглашено.

Крај XIX и почетак XX века био је у Црној Гори доба интензивне нормативне делатности када је донет велики број наредби процесуалног карактера које су, поред већ поменутих, третирале и питања садржине судских списа и њиховог достављања вишим судовима, накнаде парничних трошкова, вођења судских протокола, гласања у судским већима.

[24] Упутство Министарства правде племенским капетанима о извршењу Закона о грађанској и кривичној судској надлежности од 7/20. фебруара 1903, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 655.

[25] Наредба Министарства правде свим обласним судовима о записничком констатовању пристанка или непристанка странака на судске пресуде од 3/16. фебруара 1904, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 880-881.

Ипак, без целовите и свеобухватне процесне кодификације није било могуће обезбедити једнообразну примену права на нивоу целе земље нити гарантовати грађанима остваривање њихових субјективних грађанских права у пуном обиму. Партикуларна правна правила нису била довољна ни да обезбеде доследну примену наређења *Општег имовинског законика* у спорним случајевима као ни обичајноправних правила у материји породичног и наследног права. Како је црногорски законодавац тога у потпуности био свестан, 1/14. новембра 1905. године је донет *Законик о судском поступку у грађанским парницама*, који је ступио на снагу 1. јануара 1906. године. Његовим усвајањем унификована је парнична процедура и унета је већа сигурност у правни промет. Створене су и неопходне претпоставке за подизање нивоа стручних компетенција судијског кадра и унапређење правосуђа у целини.

3. ЗАКОНИК О ГРАЂАНСКОМ СУДСКОМ ПОСТУПКУ

Законик је релативно скроман по обиму и састоји се из 323 члана[26] систематизованих у делове, који се даље деле на главе, а опширније главе на разделе. Иако не нарочито волуминозан, на потпун начин је регулисао парнични поступак, поступак извршења, као и посебне врсте поступака. Први део под називом „Општа наређења“ је најкраћи и садржи 49 чланова посвећених парничној способности, супарничарству, умешачима у парници, законском и вољном заступању постулационо неспособних странака, парничним трошковима, сиромашком праву, изузећу судија, роковима и рочиштима, достављању судских писмена, вођењу судских записника. На појединим местима, где је то било потребно ради ближег одређења неких правних термина, Законик упућује на одговарајуће одребе материјалног права, односно *Општег имовинског законика*.[27] Иако је уобичајено да први део грађанске процесне кодификације нормира стварну и месну надлежност и састав судова, у Црној Гори то није био случај с обзиром на то да је предметну материју регулисао *Закон о грађанској судској надлежности* од 6/19. децембра 1902, који је ступио

[26] Насупрот, рецимо, 523 члана српског кодекса из 1865. године, или чак 717 чланова прве српске процесне кодификације из 1853. године. Вид. Законик о поступку судском у грађанским парницама са свима изменама и допунама, Државна штампарија Краљевине Србије, Крф 1917. и Законик о судејском поступку у парницама грађанским за Књажество Србију, Правитељствена печатња, Београд 1853.

[27] Законик о судском поступку у грађанским парницама за Књажевину Црну Гору од 1/14. новембра 1905, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 1049-1058.

на снагу 1. фебруара 1903. године и наставио да се примењује и по доношењу процесног кодекса.[28]

Други део кодификације је најобимнији, издељен је на пет поглавља и односи се на поступак пред првостепеним судовима (чл. 50-165). Прво поглавље почиње одредбама посвећеним тужби као иницијалном парничном акту, прецизном одређењу минимума њене обавезне садржине, одговору на тужбу и противтужби, да би у наставку уследиле законске норме о усменој расправи, за коју су карактеристична начела диспозитивности, јавности, непосредности, обостраног саслушања странака (*audiatur et altera pars*) и расправно начело.

Глава II која уређује доказни поступак далеко по обиму превазилази остала поглавља унутар другог дела кодекса (чл. 85-143) те је стога, како би текст био што прегледнији, подељена на чак седам раздела, у оквиру којих су детаљно регулисана следећа доказна средства: исправе, сведоци, вештаци, увиђај и заклетве странака. Наведено поглавље завршава се одредбама посвећеним поступку обезбеђења доказа. Судија цени изведене доказе по свом слободном судијском уверењу, невезан неким формалним законским правилима у којима би били прописани количина и квалитет доказа потребних да би се са законског становишта нека чињеница могла сматрати доказаном. Начело слободне судијске оцене доказа модерно је процесно начело присутно у свим напредним кодификацијама формалног права.

У наставку следе одредбе о пресуди којој је, као акту којим се решава о главном и основном питању парничног поступка – тужбеном захтеву, у законском тексту посвећена велика пажња. У том смислу детаљно су нормирани доношење пресуде, њено проглашење, писмени отправак судске одлуке о предмету спора, форма и садржина пресуде, да би се законодавац на крају укратко осврнуо и на случајеве у којима суд одлучује закључком. Други део кодекса завршава се члановима који се односе на судско поравнање и повраћај у пређашње стање (*restitutio in integrum*).[29]

Трећи део Законика уређује материју редовних правних лекова, изузетно значајних за остваривање начела законитости, јер, ма колико пажљиво и детаљно била уређена парнична процедура, могућност грешака у поступку и суђењу не може бити искључена имајући у виду број процесних субјеката

---

[28] Вид. Закон о грађанској судској надлежности у Књажевини Црној Гори од 6/19. децембра 1902, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 612-617

[29] Законик о судском поступку у грађанским парницама за Књажевину Црну Гору од 1/14. новембра 1905, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 1058-1079.

и сложеност парничних радњи. Стога је и у индивидуалном и у општем интересу да се незаконите судске одлуке преиначе или укину пре него што наступи њихова правноснажност и све последице које се за њу везују. С друге стране, могућност инстанционе контроле одлука нижих судова подиже квалитет њиховог рада и у том смислу поступак по редовним правним лековима има превентивну функцију. Свега наведеног био је свестан и црногорски законописац, те су тако правна средства против неправноснажних судских одлука регулисана у чак 25 чланова трећег дела кодекса. За њих аутор зборника процесног права користи заједнички назив *апелације*, које потом дели на *незадовољство* против судске пресуде и *жалбу* против судског закључка (чл. 166-190). У погледу рокова за њихово улагање примењивале су се одговарајуће одредбе *Закона о грађанској судској надлежности* из 1902. године.

Интересантна је и норма члана 190 којом је, у циљу сузбијања злоупотреба процесних овлашћења и јачања процесне дисциплине, санкционисано подношење „обијесних апелација и жалби“ глобом у распону од 10 до 300 круна или, у случају немогућности њене наплате, новчаном казном до три месеца затвора.[30] Кажњавање несавесног улагања правних лекова оригинална је творевина црногорског законодавца и очигледна последица прекомерно нарасле страсти ка парничењу у народу.

По наступању правноснажности пресуде могућности њеног побијања се значајно сужавају. Тако је кодификација у свом четвртом делу предвиђала само један ванредни правни лек – *обнову поступка*, која се могла тражити уколико би странка сазнала за важне доказе захваљујући којима би пресуда могла бити преиначена, а за које није могла знати, нити је имала могућност да их употреби до окончања поступка пред првостепеним судом. Субјективни рок за изјављивање правног средства износио је 30 дана од сазнања за нове и важне доказе, док је објективни рок износио десет година од наступања правноснажности побијане пресуде (чл. 191-194).[31]

Пети део кодекса посвећен поступцима обезбеђења и извршења прилично је волуминозан с обзиром на то да се састоји из 103 члана систематизована у четири поглавља (чл. 195-297). Законодавац је водио рачуна и о ситуацији када би постојала основана бојазан да би реализација повериочевог потраживања могла бити осујећена и у том смислу предвидео следећа средства обезбеђења: 1) *притвор дужника* – одређује се као крајња мера када се ни на који други начин не може заштитити повериочев имовинскоправни захтев а уз то постоји опасност од дужниковог бекства; 2) *забрана* – подразу-

[30] *Ibid*., 1079-1082.
[31] *Ibid*., 1083.

мева забрану дужнику да отуђи или заложи ствар коју поверилац потражује или намерава да изнесе на јавну продају и 3) *заустава* – огледа се у забрани дужниковом дужнику да му исплати потраживање или преда ствар коју овај тражи ако би то могло угрозити намирење повериочеве тражбине (чл. 198-209).[32]

Извршни поступак је у Законику врло детаљно регулисан у оквиру главе IV подељене на два раздела, од којих први садржи општа правила о поступку извршења (чл. 218-236), док други обухвата одредбе о различитим врстама извршног поступка у зависности од тога да ли се извршење спроводи ради намирења новчаног или неновчаног потраживања повериоца и шта је предмет извршења (чл. 237-297). Други раздео почиње одредбама о намирењу новчаног потраживања када је предмет извршења новчано потраживање дужника или плата државних чиновника, при чему се у овом другом случају извршење могло спровести само на оном износу који прелази 700 круна годишње. Када би се потраживање намиривало спровођењем извршења на новчаном потраживању дужника, његовом дужнику би се забранило да му исплати потраживање, а њему да потраживање наплати и да са њим располаже. Поверилац би забраном стекао својеврсно заложно право на дужниковом потраживању (чл. 237-240).

У даљем тексту следе одредбе о извршењу на покретним стварима и непокретностима дужника ради намирења новчаног потраживања, које почиње пописом и проценом, а окончава се јавном продајом дужникове имовине. Најпосле, део о извршном поступку завршава се одредбама о извршењу ради предаје покретне ствари, уступања непокретности и испуњења обавезе на нечињење или трпљење. Уколико дужник не би испунио своју обавезу, било да се она састојала у чињењу, нечињењу или трпљењу, био би кажњен новчано, глобом до 1000 круна, или казном затвора у трајању до шест месеци. Када би се обавеза састојала у предузимању неке радње, било је могуће овластити и треће лице да је изврши на трошак дужника (чл. 241-297).[33]

Шести, и уједно последњи део кодекса (чл. 298-323) регулише посебне парничне поступке прилагођене специфичној природи одређених спорова. Зато се на њих примењују посебна правила као *lex specialis* у односу на опште одредбе грађанског процесног права које имају супсидијарну примену. Црногорски законодавац је нормирао три врсте посебних поступака: поступак у парницама због сметања државине, поступак у парницама о најму или закупу непокретности и поступак пред избраним судовима.[34]

---

[32] *Ibid*., 1084-1086.
[33] *Ibid*., 1091-1102.
[34] *Ibid*., 1102-1106.

4. ЗАКЉУЧАК

Губитак државноправне самосталности и улазак Црне Горе у заједничку југословенску државу определили су судбину грађанскопроцесне кодификације. Доношењем *Законика о судском поступку у грађанским стварима* 13. јула 1929. године[35] престао је да важи црногорски кодекс, чији је кратки век трајања био последица само државноправних промена, никако не ниског нивоа законског нормирања материје грађанског процесног права. Штавише, у питању је био модерни процесуални законик, заснован на свим савременим постулатима парничног поступка, у првом реду начелима јавности, усмености, непосредности, контрадикторности, диспозитивности, слободне судијске оцене доказа. Комплементаран са одговарајућим одредбама материјалног права на које када је то целисходно и упућује, писан јасним и разумљивим језиком и стилом, садржински добро конципиран, адекватно структуриран, кодекс је омогућио не само бржи развој судства од којег у доброј мери зависи стабилност правног поретка, већ и правне мисли. Његовим ступањем на снагу заокружен је рад на подизању опште правничке културе правосудних органа у Црној Гори, започет доношењем низа појединачних подзаконских аката процесуалне природе крајем XIX и почетком XX века.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Bogišić Valtazar, *Izabrana djela*, tom II, *Zbornik pravnih običaja u Južnih Slovena* (prir. M. Čizmović), „JU UNIREKS MB" Beograd – „UNIREKS" Podgorica, Beograd – Podgorica 1999.

Bogišić Valtazar, *Izabrana djela*, tom III, *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, CID Podgorica – Službeni list SCG Beograd, Podgorica – Beograd 2004.

Јовановић Јагош, *Стварање црногорске државе и развој црногорске националности – Историја Црне Горе од почетка VIII вијека до 1918 године*, Обод, Цетиње 1947.

Медаковић Милорад, „О судцима и суду", *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе I* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 508-515.

Павићевић Бранко, *Саздање црногорске националне државе 1796-1878*, *Историја Црне Горе*, књига четврта, том први, Историјски институт Црне Горе – Побједа, Подгорица 2004.

Стојановић Петар Ђ., *Настајање савременог права у Црној Гори (1850-1900)*, књига 1, ЦАНУ – Правни факултет у Новом Саду, Титоград 1991.

[35] Ferdo Čulinović, *Državnopravna historija jugoslavenskih zemalja XIX I XX vijeka II*, Školska knjiga, Zagreb 1959, 329.

Čulinović Ferdo, *Državnopravna historija jugoslavenskih zemalja XIX I XX vijeka II*, Školska knjiga, Zagreb 1959.

Šuković Mijat, *Istorija zakonodavstva Crne Gore 1796-1916*, CID, Podgorica 2007.

Закон о грађанској судској надлежности у Књажевини Црној Гори од 6/19. децембра 1902, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 612-617.

Законик о судејском поступку у парницама грађанским за Књажество Србију, Правитељствена печатња, Београд 1853.

Законик о судском поступку у грађанским парницама за Књажевину Црну Гору од 1/14. новембра 1905, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 1047-1107.

Законик о поступку судском у грађанским парницама са свима изменама и допунама, Државна штампарија Краљевине Србије, Крф 1917.

Наредба о давању писмене исправе парничарима од 3/15. јуна 1874, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе I* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 255.

Наредба Државног савјета о правоснажности судских пресуда и обнови поступка од 15/27. јула 1890, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 249-251.

Наредба Министарства правде о роковима за жалбу у судском поступку од 14/26. децембра 1893, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе III* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 233-235.

Наредба Министарства правде о роковима у којима судске пресуде постају правоснажне од 4/16. августа 1895, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе III* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 251-252.

Наредба Министарства правде о случајевима у којима се парнична странка ради жалбе може обратити владару од 14/26. децембра 1896, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе III* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 275-276.

Наредба Министарства правде свим обласним судовима о записничком констатовању пристанка или непристанка странака на судске пресуде од 3/16. фебруара 1904, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 880-881.

Наредба Министарства правде свим обласним судовима о издавању писмених пресуда странкама од 17. фебруара / 2. марта 1904, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 882-884.

Распис Министарства правде свим окружним судовима о одустајању од тужбе у грађанском судском поступку од 26. октобра / 8. новембра 1901, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 549-551.

Распис Министарства правде предсједницима свих обласних судова о начину одређивања рочишта парничарима од 10/23. јануара 1903, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 641-642.

Упутство Министарства правде племенским капетанима о извршењу Закона о грађанској и кривичној судској надлежности од 7/20. фебруара 1903, *Црногорски законици – правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић и Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 655-659.

Maša M. Kulauzov
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs

Civil Procedure in Montenegro at the End of the 19th and the Beginning of the 20th Century – General Outline

Abstract: *The article sheds light on regulations regarding civil procedure issued in Montenegro at the end of the 19th and the beginning of the 20th century. They deal with various subjects, above all with jurisdiction of civil courts, with deadlines for filing an appeal and with the issue of the finality of judgments as these are the most important questions in civil lawsuits, and, as such, above-mentioned rules were carefully scrutinized in the paper. These first written procedural rules adopted by the Ministry of Justice, the State Council and the Grand Court were very important considering the fact that they introduced modern principles in civil litigations, such as the principles of orality, immediacy, publicity, contradiction, material truth and free judicial evaluation of evidence. However, without the unification of procedural law a speedy and efficient trial and adequate protection of the subjective rights of parties to the proceedings could not be ensured. Only a proper Code of civil procedure could entirely meet these requirements. Montenegrin lawmakers had been fully aware of this fact and so in November 1905 the Code on Judicial Proceedings in Civil Lawsuits for the Principality of Montenegro was enacted. When the aforementioned Code entered into force, the codification endeavor in the field of civil procedural law was completed. Its content, structure and general features were meticulously analyzed in the study.*

Keywords: *civil proceedings, Montenegro, customary law, civil lawsuits, codification of civil procedure.*

Датум пријема рада: 02.11.2021.
Датум прихватања рада: 23.01.2022.

Оригинални научни рад 347.776:339.13.012.434]:061.1EU
doi:10.5937/zrpfns55-35087

Сандра С. Фишер Шобот
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs

ЗЛОУПОТРЕБА ДОМИНАНТНОГ ПОЛОЖАЈА СТИСКАЊЕМ МАРЖЕ У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*

Сажетак: *Стискање марже настаје када вертикално интегрисани учесник, који је доминантан на узводном тржишту, наплаћује цену за производ на узводном тржишту, која у поређењу са ценом коју наплаћује на низводном тржишту, не омогућава чак ни једнако ефикасном конкуренту да послује профитабилно на низводном тржишту на трајној основи.*

Предмет анализе у раду јесте злоупотреба доминантног положаја путем стискања марже у праву конкуренције Европске уније. У раду ће бити приказани и анализирани извори права конкуренције Европске уније, пракса Суда правде Европске уније и Европске комисије, као и доктринарна схватања, са циљем давања одговора на питање да ли стискање марже представља самосталну врсту злоупотребе доминантног положаја, те који су услови релевантни за правну анализу стискања марже.

Кључне речи*: Злоупотреба доминантног положаја на тржишту, ексклузиона злоупотреба, стискање марже, одбијање пословања.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Стискање марже[1] (енгл. *margin squeeze*) јесте врста злоупотребе доминантног положаја карактеристична за вертикално интегрисане доминантне

---

* Рад је настао као резултат истраживања у 2021. години у оквиру пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

[1] За означавање ове врсте злоупотребе доминантног положаја користи се различита терминологија у српском језику, док је у енглеском језику општерпихваћен термин *margin squeeze*. У домаћој литератури се среће термини „маказе цена“ и „истискивање маргине“. Вид. Бојан Ристић, Душан В. Поповић, Борис Беговић, *Глосаријум права конкуренције*,

учеснике на тржишту, који предузимају одређене радње са циљем фаворизовања свог пословања на низводном тржишту.[2] Другим речима, вертикално интегрисани учесник, који је доминантан на узлазном тржишту, користећи своју тржишну моћ онемогућава конкуренцију на силазном тржишту.

Стискање марже представља комбинацију политике цена и услуга које се пружају на одређеном тржишту. У питању је ексклузиона злоупотреба доминантног положаја,[3] која се реализује на тржишту различитом од оног на ком је учесник који врши злоупотребу доминантан и има за циљ истискивање конкурената на низводном тржишту.

Доминантни учесник на узводном тржишту нуди одређени производ или услугу која представља инпут на низводном тржишту на којем је такође присутан. Учесници на низводном тржишту су зависни од њега, јер немају могућност да исти производ или услугу набаве од неког другог или конкретни инпут могу да набаве под значајно неповољнијим условима. Доминантни учесник на низводном тржишту производе продаје по таквим ценама да је разлика у цени између инпута на узводном и низводном тржишту негативна или толико ниска да није могуће да се конкуренти надмећу са доминантним учесником на тржишту. Разлика је негативна уколико се инпут на узводном тржишту (нпр. тржиште велепродаје) продаје по већој цени од цене по којој се продаје на низводном тржишту (нпр. тржиште малопродаје).[4] У случају мале, али позитивне разлике између маржи процењује се у сваком конкретном случају да ли је извршено стискање марже.[5]

Код стискања марже доминантни учесник на тржишту, који је вертикално интегрисан, покушава да искључи стварне или потенцијалне конкуренте који послују низводно, тако што користи своју контролу над ценом инпута да „стисне“ профитну маржу низводних конкурената, које он такође снабдева инпутом.[6]

Београд 2021, 88. У хрватском праву конкуренције ова врста злоупотребе означава се као „цјеновно истискивање“ или „гранично истискивање“. Вид. Vlatka Butorac Malnar, Jasminka Pecotić Kaufman, Siniša Petrović, *Pravo tržišnog natjecanja*, Zagreb 2013, 269. У раду ће бити коришћен појам „стискање марже“, што представља превод енглеског израза *margin squeeze*. Аутор се определио за наведену терминологију јер иста најбоље осликава природу злоупотребе и јер је користи Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије. Вид. нпр. Обавештење Комисије за заштиту конкуренције број: 5/0-02-50/2014-33 од 4. 9. 2014.

[2] Ariel Ezrachi, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leading Cases,* 4th edition, Oxford 2014, 186.

[3] О појму ексклузионе повреде вид. Сандра Фишер Шобот, „Предаторске цене као облик ексклузионе злоупотребе доминантног положаја у пракси судова Европске уније“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2018, 1061-1062.

[4] Вид. пресуду у предмету C 52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83, пара. 73.

[5] Вид. пресуду у предмету C 52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige*, пара. 74.

[6] Упор. Robert O'Donoghue, Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2nd edition, Oxford-Portland 2013, 364.

Наведено поступање има за последицу вертикално затварање тржишта (енгл. *vertical foreclosure*),[7] односно неки или чак сви конкуренти бивају истиснути са низводног тржишта или остају маргинализовани због свог значајно слабијег конкурентског положаја.[8]

Циљ рада је да на основу анализе извора права конкуренције Европске уније, праксе Суда правде Европске уније (даље: Суд правде ЕУ), Европске комисије (даље: ЕК) и ставова изражених у доктрини, одговори на питање да ли стискање марже представља самосталну и посебну врсту злоупотребе доминантног положаја, као и да идентификује претпоставке које су релевантне за правну анализу ове злоупотребе доминантног положаја.

2. СТИСКАЊЕ МАРЖЕ У ПРАКСИ ЕВРОПСКЕ КОМИСИЈЕ

Злоупотреба доминантног положаја стискањем марже је све до почетка 2000. године у пракси ЕК била предмет разматрања у свега неколико случајева, од чега је у једном од њих третирана као одбијање пословања.[9] Осим тога, из оскудне праксе није се могло закључити који услови треба да буду испуњени да би се сматрало да је злоупотребљен доминантни положај.

Појам ценовног истискивања први пут је дефинисан у предмету *Napier brown/British Sugar*,[10] иако се у одлуци не користи данас уобичајен назив стискање марже или ценовно истискивање, него ценовна политика (енгл. *pricing policy*). У овом предмету учесник на тржишту British Sugar, највећи произвођач и продавац шећера у Уједињеном Краљевству, је на вештачки начин одржавао нереално ниску маржу између својих цена индустријског шећера и цена шећера у малопродаји са циљем да истисне са тржишта NB, највећег трговца шећером у Уједињеном Краљевству.[11] Одлука у овом предмету је значајна и јер први пут постојање повреде утврђено према стандарду једнако ефикасног конкурента (енгл. *equally efficient competitor*).[12] ЕК је у одлуци истакла да би сваки једнако ефикасан конкурент као British Sugar у случају одржавања тако ниске марже у дужем периоду био присиљен да напусти тржиште малопродаје шећера у Уједињеном Краљевству.[13] Према

[7] Упор. пара. 72 *Расправне књиге Генералног директората за конкуренцију о примени члана 82 Уговора на ексклузионе злоупотребе* (*DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*; даље у фуснотама: Расправна књига), Brussels 2005, доступно на *http://ec.europa.eu/ competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf.*

[8] Вид. више R. O'Donoghue, J. Padilla, 366.

[9] Вид. одлуку Европске комисије у предмету 76/185/ECSC *National Coal Board*, *National Smokeless Fuels and the National Carbonising*, OJ1976 L35/6.

[10] Одлука Европске комисије у предмету *Napier brown/British Sugar*, OJ [1988] L 284/41.

[11] Вид. Одлуку Европске комисије у предмету *Napier brown/British Sugar*, пара. 24.

[12] Одлука Европске комисије у предмету *Napier brown/British Sugar*, пара. 66.

[13] Одлука Европске комисије у предмету *Napier brown/British Sugar*, пара. 66.

томе, ЕК није постојање стискања марже утврђивала према стварним или потенцијалним конкурентима, који могу бити и мање економски ефикасни од доминантног учесника на тржишту, него према стандарду једнако ефикасног конкурента.

Европска комисија је 2005. године усвојила *Расправну књигу Генералног директората за конкуренцију о примени члана 82 уговора на ексклузионе злоупотребе*[14] (даље: *Расправна књига*), која у параграфу 72 стискање марже одређује као врсту злоупотребе доминантног положаја одбијањем пословања.

2009. године ЕК је донела *Смернице о приоритетима у спровођењу Комисије у примени члана 82 Уговора о ЕЗ на поступке доминантних учесника на тржишту који представљају ексклузиону злоупотребу доминантног положаја*[15] (даље: *Смернице*), у којима су параграфи 75-90 посвећени одбијању пословања и стискању марже. Стискање марже постоји када доминантни учесник на тржишту одреди цену за производ на узлазном тржишту која је, у поређењу са ценом коју одређује на силазном тржишту, поступање које чак ни једнако ефикасном конкуренту не дозвољава профитабилну трговину на силазном тржишту на трајној основи.[16]

У Смерницама се наводи да *уместо* одбијања снабдевања доминантни учесник на тржишту може извршити тзв. стискање марже,[17] што значи да се приликом утврђивања постојања стискања марже користе исти критеријуми као и код одбијања пословања. Услови који морају бити кумулативно испуњени да би постојало одбијање пословања су: да се одбијање пословања односи на производ или услугу која је објективно неопходна за стварну конкуренцију на низводном тржишту, да је вероватно да ће одбијање пословања за последицу имати укидање конкуренције на низводном тржишту и да ће одбијање пословања вероватно имати за последицу наношење штете потрошачима.[18]

Изузетно, ЕК не мора узети у обзир напред наведене услове у следећим случајевима. Први, када доминантни учесник на тржишту већ има законску обавезу снабдевања. У таквим ситуацијама полази се од претпоставке да је надлежно тело пре доношења регулативе, којом је предвиђена законска обавеза снабдевања, размотрило неопходну равнотежу подстицајних мера. Такође,

[14] Расправна књига Генералног директората за конкуренцију о примени члана 82 уговора на ексклузионе злоупотребе (*DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*; даље у фуснотама: Расправна књига), Brussels 2005 доступно на *https://ec.europa.eu/competition/ antitrust/others/discpaper2005.pdf.*

[15] Смернице о приоритетима у спровођењу Комисије у примени члана 82 Уговора о ЕЗ на поступке доминантних учесника на тржишту који представљају ексклузиону злоупотребу доминантног положаја (*Commission's Notice – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*; даље у фуснотама: Смернице), Official Journal of the European Union C 45, 24. 2. 2009, 7-20.

[16] Вид. пара. 80 Смерница.

[17] Вид. пара. 80 Смерница (нагласак додао аутор).

[18] Пара. 81 Смерница.

исто може бити случај када је доминантни учесник на тржишту тај свој положај на узводном тржишту развио под заштитом посебних или искључивих права или је финансиран из државних извора. У наведеним специфичним ситуацијама ЕК ће доказивати вероватноћу истискивања конкурената на тржишту с противконкурентским дејством.[19]

Тест који ЕК примењује за утврђивање постојања свих ексклузионих злоупотреба јесте тест једнако ефикасног конкурента (енгл. *as-efficient competitor test*). У Смерницама је предвиђено да ће у циљу спречавања истискивања конкурената са тржишта ЕК интервенисати, по правилу, када је конкретно поступање већ спречило конкуренцију или може да је спречи, искључујући конкуренте за које се сматра да су једнако ефикасни као и доминантни учесник на тржишту.[20] Уколико ЕК применом теста једнако ефикасног конкурента установи да постоји ексклузиони ефекат, она ће га уврстити у општу оцену конкретног поступања.[21]

Мерило у предметима у којима испитује постојање стискања марже на које ће се ЕК, по правилу, ослонити да би применила тест једнако ефикасног конкурента и да би утврдила његове трошкове јесу дугорочни просечни инкрементални трошкови (енгл. *long-run average incremental cost – LRAIC*) у оном сектору повезаног доминантног учесника на тржишту који послује на силазном тржишту.[22] Дугорочни просечни инкрементални трошкови јесу просечни укупни фиксни и варијабилни трошкови производње одређеног производа.[23] Када доминантни учесник на тржишту не покрива своје дугорочне просечне инкременталне трошкове то је показатељ да исти не покрива све фиксне трошкове који се зарачунавају у производњи предметних производа или пружању услуга те да би једнако ефикасан конкурент могао бити истиснут с тржишта.[24] Дакле, ако доминантни учесник на тржишту не може да надокнади дугорочне просечне инкременталне трошкове то указује да послује са губицима.

3. СТИСКАЊЕ МАРЖЕ У ПРАКСИ СУДА ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

У праву конкуренције ЕУ и судској пракси појам стискања марже је добио посебно значење са либерализацијом телекомуникационих услуга.[25]

[19] Вид. пара. 82 Смерница.
[20] Вид. пара. 23 Смерница.
[21] Вид. пара. 27 Смерница.
[22] Вид. пара. 80 Смерница.
[23] V. Butorac Malnar, J. Pecotić Kaufman, S. Petrović, 250.
[24] Вид. пара. 26 Смерница.
[25] Вид. Ernst-Joachim Mestmäcker, Heike Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht,* 3. Auflage, C. H. Beck, München 2014, 478.

За анализу постојања ове врсте злоупотребе доминантног положаја од нарочитог значаја су три новије судске одлуке које се односе на трговину на регулисаним тржиштима у области телекомуникација – *Deutsche Telekom*,[26] *TeliaSonera*[27] и *Telefonica*.[28] *У сва три предмета у питању су били учесници на тржишту, који су пре либерализације имали монополски положај на релевантном тржишту. Основни критеријуми за постојање злоупотребе стискањем марже утврђени су у предмету Deutsche Telekom AG*, а потом су потврђени и даље развијани у предметима *TeliaSonera* и *Telefonica*.

3.1. Предмет *Deutsche Telekom*

Европска комисија је 2003. године казнила са 12.6 милиона евра Deutsche Telekom (даље: DT) због примене политике ценовног истискивања у дужем периоду са циљем истискивања конкурената са тржишта приступа локалној мрежи.[29]

DT је имао монополски положај у пружању услуга фиксне телефоније. После потпуне либерализације овог сектора, DT је имао обавезу да омогући приступ телекомуникационој мрежи новим конкурентима. Сви учесници на тржишту који су желели да пружају услуге фиксне телефоније морали су да плате DT накнаду за приступ и коришћење његове мреже, прецизније за приступ тзв. локалној петљи (енгл. *local loop access*). DT је наплаћивао већу накнаду за приступ локалној петљи конкурентима у односу на накнаде које је наплаћивао својим (крајњим) корисницима на тржишту малопродаје. На тај начин је приступ мрежи за нове провајдере учињен знатно скупљим, па су они последично својим корисницима наплаћивали веће цене телефонског прикључка. Нови учесници на тржишту нису могли да буду конкурентни DT, што је за последицу имало њихово напуштање тржишта.

DT је поднео Општем суду[30] тужбу за поништај одлуке ЕК.[31] Општи суд је у својој пресуди подржао одлуку ЕК. Коначно, на наведену пресуду DT је поднео жалбу Суду правде.

Пресуда Суда правде је изузетно значајна јер је донела појашњење бројних питања у вези са овом врстом злоупотребе доминантног положаја. Прво, потврђено је да правила ЕУ о заштити конкуренције могу да се примене и на конкуренцију на регулисаном тржишту. У том смислу Суд правде је

---

[26] Пресуда у предмету C 280/08P *Deutsche Telekom v Commission*, ECLI:EU:C:2010:603.

[27] Пресуда у предмету C 52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83.

[28] Пресуда у предмету C 295/12P *Telefónica and Telefónica de España v Commission*, ECLI:EU:C:2014:2062.

[29] Чл. 1 Одлуке Европске комисије у предметима COMP/C-1/37.451, 37.578 и 37.579 *Deutsche Telekom* OJ 2003 L263/9.

[30] Данас је то Општи суд (*General Court*), а раније је био Суд прве инстанце (*Court of First Instance*). У раду ће бити коришћен назив Општи суд.

[31] T 271/03 *Deutsche Telekom v Commission*, ECLI:EU:T:2008:101.

утврдио да и на регулисаном тржишту важе правила којима се штити конкуренција уколико учесници на тржишту могу аутономно да одлучују.[32] Друго, Суд је утврдио да је злоупотреба постојала јер је разлика између две цене на узводном и низводном тржишту била нефер, те да није потребно утврдити да је цена на сваком појединачном тржишту превисока или прениска. Стискање марже се утврђује на основу односа између цене коју доминантни учесник наплаћује на тржишту велепродаје и малопродаје.[33] Треће, Суд правде је при оцени поступања DT применио стандард једнако ефикасног конкурента, те анализирао да ли ценовна пракса доминантног учесника на тржишту може да удаљи једнако ефикасног оператера са тржишта, ослањајући се искључиво на трошкове и накнаде доминантног учесника на тржишту, уместо на специфичну ситуацију његових стварних или потенцијалних конкурената.[34] Другим речима, Суд је испитивао да ли би DT пословао са губитком да је и сам морао да плаћа накнаду за приступ локалној петљи. У пресуди се наводи да стискање марже које је настало као резултат разлике између велепродајних цена за услуге приступа локалној петљи и малопродајних цена за услуге крајњим корисницима, у принципу, омета раст конкуренције на малопродајним тржиштима у пружању услуга крајњим корисницима, с обзиром на то да конкурент који је ефикасан колико и подносилац жалбе не може да настави своје пословање на тржишту малопродаје за услуге приступа крајњим корисницима без да трпи губитке.[35] Четврто, уколико се утврди постојање стискања марже једнако ефикасног кокурента потребно је да такво поступање има и антиконкурентски ефекат. Суд је навео да у одсуству било каквог ефекта на конкурентску ситуацију конкурената, ценовна пракса не може да се сматра ексклузионом ако уопште не отежава улазак на тржиште.[36] И последње, у овом предмету није постављено питање да ли је за постојање стискања марже потребно да постоји доказ незаменљивости инпута. Наиме, ово није било предмет разматрања јер је у конкретном случају DT имао обавезу да новим конкурентима омогући приступ телекомуникационој мрежи, јер је приступ инфраструктури био неопходан услов за пружање телекомуникационих услуга.[37]

---

[32] Пресуда у предмету C 280/08P *Deutsche Telekom v Commission*, пара. 80-82. Вид. такође пресуду у предмету C 52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige*, пара. 50 и предмету T 398/07 *Kingdom of Spain v Commission*, ECLI:EU:T:2012:173, пара. 50.

[33] Вид. пресуду у предмету C 280/08 P *Deutsche Telekom v Commission*, пара. 167-168. У теорији вид. Niamh Dunne, „Margin squeeze: theory, practice, policy: Part 1“, *European Competition Law Review*, 2012, 33(1), 34 (даље у фуснотама: N. Dunne (2012a)); V. Butorac Malnar, J. Pecotić Kaufman, S. Petrović, 270, 271.

[34] Пресуда у предмету C 280/08 P *Deutsche Telekom v Commission*, пара. 196.

[35] Пресуда у предмету C 280/08 P *Deutsche Telekom v Commission*, пара. 255.

[36] Пресуда у предмету C 280/08 P *Deutsche Telekom v Commission*, пара. 254.

[37] Упор. Pablo Ibanez Colomo, *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge, 2018, 208.

3.2. Предмет *TeliaSonera*

У другом предмету *TeliaSonera*, национални суд Шведске се обратио Суду правде за прелиминарно мишљење у вези са тумачењем чл. 102 Уговора о функционисању Европске уније[38] (даље: УФЕУ) у вези са критеријумима на основу којих ценовна пракса која узрокује стискање марже треба да се сматра злоупотребом доминантног положаја. TeliaSonera је вертикално интегрисани учесник на тржишту, који је раније имао монополски положај у пружању телекомуникационих услуга и који је задржао власништво над тзв. локалном петљом. TeliaSonera је, с једне стране, давао приступ локалној петљи оператерима, који су даље пружали услуге крајњим корисницима, а с друге стране је и сам пружао услуге крајњим корисницима. За разлику од DT, TeliaSonera није имао законску обавезу да оператерима омогући приступ мрежи будући да су оператери могли да користе и друге технологије да би крајњим корисницима пружили услуге.

У пресуди Суда правде потврђени су ставови изнети у предмету *Deutsche Telekom*. Она је значајна јер су у њој дата и додатна појашњења у вези са овом врстом злоупотребе доминантног положаја. Прво, Суд је изричито навео да стискање марже представља злоупотребу доминантног положаја у смислу чл. 102 УФЕУ,[39] која је различита од одбијања пословања.

Друго, Суд је потврдио да се при оцени постојања стискања марже примењује објективни критеријум једнако ефикасног конкурента.[40]

Треће, поступање представља злоупотребу само ако има противконкурентски ефекат на тржишту, али тај ефекат не мора нужно да буде конкретан, него је довољно да се покаже да постоји противконкурентски ефекат који би потенцијално могао да искључи конкуренте који су барем једнако ефикасни као доминантни учесник на тржишту.[41] Према томе, ако доминантни учесник на тржишту стварно примени ценовну праксу која за последицу има стискање марже код једнако ефикасних конкурената, са циљем њиховог истискивања са релевантног тржишта, чињеница да жељени резултат који се огледа у искључењу тих конкурената, није остварен не утиче на категоризацију таквог поступања као злоупотребе у смислу чл. 102 УФЕУ.[42]

И последње, Суд правде је разматрао однос између производа на тржишту велепродаје и производа на тржишту малопродаје, те изнео став да

---

[38] Уговор о функционисању Европске уније (*Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union*; даље у фуснотама: УФЕУ), Official Journal, C 326, 26. 10. 2012, 47–390.

[39] Пресуда у предмету C 52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige*, пара. 54.

[40] Пресуда у предмету C 52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige*, пара. 61.

[41] Пресуда у предмету C 52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige*, пара. 64.

[42] Пресуда у предмету C 52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige*, пара. 65; упор. C 295/12P *Telefónica and Telefónica de España v Commission*, ECLI:EU:C:2014:2062, пара. 124.

стискање марже може постојати и у случајевима када инпут којим доминантни учесник на тржишту снабдева остале учеснике на тржишту није незаменљив (енгл. *indispensable*). Дакле, чак и када производ на тржишту велепродаје није незаменљив, пракса може имати противконкурентске ефекте на односним тржиштима.[43] Према томе, незаменљивост инпута није нужан услов за постојање стискања марже. Међутим, у пресуди се истиче да приликом оцене ефеката стискања марже, односно процене да ли одређено поступање има ексклузиони ефекат, питање да ли је инпут незаменљив може бити од значаја.[44] Уколико је инпут незаменљив вероватни су барем потенцијални противконкурентски ефекти, док у случају да је инпут заменљив, ценовна политика која укључује стискање марже може имати противконкурентске ефекте.[45]

Насупрот наведеном, према ставу општег правобраниоца Mazáka стискање марже представља злоупотребу само када доминантни учесник на тржишту има законску обавезу снабдевања односног инпута или када је тај инпут незаменљив. Ако инпут доминантног учесника на тржишту није незаменљив, нпр. ако су доступни супституте, не може бити стискања марже, које представља злоупотребу доминантног положаја, јер конкуренти не морају да га стекну, или по цени коју је одредио доминантни учесник на тржишту или уопште.[46] Став општег правобраниоца Mazáka је да је управо незаменљивост производа кључни елемент стискања марже. У свом мишљењу је нагласио да злоупотребна природа таквог поступања произлази из неправедне разлике у цени и из чињенице да су производи доминантног учесника на тржишту велепродаје незаменљиви у смислу да онемогућавају конкуренте да се на низводном тржишту такмиче са доминантним учесником у приступу продаји производа.[47]

И у теорији се износе критике оваквог приступа Суда правде. Наиме, јасно је да учесник на тржишту може да одбије снабдевање учесника на тржишту који послују низводно од њега и да то неће представљати злоупотребу доминантног положаја ако нису испуњени услови да би се одређено поступање квалификовало као злоупотреба доминантног положаја одбијањем пословања. Међутим, ако одлучи да снабдева учесника на низводном тржишту може да злоупотреби доминантни положај ако инпут нуди по цени која је ниска и која би довела да ценовног истискивању једнако ефикасног

[43] Пресуда у предмету C 52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige*, пара. 72.

[44] Пресуда у предмету C 52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige*, пара. 69.

[45] Alison Jones, Brenda Sufrin, Niamh Dunne, *Jones&Sufrin's EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, 7th edition, Oxford 2019, 424.

[46] Мишљење општег правобраниоца Mazák у предмету C 52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2010:483, пара. 11.

[47] Мишљење општег правобраница Mazák у предмету C 52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige*, пара. 12.

конкурента.[48] Насупрот томе, вертикално интегрисани учесник на тржишту, када нема обавезу снабдевања на основу закона, може да одлучи да низводне учеснике не снабдева уопште, што може имати теже последице по конкуренцију на тржишту.[49]

3.3. Предмет *Telefonica*

ЕК је 2007. казнила компанију Telefonica са 151,8 милиона евра због злоупотребе доминантног положаја на тржишту велепродаје широкопојасног АДСЛ у Шпанији.[50] Комисија је утврдила да је Telefonica у периоду од 2001-2006. године злоупотребила доминантни положај стискањем марже, будући да је на тржишту велепродаје наплаћивала цене за приступ мрежи које су биле недовољне за покривање трошкова оператеру који је једнако ефикасан као Telefonica.

Telefonica, која је контролисала комплетну АДСЛ мрежу у Шпанији, према шпанском праву је имала законску обавезу да закључује уговоре са учесницима који послују на низводном тржишту. Према томе, оператери који су желели да понуде услуге АДСЛ крајњим корисницима морали су да на тржишту велепродаје закључе уговоре са Telefonicom.

У поступку пред ЕК, Telefonica је истицала да у конретном случају није у питању стискање марже, него конструктивно одбијање пословања, те да је потребно испитати да ли су испуњени услови из предмета *Oscar Bronner*.[51] ЕК је навела да се фактичке, економске и правне околности овог случаја значајно разлику од оних у предмету *Oscar Bronner*, те да се правни тест утврђен у том предмету не може применити из следећих разлога. Прво, Telefonica је имала законску обавезу да обезбеди приступ тржишту велепродаје на националном и регионалном нивоу. Ова обавеза је установљена са циљем унапређења конкуренције на тржишту и интереса потрошача, а настала је као последица потребе за успостављањем равнотеже између подстицаја Telefonice и њених конкурената да инвестирају и иновирају и потребе дугорочног унапређења низводне конкуренције. Друго, подстицај Telefonici да инвестира у конкретном случају није постојао, јер је постојећа мрежа у великој мери била резултат инвестиција предузетих значајно пре широкопојасних услуга у Шпанији у време када је Telefonica имала корист од посебних

---

[48] Richard Whish, David Bailey, *Competition Law,* 9th edition, Oxford University Press, Oxford 2018, 775.

[49] A. Jones, B. Sufrin, N. Dunne, 428.

[50] Summary of Commission Decision of 4 July 2007 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/38.784 — *Wanadoo España v Telefónica*) *Official Journal C 83,* 2.4.2008, 6–9.

[51] C 7/97 *Oscar Bronner*, ECLI:EU:C:1998:569, пара. 43-46.

или искључивих права, која су је штитила од конкуренције.[52] Наведене изузетке је, као што смо претходно навели, прихватила и ЕК и инкорпорисала их у Смернице.[53]

О овом предмету су се изјаснили и Општи суд[54] и Суд правде.[55] У обе пресуде потврђени су закључци из предмета *Deutsche Telekom* и *TeliaSonera* и још једном је наглашено да стискање марже представља врсту злоупотребе доминантног положаја, која се разликује од одбијања пословања, у смислу да је незаменљивост инпута од значаја само приликом оцене ефеката стискања марже.[56]

4. АНАЛИЗА

Из претходних разматрања и приказа ставова ЕК, Општег суда и Суда правде јасно је да злоупотреба доминантног положаја стискањем марже показује извесне сличности, пре свега, са злоупотребом доминантног положаја која се остварује одбијањем пословања.[57] Управо због наведеног потребно је утврдити да ли стискање марже треба схватити као посебну, аутономну врсту злоупотребе доминантног положаја у праву конкуренције ЕУ или као посебан облик одбијања пословања. Извршена анализа показује да на ово питање не постоји јединствен одговор. Притом оно има изузетно велики како теоријски, тако и практични значај, јер је важно и у интересу правне сигурности да се унапред зна на који начин се стискање марже квалификује, као и који правни тест се примењује за његово утврђивање.

Према првом мишљењу стискање марже није посебна врста злоупотребе доминантног положаја, него је обухваћено појмом злоупотребе доминантног положаја одбијањем пословања. Заговорници овог приступа сматрају да стискање марже представља врсту тзв. конструктивног одбијања пословања (енгл. *constructive refusal to supply*), које подразумева да доминантни учесник на тржишту одбија да послује са другим учесницима под комерцијално

[52] Summary of Commission Decision of 4 July 2007 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/38.784 — *Wanadoo España v Telefónica*), 7.

[53] Вид. пара. 82 Смерница.

[54] T 336/07 *Telefonica and Telefonica de Espana v Commission*, ECLI:EU:T:2012:172.

[55] C 295/12P *Telefonica and Telefonica de Espana v Commission*, ECLI:EU:C:2014:2062.

[56] Вид. пресуду у предмету T 336/07 *Telefonica and Telefonica de Espana v Commission*, ECLI:EU:T:2012:172, пара. 180-182; C 295/12P *Telefonica and Telefonica de Espana v Commission*, пара. 75.

[57] Иако се у теорији истиче да стискање марже има одређених додирних тачака и са другим врстама злоупотреба доминантног положаја (нпр. прекомерне цене и предаторске цене) оне у раду неће бити разматране. О односу са другим врстама злоупотреба вид. више код R. O'Donoghue, J. Padilla, 395-404; N. Dunne (2012a), 31-32.

прихватљивим условима. Основна сличност стискања марже и конструктивног одбијања пословања јесте што иако доминантни учесник на тржишту код стискања марже не одбија да послује са другим учесницима на тржишту, *de facto* резултат његовог понашања може да буде такав.[58] Одређивањем ниске цене производа на повезаном низводном тржишту доминантни учесник дестимулише друга лица да купују производе од њега, јер не могу конкурентно да их пласирају на тржиште, односно не могу да послују без губитака. Један од аргумената зашто би стискање марже требало сматрати управо врстом конструктивног одбијања пословања јесте да су економски резултати ових радњи исти, те да економски еквивалентно поступање треба третирати на исти начин.[59]

Став ЕК да на стискање марже треба применити исту анализу као код одбијања пословања долази до изражаја када се погледа систематизација Расправне књиге и Смерница, будући да су одбијање пословања и стискање марже обрађене у истом поглављу. Као што смо видели, Смернице предвиђају да *уместо одбијања пословања*, доминантни учесник може применити тзв. ценовно истискивање марже.[60] На овај начин ЕК прихвата рестриктиван приступ,[61] будући да се постојање стискања марже посматра кроз призму одбијања пословања. Став ЕК изражен у Смерницама се у теорији оцењује као уздржан, јер одговорност доминантног учесника на тржишту постоји само у случају када је инпут незаменљив за учешће на низводном тржишту и када је вероватно да ће поступање елиминисати у потпуности конкуренцију на низводном тржишту.[62]

И у теорији поједини аутори наводе да стискање марже представља један од видова конструктивног одбијања пословања (енгл. *constructive refusal to deal*),[63] те да се не може рационално објаснити схватање да стискање марже представља посебну врсту злоупотребе доминантног положаја која је различита од злоупотребе доминантног положаја одбијањем пословања.[64]

Други став је став судске праксе, који налази присталице и међу теоретичарима, да стискање марже представља посебну, аутономну врсту злоупотребе доминантног положаја у праву конкуренције ЕУ. Сматрамо да се овај став може успешно бранити.

Суд правде је у неколико предмета изричито потврдио да стискање марже представља самосталну врсту злоупотребе која се разликује од одбијања

[58] Упор. V. Butorac Malnar, J. Pecotić Kaufman, S. Petrović, 271.

[59] OECD – Competition Committee, *Margin Squeeze*, DAF/COMP(2009), 21.

[60] Вид пара. 80 Смерница (нагласак додао аутор).

[61] Вид. више код N. Dunne (2012a), 31, 36.

[62] Niamh Dunne, „Margin squeeze: theory, practice, policy: Part 2“, *European Competition Law Review*, 2012, 33(2), 66 (даље у фуснотама: N. Dunne (2012b)).

[63] Вид. више P. I. Colomo, 207; R. O'Donoghue, J. Padilla, 366.

[64] A. Jones, B. Sufrin, N. Dunne, 428.

пословања.[65] У предмету *TeliaSonera* Суд је разматрао и ефекте стискања марже, па је истакао да је ценовно истискивање у погледу ексклузионог ефекта, који може да створи за конкуренте који су барем једнако ефикасни као и доминантни учесник на тржишту, подобно да представља злоупотребу доминантног положаја у смислу чл. 102 УФЕУ.[66] Наведени став је подржао и Општи суд у каснијој пресуди у предмету *Telefonica* истицањем да стискање марже представља самосталну врсту злоупотребе доминантног положаја, која се разликује од одбијања пословања. Позивајући се на водеће одлуке донете у вези са одбијањем пословања, Општи суд је навео да се не може закључити да услови који треба да буду испуњени да би се одбијање пословања сматрало злоупотребом доминантног положаја морају нужно да буду испуњени када се злоупотреба доминантног положаја на тржишту врши тако што се продаје роба или пружају услуге под неповољним условима.[67]

Анализа судске праксе нам показује да су Општи суд и Суд правде, за разлику од ЕК, прихватили екстензивнији приступ будући да постојање обавезе снабдевања није предуслов за постојање злоупотребе доминантног положаја стискањем марже. Последица овог става је да доминантни учесник на тржишту који нема обавезу снабдевања ипак може да злоупотреби доминантни положај јер цене које наплаћује за инпут нису фер.

И у доктрини се износе аргументована мишљења да се ради о одвојеним и самосталним злоупотребама доминантног положаја,[68] пре свега јер се за њихово утврђивање користи различита анализа. Наиме, док су за одбијање пословања меродавни услови из предмета *Oscar Bronner*, дотле се приликом утврђивања стискања марже утврђују ефекти ценовне политике доминантног учесника на тржишту. Дакле, за утврђивање постојања одбијања пословања и стискања марже потребно је да се испуне различити услови.

Налазимо да управо чињеница да постоји вертикална интегрисаност учесника, који је доминантан на узводном тржишту, и преливање тржишне моћи (енгл. *leveraging*[69]) са тржишта на којем је учесник на тржишту доминантан на друго, повезано низводно тржиште представља један од главних аргумената да је у питању посебна врста злоупотребе доминантног положаја. Став да стискање марже представља конструктивно одбијање пословања се

---

[65] C 52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige*, пара. 56. Вид. такође пресуду у предмету C 280/08 P *Deutsche Telekom v Commission*, ECLI:EU:C:2010:603, пара. 252.

[66] C 52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige*, пара. 31.

[67] Пресуда у предмету T 336/07 *Telefónica and Telefónica de España v Commission*, ECLI: EU:T:2012:172, пара. 180.

[68] E. J. Mestmäcker, H. Schweitzer, 487; Jonathan Faull, Ali Nikpay, *Faull & Nikpay The EU Law of Competition*, 3rd edition, Oxford 2014, 480; A. Ezrachi (2014) 239; R. Whish, D. Bailey, 775; N. Dunne (2012a), 32; W. Frenz, 783.

[69] Б. Ристић, Д. В. Поповић, Б. Беговић, 85.

фокусира примарно на велепродајне цене које наплаћује вертикално интегрисани учесник на тржишту,[70] док схватање стискања марже као самосталне злоупотребе може боље да ослика реалност ситуације и поступање вертикално интегрисаног учесника на тржишту, као и његову тржишну моћ.[71]

Друга значајна специфичност јесте што цене које доминантни учесник наплаћује на узводном и низводном тржишту уопште не морају да представљају злоупотребу. Код утврђивања постојања стискања марже не анализира се поступање учесника на узводном тржишту, где је доминантан ни на низводном тржишту, будући да се не ради о злоупотребама на различитом нивоу ланца производње или потрошње. Чак шта више, у питању је злоупотреба доминантног положаја код које није потребно доказати постојање појединачних злоупотреба на тим тржиштима, јер је могуће да ефекат истискивања настане и када нема појединачних злоупотреба.[72] Према томе, од значаја је искључиво однос цена на тржишту велепродаје и малопродаје, који ограничава, искључује или спречава конкуренцију на тржишту.

Уколико се прихвати став да стискање марже представља самосталну врсту злоупотребе доминантног положаја за правну анализу ове врсте злоупотребе од значаја су следеће претпоставке.

Прво, доминантни учесник на узводном тржишту који друге учеснике на тржишту снабдева инпутом мора бити вертикално интегрисан, што значи да послује на оба повезана тржишта – на узводном и низводном тржишту. Вертикална интегрисаност доминантног учесника је кључна претпоставка стискања марже, будући да је у том случају могуће преливање тржишне моћи на повезано низводно тржиште.

Друго, инпут којим доминантни учесник на тржишту снабдева своје конкуренте на низводном тржишту мора на неки начин бити „нужан“ за конкуренцију на низводном тржишту.[73] Као што смо раније навели, у предметима *TeliaSonera* и *Telefonica* јасно је утврђено да стискање марже не зависи од незамењљивости инпута.[74] Свакако, уколико конкуренти имају алтернативу у снабдевању инпутом шансе за стискање марже од стране доминантног учесника на тржишту биће знатно мање.[75]

Треће, цене које наплаћује доминантни учесник на низводном тржишту треба да буду такве да онемогућавају конкуренте да конкурентно послују. Приликом утврђивања да ли постоји ценовно истискивање које представља

[70] N. Dunne (2012a), 31.
[71] A. Jones, B. Sufrin, N. Dunne, 429.
[72] V. Butorac Malnar, J. Pecotić Kaufman, S. Petrović, 271.
[73] R. O'Donoghue, J. Padilla, 374.
[74] A. Jones, B. Sufrin, N. Dunne, 427.
[75] Вид. више код R. O'Donoghue, J. Padilla, 374.

злоупотребу доминантног положаја користи се тест једнако ефикасног конкурента и анализа његових трошкова. Општи суд је у пресуди у предмету *Deutsche Telekom* изнео нарочито убедљив аргумент, који је касније прихватио и Суд правде, да би ослањање на било шта друго осим на трошкове доминантног учесника на тржишту довело до правне несигурности, будући да доминантни учесник на тржишту не може и не сме да зна који су трошкови његових конкурената.[76]

Четврто, мора постојати доказ да поступање доминантног учесника на тржишту има противконкурентске ефекте, који не морају бити конкретни, него је довољно да потенцијално могу да искључе конкуренте који су једнако ефикасни као доминантни учесник на тржишту. Приликом оцене постојања ефеката одређеног поступања узима се у обзир и то да ли је инпут незаменљив, јер незаменљивост противконкурентске ефекте чини вероватним.[77]

И последње, потребно је да не постоји објективно оправдање за стискање марже.[78] Уколико постоји објективно оправдање за стискање марже, она не представља злоупотребу у смислу чл. 102 ТФЕУ.[79] У предмету *TeliaSonera* Суд правде је изричито истакао да стискање марже, и поред тога што има ексклузиони ефекат, може бити економски оправдано, те да је потребно у обзир узети све релевантне околности конкретног случаја.[80]

У каснијем предмету *Telefonica*,[81] овај учесник на тржишту је у поступку пред ЕК истицао да је његово поступање представљало заштиту легитимних интереса, те да може да се оправда усклађивањем понуде са понудама конкурената (енгл. *meeting competition defense*), као и да за поступање постоји економско оправдање. У одлуци је ЕК навела да, иако су судови прихватили да доминантни учесник на тржишту може да истиче да је одређено поступање оправдано јер служи заштити његових легитимних интереса на тржишту, стискање марже не може да се оправда на тај начин, јер омогућава вертикално интегрисаној компанији да наметне трошкове својим конкурентима, које сама не сноси. ЕК истакла да коришћење ове одбране не може да оправда понашање чији се ефекат састоји у преливању утицаја и злоупотреби доминантног положаја на узводном тржишту.[82]

---

[76] Вид. пресуду у предмету T 271/03 *Deutsche Telekom v Commission*, пара. 188-192. У теорији вид. више код R. O'Donoghue, J. Padilla, 378.

[77] C 52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige*, пара. 69-72.

[78] Вид. више код R. O'Donoghue, J. Padilla, 372.

[79] О објективном оправдању доминантног учесника на тржишту вид. више код Сандра Фишер Шобот, „Одбрана доминантног учесника на тржишту", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2020, 1321-1338.

[80] C 52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige*, пара. 75 и 76.

[81] Case COMP/38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica.

[82] Case COMP/38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica, пара. 638.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Заштита конкуренције подразумева заштиту самог надметања између учесника на тржишту а не заштиту, слабих или јаких, учесника на тржишту. Код стискања марже треба нарочито пазити да фокус остане на заштити конкуренције као такве, а не мање ефикасних конкурената.

У праву конкуренције ЕУ стискање марже представља самосталну врсту злоупотребе доминантног положаја, коју врши вертикално интегрисани учесник на тржишту који има доминантни положај на узводном тржишту.

Стискање марже постоји када је разлика између велепродајне и малопродајне цене коју наплаћује вертикално интегрисани доминантни учесник на тржишту негативна или недовољна за покривање трошкова производње производа на тржишту малопродаје, које је имао доминантни учесник на тржишту или би имао његов једнако ефикасни конкурент. Приликом утврђивања постојања ове злоупотребе потребно је да се утврди да поступање има или може да има негативно дејство на конкуренцију. Притом, није нужно да се оно у потпуности и реализује. Незаменљивост инпута није *conditio sine qua non* за постојање ове злоупотребе, али је (не)заменљивост инпута од значаја приликом процене противконкурентских ефеката одређеног поступања.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Коришћена литература

Ariel Ezrachi, *EU Competition Law – An Analitycal Guide to the Leading Cases,* 5th edition, Oxford 2016.

Ariel Ezrachi, *EU Competition Law – An Analitycal Guide to the Leading Cases*, 4th edition, Oxford 2014.

Бојан Ристић, Душан В. Поповић, Борис Беговић, *Глосаријум права конкуренције*, Београд 2021.

Vlatka Butorac Malnar, Jasminka Pecotić Kaufman, Siniša Petrović, *Pravo tržišnog natjecanja*, Zagreb 2013.

Ernst-Joachim Mestmäcker, Heike Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht,* 3. Auflage, C. H. Beck, München 2014.

Jonathan Faull, Ali Nikpay, *Faull & Nikpay The EU Law of Competition*, 3rd edition, Oxford 2014.

Niamh Dunne, „Margin squeeze: theory, practice, policy: Part 1“, *European Competition Law Review*, 2012, 33(1), 29-39.

Niamh Dunne, „Margin squeeze: theory, practice, policy: Part 2“, *European Competition Law Review*, 2012, 33(2), 61-68.

OECD – Competition Committee, *Margin Squeeze*, DAF/COMP(2009).

Pablo Ibanez Colomo, *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge 2018.

Richard Whish, David Bailey, *Competition Law,* 9th edition, Oxford University Press, Oxford 2018.
Robert O'Donoghue, Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2nd edition, Oxford-Portland 2013.
Сандра Фишер Шобот, „Одбрана доминантног учесника на тржишту", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2020, 1321-1338.
Сандра Фишер Шобот, „Предаторске цене као облик ексклузионе злоупотребе доминантног положаја у пракси судова Европске уније", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2018, 1059-1074.

Извори права

Расправна књига Генералног директората за конкуренцију о примени члана 82 уговора на ексклузионе злоупотребе (*DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*), Brussels 2005, доступно на https://ec.europa.eu/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf.
Обавештење Комисије – Смернице о приоритетима у спровођењу Комисије у примени члана 82 Уговора о ЕЗ на поступке доминантних учесника на тржишту који представљају ексклузиону злоупотребу доминантног положаја (*Commission's Notice – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*), Official Journal of the European Union C 45, 24.02.2009, 7-20.
Уговор о функционисању Европске уније (*Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union*), Official Journal, C 326, 26. 10. 2012, 47–390.

Одлуке Суда правде Европске уније

C 7/97 *Oscar Bronner*, ECLI:EU:C:1998:569.
T 271/03 *Deutsche Telekom v Commission*, ECLI:EU:T:2008:101.
T 398/07 *Kingdom of Spain v Commission*, ECLI:EU:T:2012:173
T 336/07 *Telefonica and Telefonica de Espana v Commission*, ECLI:EU:T:2012:172.
C 280/08P *Deutsche Telekom v Commission*, ECLI:EU:C:2010:603.
C 52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB*, ECLI:EU:C:2011:83.
C 295/12P *Telefónica and Telefónica de España v Commission* ECLI:EU:C:2014:2062.

Одлуке Европске комисије

Одлука Европске комисије у предмету 76/185/ECSC *National Coal Board*, *National Smokeless Fuels and the National Carbonising*, OJ1976 L35/6.
Одлука Европске комисије у предмету *Napier brown/British Sugar*, OJ 1988 L 284/41.
Одлука Европске комисије у предметима COMP/C-1/37.451, 37.578 и 37.579 *Deutsche Telekom* OJ 2003 L263/9.
Summary of Commission Decision of 4 July 2007 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/38.784 – *Wanadoo España v Telefónica*), OJ C 83, 2. 4. 2008, 6–9.

Sandra S. Fišer Šobot
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs

Abuse of Dominant Position by Margin Squeeze in Competition Law of the European Union

***Abstract**: Margin squeeze occurs when vertically integrated undertaking, which is dominant on the upstream market, charges a price for the product on the upstream market which, compared to the price it charges on the downstream market, does not allow even an equally efficient competitor to trade profitably in the downstream market on a lasting basis.*

The subject of the analysis in the paper is the abuse of a dominant position by margin squeeze in the competition law of the European Union. The author will present and analyze relevant competition rules in the European Union, the practice of the Court of Justice of the European Union and the European Commission, as well as views expressed in the doctrine, in order to answer whether margin squeeze is an independent type of abuse of dominant position and what conditions are relevant for legal analysis of margin squeeze.

***Keywords**: Abuse of dominant position, exclusionary abuse, margin squeeze, refusal to supply.*

Датум пријема рада: 25.11.2021.
Датум достављања коначне верзије рада: 15.12.2021.
Датум прихватања рада: 30.12.2021.

Оригинални научни рад 338.3:347.56]:061.1EU(497.11)
doi:10.5937/zrpfns55-34419

Атила И. Дудаш
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
A.Dudas@pf.uns.ac.rs

НЕПОСРЕДНА ОДГОВОРНОСТ ПРОИЗВОЂАЧА ЗА НЕСАОБРАЗНОСТ ПРОИЗВОДА У ЕВРОПСКОМ И СРПСКОМ ПРАВУ*

Сажетак: *Директива 1999/44/ЕЗ о одређеним аспектима продаје робе широке потрошње и пратећим гаранцијама продавца ставља у положај одговорног лица за несаобразност производа. Сматрало се да није потребно да се комунитарним правом уреди одговорност произвођача за несаобразност. Међутим, због минималистичке концепције Директиве ништа не спречава државе чланице да задрже, или устроје строжа правила којима се побољшава правни положај потрошача. То између осталог подразумева и могућност да се националним правом предвиди правило на основу којег би произвођач поред продавца одговарао за несаобразност производа. Мањи је број оних држава чланица Европске уније које су искористиле ову могућност и устројиле непосредну (или супсидијарну) одговорност произвођача за несаобразност у односу према потрошачу. Непосредну одговорност произвођача не уређује ни нова Директива (ЕУ) 2019/771.*

У српском праву је Закон о заштити потрошача из 2010. године предвиђао супсидијарну и акцесорну одговорност произвођача према потрошачу по основу несаобразности. Закон о заштити потрошача из 2014. године је укинуо ову одредбу и уместо ње установио право продавца на регрес од произвођача онога што је потрошачу испунио на основу своје обавезе да отклони несаобразност. Ни нови Закон о заштити потрошача из 2021. године не прописује непосредну одговорност произвођача. Такво решење је иначе у складу са логиком уговора о купопродаји, према којем се захтеви и приговори купца поводом уговора истичу према другој уговорној страни, тј. продавцу. Међутим, непостојање непосредне одговорности произвођача за несаобразност ставља потрошача у ситуацију да не може да реализује своја права

* Чланак је настао као резултат рада на научноистраживачком пројекту Правног факултета Универзитета у Новом Саду под називом *Правна традиција и нови правни изазови.*

по основу несаобразности, ако је продавац престао да постоји, или је постао инсолвентан. Положај потрошача у оваквој ситуацији посебно отежава то да је у нашем праву почев од 2005. године произвођачка гаранција добровољна. Ако за дати производ није издата добровољна произвођачка гаранција, потрошач не може да се обрати произвођачу да се недостатак у производу отклони ни према правилима гаранције за исправно функционисање техничког производа. Такво стање може се оценити неадекватним. У овом раду се стога даје предлог да се у нашем праву (поново) успостави супсидијарна одговорност произвођача за несаобразност, као и обавезна произвођачка гаранција за техничку робу. Као аргумент у прилог овом предлогу наводи се пример Мађарске у којој паралелно и усклађено постоје оба правна института. При томе је индикативно да је установљавање непосредне одговорности произвођача уследило знатно након транспозиције Директиве 1999/44/ЕЗ, те оно представља израз потребе да се овај институт законски уреди поред редовних правила одговорности продавца за несаобразност, као и поред обавезне произвођачке гаранције. При уређивању оба института у нашем праву аутор се залаже за ограничавање права која би потрошач могао да истакне према произвођачу на оправку или замену производа, док би остала права остваривао од продавца са којим је у уговорном односу.

***Кључне речи**: Директива 1999/44/ЕЗ, непосредна одговорност произвођача за несаобразност, обавезна произвођачка гаранција, Закон о заштити потрошача*

1. НЕПОСРЕДНА ОДГОВОРНОСТ ПРОИЗВОЂАЧА ЗА НЕСАОБРАЗНОСТ У КОМУНИТАРНОМ ПРАВУ

Директива 1999/44/ЕЗ о одређеним аспектима продаје робе широке потрошње и пратећим гаранцијама[1] имала је за циљ да у европском правном простору једнообразно уреди одговорност продавца за физичке недостатке испуњења и уговорну гаранцију у уговорима о купопродаји закључених са потрошачима. Потребу за интервенцијом комунитарних легислативних органа у овој материји наметнула је чињеница да се правила држава чланица у овој области битно разликују што омета слободно надметање продаваца и промет робе на унутрашњем тржишту.[2] Директива констатује да потрошач, по основу несаобразности, своја права остварује од продавца, при чему државе чланице могу да задрже или устроје правила на основу којих се

[1] Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees

[2] Рецитали бр. 3. и 4. Директиве.

продавац може регресирати од других трговаца и посредника који учествују у ланцу препродаје робе, па све до произвођача.[3] Питање је, међутим, да ли би потрошач требало да има непосредан захтев и према произвођачу, са којим није у уговорном односу. Таква непосредна одговорност има своју економску логику пре свега у томе што се у савременим економским условима роба широке потрошње производи масовно на местима која су просторно врло удаљена од места потрошње. Осим тога у највећем броју случајева се недостатак у саобразности редовно може приписати сфери контроле произвођача, а ређе сфери контроле продавца.[4] Ово је изгледа и органима Европске уније било јасно, на шта указују и припремни документи за настанак Директиве 1999/44/ЕЗ. Тако у Зеленој књизи о гаранцијама за робу широке потрошње и пост-продајним услугама из 1993. године[5] Комисија указује на то да производња и продаја робе широке потрошње превазилази логику уговорног односа између продавца и потрошача, јер је конкуренција производа на тржишту „пре такмичење брендова, него такмичење продаваца". Продавци се једино могу такмичити ценом или постпродајним услугама, али не утичу на процес производње.[6] Осим тога, обезбеђивањем директне одговорности произвођача за недостатак производа знатно се повећава вероватноћа да ће потрошач добити адекватну компензацију, јер су финансијске могућности произвођача редовно веће од продавчевих.[7] Из ових разлога су нацрти директиве од октобра 1995. и јануара 1996. године садржавали правило о непосредној одговорности произвођача за несаобразност у односу према потрошачу.[8] Међутим, таквом ставу су се противиле државе које су се стриктно држале уговорне природе одговорности за несаобразност[9], те је у Директиви 1999/44/ЕЗ на крају усвојен став према којем за несаобразност одговара искључиво продавац са којим је потрошач у уговорном односу. Ово потврђује више одредаба Директиве. Она најпре прописује да обавеза испоруке производа саобразаног уговору терети продавца.[10] Такође, права по основу несаобразности потрошач истиче према продавцу.[11] Ни у једној се од ове две кључне одредбе о саобразности, односно последицама

[3] Рецитал бр. 9. Директиве.

[4] Martin Ebers, André Janssen, Olaf Meyer „Comparative perspective", *European Perspectives of Producers' Liability* (eds. Martin Ebers, André Janssen, Olaf Meyer), Sellier 2009, стр. 3–76., на стр. 3.

[5] Green Paper on guarantees for Consumer Goods and after-sales services, Commission of the European Communities, Com (93)509 final.

[6] Зелена књига, 1993, стр. 86-87.

[7] Зелена књига, 1993, стр. 87.

[8] M. Ebers, A. Janssen, O. Meyer, 4.

[9] M. Ebers, A. Janssen, O. Meyer, 4.

[10] Директива 1999/44/ЕЗ, чл. 2. ст. 1.

[11] Директива 1999/44/ЕЗ, чл. 3. ст. 1.

несаобразности, не помиње одговорност произвођача. Произвођач се помиње једино у правилу које се односи на захтев продавца, који је потрошачу продао производ, да се регресира од других трговаца и посредника који су учестовали у уговорном ланцу препродаје робе. У овом ланцу регресних захтева продавац, односно други трговац или посредник може да позове произвођача на одговорност, ако је несаобразност настала његовом радњом или пропуштањем. Притом, Директива не прописује посебна правила по којима се ови регресни захтеви остварују, већ ово питање препушта у легислативну ингеренцију држава чланица.[12]

Имајући у виду сврху минималне хармонизације коју је европски законодавац намењио Директиви 1999/44/ЕЗ[13], као и чињеницу да су бројне државе у тренутку њеног доношења имале строжи правни режим примењив на захтеве поводом материјалних недостатака испуњења и уговорних гаранција, Директива у преамбули предвиђа могућност држава чланица да задрже или усвоје правила непосредне одговорности произвођача по основу несаобразности. Правни основ на којем национални законодавац може да заснује сопствена правила о непосредној одговорности произвођача због несаобразности представља, међутим, одредба у нормативном делу Директиве која прописује да су државе чланице овлашћене да ради остваривања највишег нивоа заштите потрошача, у складу са оснивачким уговором, задрже или усвоје строже одредбе.[14] Значај који Директива придаје непосредној одговорности произвођача, без обзира на то што је на крају ипак није уредила, огледа се о томе што прописује да ће Комисија најкасније до 7. јула 2006. године преиспитати примену Директиве и поднети извештај Европском парламенту и Савету. У овом извештају ће се посебно осврнути на оправданост уређивања непосредне одговорности произвођача за несаобразност на комунитарном нивоу, и по потреби, дати одговарајући легислативни предлог.[15] Да је потребно дуже време да се ускладе ставови поводом директне одговорности произвођача по основу несаобразности, препознала је доктрина у време када је Директива транспонована у национална права држава чланица. Тако је својевремено Миклиц истицао да ће проћи и више од једне деценије да се устроји директна одговорност произвођача за недостатке производа у комунитарном праву. Међутим, само таква свеобухватна концепција права и обавеза по основу недостатка производа, која обухвата и непосредну одговорност произвођача, може да гарантује ефективно остварење унутрашњег тржишта, сматрао је Миклиц.[16]

[12] Директива 1999/44/ЕЗ, чл. 4.

[13] Рецитал бр. 24. Директиве 1999/44/ЕЗ.

[14] Директива 1999/44/ЕЗ, чл. 8. ст. 2.

[15] Директива 1999/44/ЕЗ, чл. 12.

[16] Hans W. Miklitz, 'The New German Sales Law: Changing Patterns in the Regulation of Product Quality', *Journal of Consumer Policy*, Vol. 25, 2002, 379-401, на стр. 386.

Питање непосредне одговорности произвођача поново је добило на актуелности 2007. године, када је Комисија објавила нову Зелену књигу о преиспитивању регулативе правне заштите потрошача[17] и Саопштење о имплементацији Директиве о уговорима о продаји са потрошачима[18]. На основу ових аката иницране су консултације између органа Уније током којих су изнета опречна мишљења: док је у Европском парламенту већински став био да није потребно комунитарним правом уредити непосредну одговорност произвођача за несаобразност, интересне групације су сматрале да би увођење директног захтева потрошача према произвођачу због несаобразности било целисходно.[19] Ни Комисија сама није била убеђена да је непосредну одговорност произвођача потребно уредити на комунитарном нивоу. У наведеном саопштењу је Комисија истакла да постојање дивергентних правних режима о директној одговорности произвођача за несаобразност представља опасност за функционисање унутрашњег тржишта. Међутим, Комисија је сматрала да не постоје довољни докази на основу којих би се могло утврдити да је због непостојања комунитарних правила о непосредној одговорности произвођача за несаобразност пољуљано поверење потрошача у унутрашње тржиште.[20]

Директива 1999/44/ЕЗ била је међу оним директивама које су биле предмет преиспитивања приликом припремања Предлога Директиве о правима потрошача. Једна је од интенција усвајања Директиве о правима потрошача била да се уреде питања која нису била уређена постојећим директивама. Тако, било је иницијатива да се у Директиви о правима потрошача утврде услови под којима би произвођач могао да буде позван на одговорност, али је Комисија од таквог предлога ипак на крају одустала.[21] У коначном исходу стога је Директива бр. 2011/83/EU о правима потрошача[22] допунила Директиву 1999/44/ЕЗ, али није уредила непосредну одговорност произвођача за несаобразност.

---

[17] Green Paper on the Review of the Consumer Acquis, COM (2006) 744 final

[18] Communication on the Implementation of Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees Including Analysis of the Case for Introducing Direct Producers' Liability, COM (2007) 210 final.

[19] M. Ebers, A. Janssen, O. Meyer, 5.

[20] Саопштење Комисије, 12.

[21] Norbert Reich et. al., *European Consumer Law*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014, 191.

[22] Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on Consumer 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

Ни нова Директива (ЕУ) 2019/771[23] о потрошачкој купопродаји, која је укинула Директиву 1999/44/ЕЗ, није уредила непосредну одговорност произвођача за несаобразност. У Преамбули међутим истиче да она не задире у слободу трговаца у ланцу дистрибуције да своје односе поводом уговора о продаји уреде у складу са начелом аутономије воље, при чему оквире у којима се та аутономија може реализовати уређују национална права држава чланица. Наводи затим да се националним правима држава чланица може установити право потрошача да се непосредно обрати произвођачу или било ком трговцу у ланцу дистрибуције, тј. питање је које не спада у предмет регулисања Директиве, осим ако се не ради о комерцијалној гаранцији произвођача.[24]

2. НЕПОСРЕДНА ОДГОВОРНОСТ ПРОИЗВОЂАЧА ЗА НЕСАОБРАЗНОСТ У ПРАВИМА ДРЖАВА ЧЛАНИЦА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Сумарни, али прегледан приказ нормативних решења у вези са непосредном одговорношћу произвођача за несаобразност налазимо у наведеном Саопштењу Комисије из 2007. године. Много детаљнији и прецизнији преглед стања у националним правима држава чланица садржи наведена монографија *European Perspectives of Producers' Liability*, која се и данас може сматрати најсвеобухватнијим прегледом регулативе директне одговорности произвођача у државама чланицама Европске уније.

Комисија је за потребе припремања Саопштења послала државама чланицама упитник да се изјасне да ли је у њиховим националним правима уређена директна одговорност произвођача за несаобразност. Укупно 17 држава је одговорило на позив Комисије. Од њих је шест држава потврдило да у њиховим правима у неком облику постоји одговорност произвођача за несаобразност у односу према потрошачу. То су Белгија, Финска, Летонија, Португал, Шпанија и Шведска, при чему су услови под којима потрошач може да истакне захтев непосредно према произвођачу веома различити.[25] Према подацима до којих је Комисија дошла, директан захтев према произвођачу признаје и право Француске, али она није одговорила на упитник Комисије.[26] У Финској и Шведској потрошач може да истакне захтев не само према произвођачу, већ према било ком трговцу који учествује у ланцу ди-

[23] Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on Certain Aspects Concerning Contracts for the Sale of Goods, Amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and Repealing Directive 1999/44/EC

[24] Рецитал бр. 63 Директиве (ЕУ) 2019/771.

[25] Саопштење Комисије, 11.

[26] Саопштење Комисије, 11. фн. 7.

стрибуције производа, док је у Летонији и Шпанији захтев могућ само према произвођачу, односно увознику производа.[27] Према једном другом извору, према праву Летоније, као и у праву Литваније (држава чланица која није наведена у Саопштењу Комисије), потрошач може да истакне захтев по основу несаобразности према било ком учеснику у ланцу дистрибуције, па тако и према произвођачу.[28]

Према праву Португала директан захтев се може поднети само против произвођача и лица која су иступала као његови заступници у региону у којем потрошач живи.[29] Притом, међутим, произвођач може да истакне бројне приговоре који су врло слични онима које може да истакне према правилима Директиве 85/374/ЕЕЗ о одговорности произвођача ствари са недостатком.[30] У Француској и Белгији је судска пракса установила непосредну одговорност произвођача за несаобразност, тумачењем одредаба Грађанског законика. У овим државама, наиме, купац по устаљеној судској пракси може да тужи било ког учесника у ланцу дистрибуције производа, од произвођача до финалног продавца, који према потрошачу одговарају солидарно.[31] Трговац који је испунио потрошачев захтев може да се регресира од правног претходника у ланцу дистрибуције производа коме се несаобразност може приписати у одговорност.[32]

Постоји разлика и у погледу права која потрошач може да истакне према произвођачу. У Финској, Летонији и Шведској потрошач може да истакне било који захтев на који има право по основу несаобразности у складу са Директивом 1999/44/ЕЗ, док у праву Португала и Шпаније потрошач од произвођача може да захтева само замену или оправку производа.[33] У вези са решењем усвојеним у шпанском праву, у литератури се истиче да се захтев према произвођачу ради замене или оправке производа може истаћи, ако се исти не могу остварити од продавца или ако би њихово остварење од продавца повлачило претерано високе трошкове.[34] Такав случај постоји када је продавац пао под стечај или одбија да поступи по захтеву потрошача.[35] Слично шпанском решењу, право Шведске такође условљава право потро-

[27] Саопштење Комисије, 11.

[28] *EU Consumer Law Compendium – The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States* (eds. Hans Schultke-Nölke, Christian Twigg-Flesner, Martin Ebers), Sellier, Munich, 2008, 442.

[29] H. Schultke-Nölke, C. Twigg-Flesner, M. Ebers, 442.

[30] Разлоге искључења одговорности произвођача види детаљније у H. Schultke-Nölke, C. Twigg-Flesner, M. Ebers, 442. фн. 1932.

[31] H. Schultke-Nölke, C. Twigg-Flesner, M. Ebers, 441.

[32] Simon Whittaker, *Liability for Products*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 96-98. Наведено према H. Schultke-Nölke, C. Twigg-Flesner, M. Ebers, 441.

[33] Саопштење Комисије, 11.

[34] H. Schultke-Nölke, C. Twigg-Flesner, M. Ebers, 442.

[35] Саопштење Комисије, 11.

шача да од произвођача непосредно захтева отклањање несаобразности тиме да је продавац пао под стечај, обуставио своје пословање или из неког другог разлога потрошач не може да успостави контакт са њим.[36]

Када се посматрају нормативна решења у упоредном праву, треба имати у виду да обавезна произвођачка гаранција може да буде функционални еквивалент непосредној одговорности произвођача за несаобразност, посебно ако је обавезном гаранцијом обухваћен шири круг добара. У литератури се наводи пример Словеније, која није уредила непосредну одговорност произвођача за несаобразност, али познаје обавезну произвођачку гаранцију за велики број производа, на основу које су солидарно одговорни како произвођач, тако и продавац.[37]

3. АРГУМЕНТИ У ПРИЛОГ УСТАНОВЉАВАЊА НЕПОСРЕДНЕ ОДГОВОРНОСТИ ПРОИЗВОЂАЧА ЗА НЕСАОБРАЗНОСТ

У доктрини је постављено питање да ли систем одговорности за несаобразност, устројен Директивом 1999/44/ЕЗ, која је примарно на продавцу са којим је потрошач у уговорном односу, док се произвођачева одговорност појављује само ако је гаранцијом преузео обавезу отклањања несаобразности, одговара савременим производним условима, у којима је примарно у произвођачевој сфери контроле у каквом стању производ стиже до продавца са којим потрошач закључује уговор.[38]

Најутицајнијим се чини у овом контексту став аутора Бредгејта и Твиг-Флеснера, који су се у време када је Директива 1999/44/ЕЗ усвојена посебно заложили за увођење директне одговорности произвођача за несаобразност производа. Њихова студија[39] је имала за циљ да дâ допринос у припремању научне грађе на основу које би Комисија могла да формира наведени предлог који је до 2006. године требало да поднесе Европском парламенту. Упркос томе што је студија објављена сада већ скоро пре 20 година, аргументација коју су изнели аутори, из данашње перспективе чини се још основанијом и актуелнијом.

Аутори сматрају да би систем одговорности продавца за несаобразност, заснован на логици уговорног односа са потрошачем, требало допунити неким обликом непосредне одговорности произвођача. Студија је заправо имала за циљ да разради теоријске основе тзв. мрежне или групне одговорности (*network liability*), у којој би потрошач захтев по основу несаобразности

[36] Саопштење Комисије, 11.

[37] H. Schultke-Nölke, C. Twigg-Flesner, M. Ebers, 442.

[38] Stephen Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, Elgar European Law, Cheltenham, 2013, 166.

[39] Robert Bradgate, Christian Twigg-Flesner, 'Expanding the Boundaries of Liability for Quality Defects', *Journal of Consumer Policy*, Vol. 25, 2002, 345-377.

могао да истакне, не само према продавцу са којим има закључен уговор, или према произвођачу, већ и према било ком другом продавцу који учествује у мрежи продаваца који дистрибуирају производе истог произвођача и тиме свесно раде на јачању тржишне позиције бренда.[40] Такав систем солидарне одговорности учесника дистрибуционе мреже намеће додатне изазове у погледу установљавања правила о регресним захтевима између продаваца и произвођача унутар исте мреже.[41] Међутим, аргументи на основу којих Бредгејт и Твиг-Флеснер сматрају да је смислено у неким ситуацијама установити солидарну одговорност свих учесника у мрежи дистрибуције, чак и оних који се налазе у хоризонталном односу, истичу се као аргументи у корист установљавања директне одговорности произвођача за несаобразност производа. То су аргументи а) правичности, б) разумности в) потребе избегавања тзв. ланчаних регресних захтева (*circuity of actions*) д) усклађености са легитимним интересима потрошача и е) потребе пружања ефективног начина на који потрошачи могу да остваре своје захтеве по основу саобразности.[42]

а) Најпре, истичу аутори, правичност захтева да одговорност терети оног субјекта који је проузроковао губитак у имовини, односно недостатак саобразности.[43] Произвођач је, наиме, тај у чијој сфери контроле најчешће настаје несаобразност, посебно у савременим условима производње и промета робе, у којима до продавца роба стиже фабрички запакована, продавац је не отвара, тј. фабричко паковање отвара тек потрошач након куповине.[44]

б) Разумност, затим, намеће потребу да право буде конзистентно, тј. да слични системи одговорности поводом истих животних догађаја буду уређени на сличан начин, односно да атрибуција одговорности буде слична.[45] У овом смислу аутори истичу да је нелогично да за штету од дејства производа са недостатком према Директиви 85/374/ЕЕЗ одговара произвођач, док за сам недостатак у производу због којег је он несаобразан према Директиви 1999/44/ЕЗ, одговара продавац.[46] Штавише, стање је још бизарније, ако потрошач открије недостатак пре него што му је услед недостатка производа проузрокована штета у другим добрима, када једино има захтев према продавцу. Овакав исход је „у најбољем случају збуњујући, а у најгорем неразуман“, сматрају Бредгејт и Твиг-Флеснер.[47]

в) Аутори затим истичу да одредба Директиве 1999/44/ЕЗ која омогућава продавцу са којим је потрошач у уговорном односу да се регресира од

[40] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, 368-369.
[41] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, 369-370.
[42] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, 350.
[43] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, 350.
[44] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, 349.
[45] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, 350.
[46] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, 356.
[47] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, 356.

осталих трговаца који учествују у ланцу набавке робе, па тако и од произвођача, доводи до ланчаних регресних захтева (*circuity of claims*). Ланчани регресни захтеви подразумевају високе трошкове и нису ефективни, односно у недостатку посебних разлога који их оправдавају разумније је да се лицу које је претрпело уштрб призна правно средство против лица које је у коначном исходу одговорно за њега, уместо да се одговорност установљава путем посредних регресних захтева.[48]

г) Међу разлозима за установљавање непосредне одговорности произвођача аутори наводе и потребу заштите легитимних очекивања потрошача, продаваца, а и самих произвођача. Легитимним се сматра очекивање да недостатак буде отклоњен од стране лица у чијој сфери контроле је недостатак настао.[49]

д) Напослетку, Бредгејт и Твиг-Флеснер истичу да прописима о заштити потрошача треба устројити систем који ће потрошачима обезбедити ефективна правна средства за решавања спорова.[50] Аутори прихватају да је примарно средство којим ће потрошач остварити своја права по основу несаобразности рекламација коју истиче према продавцу од кога је производ купио. Такав механизам је најпре у складу са логиком уговорног односа. Затим, продавац је учесник у ланцу дистрибуције робе који је потрошачу просторно најближи и од кога се разумно може очекивати да је адекватно оripремљен за решавање потрошачких захтева.[51] Осим тога, разумно се може очекивати да ће продавац иступати у решавању захтева као нека врста савезника потрошача према произвођачу.[52] Као разлог због којег је неопходно да продавац буде субјекат који примарно одговара за несаобразност може се навести и то да се несаобразност може састојати и у неким другим недостацима, осим производних и дизајнерских, које су свакако у сфери контроле произвођача. Затим, за остваривање права по основу несаобразности, пре свега права на оправку или замену, који су примарни начини отклањања несаобразности, потрошач редовно мора да врати производ. То најједноставније може да оствари на тај начин да се производ врати оном продавцу од кога је купљен.[53]

Међутим, систем остваривања захтева потрошача по основу несаобразности заснован на продавцу, као јединому адресату коме се ти захтеви могу истицати, показује извесне слабости на које указују Бредгејт и Твиг-Флеснер. Тако, сасвим је могуће да је потрошач заборавио у којој продавници је производ купио, посебно када се ради о роби широке потрошње, док је идентитет произвођача на основу бренда прилично јасан. Затим, још већи проблем пред-

[48] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, 350.
[49] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, 350.
[50] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, 351.
[51] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, 351.
[52] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, 352.
[53] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, 354.

ставља ако је продавац у међувремену престао са пословањем. Тада потрошач губи јединог адресата коме се може обратити ради отклањања несаобразности. Може да се деси да произвођач престане са пословањем или постане инсолвентан, али се то чешће дешава са трговцима који обављају продају на мало.[54]

Из ових разлога се ни Бредгејт и Твиг-Флеснер не залажу за увођење непосредне одговорности произвођача за несаобразност производа која би заменила одговорност финалног продавца, већ која би требало да је допуни.[55] У овој конструкцији би продавац остао примарно одговорно лице, јер је по природи ствари он најподеснији да буде лице које ће да има улогу „управљача захтевима потрошача“ (*claim handler*).[56]

Упркос томе што између произвођача и потрошача не постоји непосредни уговорни однос, Бредгејт и Твиг-Флеснер не залажу се за деликтну природу директне одговорности произвођача. Његова одговорност би требало да буде уговорна, каква је и одговорност продавца, која би се заснивала на концепцији прећутно закљученог уговора са потрошачем (*implied contract*).[57] Такође је важно питање за које случајеве несаобразности би требало да постоји непосредна одговорност произвођача. Она несумњиво има своје оправдање у вези са недостацима у производу који онемогућавају његову употребу у сврху у коју се слични производи уобичајено користе или не поседују квалитет, односно немају употребљивост коју слична роба редовно има и коју је потрошач основано могао да очекује, уколико се они могу приписати разлозима за које одговара произвођач.[58] Међутим, несаобразност може да проистекне и из разлога који су у сфери контроле продавца. Тако, несаобразност постоји и онда када производ не одговара опису који је дао продавац, или моделу или узорку који је продавац презентовао, или се ради о производу који потрошач купује за нарочиту намену која је продавцу била позната.[59] Осим тога, несаобразност производа услед тога што производ нема квалитет или функционалност које је потрошач основано могао да очекује, може да има свој разлог у јавним обећањима и оглашавању. Међутим, ова јавна обећања и оглашавање не морају нужно да потичу од произвођача, већ и од продавца.[60] Ови случајеви несаобразности не могу се приписати одговорности произвођача, те за њих није оправдано устројити његову непосредну одговорност према потрошачу, уколико искључиво потичу из односа између продавца и потрошача за који произвођач није знао.[61]

[54] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, 356.
[55] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, 360.
[56] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, 374.
[57] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, 360.
[58] Директива 1999/44/ЕЗ, чл. 2, ст. 2. т. c) и d).
[59] Директива 1999/44/ЕЗ, чл. 2, ст. 2. т. a) и b).
[60] Директива 1999/44/ЕЗ, чл. 2, ст. 2. т. d).
[61] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, 363.

Коначно, аутори дају и предлог за које захтеве потрошача по основу несаобразности би се могла устројити непосредна одговорност произвођача. Сматрају неспорним да би произвођач требало непосредно да одговара потрошачу за оправку или замену производа, јер их по природи ствари произвођач може најлакше остварити.[62] Аутори, међутим, не сматрају неразумним ни то да се установи одговорност произвођача и за захтев за умањење цене, односно раскид уговора и повраћај цене производа, као и његову одговорност за накнаду штете. Сматрају да би се могла установити таква одговорност, јер до истог исхода доводи и систем ланчаних регресних захтева: продавац који је због раскида уговора, на пример, рефундирао потрошачу цену производа, може да тражи повраћај цене коју је платио произвођачу, односно трговцу од кога је производ набавио у дистрибутивном ланцу. Установљавање непосредне одговорности произвођача према потрошачу и поводом захтева за умањење цене, односно раскида уговора и повраћаја цене само би поједноставило поступак остварења захтева од произвођача: уместо да се одговорност произвођача реализује ланчаним регресним захтевима она би се могла и директно остварити, при чему би, разуме се, произвођач имао регресни захтев према продавцу, односно другим трговцима у ланцу дистрибуције, за разлику између износа који је потрошачу исплатио и цене по којој је производ продао финалном продавцу, односно другом трговцу у ланцу дистрибуције.[63]

4. НЕПОСРЕДНА ОДГОВОРНОСТ ПРОИЗВОЂАЧА ЗА НЕСАОБРАЗНОСТ ПРЕМА НОВОМ МАЂАРСКОМ ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ ОД 2013. ГОДИНЕ[64]

Директива 1999/44/ЕЗ је у мађарско право транспонована у грађански законик од 1959. године, изменама законика од 2002. године.[65] Мађарска је следила модел Немачке у смислу да се Директива не транспонује у посебан

[62] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, 363.

[63] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, 364-365.

[64] Резултати ауторових претходних истраживања о транспоновању Директиве 1999/44/ЕЗ у мађарско право објављени су у раду под насловом „Осврт на регулативу саобразности и гаранције у мађарском праву – пример транспозиције Директиве 1999/44/ЕЗ у општа правила уговорног права", у часопису *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3 из 2020. године, стр. 1043-1064. У њему су обухваћени директна одговорност произвођача за несаобразност и случајеви обавезне, произвођачке гаранције. Тај део рада преузет је у овом чланку, са извесним изменама. Новину представља анализа нових правила о законским гаранцијама, која су на снази од 1. јануара 2021. године, као и коришћење додатне литературе која аутору током писања наведеног чланка није била доступна.

[65] Lajos Vékás у: *Szakértői Javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez* [Стручни предлог за нацрт новог мађарског Грађанског законика], уредник: Lajos Vékás, Complex – Wolters Kluwer, Budapest, 2008 (у даљем тексту: Стручни предлог), 825.

Закон о заштити потрошача, већ да се интегрише у Грађански законик, изменама и допунама правила о материјалним недостацима испуњења и уговорним гаранцијама.[66] Тиме се желела избећи „дво-каналска" регулатива и дуплирање правила идентичне садржине.[67] Нови грађански законик усвојен 2013. године, који је ступио на снагу 15. марта 2014. године, није суштински изменио правила о одговорности за материјалне недостатке испуњења и гаранцији, устројених у старом законику, изменама од 2002. године.

Међутим, у Грађанском Законику из 2013. године уведена је непосредна одговорност произвођача због недостатка производа (*termékszavatosság*). Она се за разлику од материјалних недостатака испуњења (несаобразности) примењује само у потрошачком контексту[68]. При изради правила непосредне одговорности произвођача кодификатори су се углавном руководили нормативним решењима Шпаније и Португала.[69]

Према новом Грађанском законику потрошач може да захтева отклањање материјалног недостатка (несаобразности) директно од произвођача оправком или заменом производа[70] У доктрини је заузет став да секундарна права по основу несаобразности, тј. право на умањење цене или раскид уговора и повраћај цене, потрошач може да оствари само од продавца са којим је у уговорном односу и коме је платио.[71] Одговорност произвођача да производ оправи или замени је непосредна, тј. није супсидијарна, јер потрошач не мора прво да се обрати продавцу ради оправке или замене производа. Штавише, захтеви се могу истовремено паралелно поставити према продавцу и произвођачу, али будући да се несаобразност отклања натуралном реституцијом, по природи ствари је кумулативно остварење захтева и од произвођача и продавца искључено.[72]

Важно је напоменути да се правила о директној одговорности произвођача заснивају на концепту несаобразности који је ужи од њеног појма у контексту одговорности продавца: сматра се да производ има недостатак,

[66] Lajos Vékás, „A fogyasztói adásvételről szóló EK-irányelv és átültetése a magyar polgári jogba" [Директива ЕЗ о потрошачкој купопродаји и њено транспоновање у грађанско право Мађарске], *Magyar Jog*, бр. 2000/11, 646-660., 646.

[67] Lajos Vékás, „Az uniós fogyasztói szerződési jog megújítása és az új irányelvek átültetése" [Новелирање комунитарних правила о уговорном потрошачком праву и транспоновање нових директива], *Magyar Jog*, 2021/2, 65-75, на стр. 67.

[68] István Kemenes у: Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz [Коментар Грађанског законика], уредник: Lajos Vékás и Péter Gárdos, 2. том, Complex – Wolters Kluwer, Budapest 2014 (у даљем тексту: Коментар МГЗ-2013), стр. 1598.

[69] István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1597.; Ádám Fuglinszky, *Fogyasztói adásvétel, kellék- és termékszavatosság* [Потрошачка купопродаја, саобразност и непосредна одговорност произвођача] Wolters Kluwer, Budapest, 2016, 129.

[70] МГЗ-2013, 6:168.§ ст. (1).

[71] István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1598.

[72] István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1600.

ако у време његовог пуштања у промет није одговарао прописаним стандардима квалитета, односно није имао својства која су наведена у опису који је дао произвођач.[73]

Осим у погледу појма недостатка, правила о директној одговорности произвођача за несаобразност показују велику сличност са правилима о одговорности произвођача за штету од производа са недостатком и у погледу либераторних разлога и рокова у којима потрошач може да га позове на отклањање недостатка оправком или заменом.

Произвођач се на овај начин ослобађа одговорности за недостатак 1) ако докаже да производ није произвео у оквиру своје пословне или самосталне делатности; 2) ако се недостатак према стању науке и технике у тренутку пуштања производа у промет није могао уочити или је 4) недостатак последица обавезне примене прописа или одлуке надлежног органа.[74] На потрошачу је терет доказивања чињенице да је производ имао недостатак у време када је пуштен у промет. Уколико потрошач успе да докаже ову чињеницу, долази до обрта терета доказивања, тј. произвођач треба да докаже постојање либераторног разлога.[75] Осим тога, произвођач неће одговарати за несаобразност ни онда ако успе да докаже да није испуњен основни услов његове одговорности, тј. да производ није он пустио у промет у оквиру своје редовне пословне или самосталне делатности. Такав би био случај када је производ неко други пустио у промет, или је он потрошачу предат из неког хуманитарног разлога.[76]

О недостатку потрошач треба да обавести произвођача без одлагања, али најкасније у року од два месеца од њеног уочавања, слично року обавештавања који се примењује на одговорност продавца за несаобразност. Протеком овог рока не долази до преклузије, али ће потрошач бити дужан да произвођачу надокнади штету проузроковану неблаговременим обавештавањем.[77] Трајање одговорности произвођача је две године, као у случају одговорности продавца. Међутим, овај рок се не рачуна од дана продаје производа потрошачу већ од дана његовог пуштања у промет.[78] Овакво решење се може оценити разумним, јер произвођач и потрошач нису у уговорном односу, те се као дан почетка рока од две године не може сматрати дан закључења уговора.[79] Важно је напоменути да доктрина стоји на становишту да се под тренутком пуштања у промет производа не сматра дан

[73] МГЗ-2013, 6:168.§ ст. (2).
[74] МГЗ-2013, 6:168.§ ст. (3).
[75] István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1599.
[76] István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1599.
[77] МГЗ-2013, 6:169.§ ст. (1).
[78] МГЗ-2013, 6:169.§ ст. (2).
[79] István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1599.

када је произвођач ту врсту робе уопште пласирао на тржиште, већ када је конкретан производ изашао из његове сфере контроле.[80]

Одредбе новог мађарског Грађанског законика о непосредној одговорности произвођача за несаобразност су у предметном истраживању веома индикативне, јер су настале накнадно, те су израз јасне потребе да се овај институт законски уреди. Наиме, транспозиција Директиве 1999/44/ЕЗ окончана је 2002. године, што значи да су пракса и доктрина имале на располагању период дужи од десет година да процене адекватност правних механизама за решавање захтева по основу несаобразности у потрошачком контексту. Штавише, све време у овом периоду у Мађарском праву постоји обавезна произвођачка гаранција, која је уведена уредбама Владе 2003. године. Обавезна произвођачка гаранција постоји за трајна потрошна добра, за стамбене објекте и за поједине услуге оправке и одржавања.[81] Највећи значај има прва.

У прилогу Уредбе одређени су производи који се сматрају трајним потрошним добрима на која се примењује. Пре свега су то технички производи, моторна возила, али и дриги производи чија вредност премашује износ од 10.000 форинти (око 30 евра). Обавезе по обавезној произвођачкој гаранцији треба да испуни продавац са којим је потрошач закључио уговор.[82] Почев од 1. јануара 2021. године гарантни рок износи годину дана, под условом да вредност производа није већа од 100.000 форинти. Гарантни рок на производе који су скупљи од 100.000, али јефтинији од 250.000 форинти траје две године, док је гарантни рок за ствари вредније од 250.000 форинти три године.[83]

По основу обавезне произвођачке гаранције, потрошач може да захтева само оправку или замену производа. Међутим, продавац је обавезан одмах да замени производ, ако се недостатак појавио у року од три дана од дана преласка ризика на потрошача. Обавезна замена производа је безусловна, јер не зависи од тога да ли је производ могуће оправити, нити од тога да ли је потрошач крив за настанак несаобразности. Накнадно утврђивање његове кривице за недостатак овлашћује продавца да захтева накнаду штете, али не спречава остваривање захтева за замену производа у периоду од три дана од дана прелаза ризика на потрошача.[84]

Из ове кратке анализе се може закључити да је мађарски законодавац сматрао потребним да уз обавезну гаранцију, која од 2003. године постоји за шири круг производа, па чак и за неке услуге, искористи могућност предвиђену Директивом 1999/44/ЕЗ и одговорност продавца, по основу саобразности, допуни директном одговорношћу произвођача. При томе је врло

[80] István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1599.
[81] А. Дудаш, 1050.
[82] Уредба 151/2003. (IX. 22.) 9.§ ст. (1).
[83] Уредба 270/2020. (VI. 12.) 1.§ ст. (1).
[84] А. Дудаш, 1051-1052.

индикативно да је директна одговорност произвођача уведена у мађарско право једну деценију након транспоновања Директиве 1999/44/ЕЗ. Институт непосредне одговорности произвођача за несаобразност доктрина сматра неком врстом „хибрида“, јер пружа додатну правну заштиту потрошачу због материјалног недостатка испуњења, што несумњиво указује на уговорну природу института, али су разлози због којих се произвођач може ослободити одговорности слични либераторним разлозима у контексту одговорности произвођача за штету услед недостатка производа, чиме се приближава институтима деликтног права.[85]

5. ОДГОВОРНОСТ ПРОИЗВОЂАЧА ЗА НЕСАОБРАЗНОСТ И ПРОИЗВОЂАЧКА ГАРАНЦИЈА У СРПСКОМ ПОТРОШАЧКОМ ПРАВУ

Закон о облигационим односима је већ у редакцији текста у којој је усвојен 1978. године уређивао неке институте који своју праву примену имају у потрошачком контексту.[86] Први закон непосредно посвећен материји правне заштите потрошача такође је усвојен у савезној надлежности 2002. године.[87] Ипак развој правне заштите потрошача симболички се може повезати са усвајањем „првог“ закона о заштити потрошача у надлежности Републике Србије 2005. године.[88] Он, међутим, представља само један скроман покушај транспоновања појединих директива из области потрошачког права.[89] Почев од првог закона о заштити потрошача, домаћу правну регулативу у овој области обележава настојање да се она не уреди у Закону о облигационим односима, већ у посебном закону.[90] Тек је у „другом“ Закону о заштити потрошача из 2010. године[91] учињен покушај да се домаће право хармонизује са комунитарним потрошачким правом.[92] Тада се појављује у

---

[85] Á. Fuglinszky, 127.

[86] Marija Karanikić Mirić, „Serbia – Legislative Techniques“ pp. 436-440. in: *Civil Law Forum for South East Europe – Collection of Studies and Analyses*, Volume III, GTZ, Cavtat, 2010, 437.

[87] Закон о заштити потрошача, *Службени лист СРЈ*, бр. 37/2002.

[88] Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 79/2005 (у даљем тексту: ЗЗП-2005).

[89] M. Karanikić Mirić, 2010, 438.

[90] M. Karanikić Mirić, 2010, 438.

[91] Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 73/2010 (у даљем тексту: ЗЗП-2010).

[92] Марија Караникић Мирић, „Усклађеност српског потрошачког права са Директивом 99/44/ЕЗ о продаји робе широке потрошње и пратећим гаранцијама“ стр. 173-191. у: *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, књига: 1. уредник: Стеван Лилић, Правни факултет у Београду, Београд, 2011, 175-176.

закону о заштити потрошача институт саобразности и гаранције, што је неминовно наметнуло потребу разграничења домена примене ових од битно истоврсних института у ЗОО. У домену материјалних недостатака испуњења једино логичним се чини да се правила саобразности[93] према Закону о заштити потрошача примењују у потрошачком контексту, док се правила о материјалним недостацима испуњења примењују на правне односе у којима не учествује потрошач.[94] Није искључена примена ЗОО и на потрошачке уговоре, али под условом да се њима не умањује ниво заштите потрошача конципиран у Закону о заштити потрошача.[95]

Закон о заштити потрошача из 2010. године искористио је могућност предвиђену рециталом 23. Директиве на основу које се може устројити режим одговорности произвођача за несаобразност производа. Закон је наиме прописивао да се за обавезе трговца (продавца) које настану услед несаобразности робе, произвођач према потрошачу налази у положају јемца.[96] Ова одредба је у доктрини квалификована као супсидијарна и акцесорна одговорност произвођача за несаобразност.[97] Оваква квалификација се чини исправном, имајући у виду да обавеза предаје производа који је саобразан уговору примарно погађа продавца који је у уговорном односу са потрошачем и служи успостављању нарушеног односа једнаке вредности узајамних давања продавца и потрошача. Међутим, могао би се заступати и став да је ова одговорност произвођача за несаобразност непосредна и солидарна према потрошачу. ЗЗП-2010, наиме, није квалификовао одговорност произвођача, само ју је декларисао као одговорност коју има јемац. Имајући у виду, међутим, да су и произвођач и продавац привредни субјекти, могла би да се примени претпоставка ЗОО да се јемац обавезао као јемац платац, уколико ништа друго није уговорено.[98] Истини за вољу, ова претпоставка важи за уговорно јемство. Будући у виду кратак период у којем је одредба ЗЗП-2010 о одговорности произвођача за несаобразност била на снази, судови нису били у прилици да се изјасне да ли се претпоставка о солидарној обавези јемца може применити и на законско јемство произвођача за обавезе које продавац по основу несаобразности има према потрошачу. С друге стране, треба напоменути да у ЗЗП-2010 није транспонован чл. 4 Директиве 1999/44/ЕЗ

[93] О разликама између појма материјалних недостатака испуњења према ЗОО и саобразности у потрошачком праву в. Миодраг Мићовић, „Од одговорности за материјалне недостатке до одговорности за недостатке саобразности према директиви ЕУ 1999/44“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2007, стр. 276-284.

[94] М. Караникић Мирић, 2011, 179.

[95] М. Караникић Мирић, 2011, 190.

[96] ЗЗП-2010, чл. 54. ст. 8.

[97] М. Караникић Мирић, 2011, 182.

[98] ЗОО, чл. 1004. ст. 4.

који предвиђа регресни захтев продавца према другим трговцима који учествују у ланцу дистрибуције робе, односно према произвођачу, по основу продавчеве одговорности за несаобразност према потрошачу. Тада је једина могућност остваривања регресних захтева продавца према осталим трговцима у ланцу набавке робе могла постојати само према општим правилима ЗОО.[99]

У Закону о заштити потрошача из 2014. године[100] дијаметрално су измењена ова правила. Уместо одредбе из чл. 54. ст. 8. ЗЗП-2010 која је прописивала супсидијарну одговорност произвођача, унета је на готово идентично место у релевантном члану нова одредба о регресном захтеву продавца. Она је прописивала, наиме, да за обавезе продавца према потрошачу по основу несаобразности робе продавац има право да захтева од произвођача у ланцу набавке те робе да му надокнади оно што је испунио по основу те обавезе.[101] Изричито уређивање регресног захтева продавца према произвођачу може се позитивно оценити, јер је тиме извршено усклађивање домаћег закона о заштити потрошача са чл. 4 Директиве 1999/44/ЕЗ. Међутим, из тога још не произлази да је морала да буде укинута одговорност произвођача према потрошачу, супсидијарна како је она конципирана према ЗЗП-2010. У образложењу Предлога закона о заштити потрошача који је Влада упутила Народној скупштини не даје се никакво објашњење наведених измена.[102] Ни у табеларном приказу усклађености предлога закона са директивама Европске уније, па тако и са Директивом 1999/44/ЕЗ, Влада није разматрала потребу да се задржи супсидијарна, или да се евентуално уведе директна одговорност произвођача за несаобразност.[103] У законском предлогу Влада је анализирала само усклађеност предлога са нормативним текстом Директиве, при чему изгледа није разматрано да ли би било целисходно да се искористи могућност предвиђена у преамбули. Истини за вољу, осим рецитала 23 у преамбули правни основ устројавања неког вида одговорности произвођача због несаобразности према потрошачу представља и чл. 8. ст. 2 Директиве 1999/44/ЕЗ који прописује да државе чланице могу да задрже или усвоје правила која су строжа од оних предвиђених Директивом ради обезбеђења вишег нивоа заштите потрошача. Ову одредбу је, међутим, Влада тумачила у смислу да не садржи обавезу усклађивања.[104]

---

[99] М. Караникић Мирић, 2011, 189.

[100] Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014, 6/2016 – др. закон і 44/2018 – др. закон (у даљем тексту: ЗЗП-2014).

[101] ЗЗП-2014, чл. 52. ст. 10.

[102] *Предлог Закона о заштити потрошача Владе Републике Србије* https://www.srbija.gov.rs/dokumenti/2430 (приступ страници: 10. априла 2021. године), стр. 99.

[103] Прилог: Табеларни приказ усклађености предлога закона са изворима права Европске уније, стр. 71-81.

[104] Прилог: Табеларни приказ усклађености предлога закона са изворима права Европске уније, стр. 80.

У септембру 2021. године усвојен је нови Закон о заштити потрошача.[105] Ни у нацрту закона, који је Министарство трговине, туризма и телекомуникација још 1. новембра 2019. године објавило и упутило на јавну расправу није била предвиђена супсидијарна или непосредна одговорност произвођача за несаобразност. У нацрту је дословно задржана одредба из ЗЗП-2014 о регресном захтеву продавца према произвођачу у ланцу набавке робе за обавезе према потрошачу, по основу несаобразности.[106] Нацрт садржи и детаљно образложење, али ни оно не разматра оправданост увођења супсидијарне или непосредне одговорности произвођача за несаобразност.[107] Предлог закона о заштити потрошача је пратио приступ усвојен у нацрту, те ни у њему није било предложено установљавање одговорности произвођача за несаобразност.[108] У складу са тим, ни нови Закон о заштити потрошача из 2021. године не предвиђа неки модалитет непосредне одговорности произвођача за несаобразност.

Може се поставити питање да ли је овакво нормативно решење у интересу потрошача. Све док продавац, са којим је потрошач у уговорном односу, постоји и док је солвентан, потрошач може да оствари од њега своја права по основу несаобразности. Уколико продавац не покаже спремност да производ замени или оправи, или то просто није у могућности да изврши, потрошач још увек може да оствари право на смањење цене, односно на раскид уговора и повраћај цене у целини, чиме се такође остварују економски интереси потрошача. Прави свој значај непосредна, или макар супсидијарна одговорност произвођача показује у случају када продавац престане да постоји или постане инсолвентан. Према важећим правилима, потрошач у таквој ситуацији нема дужника од кога би могао да оствари отклањање несаобразности. Ову ситуацију у значајној мери ублажава гаранција за исправно функционисање производа коју издаје произвођач. Да је произвођачка гаранција за одређену (ширу или ужу) категорију производа обавезна, с разлогом би се могло тврдити да за увођењем непосредне (или супсидијарне) одговорности произвођача реално не би било потребе, јер би потрошач своје економске интересе да добије производ који је саобразан могао да оствари непосредно од произвођача, по основу гаранције. У нашем праву, међутим, почев од 2005. године произвођачка гаранција више није обавезна. Закон о облигационим односима детаљно уређује гаранцију за исправно

[105] Закон о заштити потрошача, Службени гласник РС, бр. 88/2021.

[106] *Нацрт Закона о заштити потрошача и Образложење нацрта* (2019) https://mtt.gov.rs/slider/javne-rasprava-o-nacrtu-ozp/ (приступ страници: 10. априла 2021. године), чл. 51. ст. 10.

[107] Образложење Нацрта, чл. 51.

[108] https://www.srbija.gov.rs/prikaz/512736 (приступ страници 16. септембра 2021. године).

функционисање техничког производа.[109] Он, међутим, не уређује за које категорије производа се она издаје.[110] Обавезну произвођачку гаранцију за техничку робу предвиђали су раније важећи прописи, већ почев од краја педесетих година прошлог века.[111] За потребе овог истраживања, међутим, довољно је да се вратимо само на Закон о стандардизацији од 1996. године, који је прописивао обавезу издавања гаранције од стране произвођача, увозника, односно представника страног произвођача при продаји робе са консигнационог складишта да уз сваки производ који се може сматрати технички сложеним производом изда гаранцију.[112] Такву обавезу, међутим, није садржавао следећи Закон о стандардизацији из 2005. године[113], нити важећи из 2009. године[114]. Обавезна произвођачка гаранција би могла бити евентуално прописана и у закону који уређује област трговине, али такве одредбе нема у важећем Закону о трговини из 2019. године.[115] Ни закони о заштити потрошача нису прописивали обавезну гаранцију. ЗЗП-2005 је прописивао обавезу издавања гарантног листа, као и елементе које треба да садржи, за који се по закону издаје гаранција, али не и саму обавезу издавања гаранције.[116] Обавеза издавања гаранције, по слову ЗЗП-2005, могла је бити установљена законом којим се уређује стандардизација.[117] Таква обавеза, међутим, почев од 2005. године више није предвиђена. ЗЗП-2010 гаранцију уређује као факултативну, тј. као могућност њеног издавања да се потрошачу обезбеде додатна или виши ниво права од оних која има по основу несаобразности производа.[118] У претходном ЗЗП-2014, као и у важећем ЗЗП-2021 гаранција је такође уређена као факултативна. У домаћој доктрини је разматрано питање правне квалификације гаранције према Закону о заштити потрошача и Закона о облигационим односима. Неспорно је да је гаранција по Закону о заштити потрошача уговорна. Међутим, изгледа да се мора таквом сматрати и гаранција по основу Закона о облигационим односима, почев од

---

[109] Закон о облигационим односима, *Службени лист* СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист* СРЈ, бр. 31/93, *Службени лист* СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник* РС, бр. 18/2020 (у даљем тексту: ЗОО), чл. 501-507.

[110] ЗОО, чл. 501.

[111] Ђорђе Николић, „*Гаранција и неке контроверзе у вези са уређењем гаранције у актуелном српском праву*“, Зборник Правног факултета у Нишу бр. 81, 2018, стр. 51-68., 56.; Драгољуб Симоновић, *Коментар Закона о заштити потрошача*, Драгољуб Симоновић, Београд, 2006, 175-186.

[112] Закон о стандардизацији, *Службени лист* СРЈ бр. 30/96, 59/98, 70/2001 и 8/2003, чл. 39. ст. 1.

[113] Закон о стандардизацији, *Службени лист* СЦГ, бр. 44/2005.

[114] Закон о стандардизацији, *Службени гласник* РС, бр. 36/2009 и 46/2015.

[115] Закон о трговини, *Службени гласник* РС, бр. 52/2019.

[116] ЗЗП-2005, чл. 21.

[117] ЗЗП-2005, чл. 23.

[118] ЗЗП-2010, чл. 56-57.

Закона о стандардизацији од 2005. године, који није прописивао обавезну произвођачку гаранцију.[119]

6. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА – АРГУМЕНТИ У ПРИЛОГ (ПОНОВНОГ) УВОЂЕЊА ОБАВЕЗНЕ ПРОИЗВОЂАЧКЕ ГАРАНЦИЈЕ И СУПСИДИЈАРНЕ ОДГОВОРНОСТИ ПРОИЗВОЂАЧА ЗА НЕСАОБРАЗНОСТ У ПРАВО СРБИЈЕ

Све док продавац постоји и док је солвентан, потрошач сва своја права по основу несаобразности може остварити од њега. Међутим, постојећи правни оквир у Србији потрошачима не пружа заштиту у случају несаобразности производа, уколико продавац са којим је у уговорном односу престане да постоји или постане неспособан за плаћање, а произвођач за своју робу није обезбедио добровољну произвођачку гаранцију. Права по основу саобразности потрошач може да оствари једино од продавца, јер у нашем потрошачком праву не постоји директна одговорност произвођача за несаобразност. У Закону о заштити потрошача од 2010. године постојала је барем супсидијарна одговорност произвођача, али је она укинута важећим законом. Уколико за производ није издата факултативна произвођачка гаранција, потрошач нема захтев према произвођачу, ни по овом основу. За очекивати је да ће произвођачи имати комерцијални интерес за издавање произвођачке гаранцију за своју робу не би ли побољшали конкурентност свог бренда на тржишту. Међутим, поред тржишних, потребни су и правни механизми за установљавање права потрошача да се због несаобразности поред продавца може обратити и произвођачу. Овај циљ се може постићи установљавањем непосредне или супсидијарне одговорности произвођача за несаобразност или прописивањем обавезне произвођачке гаранције за поједине (шире или уже групе производа). Оба института су имала извесну традицију у нашем праву. Супсидијарна одговорност произвођача за несаобразност постојала је од 2010. до 2014. године. Обавезна произвођачка гаранција за техничку робу имала је, међутим, знатно дужу историју не само у правној регулативи, већ и у домаћој правној мисли. Доктрина је још пре усвајања ЗОО препознала да је у највећем броју случајева продавац „само продужена рука произвођача“ у пласману робе на тржишту, те би он требало да сноси одговорност за недостатак у функционисању производа.[120]

[119] Ђ. Николић, 2018, 66.

[120] Јаков Радишић, *Гаранција за трајан квалитет и одговорност за штету од ствари са недостатком*, Институт за упоредно право, Београд, 1972, 121, наведено према Николић, Ђорђе, „*Одговорна лица по основу гаранције за исправно функционисање продате ствари*“, Зборник Правног факултета у Нишу бр. 65, 2013, стр. 237-252, 238.

Наведена два метода којима се омогућава потрошачу да своје захтеве по основу недостатка у производу оствари од произвођача, међутим, не би требало посматрати као међусобно искључиве алтернативе. Не постоје начелни разлози због којих би постојање обавезне произвођачке гаранције искључило оправданост постојања директне или супсидијарне одговорности произвођача према потрошачу за несаобразност, и обратно. Пример мађарског права показује да је установљавање одговорности произвођача за несаобразност према потрошачу смислено и поред постојања обавезне произвођачке гаранције.

Чини се оптималним решењем за наше право да се поново успостави обавезна произвођачка гаранција за техничку робу која је постојала све до 2005. године и чему су правила ЗОО о гаранцији за исправно функционисање техничког производа заправо и прилагођена. Она би се могла допунити и увођењем одговорности произвођача за несаобразност. Разуме се, како одговорност произвођача за несаобразност, тако и обавеза издавања произвођачке гаранције би у складу са појмовним одређењем произвођача према ЗЗП-2021 теретиле увозника, односно другог трговца који се представља као произвођач, који продаје производе који не садрже податке о произвођачу, односно који продаје производе из увоза који садржи податке о произвођачу, али не садржи податке о увознику.[121] Тиме би се правна заштита потрошача проширила и на односе са увозницима или трговцима који продају робу чији је произвођач иностранo лице, што је посебно значајно имајући у виду чињеницу да већи део робе широке потрошње у Србији потиче из увоза. Општепознатом чињеницом се може сматрати да је у погледу робе широке потрошње Србија више увозничка, него произвођачка земља.

Међутим, уз постојање обавезне произвођачке гаранције за техничку робу, било би довољно, ако би одговорност произвођача за несаобразност била само супсидијарна и акцесорна, каква је постојала према ЗЗП-2010. Тиме би се заштитили интереси и оних потрошача који су купили робу која се не сматра техничком, у случају када продавац престане да постоји или постане инсолвентан. У оба случаја би обим одговорности произвођача било смислено ограничити на оправку или замену производа, тј. на примарне захтеве потрошача по основу несаобразности, јер је произвођач у најбољој могућности да их отклони. Рационално је, наиме, да се одговорност произвођача ограничи на онај недостатак у производу који типично настаје у његовој сфери контроле. Тако, одговорност произвођача за несаобразност требало би устројити за недостатак због којег производ нема она својства која су потребна за редовну употребу производа исте врсте, односно ако производ нема тај квалитет и функционисање који су уобичајени за робу дате врсте и што је потрошач основано могао да очекује с обзиром на при-

[121] ЗЗП-2021, чл. 5 ст. 1. т. 16).

роду датог производа. Такво решење предвиђа мађарско право. Међутим, не би било нерационално да се директна одговорност произвођача прошири и на друге случајеве несаобразности, како су то предложили Бредгејт и Твиг-Флеснер, чији се разлог може идентификовати у његовој сфери контроле, али се не могу дефинисати неподобношћу производа за редовну употребу. Пре свега би било оправдано установити одговорност произвођача за одступање производа од информација које су садржане у јавном обећању, у огласу или на амбалажи производа, под условом да оне потичу од њега. Не чини се оправданим, међутим, да се установи директна одговорност произвођача и за оне недостатке који су настали искључиво у сфери контроле продавца, при чему би произвођач имао право регреса према продавцу који је потрошачу продао производ, како су то предложили Бредгејт и Твиг-Флеснер. Таква одговорност би можда била смислена у систему продаје која се заснива на селективној дистрибуцији, у којем произвођач може да контролише активности продавца. Често, међутим, након дистрибуције робе од произвођача продавцу који је с њим у непосредном уговорном односу, роба циркулише на тржишту без знања и надзора произвођача. Не чини се смисленим да се устроји одговорност произвођача према потрошачу и за недостатке који се искључиво могу приписати активности продаваца на чије изјаве и маркетиншку делатност није могао да утиче.

Напослетку, приликом устројавања произвођачке гаранције у потрошачком контексту требало би обратити пажњу на постојећу регулативу у ЗОО. Чини се смисленим решењем да се обавезна произвођачка гаранција уреди у ЗЗП, у складу са приступом прихваћеним у нашем праву да се материја грађанскоправне заштите потрошача не регулише у ЗОО већ у посебном закону. При томе рационалним би се могао сматрати номотехнички приступ да се у ЗЗП предвиди обавеза издавања произвођачке гаранције, при чему би ЗЗП упућивао на примену правила ЗОО о гаранцији. Имајући у виду да у практичној примени може бити спорно који би производи потпадали под обавезу издавања произвођачке гаранције, требало би размотрити и алтернативу да се у ЗЗП делегира у делокруг надлежном министарству да одреди групе производа за које би издавање произвођачке гаранције,

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Bradgate, Robert, Twigg-Flesner, Christian, ‘Expanding the Boundaries of Liability for Quality Defects’, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 25, 2002, 345-377.

Дудаш, Атила, „*Осврт на регулативу саобразности и гаранције у мађарском праву – пример транспозиције Директиве 1999/44/ЕЗ у општа правила уговорног права”, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3 из 2020. године, стр. 1043-1064.

Ebers, Martin, Janssen, André, Meyer, Olaf „Comparative perspective“, *European Perspectives of Producers' Liability* (eds. Martin Ebers, André Janssen, Olaf Meyer), Sellier 2009, pp. 3–76.

EU Consumer Law Compendium – The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States (eds. Hnas Schultke-Nölke, Christian Twigg-Flesner, Martin Ebers), Sellier, Munich, 2008

Fuglinszky, Ádám, *Fogyasztói adásvétel, kellék- és termékszavatosság* [Потрошачка купопродаја, саобразност и непосредна одговорност произвођача] Wolters Kluwer, Budapest, 2016

Караникић Мирић, Марија, „Усклађеност српског потрошачког права са Директивом 99/44/ЕЗ о продаји робе широке потрошње и пратећим гаранцијама“ стр. 173-191. у: *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, књига: 1. уредник: Стеван Лилић, Правни факултет у Београду, Београд, 2011

Karanikić Mirić, Marija „Serbia – Legislative Techniques“ pp. 436-440. in: *Civil Law Forum for South East Europe – Collection of Studies and Analyses*, Volume III, GTZ, Cavtat, 2010.

Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz [Коментар Грађанског законика], уредник: Lajos Vékás и Péter Gárdos, 2. том, Complex – Wolters Kluwer, Budapest 2014.

Miklitz, Hans W., 'The New German Sales Law: Changing Patterns in the Regulation of Product Quality', *Journal of Consumer Policy*, Vol. 25, 2002, 379-401.

Мићовић, Миодраг, „Од одговорности за материјалне недостатке до одговорности за недостатке саобразности према директиви ЕУ 1999/44“, Право и привреда, бр. 5-8/2007, стр. 276-284.

Николић, Ђорђе, „*Гаранција и неке контроверзе у вези са уређењем гаранције у актуелном српском праву*“, Зборник Правног факултета у Нишу бр. 81, 2018, стр. 51-68.

Николић, Ђорђе, „*Одговорна лица по основу гаранције за исправно функционисање продате ствари*“, Зборник Правног факултета у Нишу бр. 65, 2013, стр. 237-252.

Радишић, Јаков, *Гаранција за трајан квалитет и одговорност за штету од ствари са недостатком*, Институт за упоредно право, Београд, 1972.

Reich, Norbert et. al., *European Consumer Law*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014

Szakértői Javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez [Стручни предлог за нацрт новог мађарског Грађанског законика], уредник: Lajos Vékás, Complex – Wolters Kluwer, Budapest, 2008

Симоновић, Драгољуб, *Коментар Закона о заштити потрошача*, Драгољуб Симоновић, Београд, 2006

Vékás, Lajos, „Az uniós fogyasztói szerződési jog megújítása és az új irányelvek átültetése” [Новелирање комунитарних правила о уговорном потрошачком праву и транспоновање нових директива], *Magyar Jog*, 2021/2, 65-75.

Vékás, Lajos, „A fogyasztói adásvételről szóló EK-irányelv és átültetése a magyar polgári jogba” [Директива ЕЗ о потрошачкој купопродаји и њено транспоновање у грађанско право Мађарске], *Magyar Jog*, бр. 2000/11, 646-660.

Weatherill, Stephen, *EU Consumer Law and Policy*, Elgar European Law, Cheltenham, 2013

Whittaker, Simon, *Liability for Products*, Oxford, Oxford University Press, 2005

ИЗВОРИ ПРАВА И ПРИПРЕМНИ ЛЕГИСЛАТИВНИ АКТИ

Право Европске уније

Communication on the Implementation of Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees Including Analysis of the Case for Introducing Direct Producers' Liability, COM (2007) 210 final

Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees

Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on Consumer 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

Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on Certain Aspects Concerning Contracts for the Sale of Goods, Amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and Repealing Directive 1999/44/EC

Green Paper on guarantees for Consumer Goods and after-sales services, Commission of the European Communities, COM (93) 509 final

Green Paper on the Review of the Consumer Acquis, COM (2006) 744 final

Право Републике Србије

Закон о заштити потрошача, *Службени лист СРЈ*, бр. 37/2002.

Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 79/2005

Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 73/2010

Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014, 6/2016 – др. закон і 44/2018 – др. закон

Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 88/2021

Закон о облигационим односима, *Службени лист* СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист* СРЈ, бр. 31/93, *Службени лист* СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник* РС, бр. 18/2020.

Закон о стандардизацији, *Службени лист* СРЈ бр. 30/96, 59/98, 70/2001 и 8/2003.

Закон о стандардизацији, *Службени лист* СЦГ, бр. 44/2005.

Закон о стандардизацији, *Службени гласник* РС, бр. 36/2009 и 46/2015.

Закон о трговини, *Службени гласник* РС, бр. 52/2019.

Нацрт Закона о заштити потрошача и Образложење нацрта (2019) https://mtt.gov.rs/slider/javne-rasprava-o-nacrtu-ozp/ (приступ страници: 10. априла 2021. године)

Предлог Закона о заштити потрошача Владе Републике Србије (2014) https://www.srbija.gov.rs/dokumenti/2430 (приступ страници: 10. априла 2021. године)

Предлог Закона о заштити потрошача Владе Републике Србије (2021) https://www.srbija.gov.rs/prikaz/512736 (приступ страници: 10. априла 2021. године)

Attila I. Dudás
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
A.Dudas@pf.uns.ac.rs

Producer's Direct Liability for Non-conformity in European and Serbian Law

Abstract: *According to the Directive 1999/44/EC on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees the seller is solely responsible for non-conformity. The majority opinion was that there was no need to establish producer's direct liability by the legislation of the EU. However, due to its minimalistic legislative approach, the Directive enables Member states to maintain or introduce more stringent rules in order to achieve higher level of consumer protection, including rules on producer's direct liability for non-conformity. A relatively smaller number of member states used this opportunity to maintain or introduce regulation on producer's direct (or subsidiary) liability for non-conformity. Producer's direct liability is not envisaged by the new Directive (EU) 2019/771 either.*

In the Serbian law the Consumer Protection Act from 2010 envisaged producer's subsidiary liability for non-conformity. The Act from 2014 replaced this with the rule on the seller's right to claim redress from the producer in the distribution chain for the obligations performed towards the consumers on the grounds of non-conformity. This approach is supported in the new Act from 2021. The lack of the producer's direct or subsidiary liability puts the consumer in a precarious position in which he or she may not enforce the rights based on non-conformity, if the seller had ceased to exist or had become insolvent, especially taking into account that as of 2005, the producer's guarantee became voluntary. Such a state of regulation may be considered inappropriate. In this paper a proposal is made to (re)introduce the producer's compulsory guarantee for technical goods, supplemented by producer's subsidiary liability for non-conformity. As an argument in favor of the proposal the example of the Hungarian law may be posed, in which the producer's compulsory guarantee and the producer's (direct) liability for non-conformity exist in parallel and well-synchronized. Both the producer's compulsory guarantee and their subsidiary liability for non-conformity should be limited to defects and other causes of non-conformity that fall within the producer's sphere of control. Similarly to the Hungarian law, the producer's liability should be limited to repair or replacement of the defective or non-conforming product, which are the consumer's primary remedies.

Keywords: *Directive 1999/44/EC, producer's direct liability for non-conformity, producer compulsory guarantee, Consumer Protection Act.*

Датум пријема рада: 13.10.2021.
Датум прихватања рада: 23.01.2022.

Прегледни рад 340.134:340.115
doi:10.5937/zrpfns55-30878

Драгана М. Ђорић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Coric@pf.uns.ac.rs

ДА ЛИ СУ НАМ ПОТРЕБНА ПРЕЦИЗНИЈА МЕТОДОЛОШКА ПРАВИЛА ЗА ПИСАЊЕ ПРОПИСА?*

Сажетак: *Да би језик био у потпуности прихваћен као средство комуникације, потребно је да „учесници располажу истим кодом, тј. системом знакова или симбола на основу којих састављају поруке“*[1]*. Комуникација тече неометано када све стране у процесу познају добро код који се користи. Понекад, кодови који се користе у припреми порука се разликују од кодова који су познати примаоцима порука. Комуникација онда постаје нејасна и једносмерна и мора се довести у стање једнозначности кода који се користи за припремање и пријем порука.*

У процесу писања прописа користе се различити језички кодови: онај свима познат, односно углавном свакоме познат, и други, који је саткан од стручних појмова и појмова из страних језика. Појмови из овог другог кода се нужно морају објаснити појмовима из оног првог, познатијег и чешће употребљаваног кода, пошто се и прописи пишу, за шири круг лица, не само за правнике који познају боље други код.

Због језичких али и структуралних и логичких изазова који настају у процесу писања прописа, 2010. године су усвојена Јединствена методолошка правила за писање прописа. Овај акт је уредио најпрецизније до тада начин писања прописа, њихову унутрашњу структуру и инсистирао на утврђивању јединственог стила писања и терминологије која ће се користити приликом писања, управо због шароликости адресата на које се прописи односе.

У нашем раду разматрамо могућу потребу за променом, односно још већим језичким прецизирањем неких одредаба овог прописа, у контексту

* Овај рад је резултат реализовања пројекта ***„Правна традиција и нови правни изазови“*** који се финансира средствима Правног факултета Универзитета у Новом Саду.

[1] Ранко Бугарски, *Увод у општу лингвистику*, Београд 1996, 44.

улоге и значаја језика у праву. Сви наши предлози проистичу из детаљно образложених изазова са којима се савремено законодавство у процесу настајања и сопствене примене сусреће у последње време.

***Кључне речи**: језик, методолошка правила, прописи.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Стварање права је изузетан умни, језички и логички подухват. Р. Лукић је сматрао, да се „мисли које се желе изрећи прво интерно морају што више појаснити, да би се исте могле касније изрећи кратким реченицама“.[2] Сви напори ствараоца неке поруке морају бити усмерени на стварање што јасније поруке- првенствено њему самом, јер ће тако боље пренети исту поруку другима. У ту сврху потребно је користити, што је више могуће, свакодневни говор, речи које се најчешће користе и имају углавном свима познато значење. Те свакодневне речи се користе ради објашњавања правних појмова, јер ако бисмо правне појмове објашњавали сродним правним појмовима, ушли бисмо у опасно кружно дефинисање, које нас доводи до логичке грешке.

Прецизност језичког израза у нормама нам је изузетно важно, јер оне дају смернице адресатима у погледу садржине и начина остваривања њихових права и обавеза. Р. Лукић је сматрао да је потребно извршити накнадну проверу разумљивости језика „путем претходног показивања обичном грађанину и проверити га пре коначног стављања у законодавни поступак“[3]. Такве провере у нашем законодавству су уведене у виду *јавних расправа*- јавног објављивања текстова предлога закона на веб страницама надлежних министарстава или Народне скупштине Републике Србије или јавних уживо представљања у највећим градовима на територији Републике Србије. Будући да јавне расправе кратко трају (најдуже до месец дана у овом облику) и да су делом директно повезане са употребом рачунара и интернета, којима опет један део становништва у земљи нема адекватан приступ или нема приступ уопште, ова фаза провере разумљивости текста остаје неупотпуњена и њени резултати прилично неуверљиви[4].

Због свих ових наведених разлога 2010. године су усвојена Јединствена методолошка правила за израду прописа[5](у даљем тексту: Јединствена пра-

---

[2] Радомир Лукић, *Методологија права*, Београд, 1987, 53.

[3] Р. Лукић, 54.

[4] У околностима глобалне пандемије, јавне расправе уживо су скоро у потпуности суспендоване. Углавном се одржавају електронским путем, било само достављањем коментара на мејл одређене институције предлагача закона, или организовањем расправа употребом zoom апликације.

[5] *Сл. гласник Републике Србије* бр. 21/2010.

вила). Наведени акт је први којим су регулисана правила за израду закона, одлука, Пословника саме Народне скупштине Републике Србије, као и других аката које овај законодавни орган доноси. Исте године је и Влада Републике Србије усвојила Методологију за израду подзаконских прописа[6](у даљем тексту : Методологија) које доносе Влада и органи државне управе (министарства и посебне организације). Методологија се примењује на израду уредаба, одлука и Пословника Владе (прописи Владе), као и на израду правилника, наредаба и упутстава (прописи органа државне управе), а сходно се примењује и на друге опште акте које, у складу са законом, доноси Влада. Јединственост ових правила је двојака:

а) у актима су први пут кодификовано наведена сва правила израде општих правних аката које доноси Народна скупштина, односно Влада Републике Србије и органи државне управе;

б) правила израде аката униформно важе за све акте које доноси скупштина, односно Влада Републике Србије и органи државне управе; одступања од форме или структуре које су прописане Јединственим правилима или Методологијом за израду подзаконских прописа су могућа, само се морају у сваком посебном случају навести и образложити оправданост одступања[7].

Предмет нашег интересовања у овом раду су само Јединствена правила за израду прописа и то одређени чланови овог акта, за које сматрамо да се нужно морају променити. Сва даља навођења одредаба или делова одредби прописа и предлози које упућујемо у овом раду, односе се искључиво на овај акт.

2. СТРУКТУРА ЈЕДИНСТВЕНИХ МЕТОДОЛОШКИХ ПРАВИЛА

Јединствена правила се састоје из два дела и девет глава. У оквиру првог дела налазе се следеће главе:

Уводне одредбе;

Садржај прописа;

Форма прописа:

Језик, начин и стил писања прописа.

Теме које су обрађене у првом делу овог прописа обухватају правила за писање прописа који се први пут доноси или ће у њему бити наведене толике промене да је целисходније написати нови јединствени текст.

---

[6] *Сл. гласник Републике Србије* бр. 75/2010-26, 81/2010-36 (исправка), доступно и на: *https://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/rep/sgrs/vlada/zakljucak/2010/75/1/reg.*

[7] Чл. 2 ст. 2 Јединствених правила; чл.1 ст. 3 Методологије.

У оквиру другог дела, налазе се следеће главе:
Измене и допуне прописа;
Пречишћен текст и исправка прописа;
Правила израде образложења прописа;
Начин писања амандмана;
Завршна одредба.

Теме у оквиру друге главе се баве процесима измена и допуна првобитног текста прописа, као и стварања јединственог пречишћеног текста закона након вероватно бројних појединачних промена тог истог прописа. Такође, значајно је спомињање и начина писања амандмана, будући да се подношење амандмана као предлога промене предлога акта који се налази у законодавној процедури спомиње само још у Пословнику о раду Народне скупштине Републике Србије, али без детаљнијег објашњења како се исти амандман пише.[8] Претпоставка је да се писању амандмана приступа на исти начин као и писању основног текста акта: навођењем законског основа за доношење или промену нечега што је предмет амандмана, навођењем пуне формулације дела аката који је предмет амандмана и навођењем образложења зашто се исти сматра целисходнијим од већ постојећег решења.

Овај акт је заправо регулисао начин сопственог настанка и представља угледни акт према коме треба да се пишу сви други акти из наведене групације аката, након његовог доношења. Његова структура стриктно следи сопствену садржину и заповести форме које он изграђује.

Предмет нашег интересовања у овом раду су одредбе чланова 7, 31, 33 и 34, које се односе на употребу одређених речи приликом дефинисања појмова унутар прописа и на употребу савременог српског језика у истој делатности. Анализа позитивноправних прописа, као и практично номотехничко искуство аутора у области писања (предлога) прописа о којима одлучује Народна скупштина, указују на потребу промене ових правила, тачније – на потребу њиховог језичког прецизирања која ће, према нашем мишљењу, довести и до олакшаног номотехничког рада уопште, као и олакшане примене самих прописа. Прецизност у изражавању заповести путем норми је у неким областима права изузетно важна, док у неким областима, како је сматрао и Р.Лукић, „постоји извесна граница преко које прецизност више штети него што користи праву“[9]-нешто треба оставити и аутономији воља странака и дати им слободу потребну за одлучивање. Сматрамо да су Једин-

[8] Тачније, чланови 161-165 се баве амандманима, а посебно чл.162, који у ст. 2 упућује директно на примену Јединствених методолошких правила у овом делу. Пречишћени текст Пословника о раду Народне скупштине Републике Србије доступан је на линку: *http://www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina-/vazna-dokumenta/poslovnik-(precisceni-tekst)/ceo-poslovnik-(precisceni-tekst).1423.html*. Датум приступа: јануар 2021. године.

[9] Р. Лукић, 216.

ствена правила управо такав акт, којем је потребно прецизирање сопствених правила за стварање других аката и да тиме истовремено неће бити угрожена споменута аутономија.Од његове прецизности и ауторитета као угледног примера, зависи у многоме и прецизност и доследност номотехничког рада, који није сам себи довољан, већ је усмерен ка усмеравању чињења и нечињења адресата.

3. ИЗАЗОВИ ДЕФИНИСАЊА ПОЈМОВА И РЕЧИ КОЈЕ СЕ КОРИСТЕ У ИЗРАДИ ПРОПИСА

Чл. 7 Јединствених правила гласи:

Дефиниција је део уводног дела прописа који се налази после предмета уређивања, а садржи објашњење значења појединих појмова који се користе у пропису.

У дефиницији се користе општепознати и недвосмислени изрази[10].

Под *општепознатим*[11] *изразом* се подразумева онај израз или скуп речи који су познати ширем кругу људи/популације у друштву, са чијим значењем је упознат највећи број људи и користи баш то значење у својој свакодневној комуникацији најчешће. Неки израз може бити општепознат и имати више значења – тада се под стварним, општепознатим значењем подразумева оно значење те речи или израза које се најчешће користи, односно, оно значење које се налази на листи значења као прво.

С тим у вези, општепознати израз, чије значење би свима могло бити познато, и јасно би могао бити, примера ради – „дете“. Дете је свака особа млађа од 18 година, како га дефинише и највећи број међународних докумената[12] као и наше позитивно право. Дете је особа која има оца и мајку – родитеље, без обзира да ли су они њему лично познати или живи ли или не живи са њима у заједничком домаћинству[13]. Међутим, ово општепознато значење речи „дете“ се квари значењем које ова иста реч има у кривичном праву.

---

[10] Наглашавање подвлачењем учинио аутор овог рада.

[11] Дефиницију „општепознатог израза“ не налазимо у бројним речницима , тако да наведене дефиниције су искључиво ауторове, настале из познавања правила језичког тумачења права и других извора српског језика.

[12] Примера ради, тако дете дефинише и *Конвенција о правима детета Уједињених нација* из 1980. одине у свом чл. 1. Текст Конвенције доступан на : *https://www.unicef.org/serbia/media/3186/file/Konvencija%20o%20pravima%20deteta.pdf.* Датум приступа: јануар 2021. године.

[13] Чланови 59-69 Породичног закона, *Сл.гласник Републике Србије*, бр.18/2005, 72/2011, 6/2015).

Наиме, кривично право дететом сматра само особу старости до 14 година[14], док сва лица старија од 14 година су малолетна лица[15], односно категоришу се даље у млађа малолетна и старија малолетна лица. Дакле, лица старости од 14 до 18 година нису у смислу кривичног права „деца", већ малолетна лица, која су делимично кривично одговорна.Овде наилазимо на још једну дефиницијску конфузију и сходно томе нарушавање „оптепознатости" значења неке речи, јер Породични закон под „млађим малолетником" сматра лице млађе од 14 година, а „старијим малолетником" лице у доби од 14 до 18 година[16]. Тиме је нарушена и „општепознатост" значења појмова „млађи малолетник" и „старији малолетник". Наравно, сваки од ова два закона је извршио дефинисање ових појмова у складу са својим непосредним циљевима, но зашто је потребно имати оволику терминолошку различитост и речима које јесу општепознате променити значење у зависности од прописа у коме се налазе ?Чак и Устав Републике Србије наводи у чл 66. разликовање на децу млађу од 15 година и старију од 15 година. Критеријум старосне границе је успостављен на основу могућности да дете старије до 15 година, уз сагласност родитеља може закључити уговор о раду, што неправнику није одмах јасно, на основу пуког читања ове одредбе Устава[17].

Даље, и у Закону о младима[18] налазимо још једно „урушавање" општепознатости и прихватања појма „детета" као особе млађе од 18 година. Овај закон дефинише лица старости од 15 до 30 година младима, чиме изузима из опште категорије деце оне старости од 15 до 18 година. Будући да Закон о младима фигурира као специјални закон јер из целе популације узима један део популације и њом се детаљније бави – произилази да старији од 15 година а све до своје 18 године, нису фактички ни правно деца, него млади, за које важе потпуно другачија правила.

Такође, у ширем семантичком и биолошком смислу – сви смо деца својих родитеља, и када они нису више живи[19]. Сходно фикцији из римског

---

[14] Чл. 112 ст. 8 Кривичног законика, *Сл.гласник Републике Србије*, бр.85/2005, 88/2005 – исправка., 107/2005 – исправка., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

[15] Чл. 112 ставови 9 и 10 Кривичног законика.

[16] Чл. 64 ставови 1 и 2 Породичног закона.

[17] Чл. 24 Закона о раду, *Сл. гласник Републике Србије*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење.

[18] Чл. 3 ст. 1 тч. 1 овог закона, *Сл.гласник Републике Србије бр.*50/2011.

[19] У чл.85 Породичног закона стоји да родитељско право престаје, претпостављамо алтернативно, јер другачије наведено, на следеће начине: када дете наврши 18. годину живота; када дете стекне потпуну пословну способност пре пунолетства; када дете буде усвојено; када родитељ буде потпуно лишен родитељског права; када умру дете или родитељ. Наведено је релевантно у контексту права, међутим веза између родитеља и детета, која је биолошка, духовна, психолошка, не престаје ни након смрти једног од то двоје. Такође, у

права – и зачето а нерођено дете се сматра живорођеним дететом ако је то у његовом интересу, па је и овде нарушена „општепознатост“ речи „дете“[20].

У ставу 1. члана 7 Јединствених правила се и наводи да се у сваком пропису морају дефинисати појмови који ће се користити у истом, да би се одредило њихово значење и смисао у наведеном пропису. У сваком од претходно наведених прописа и јесте то учињено: сваки од њих је у складу са својим циљевима извршио дефинисање речи „дете“.Међутим, те различите дефиниције озбиљно нарушавају принцип „општепознатости“, и истовремено и „недвосмислености“ широј популацији која ће морати да поступа по заповестима из тих прописа.

„Недвосмисленост“ се према Речнику синонима[21] дефинише као „апсолутан, неспоран, безуслован, сигуран, несумњив, неоспоран, чињеничан, необорив, кредибилан, проверен, непобитан, непоречив, известан, фактичан, поуздан, уверљив, непроблематичан, истинит, крајњи, искуствен (доказан искуством), експлицитан, проверљив, неупитан, потврђен, неопоречив“. Матичин речник српског језика из 2007. године је још прецизнији, с тим да он третира само појам „двосмислености“- то су оне речи које имају два смисла или значења.[22] С тим у вези, када дефинисање речи „дете“ „провучемо“ кроз све ове синонимне детерминанте- и недвосмисленост ,као таква, је такође нарушена.

Закони се пишу не само за правнике, судије, адвокате и друге посленике правне речи. Они се пишу, стварају и примењују због обичних људи, њима су упућени и оваква недоследност може довести до конфузије[23]. С тим у вези сматрамо, да се након става 2. може додати нови став (или и два става) следеће садржине:

Различите дефиниције једног истог израза , који се сматра општепознатим, морају бити уједначене и усклађене са основним и најчешће употребљаваним значењем тог израза у друштву.

Изузетак од овог правила је могућ, при чему се исти мора посебно образложити.

целом трећем делу Породичног закона, које се бави односима родитеља и деце, „дете“ се спомиње више као биолошка него правна категорија и одредница.

[20] Опис ове ситуације се налази у чл. 47 став 2 Породичног закона: „Изузетно, признање очинства производи дејство иако је дато пре рођења детета, ако се дете живо роди“.

[21] Павле Ћосић и сарадници, *Речник синонима*, Београд 2008,417.

[22] *Речник српског језика*, Матица српска, Нови Сад, 2007, 612.

[23] Неке лингвистичке теорије спомињу „идеалног говорног представника“- човека који поседује идеалну језичку способност (познаје правила језика и коришћења односно комбиновања јединица језика), идеално знање одређеног језика, и идеално разрађену и усавршену компетенцију комуникације. Пошто у језичкој стварности, самим тим и друштвеној стварности такав говорник и познавалац језика не постоји, а да се и број просечних познавалаца језика све више смањује, упитно је колико је валидан овај захтев и даље. Милорад Радовановић, *Социолингвистика*,1979 ,46-48.

Сматрамо даље да је потребно извршити још једно прецизирање , које се односи на употребу савременог српског језика, како је то наведено у члану 31 Јединствених методолошких правила:

У попису треба употребљавати речи савременог српског језика у њиховом уобичајеном значењу.

На први поглед, овај став делује прилично јасно: користиће се речи које познаје највећи број људи у друштву у њиховом савременом облику, и уобичајеном значењу. „Утицај културе и друштвених промена на лексички систем огледа се како у новим речима које улазе у наш језик тако и у новим значењима која развијају већ постојеће речи у српском језику. Ако упоредимо Матичине речнике српског језика – шестотомни речник из 1967. и једнотомни из 2007. године ,уочићемо да новија варијанта бележи неке лексеме којих у старијој нема , из простог разлога што раније није ни било потребе за њима, будући да именују тековине савремене технологије , које се у време када је израђиван шестотомни речник још увек нису биле развиле“[24] .

Развој технологије, науке и друштва самог је довело до стварања нових речи које означавају нове појаве. Развој језика је стога нужан јер треба и мора да прати токове развоја друштва и дефинисати, доносно давати називе новим стварима и новим односима, које раније нису постојале.Неке савремене речи су речи са којима су неке генерације „већ рођене“. Те појаве, ствари и односи, као „интернет“ су већ постојали од њиховог рођења и не сећају се ниједног момента у својим животима да тих појава, односа и ствари није било. Старије генерације, које памте и време без тих „нових“ појава, ствари и односа су уз мање или више отпора, ипак научиле нову терминологију, па је са мање или више успеха и разумевања ипак користе.

Проблем може настати код речи које познају старије генерације унутар друштва и имале су једно значење а сада им је значење у потпуности промењено или су добила додатна значења. Као што примећује Ј. Јовановић, на примеру речи „пионир“, два прва значења ове речи- да је у питању неко ко је нешто први открио, основао, увео неку новину, и да је пионир такође и „припадник инжењерско техничког рода војске“ – су остала идентична у оба споменута издања Матичиних речника српског језика. Међутим, треће значење речи пионир, да је то особа старости од 7 до 14 година, која је члан добровољне друштвене организације је у издању речника из 2007. године добило квалификатор „ист.“- што значи да ово треће значење има само историјску вредност. Са престанком постојања СФРЈ, и пионири су као један од

[24] Јована Јовановић, „Друштвено културне иновације и богаћење лексичког система српског језика“, *Језик данас, гласило Матице српске за културу усмене и писане речи*, Нови Сад, 2017, година XIII, број 9, 6-11.

изричитих симбола социјалистичког уређења и организовања деце и њиховог начина васпитања и учења неких значајних социјалних вештина, престали да постоје. Премда, просечан човек и данас пре познаје и признаје ово треће, историјско значење речи „пионир“, као једино могуће и постојеће јер је више деценијски живот у социјалистичком окружењу створио асоцијативну, синаптичку везу између речи „пионир“ и њеног значења на овај начин[25].

Сличан пример је и реч „модел“[26], за коју исти Матичин речник наводи да има чак 11 значења; као прво значење се наводи да је то особа која позира сликару или вајару, затим да је то особа која служи писцу као узор, и да је модел узорак неког материјала према коме се стварају друге фигуре[27]. Са друге стране, Асоцијативни речник српског језика даје другачију слику о значењу ове речи, јер испитаници (њих чак 800) реч „модел“ смештају у сферу манекенства, које се у Матичином речнику ни не спомиње. То нас наводи на закључак да су асоцијације људи на одређене речи понекад битно другачије од оног што речници стандаризованих значења признају тим речима као значење. Због тога је веома битно пронаћи баланс између ова два значења, посебно имајући у виду да се прописи пишу за просечне грађане земље чија устаљена асоцијативна значења неких речи могу довести до конфузије у схватању одређених прописа и самим тим и до погрешне примене истих[28].

Промена значења речи је „део нормалне еволуције језика“[29] јер тако језик живи, расте и мења се сходно друштву коме је потребан. Ниједно значење неке речи није узето једном заувек, и постављено као непромењиво; тако би језик уместо да постане средство развоја друштва постао средство

[25] Грађани старији од 40 година су и последње генерације тих пионира, који су физички и ментално прошли припрему за улазак у ову заједницу и били њени чланови. Њима је и, неколико деценија након укидања пионирског покрета, једина могућа асоцијација на ову реч – управо тај покрет.

[26] J.Јовановић, ibid. Ауторка сумарно представља резултат анализе ових речи друге ауторке Р.Драгићевић, до чијег рада нисмо могли доћи током писања нашег рада у изворном облику, па зато резултате тог истраживања наводимо посредним путем.

[27] Модел се користи и за дефинисање примера закона какав треба да буде, у смислу побољшане верзије постојећег. Тада се назива модел законом.Такви модели су полазна основа за покретање поступка за промену закона, посебно када се мења закон или други општи правни акт у већем делу или целини.Примера ради, на основу Модела закона о заштити података личности, израђеног 2017. године, донет је 2018. године Закон о заштити података о личности, *Сл. гласник РС*, број 87 од 13. новембра 2018. године.Реч „модел“ је овде употребљена у свом трећем значењу, сходно речнику значења који смо навели у тексту. Модел закони се негде дефинишу и као кодификације правила о одређеној теми, посебно у међународним односима, Jelena Vilus, „Model zakon UNCITRAL-a o nabavkama robe i investicionih radova, 1993.: kodifikacija pravila o međunarodnim licitacijama“ *Strani pravni život*, no. 1, 1994, pp. 77-89. Ово значење је битно другачије од свих до сада наведених.

[28] Честа употреба речи „модел“ је и у контексту начина, па тако „нови модел фискализације“ представља нови начин, другачији начин да се фискализација обавља.

[29] Р. Бугарски, 210.

кочења његовог развоја. Промене значења речи у том смислу могу ићи ка сужавању или проширењу обима дефиниције неки речи, или могу довести до потпуно новог значења. Но, то није разлог за било какво страховање. Свесни смо чињенице да ни „творац норми није савршен познавалац језика“[30]и истовремено је могуће увек сваки правни текст дати на језичку редакцију и усавршавање. Важно је приликом стварања текста аката имати у виду и модерност тренутка, просечно лингвистичко знање адресата и њихову спремност да разумеју више од тога што је написано.

Имајући у виду претходне напомене, сматрамо да је потребно извршити прецизирање става у делу који се односи на „ уобичајено значење „ , тако да се јасно нагласи да се као уобичајено значење узима оно значење неке речи које је прво, најчешће или најшире познато. Тако да би онда члан 31. могао да гласи:

Под уобичајеним значењем се сматра оно значење неке речи које је, најчешће коришћено у свакодневном обичном говору или најшире познато.

Тиме бисмо спречили ограничавање уобичајеног значења само на прво значење, у смислу првог споменутог у најновијој верзији речника српског језика, јер могуће је да прво значење које као такво признаје стандардизовани језик, није увек и најчешће и најшире познато значење те исте речи (као што је случај код речи „пионир“).

4. УПОТРЕБА СТРАНИХ РЕЧИ У ПРОПИСИМА

Једна од седам заповести кнеза Милоша у изради прописа је гласила:

‘Оћу, да се све стране речи сасвим изоставе, и нека се траже српске.[31]

Његов захтев је разумљив, као и жеља да се сачува народни дух, кроз очување народног језика примењеног у прописима.Тај захтев је и даље превасходан, управо због неслућених могућности развоја језика као средства комуникације и средства развоја друштва. Модернизација различитих сфера друштвеног живота, стварање нових облика, односа и ствари је нужно довела и до уплива страних речи и у наш језик. Неке су већ толико дуго присутне, да нисмо ни свесни да су страног порекла. Честа употреба тих речи их је учинила делом нашег језичког идентитета.

---

[30] Слободан Благојевић, *Методологија права*, Службени гласник СРЈ,1997,106.

[31] Доступно на: https://www.uzzpro.gov.rs/latinica/biblioteka-propisi.html, приступ сајту : фебруар 2021. године.

Лингвисти су, са друге стране. временом оформили два „табора“ – први је био изузетно непријатељски одређен према употреби страних речи у нашем језику, сматрајући да се тако“угрожава изражајни лик стандардног језика и удаљава се од своје народне основице“[32], док је други помирљивије прихватао могућност употребе страних речи чак и када постоји адекватни језички еквивалент за исте, „ако су у питању речи које су одавно ушле у језик и постале саставни део лексичког фонда сваког иоле образованог човека“. У том смислу, стране речи јесу средство обогаћења речничког фонда људи, и не морају нужно утицати на удаљавање језика од својих језичких, националних, културних и историјских корена. Са друге стране, тражење адекватне речи у српском језику, чак и путем стварања нових речи од домаћих основа и наставака у српском језику је изузетно ретка- јер изискује много више труда и можда та новостворена реч неће у потпуности одговарати народном духу самог језика. Зато је „необично , дакле, да се за именовање новог појма или појаве начини нова домаћа реч, а сасвим природно да се тај појам назове страним именом, што је у већини случајева и логично, будући да се говорник са новим појмом и сусрео управо посредством страног језика.“ [33]

Грешка у коришћењу страних речи уместо тражења домаће речи је, према личном номотехничком искуству аутора, то што нормотворци покушавају страну реч да преведу исто са само једном речи из српског језика, а то често није могуће. Превод неке стране речи може бити еквивалентан скупу речи, чија се употреба избегава, да се текст норме не би оптерећивао сувишним речима. Због тога, употреба стране речи делује лакше, једноставније и брже, без посебних умних потрага и смишљања адекватне домаће замене. Зато и одредбу члана 33 Јединствених правила, која гласи:

Сшране речи моīу се користишши у īропису ако у срīском језику не īосшоје одīоварајуће речи.

Можемо узети као *ultima ratio* – ако, и само ако није могуће пронаћи одговарајући еквивалент у српском језику, састављен од једне речи или више речи у оквиру синтагме. Последње деценије су „обогатиле“ наш језик посебно бројним англицизмима, који су као такви доспели из области информатике, рачунарства, филма, чак и права и књижевности. Иако су испрва деловали чудновато, временом су због учестале примене постали одомаћени.

[32] Егон Фекете, „Страна лексика у српскохрватском језику“, *Језик у савременој комуникацији*, трибина, текст доступан на : *https://dais.sanu.ac.rs/bitstream/handle/123456789/2454/fekete.strana.leksika.pdf?sequence=1&isAllowed=y.* Приступ сајту: јануар 2021. године.

[33] J. Јовановић, 7-8.

Надамо се да ће ипак речи као што су „бинџовање“[34], „зумовање“[35] и сличне, остати ван текстова прописа, или да, и ако се буду морале наћи у истима – ће бити језички и смисаоно прилагођене тексту прописа.

5. СТИЛ ПИСАЊА ПРОПИСА

„Писати јасним и разумљивим стилом је много теже, јер до једноставности треба нарасти“, писао је Љубомир Јовић[36]. С тим у вези нам је значајна садржина чл. 34 Јединствених правила, који гласи:

Одредбе прописа треба да садрже норме писане прецизним, јасним, сажетим стилом, без сувишних речи и на начин који искључује сваку двосмисленост.

Коришћење речи која има два или више значења треба избегавати, а ако то није могуће, жељено значење треба дефинисати у уводном делу прописа.

У овом раду остављамо по страни коментарисање и објашњавање „прецизног, јасног и сажетог стила писања“ у ширем смислу, већ се само фокусирамо на делове садржаја овог члана који, према нашем мишљењу, „узрокују“ такав стил писања. Писање прописа без употребе сувишних и двосмислених или вишезначних речи јесте претходни услов за настанак прецизног, јасног и сажетог стила писања, поред других значајних језичких вештина.

Став 2 члана 34 нас враћа на посебан квалитет текста прописа који је споменут у чл. 7. став 2 Јединствених правила – да *дефиниција некоī īојма не сме бити двосмислена*, и с тим у вези, и на одредбу члана 32 у истом пропису – да се *свака реч има користити приликом писања прописа у њеном уобичајеном значењу.* Дакле, ако нека реч има више значења, мора се користити њено уобичајено и најчешће коришћено значење, што истовремено

[34] Долази од енглеске речи *to binge*. што значи провођење дужег времена у гледању одређеног телевизијског, односно филмског или серијског садржаја; термин је испрва представљао учестало и неограничено узимање хране и пића управо током гледања више филмова или епизода једне серије узастопно, да би се данас под овим појмом подразумевало искључиво само гледање више филмова или епизода једне серије, или чак и цела сезона, у континуитету.

[35] Коришћење апликације *Zoom* у сврху комуникације и преноса садржаја у дужем временском трајању, најчешће коришћене током пандемије 2020. године,за време потпуне блокаде кретања у циљу превенције ширења епидемије ковид-19. Иако у време писања овог рада (почетак 2021. године) свет полако излази из пандемије, коришћење ове апликације у приватне и пословне сврхе је постало нова реалност и најчешће употребљавани начин комуникације већег броја људи.

[36] Љубомир Ив. Јовић, *Језик закона*, друго допуњено издање, Београд 1995,101-103.

значи и да употреба те речи неће оставити сумњу у значење те речи , чак и узето у конктесту у коме је сама наведена. Упозорење које бисмо упутили нормотворцима је да се под сувишним речима не смеју подразумевати раније споменути скупови речи, којима се адекватно преводи нека страна реч. Те речи нису и не могу бити сматране сувишнима у смислу ове одредбе. Одредба става 2 је онда сувишна, јер се двосмисленошћу појмова бави чл. 7 јединствених правила, па би ова одредба могла бити прикључена наведеном члану 7, као други став, јер представља заокружену логичку и смисаону целину. Тако би нова формулација члана 34 могла да гласи:

Одредбе прописа треба да садрже норме писане прецизним, јасним, сажетим стилом, без сувишних речи и на начин који искључује сваку двосмисленост.

Сувишним речима се не сматрају речи коришћене у оквиру адекватог израза на српском језику, којим се преводи нека страна реч.

Значајно је напоменути и потребу писања кратких реченица у оквиру акта[37], сем када је у питању вишеструко набрајање. Набрајање се може извршити употребом посебне енумерације сваког дела набрајања, и постављањем сваког дела у нови ред – што делује преглединије и лакше за визуелно сналажење, или набрајањем у наставку, и раздвајањем тачком, или тачком и зарезом.

6. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Пожељно је да речи у правној норми имају исто значење као и у обичном говору. Изузетно се неким речима може придати значење које је другачије од уобичајеног, и оно мора бити посебно наглашено у оквиру самог акта. Подсетимо још једном, прописи се пишу и усмеравају своје дејство према адресатима који углавном нису и ни не морају бити „потковани“ правним знањем. Због тога је једноставност израза и употреба речи са њима познатим свакодневним значењем нужна. Једноставност и висок степен разумевања прописа воде ка успостављању његовог легитимитета. Из легитимитета ће

[37] Писање кратких реченица, кад год је то могуће је основна методолошка препорука, чак и када је писање научних радова у питању. Умберто Еко сматра да дуге реченице у писаном облику настају јер писац не прави разлику између говорног и писаног облика реченице. Док у говору имамо честе , једва приметне , паузе, чешће удисаје ваздуха, то у писаном облику такве паузе морају да омогуће знакови интерпункције, као што су тачке и зарези. Ако их је превише, мозак ће једноставно заборавити претходно прочитано, или ће бити површно прочитано, без удубљивања и разумевања прочитаног. Умберто Еко, *Како написати дипломски рад*, Београд, 2001, 16.

даље проилазити и уверење у исправност садржине прописа и самим тим, повећаваће се примењивост и ефикасност примене самих прописа.

Ипак, ако се језику и неким речима треба придати другачије , односно посебно правно значење од оног које је највећем броју људи познато, нужно је то додатно објаснити и посебно се потрудити да се знацима језика у истој правној норми не дају различита значења[38]. Ово правило се спомиње и у самим Јединственим правилима (чл.35 ставови 2 и 3). Међутим не налазимо ниједно правило, нити у Јединственим правилима како поступати у ситуацији када једна иста реч у различитим прописима има различито придодато јој значење. Опште правило тумачења нам сугерише да се у контексту тог прописа треба одређена реч тумачити онако како је она за потребе тог закона дефинисана[39], али да ли нам је таква конфузија потребна када је у питању реч која има квалитете општепознатости значења у свакодневном говору, као што смо то указали на примеру речи „дете“? У сваком од прописа које смо претходно навели јесте дефинисана садржина појма „дете“ за потребе прописа, али остаје нејасноћа шта радити и који пропис применити када се морају применити барем два од свих тих прописа истовремено, дефиницију из ког прописа ћемо сматрати релевантном? Сматрамо нужним чињење извесног напора да се могуће злоупотребе, нејасноће и друге сличне ситуације спрече што је више могуће.

„Правници никад не треба да сметну са ума како треба да буду господари свог језика да не би постали робови својих речи“, наводи Д. Митровић у *Уводу у право*.[40] Ниједно тумачење било ког правног текста не може бити идеално, али можемо увек тежити ка што прецизнијем, језичким разумљивијем изразу и значењу сваког правног текста Модернизација језика, којом се прати и модернизација самог друштва, коме се , на крају крајева и упућују прописи, је нужна. Модернизацијски токови се понекада не морају свима свиђати, но потребно је проћи кроз проблеме, искушења и друге изазове да би се дошло до оног како треба, како је боље и уређеније. Свесно или несвесно, сами као чланови друштва стварамо средство комуникације које ће нам исту олакшати, побољшати и која одговара одређеном тренутку у коме се налазимо. Језик је и дете и родитељ успешне комуникације међу људима, а право, у овом случају , мост између заповести и њихове примене, изражен језиком.

---

[38] Момчило Димитријевић, Миодраг Симић, Увод у право, Нишу 1999, 267. Слично наводи и Драган Митровић, *Увод у право*, Београд 2016, 269, као и : Радомир Зекавица, Миодраг Живковић, *Увод у право*, Београд 2013, 259.

[39] Строга правила , неки аутори сматрају, у овој области нису могућа јер „језички искази добијају право значење тек у односу на друштвени контекст на који се односе.“ Р. Зекавица, М. Живковић, 259-260.

[40] Д. Митровић, 264.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Литература:

Бугарски, Ранко, *Увод у општу лингвистику*, Београд 1996
Vilus, Jelena „Model zakon UNCITRAL-a o nabavkama robe i investicionih radova, 1993.: kodifikacija pravila o međunarodnim licitacijama“ *Strani pravni život*, no. 1, 1994, pp. 77-89.
Димитријевић, Момчило; Симић, Миодраг ,*Увод у право*, Ниш 1999
Еко, Умберто *;Како написати дипломски рад*, Београд, 2001
Заповести кнеза Милоша за писање закона. Избор старих прописа,Управа за заједничке послове реоубличких органа https://www.uzzpro.gov.rs/latinica/biblioteka-propisi.html,
Зекавица, Радомир ; Живковић, Миодраг ,*Увод у право*, Београд 2013
Јовановић, Јована, „Друштвено културне иновације и богаћење лексичког система српског језика“, *Језик данас, гласило Матице српске за културу усмене и писане речи*, Нови Сад, 2017, година XIII, број 9, 6-11
Јовић, Љубомир Ив., *Језик закона*, друго допуњено издање, Београд 1995
Лукић, Радомир *Методологија права*, Београд 1987
Митровић, Драган, *Увод у право*, Београд 2016
Речник српског језика, Матица српска, Нови Сад, 2007
Ћосић, Павле и сарадници, *Речник синонима*, Београд 2008,417.
Фекете, Егон „Страна лексика у српскохрватском језику“, *Језик у савременој комуникацији*, трибина, *https://dais.sanu.ac.rs/bitstream/handle/123456789/2454/fekete.strana.leksika.pdf?sequence=1&isAllowed=y*

Прописи:

Закон о заштити података о личности, *Сл. гласник Републике Србије*, бр.87/2018.
Закон о младима, *Сл.гласник Републике Србије бр.*50/2011
Закона о раду, *Сл. гласник Републике Србије*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење
Јединствена методолошка правила за израду прописа, *Сл. гласник Републике Србије* бр. 21/2010
Конвенција о правима детета Уједињених нација из 1980, доступна на: *https://www.unicef.org/serbia/media/3186/file/Konvencija%20o% 20pravima%20deteta.pdf*
Кривични законик, *Сл.гласник Републике Србије*, бр.85/2005, 88/2005 – исправка., 107/2005 – исправка., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019
Методологија за израду подзаконских прописа, *Сл. гласник Републике Србије* бр. 75/2010-26, 81/2010-36 (исправка)
Породични закон, *Сл.гласник Републике Србије*, бр.18/2005, 72/2011, 6/2015).
Пословник о раду Народне скупштине Републике Србије, *http://www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina-/vazna-dokumenta/poslovnik-(precisceni-tekst)/ceo-poslovnik-(precisceni-tekst).1423.html*.
Устав Републике Србије,Сл.гласник Републике Србије, бр. 98/2006

Dragana M. Ćorić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Coric@pf.uns.ac.rs

Do We Need More Precise Methodological Rules for Writing Regulations?

Abstract: *In order for language to be fully accepted as a goal of communication, it is necessary that "participants have the same code, ie. a system of signs or symbols on the basis of which they compose messages. "Communication flows smoothly when all parties in the process know equally well the code that is used in communication. Sometimes, the code used in the preparation of messages differ from the code known to other participants on the other side of the communication process. Communication becomes fuzzy and one-way and must be brought to a state of unambiguous code used for both preparing and receiving messages. In the process of writing regulations, different language codes are used: the one known to everyone, that is, mostly known to everyone, and the other, which is composed of professional terms and terms from foreign languages. The terms from this second code must necessarily be explained by the terms from the first code, that is better known and more frequently used code, since the regulations are also written for a wider circle of people, not only for lawyers who know the second code better.*

Due to linguistic, but also structural and logical challenges that arise in the process of writing regulations, in 2010 the Unified Methodological Rules for Writing Regulations were adopted. This act regulated in the most precise way, the way of writing regulations so far, their internal structure, and also insisted on determining a unique writing style and terminology that will be used when writing legal acts because of the variety of addressees to which the regulations refer.

In our paper, we consider the possible need for change, ie even greater linguistic specification of some provisions of this regulation, in the context of the role and significance of language in law. All our proposals stem from the well-explained challenges that modern legislation has been facing lately in the process of its creation and self-application.

Keywords: *language, methodological rules, regulations.*

Датум пријема рада: 16.02.2021.
Датум достављања коначне верзије рада: 30.12.2021.
Датум прихватања рада: 30.12.2021.

Оригинални научни рад 336.226.2:728
doi:10.5937/zrpfns55-35097

Лука О. Батуран
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
L.Baturan@pf.uns.ac.rs

Горан Б. Милошевић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
G.Milosevic@pf.uns.ac.rs

Цвјетана М. Цвјетковић Иветић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
C.Cvjetkovic@pf.uns.ac.rs

ОЛАКШИЦЕ ЗА ОБЈЕКТЕ У КОЈИМА СТАНУЈУ ОБВЕЗНИЦИ ПОРЕЗА НА ИМОВИНУ*

***Сажетак**: У овом раду аутори се баве пореским олакшицама које су предвиђене за објекте у којима станују обвезници пореза на имовину. Након представљања пореског третмана ове категорије стамбених објеката у упоредном праву, аутори ће критичкој анализи подвргнути пореске кредите код пореза на имовину који су предвиђени за стамбене објекте у српском пореском праву.*

***Кључне речи**: опорезивање стамбених објеката; порез на имовину; порески кредити код пореза на имовину.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Улагање у стамбене објекте је једна од најчешћих инвестиција физичких лица, односно стамбени објекти, по правилу, представљају најважнији

* Рад је настао као резултат рада на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови", чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

део њиховог богатства.[1] Према подацима из 2019. године, 70% становништва Европске уније живи у сопственим стамбеним објектима, а преосталих 30% у изнајмљеним. Убедљиво највећи удео популације који живи у сопственим непокретностима бележи се у Румунији (96%), Мађарској (92%) и Словачкој (91%), а најмањи у Данској (39%), Аустрији (45%) и Немачкој (49%).[2] Када је у питању Србија, према подацима пописа из 2011. године, 87,5% станова користе њихови власници, а 12,5% закупци, подстанари и сродници.[3] Из ових података видимо да на степен власништва над стамбеним објектима утицај имају првенствено културни, институционални, историјски и други фактори, док су они економског карактера другоразредног значаја.[4]

Резиденцијални, односно стамбени објекти се начелно могу поделити у две категорије, и то на оне који се користе за стално становање и на оне који се користе за повремени боравак (за одмор и сл.).[5] Пошто једно физичко лице као стално место становања може да користи више стамбених објеката, на терену пореза на имовину, пореске олакшице се најчешће обезбеђују само оним стамбеним објектима у којима обвезници имају пријављено пребивалиште, односно само онима које представљају њихово главно место становања.[6] Иако за целовито сагледавање пореског третмана наведене категорије објеката треба имати у виду не само порезе на имовину, него и порез на доходак, акценат овог истраживања биће на њиховом третману у оквиру пореза на имовину у статици, тј. пореза на непокретности. Циљ рада је да се коришћењем упоредноправног метода утврди да ли је њихов привилеговани порески третман у упоредном праву правило или изузетак, као и да се утврди начин на који се тај привилеговани третман манифестује. Такође, у раду ће се критички анализирати одредбе посвећене овом питању у српском

[1] Jens Lunde, Christine Whitehead, *How Taxation Varies between Owner-Occupation, Private Renting and Other Housing Tenures in European Countries,* UK Collaborative Centre for Housing Evidence, London 2021, 36.

[2] *Housing in Europe, European Commission – Eurostat,* Luxembourg 2020, 4.

[3] Станови према својини и основу по којем домаћинства користе стан, *https://publikacije.stat.gov.rs/G2013/Pdf/G201318018.pdf*, 12. јули 2021. године.

[4] Salvador Barrios *et al., Housing Taxation: A New Database for Europe,* JRC Working Papers on Taxation and Structural Reforms, No 8/2019, European Commission, Seville 2019, 8.

[5] Вид. чл. 7 Правилника о класификацији објеката, *Службени гласник РС*, бр. 22/15.

[6] Иако је термин „место главног становања“ (енг. *main/primary residence*) шири од термина „пребивалиште“, јер обухвата, илустрације ради, и место уобичајеног боравишта, они ће се у највећем броју случајева подударати. Међутим, то и не мора да буде случај. Тако, у француском праву главно место становања представља место које се користи за смештај барем осам месеци током једне календарске године, осим ако се не ради о коришћењу стамбеног објекта искључиво због пословних обавеза, здравствених разлога или због више силе. Дакле, коришћење, са правне тачке гледишта, прилично неодређеног термина „станује“ у наслову овог рада је последица различитих решења у упоредном праву. Вид. Differences Main Residence and Secondary Residence, *https://en.parisrental.com/blog/essential-rental-info/main-differences-between-main-residence-lease-and-second-home-furnished-lease-in-paris,* 12. август 2021. године.

пореском систему, а све како би се олакшала њихова практична примена, обезбедила једнообразност и унапредила решења у овом домену.

2. ПОРЕСКИ ТРЕТМАН СТАМБЕНИХ ОБЈЕКАТА КОЈИ ПРЕДСТАВЉАЈУ ГЛАВНО МЕСТО СТАНОВАЊА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Упоредноправна анализа нам је показала да су у највећем броју земаља на терену пореза на имовину обезбеђене пореске олакшице за непокретности које представљају главно место становања,[7] односно да су државе које их не предвиђају у својим пореским системима ретке (нпр. Чешка Република, Словачка и Пољска).[8] Углавном се ради о државама које су усвојиле систем опорезивања заснован на површини, које карактерише мања издашност и једноставност. Наиме, пошто овакав начин опорезивања имовине не представља значајно оптерећење за обвезнике, законодавци су се вероватно руководили тиме да не постоји стварна потреба да се објектима у којима станују обвезници пореза на имовину пружи посебна олакшица. Осим тога, пружањем олакшица наведеној категорији објеката довело би се у питање једно од најважнијих обележја опорезивања непокретности заснованог на површини – једноставност.[9] Мора се нагласити да су ретке и земље које пореске олакшице пружају свим резиденцијалним објектима, без постављања било каквих додатних услова (нпр. Норвешка и Естонија),[10] тј. независно од тога да ли се ради о главном месту становања пореских обвезника.[11]

[7] Неке савезне државе у САД-у обезбеђују привилеговани третман искључиво породичним кућама, што значи да су станови искључени из оваквог третмана. Вид. Richard Bird, Enid Slack, „Introduction and Overview*", International Handbook of Land and Property Taxation* (eds. Richard Bird, Enid Slack), Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2004, 38.

[8] Вид. Michal Radvan, Jana Kranecová, „Is Ad Valorem Property Taxation a Solution for the Czech Republic?", *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al*.), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021, 53-57; Anna Románová, „Adequacy of Current System of Property Taxation in the Slovak Republic", *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al*.), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021, 88-89; Wieslawa Miemiec, „Poland", *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al*.), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021, 123-124.

[9] О површини као основици пореза на имовину: Цвјетана Цвјетковић, *Порез на имовину у статици*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, Београд 2015, 65-69.

[10] У Норвешкој се ради о одбитку, тј. пореској олакшици која резултира делимичним неплаћањем пореза, док се у Естонији порез на имовину своди на порез на земљиште, пошто су сви објекти искључени из обухвата пореза на имовину. Вид. Lars-Erik Borge, Ole Henning Nyhus, *Distributional Implications of Municipal Property Tax*, Department of Economics Norwegian University of Science and Technology, Preliminary draft, Trondheim 2012, 1; Tambet Tiits, „Revaluatioin Issues in Estonia", *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al*.), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021, 254.

[11] Упоредноправна анализа нам је показала да постоје и државе које предвиђају пореско ослобођење за сву резиденцијалну имовину до одређене вредности. Примера ради, тај

Највећи број држава који предвиђа пореске олакшице за објекте који представљају главно место становања обвезника пореза на имовину то чини без постављања било каквих додатних услова у погледу обвезника или, пак, објекта у којем се станује. Међутим, постоје и земље које их признају само ако наведени објекти имају одређене карактеристике, односно ако обвезници спадају у групу социјално осетљивих категорија становништва. Илустрације ради, у Албанији је предвиђено пореско ослобођење за тзв. пензионерска домаћинства,[12] у Француској ако су обвезници особе са инвалидитетом и лица старија од 75 година чији је доходак испод одређеног нивоа,[13] а у Молдавији ако су пензионери, особе са инвалидитетом, ратни ветерани, итд.[14] У САД-у постоји пореска олакшица (енг. *circuit breakers*) чији је циљ спречавање преоптерећења обвезниковог дохотка плаћањима на име пореза на имовину, тј. чија је суштина у томе да порески дуг на име пореза за резиденцијалну имовину не сме бити већи од одређеног процента укупног дохотка којег остварује обвезник. Уколико се то ипак деси, порески дуг се умањује, или, пак, у потпуности отписује. Начин на који је конципирана ова пореска олакшица у САД-у се разликује од државе до државе, с тим да је у највећем броју њих условљена висином дохотка, односно неким обележјима обвезника (нпр. признаје се само пензионерима). Ипак срећу се и решења да на њу имају право сви обвезници за главно место становања, без обзира на висину њиховог дохотка.[15] У Турској се пореска олакшица признаје само ако обвезници спадају у социјално осетљиву групацију становништва (нпр.

лимит је у Литванији 220.000 евра, а у Јерменији око 5.300 евра. У Литванији пореско ослобођење не уживају само резиденцијални објекти, већ и неки други објекти, попут стакленика, гаража и сл. Вид. Dovile Mingelaite, Lucija Birškyte, "Broad-Based Low-Rate Property Tax in Lithuania", *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021,188; Anastas Aghazaryan, "Real Estate Market and Property Tax in the Republic of Armenia", *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021, 868.

[12] Erjona Canaj, Irena Lavdari, „Immovable Property Tax System in the Republic of Albania", *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021, 1094.

[13] У Француској особе са инвалидитетом, без обзира на доб, остварују олакшице за главно место становања. С друге стране, пензионери старији од 75 година имају право на пореску олакшицу и за тзв. други дом. Вид. Local Property Taxes in France, *https://www.french-property.com/guides/france/finance-taxation/taxation/local-property-taxes/fonciere/,* 27. јули 2021. године.

[14] Olga Buzu, "Property Tax Apprasial in the Republic of Moldova", *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021, 769.

[15] John Anderson, *Income-Based Property Tax Relief: Circuit Breaker Tax Expenditures,* Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge Massachusetts 2012, 1-12.

сирочад, ратни ветерани) и ако непокретност у којој станују не прелази одређену површину.[16]

Резултати упоредноправне анализе су показали да се објектима који представљају место главног становања обвезника пореза на имовину привилеговани третман може обезбедити на неколико начина: путем пореских кредита, применом снижене пореске стопе, могућношћу одлагања плаћања пореза, умањењем пореске основице, као и потпуним изузимањем од опорезивања.

Порески кредит предвиђен је, примера ради, у Црној Гори[17] и Северној Македонији. Тако, у Црној Гори је предвиђено да се порез на стамбеном објекту који представља пребивалиште или место сталног боравка обвезника умањује за 20% за обвезника и по 10% за сваког члана његовог домаћинства, а највише до 50%, док је у Северној Македонији предвиђен порески кредит у износу од 50% за стамбене објекте у којима обвезник живи са члановима породице.[18]

У неким државама, као што су Бугарска[19] и Летонија,[20] објекти који представљају место главног становања уживају привилеговани порески третман на терену стопа пореза на имовину. Важно је нагласити да се срећу и државе у којима се примена снижене стопе комбинује са неком другом олакшицом. Илустрације ради, Црна Гора и Словенија, поред снижене стопе, овим објектима обезбеђује и пореску олакшицу у форми пореског кредита, односно одбитка од основице.[21]

---

[16] Mehmet Alpertunga Avci, "Property Tax Efficiency in Turkey", *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al*.), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021, 627.

[17] У Црној Гори, поред пореског кредита, наведена категорија објеката ужива привилеговани третман и у погледу пореских стопа. Вид. доле.

[18] Чл. 9 Закон за даноците на имот, *Службен Весник на Република Македонија,* бр. 61/04, 92/07, 102/08, 35/11, 53/11 и 84/12; чл. 12 Zakona o porezu na nepokretnost, *Službeni list CG, br. 25/19.*

[19] У Бугарској се стопа за ове објекте умањује за 50%, односно за 75% када се у улози обвезника јављају одређене категорије лица (нпр. особе са инвалидитетом). Вид. Dimitar Stoimenov, Donka Stoycheva, Nikolay Panayotov, „Property Tax Values in Bulgaria", *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al*.), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021, 305.

[20] У Летонији су стопе пореза на имовину за стамбене објекте ниже у односу на стопе за комерцијалну имовину и земљиште, независно од тога да ли се у њима станује или не. Међутим, јединице локалне самоправе у овој земљи имају могућност да предвиде различите стопе пореза на имовину имајући у виду карактеристике обвезнике и предмета опорезивања, односно различите стопе у зависности од тога да ли се ради о главним или помоћним објектима. Највећи број јединица локалне власти у Летонији је искористио могућност предвиђања различитих стопа за стамбене објекте у којима станују и у којима не станују обвезници (тзв. друге домове, викендице). Вид. Sarmite Barvika, *The Property Tax in Latvia: System Structure and Current Challenges*, Report number: WP20SB1, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge Massachusetts 2020, 13.

[21] У Црној Гори се стопа пореза на непокретности креће у распону од 0,25% до 1%, а за секундарне објекте од 0,3% до 1,5%. У Словенији је тај распон од 0,1% до 1% за куће и

Уважавајући чињеницу да је могуће да обвезник буде „богат у погледу имовине, а сиромашан у погледу новчаних средстава“ (енг. *asset rich but cash poor*), неке земље, попут Мађарске, су обвезницима пореза на имовину пружиле додатну могућност одлагања плаћања пореза, али само ако се ради о објектима који представљају обвезниково главно место становања. То одлагање временски није лимитирано, тј. може да траје све до смрти пореског обвезника, односно док не дође до промене обвезника.[22] И у Ирској је предвиђено слично решење, с тим да право на одлагање имају само обвезници чији доходак није већи од одређеног износа.[23]

Олакшице у виду умањења основице примењују се, примера ради, у Словенији и Републици Српској. Тако се у Словенији основица пореза на имовину умањује за износ који одговара вредности 160 m², под условом да су обвезник или чланови његове уже породице (супружник и деца), у години која претходи години за коју се порез утврђује стално настањени[24] у њима.[25] У Републици Српској порески обвезник има право на умањење пореске основице за вредност до 50 m², за себе, и по 10 m² за сваког члана његовог домаћинства. Умањење се односи на само једну непокретност у којој порески обвезник или чланови његовог домаћинства имају пребивалиште.[26]

Поједине државе попут Белорусије, Италије и Малте из обухвата опорезивања пореза на имовину трајно[27] искључују објекте који представљају

станове, а за куће за одмор и тзв. друге домове од 0,2% до 1,5%. Вид. чл. 9-10 Zakona o porezu na nepokretnost; Neva Žibrik, Tina Humur, „Real Property Taxation in Emerging Economy of the Republic of Slovenia“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021, 335.

[22] Овај режим постоји паралелно са стандардним режимом одлагања плаћања пореза, који је предвиђен за

обвезнике који се налазе у финансијским тешкоћама. Вид. Gábor Hulkó, Júlia Fehér, „Hungary“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021, 155.

[23] Deferring Payment of the Local Property Tax, *https://www.citizensinformation.ie/en/money_and_tax/tax/housing_taxes_and_reliefs/deferring_local_property_tax.html*, 27. јули 2021. године.

[24] У Украјини се пореска основица за све станове умањује за 60 m², а за куће 120 m². При томе нису предвиђена никаква ограничења у погледу броја станова или кућа за које се може остварити олакшица у виду одбитка од основице. Вид. Ruslana Havrylyuk, “Implementation of the Pan-European Approaches to the Property Taxation in Ukraine”, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021, 722.

[25] N. Žibrik, T. Humur, 335.

[26] Чл. 10 Закона о порезу на непокретности, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 91/15.

[27] С друге стране, Ирска је пример земље која је пореске олакшице за стамбене објекте који представљају обвезниково главно место становања конципирала као привремене. Наиме, за ову олакшицу квалификовали су се само стамбени објекти купљени током 2013. године. Вид. Exemptions from Local Property Tax, *https://www.citizensinformation.ie/en/money_and_tax/tax/housing_taxes_and_reliefs/local_property_tax_exemptions.html*, 27. јули 2021. године.

главно место становања обвезника овог пореза.[28] Неке земље су отишле и корак даље, па не опорезују ни све тзв. друге домове. Тако се у већини кантона Федерације Босне и Херцеговине порез на имовину плаћа само на изнајмљене стамбене објекте, као и на куће и станове који се користе за одмор и рекреацију,[29] док се у у Хрватској порез на некретнине своди на порез на куће за одмор.[30]

Пореске олакшице за објекте који представљају место главног становања обвезника пореза на имовину углавном се правдају ширим користима по друштво. Наиме, у први план се ставља то да оне доприносе побољшању квалитета живота у локалним заједницама, јер се власници непокретности у већој мери укључују и у већој мери постају заинтересованији за њихово функционисање. Међутим, упркос овим начелним оправдањима, не треба изгубити из вида да се овде, првенствено, ради о покушајима да се утиче на гласаче, пошто је опорезивање непокретности, а нарочито стамбених објеката, изразито непопуларно.

Не смеју се занемарити ни лоше стране ових олакшица. На првом месту то је регресивност. Наиме, привилеговани порески третман објеката у којима станују обвезници појачава регресивност пореза на имовину, односно захваљујући њему посебно долази до изражаја недостатак који је карактеристичан за све пореске олакшице, а то је да „пружају „наглавачки окренуту" подршку, што значи да користи од ње расту како се увећава обвезникова економска снага.[31] Ови порески подстицаји промовишу и прекомерно инвестирање у стамбене објекте у односу на мање продуктивне облике инвестирања, тј. нарушавају начело неутралности. Смањују и мобилност радне снаге, доводе до презадужености домаћинстава, повећавају нестабилност цена некретнина, што опет може да води повећаној макроекономској нестабилности.[32] Привилеговани третман који се обезбеђује резиденцијалној имови-

[28] Lilia Abramchik, "One Tax on Real Estate in Belarus (The Real Estate Tax and Land tax)", Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021, 1095; S. Barrios *et al*., 11.

[29] У Федерацији Босне и Херцеговине опорезивање имовине је у надлежности кантона. Вид. Ana Dujmovic, "Federation of Bosnia and Herzegovina", *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.),* Institute for Local Self-Government, Maribor 2021, 436-437.

[30] Замена овог парцијалног пореза општим порезом на имовину одлагана је неколико пута. Вид. Nataša Žunić Kovačević, Jasna Bogavac "New Real Estate Tax in Croatia", *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al*.), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021, 350.

[31] Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 218.

[32] Вид. Savina Princen *et al.*, *Taxation of Household Capital in EU Member States: Impact on Economic Efficiency, Revenue and Redistribution*, Discussion Paper 130, European Commission, Luxembourg 2020, 20; S. Barrios *et al.,* 8.

ни је, уједно, и препрека за њено коришћење у складу са концептом највише и најбоље употребе.[33]

3. ПОРЕСКИ КРЕДИТИ КОД ПОРЕЗА НА ИМОВИНУ У СРПСКОМ ПОРЕСКОМ ПРАВУ

Код пореза на имовину српски законодавац је предвидео две категорије пореских олакшица: пореска ослобођења и пореске кредите. Порески кредити, који се јављају у два облика, признају се само ако се ради о објектима у којима се станује и у којима је пријављено пребивалиште. Пошто се ова два облика пореских кредита разликују не само у погледу висине, него и у погледу услова за остваривање, могли бисмо их означити као општи и као специјални порески кредит. Наиме, услови за остваривање специјалног пореског кредита су знатно рестриктивније постављени, па се тако захтева да је стамбени објекат до одређене површине, да се не налази на одређеним локацијама, итд., док се код општег пореског кредита, осим захтева да се ради о стамбеном објекту у којем обвезник станује и има пријављено пребивалиште, не тражи испуњење других услова.

3.1. Општи порески кредит

Закон о порезима на имовину – ЗПИ предвиђа да се утврђени порез на кући за становање или стану[34] умањује за 50%, али не више од 20.000 динара, под условом да у тој кући или стану обвезник станује и има пријављено пребивалиште.[35]

Из законске формулације проистиче да јединице локалне самоуправе у Србији немају никаква овлашћења када је у питању уређење пореских кредита. Поједини аутори сматрају да би, као и код пореских стопа, требало предвидети решење да саме јединице локалне самоуправе одређују висину пореског кредита, при чему би једино ограничење за њих требао бити законом

---

[33] Вид. Anne Paugam, *Ad Valorem Property Taxation and Transition Economies*, ECSIN, Infrastructure Unit Europe and Central Asia Region, World Bank, Working Paper No. 9, Washington D.C. 1999, 41.

[34] Године 2018. извршено је терминолошко усклађивање одредби о пореским кредитима са одредбама о категоризацији непокретности, па се право на порески кредит не везује више за зграде и станове, већ за куће за становање и станове. Вид. чл. 12 Закона о изменама и допунама Закона о порезима на имовину, *Службени гласник РС*, бр. 95/18.

[35] Чл. 13, ст. 1 Закона о порезима на имовину – ЗПИ, *Службени гласник РС*, бр. 26/01, *Службени лист СРЈ*, бр. 42/02 – одлука СУС и *Службени гласник РС*, бр. 80/2002, 80/2002, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12 – одлука УС, 47/13 и 68/14, 95/18, 99/18 – одлука УС, 86/19, 144/20.

прописани максимални износ пореског кредита. Ослонац за такво гледиште лежи у чињеници да одређивање пореског кредита није ништа друго него одређивање ефективне пореске стопе.[36] С обзиром на то да код пореза на имовину, по правилу, превагу имају социјално-политички, а не фискални циљеви, верујемо да би већина локалних власти предвидела максимални законом допуштени износ пореског кредита,[37] с тим да би можда једино веће и развијеније локалне самоуправе у том погледу биле изузетак. У сваком случају, давање овлашћења локалним властима у погледу пореских кредита допринело би, не само јачању фискалне децентрализације, него и остваривању неких нефискалних користи, пре свега, јачању одговорности, аутономије и демократије на локалном нивоу.

Почев од 2010. године[38] српски законодавац прописује да се порески дуг умањује за 50%, али не више од 20.000 динара. Прописивањем максималне висине пореског кредита у апсолутном износу настојала се ублажити регресивност, јер да нема овог ограничења, износ пореског кредита би растао са порастом вредности непокретности.[39] Важно је нагласити да регресивност, упркос наведеном решењу, није у потпуности елиминисана, јер је износ од 20.000 динара прилично висок, тако да ће се максимални износ пореског кредита остварити и за веома вредне непокретности,[40] односно овај максимални износ биће доступан уском кругу обвезника[41] за непокретности које су показатељ значајне економске снаге. То нас наводи на закључак да би било оправдано снизити максимални износ пореског кредита у апсолутном износу али тако да он не буде нижи од 10.000 динара.

Почев од измена и допуна ЗПИ из 2020. године општи порески кредит се признаје само ако стамбени објекти испуњавају два услова, а то су да у њима обвезници станују и да у њима имају пријављено пребивалиште. Оба услова морају кумулативно бити испуњена. То значи да ће порески обвезници

[36] Вид. Борис Беговић, „Порези на имовину у Србији: постојеће стање и предлог реформе“, *Финансије* 1-6/2005, 53.

[37] Томе у прилог говори и пракса локалних власти када је у питању умањење основице за амортизацију. Вид. Цвјетана Цвјетковић Иветић, Горан Милошевић, Лука Батуран, „Амортизација непокретности за сврху опорезивања имовине“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2019, 1074-1075, 1078.

[38] До 2010. године порески дуг се могао умањити за 40% за обвезника и за 10% за сваког члана његовог домаћинства, али не више од 70%.

[39] Ц. Цвјетковић (2015), 216.

[40] Илустрације ради, он ће бити доступан обвезницима чији порески дуг износи чак 40.000 динара.

[41] Према неким проценама, највиши законом допуштени износ пореског кредита у апсолутном износу неће бити доступан највећем броју пореских обвезника у Србији, односно другачије речено нешто мање од 5% домаћинстава у Србији ће моћи да га искористи. Вид. Никола Алтипармаков, „Пореска правичност главних пореских облика у Србији“, *Квартални монитор* 24/2011, 90-91.

бити ускраћени за порески кредит у случају да се ради о тзв. фиктивним пребивалиштима, тј. стамбеним објектима у којима обвезници имају „званично“, тј. пријављено пребивалиште, али у којима не станују, што би надлежни порески орган у сваком конкретном случају морао да утврди. Такође, право на порески кредит биће ускраћено и ако се ради о стамбеним објектима у којима обвезник фактички станује, али у којима нема пријављено пребивалиште. Ако обвезник станује у два или већем броју станова, право на порески кредит остариће за онај стан у којем има пребивалише.[42]

Пре споменутих измена и допуна ЗПИ главни услов за остваривање права на порески кредит био је да обвезник станује у згради или стану. Видимо да је српски законодавац користио са правне тачке гледишта прилично непрецизан термин – „станује“. Недоумице у погледу интерпретације тог термина у више наврата отклањало је Министарство финансија које је било мишљења да се не може остварити право на порески кредит за стамбене објекте у којима обвезник нема пријављено пребивалиште, према евиденцијама о пребивалишту које воде надлежни органи.[43]

Иако формулација чл. 13, ст. 1 ЗПИ не оставља простор за дилему у погледу тога ко у стану или кући за становање треба да станује, од надлежног министарства неколико пута је тражено мишљење поводом овог питања. Министарство финансија је, придржавајући се слова закона, наглашавало да се порески кредит неће моћи реализовати ако у предметном стану станују родитељи или, пак, потомци[44] обвезника.[45] Дакле, привилеговани порески третман у српском пореском праву није обезбеђен ако у стамбеном објекту станују и имају пријављено пребивалиште чланови уже породице пореског обвезника.[46]

Пошто се у улози обвезника пореза на имовину не налазе само власници стамбених објеката, већ и друга лица, као што су држаоци непокретности под законом прописаним условима, примаоци финансијског лизинга и има-

---

[42] Ако обвезник за становање користи два стана на којима има право својине, а која се налазе у оквиру истог објекта, право на порески кредит се остварује за само један стан у којем станује. Одређивање таквог стана је фактичко питање које се утврђује на основу доказа (нпр. одговарајућих јавних исправа). Вид. Мишљење Министарства финансија, бр. 430-00-00050/2016-04 од 8.2.2016. године.

[43] Мишљење Министарства финансија, бр. 430-00-387/2017-04 од 7.8.2017. године; *Мишљење Министарства финансија*, бр. 413-00-00432/2011-04 од 30.05.2011. године.

[44] Мишљење Министарства финансија, бр. 011-00-00250/2016-04 од 2.3.2016. године; Мишљење Министарства финансија, бр. 413-00-00103/2015-04 од 5.8.2015. године.

[45] При томе, Министарство финансија је истицало да на остваривање права на порески кредит нема утицаја то што је обвезник пореза на имовину стекао стан од родитеља или, пак, потомака који су наставили да станују у предметном стану. Вид. Мишљење Министарства финансија, бр. 07-00-00666/2016-04 од 5.10.2016. године.

[46] Признавање права на пореску олакшицу у ситуацијама када у стамбеним објектима станују чланови уже породице пореског обвезника спорадично се среће у упоредном праву (нпр. у Словенији). Вид. N. Žibrik, T. Humur, 335.

оци права закупа, односно права коришћења стана или куће за становање за период дужи од једне године или на неодређено време, за које је прописано плаћање непрофитне закупнине или закупнине која се обрачунава применом прописаних критеријума,[47] и њима се мора признати право на порески кредит ако испуњавају законом прописане услове. Примера ради, право на умањење утврђене пореске обавезе имаће и држалац стамбеног објекта када ималац права својине још није одређен у оставинском поступку, или, пак, избегло лице коме је стан дат у закуп под условима непрофитног закупа.[48] Наравно, услов за порески кредит је да у стамбеном објекту станују и имају пријављено пребивалиште. Пошто је надлежно министарство истакло да избегла лица могу да пријаве пребивалиште у стамбеном објекту на којем имају право привилегованог закупа, односно коришћења, у случају да то не учине, ускратиће им се право на порески кредит.[49]

Дилеме поводом признавања права на порески кредит могу се јавити код тзв. вишенаменских објеката, као што су, примера ради, куће које се, осим за становање, користе и за обављање пословне делатности. Разрешење ове дилеме проналазимо у чл. 6а ЗПИ, из којег видимо да је приликом разврставања непокретности, па и остваривања права на порески кредит, релевантна претежна намена. То значи да би се право на порески кредит требало признати у односу на целокупни износ пореза, ако је претежна намена тог вишенаменског објекта становање.

ЗПИ уређује и ситуацију када право на порески кредит у односу на исти стамбени објекат има већи број обвезника. У том случају правило је да ће сваки од обвезника који у том стамбеном објекту станује и има пријављено пребивалиште имати право на порески кредит, али само у висини сразмерној његовом уделу у праву на том стамбеном објекту у односу на износ за који се порез умањује.[50] Илустрације ради, уколико два сувласника имају

[47] У питању је право закупа, у складу са законима којима се регулише становање и одржавање зграда, јавна својина, права бораца, војних инвалида и породица палих бораца, као и збрињавање избеглица. Што се тиче права коришћења, реч је о праву коришћења које је регулисано законом којим се уређује збрињавање избеглица. Вид. чл. 2, ст. 4-5 ЗПИ; Цвјетана Цвјетковић Иветић, „Нова решења у области опорезивања непокретности у Републици Србији“, Зборник радова са научног скупа „Правна традиција и интегративни процеси“, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, Косовска Митровица 2020, 272-273.

[48] Под тзв. непрофитни закуп, у овом контексту, не подводе се случајеви закључивања уговора о закупу без плаћања закупнине (нпр. када би обвезници – сувласници закључили уговор о закупу без накнаде са ћерком једног од сувласника). Дакле, видимо да се право на порески кредит признаје само ако је непрофитни закуп регулисан посебним законима којима се регулише становање и одржавање зграда, јавна својина, права бораца, итд. Вид. Мишљење Министарства финансија, бр. 011-00-00600/2020-04 од 07.12.2020. године.

[49] Мишљење Министарства финансија, бр. 011-00-01214/2016-04 од 1.2.2017. године.

[50] Чл. 13, ст. 2 ЗПИ.

једнаке уделе на стану у којем станују и у којем имају пријављено пребивалиште, свако од њих има право на умањење утврђеног пореза у висини од 50% у односу на порески дуг који сразмерно „пада" на њих, с тим да за сваког од њих то умањење не може да буде веће од 10.000 динара, тј. укупан износ умањења пореског дуга за оба пореска обвезника (сувласника) не може да буде већи од 20.000 динара.

Иако у основи прописивања ове категорије пореског кредита стоје социјално-политички циљеви, њиме се *de facto* штите и богата домаћинства.[51] Но, чини се да је то за сада једино могуће решење, јер би лишавање богатих домаћинстава права на порески кредит значило да се мора успоставити директна веза између опорезивања дохотка и опорезивања имовине. Имајући у виду капацитете српске пореске администрације и неке друге административне тешкоће, у овом тренутку то није реална опција.[52]

3.2. Специјални порески кредит

Да би порески обвезник остварио право на специјални порески кредит, који подразумева умањење пореске обавезе за чак 75%, морају да буду испуњени додатни услови. Наиме, ЗПИ прописује да се утврђени порез на кућама за становање и становима површине до 60 m², који нису на грађевинском земљишту, односно на земљишту у грађевинском подручју и не дају се у закуп, а у којима је пријављено пребивалиште и станују само лица старија од 65 година, умањује за 75%.[53]

Дакле, специјални порески кредит се признаје само ако у стамбеним објектима станују и имају пријављено пребивалиште лица старија од 65 година. Поставља се питање да ли наведена лица морају да буду истовремено и обвезници. Док се код обичног пореског кредита то изричито захтева, овде то није случај. Дакле, језичким тумачењем долазимо до тога да услов за остваривање специјалног пореског кредита није да у стамбеном објекту станује обвезник, тако да би се порески кредит од 75% могао остварити и за стамбене објекте који се дају бесплатно на коришћење лицима старијим од 65 година, независно од старости самог обвезника.

Пре ступања на снагу Правилника о обрасцима пореских пријава о утврђеном, односно за утврђивање пореза на имовину[54] било је спорно да ли се специјални порески кредит признаје само ако у стамбеним објектима станује искључиво више лица.[55] Имајући у виду наведене измене, али и на-

---

[51] Вид. Борис Беговић *et al*., *Реформа пореског система*, Центар за либерално-демократске студије, Београд 2003, 129.

[52] Ц. Цвјетковић (2015), 218.

[53] Чл. 13, ст. 3 ЗПИ.

[54] Правилник о обрасцима пореских пријава о утврђеном, односно за утврђивање пореза на имовину, *Службени гласник РС*, бр. 93/19, 151/20

[55] Ц. Цвјетковић (2015), 218-219.

чело правичности, нема разлога да се ова категорија пореских кредита не призна и једночланим старачким домаћинствима.

Да би се стекло право на специјални порески кредит морају да буду испуњени и други услови, и то: куће за становање и станови морају да буду површине до 60 m²; не смеју се налазити на грађевинском[56] земљишту[57], односно на земљишту у грађевинском подручју;[58] не смеју се користити на основу уговора о закупу. Дакле, јасно је да су услови за остваривање ове категорије пореског кредита веома рестриктивно постављени. То је учињено како би користи од прилично високог пореског кредита остварила само тзв. старачка пољопривредна домаћинства, која представљају категорију становништва која мора да буде привилегована и на терену пореске политике. Имајући у виду да је у српском пореском праву на терену пореза на имовину предвиђено пореско ослобођење за имовину „мале вредности“,[59] несумњиво је да ће један део стамбених објеката у руралним заједницама, посебно у неразвијеним јединицама локалне самоуправе у којима је просечна цена квадратног метра релативно ниска, имати право и на пореско ослобођење по овом основу.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Иако је поседовање стамбених објеката значајна манифестација економске снаге пореских обвезника, у савременим пореским системима се по правилу објектима у којима станују обвезници пореза на имовину пружају различите пореске олакшице. Иако у корист њиховог уклањања говоре превасходно фискални разлози и разлози ефикасности, оне и даље опстају, што нам говори да у основи њиховог прописивања леже социјално-политички разлози. То нимало не изненађује ако се има у виду висок проценат коришћења стамбених објеката на основу власништва.

[56] Пре измена и допуна ЗПИ из 2018. године, законодавац је користио термин градско грађевинско земљиште. Наведене измене су настале као последица терминолошког усклађивања са Законом о планирању и изградњи.

[57] Грађевинско земљиште је земљиште одређено законом или планским документом за изградњу и коришћење објеката, као и земљиште на којем су изграђени објекти у складу са законом. Чл. 82 Закона о планирању и изградњи, *Службени гласник РС*, бр. 72/09, 81/09 – испр., 64/10 – одлука УС, 24/11, 121/12, 42/13 – одлука УС, 50/13 – одлука УС и 98/13 – одлука УС, 132/14, 145/14, 83/18, 31/19, 37/19 – др. закон, 9/20, 52/21.

[58] Грађевинско подручје је уређени и изграђени део насељеног места, као и неизграђени део подручја одређен планским документом за заштиту, уређење или изградњу објекта. Обухват грађевинског подручја садржан је у генералном урбанистичком плану, плану генералне регулације, односно плану детаљне регулације Вид. чл. 2, ст. 1, тач.) 19, чл. 23-28 Закона о планирању и изградњи.

[59] Чл. 12, ст. 2 ЗПИ.

Код пореза на имовину није једноставно конципирати пореске олакшице које би уважавале економску снагу обвезника која се манифестује кроз остварени доходак. Најприближније том циљу је решење да се пореске олакшице признају само ако се ради о објектима који представљају главно место становања, односно решење да се из обухвата пореских олакшица искључе тзв. други домови, куће за одмор и сл. Спроведена упоредноправна анализа нам је показала да је већина земаља усвојила такав приступ, с тим да су модалитети обезбеђивања таквог привилегованог третмана различити. Оно што је важно нагласити јесте да је истраживање показало да степен развијености земаља нема утицај на врсту и обим пореских олакшица које уживају главна места становања на терену пореза на имовину.

Српски законодавац се определио за прописивање две врсте пореских кредита, општег, који се признаје свим обвезницима за објекте у којима станују и имају пријављено пребивалиште, независно од њихових личних својстава и својстава стамбеног објекта, као и специјалног пореског кредита, који се признаје старачким пољопривредним газдинствима. Услед објективних немогућности да ускрати право на општи порески кредит обвезницима са већом економском снагом, српски законодавац је исправно предвидео да се општи порески кредит мора признати свим обвезницима пореза на имовину. Прописивањем максималног допуштеног износа пореског кредита у апсолутном износу, српски законодавац настоји да донекле ублажи регресивност. Међутим, остваривању тог циља, тј. остваривању начела правичности, у већој мери би допринело снижавање тог износа. Такво решење би истовремено довело и до већег прилива средстава у локалне буџете.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Abramchik Lilia, "One Tax on Real Estate in Belarus (The Real Estate Tax and Land tax)", *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.),* Institute for Local Self-Government, Maribor 2021.

Alpertunga Avci Mehmet, "Property Tax Efficiency in Turkey", *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al*.), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021.

Алтипармаков Никола, „Пореска правичност главних пореских облика у Србији", *Квартални монитор* 24/2011.

Aghazaryan Anastas, "Real Estate Market and Property Tax in the Republic of Armenia", *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan et al.), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021.

Anderson John, *Income-Based Property Tax Relief: Circuit Breaker Tax Expenditures*, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge Massachusetts 2012.

Auten Gerald, "Capital Gains Taxation", *The Encyclopedia of Taxation and Tax Policy*, (eds. J. Cordes, R. D. Ebel, J. G. Gravelle), Washington 1999.

Barrios Salvador *et al., Housing Taxation: A New Database for Europe***,** *JRC Working Papers on Taxation and Structural Reforms*, No 8/2019, European Commission, Seville 2019.

Barvika Sarmite, *The Property Tax in Latvia: System Structure and Current Challenges*, Report number: WP20SB1, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge Massachusetts 2020.

Беговић Борис, „Порези на имовину у Србији: постојеће стање и предлог реформе“, *Финансије* 1-6/2005.

Беговић Борис *et al*., *Реформа пореског система*, Центар за либерално-демократске студије, Београд 2003.

Bird Richard, Slack Enid, „Introduction and Overview*”, International Handbook of Land and Property Taxation* (eds. Richard Bird, Enid Slack), Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2004.

Borge Lars-Erik, Nyhus Ole Henning, *Distributional Implications of Municipal Property Tax*, Department of Economics Norwegian University of Science and Technology, Preliminary draft, Trondheim 2012.

Buzu Olga, “Property Tax Apprasial in the Republic of Moldova”, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al*.), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021.

Dujmovic Ana, “Federation of Bosnia and Herzegovina”, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.),* Institute for Local Self-Government, Maribor 2021.

Žibrik Neva, Humur Tina , „Real Property Taxation in Emerging Economy of the Republic of Slovenia“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al*.), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021.

Žunić Kovačević Nataša, Bogavac Jasna, “New Real Estate Tax in Croatia”, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al*.), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021.

Havrylyuk Ruslana, “Implementation of the Pan-European Approaches to the Property Taxation in Ukraine”, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al*.), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021.

Hulkó Gábor, Fehér Júlia, „Hungary“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et a*l.), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021.

Lunde Jens, Whitehead Christine, *How Taxation Varies between Owner-Occupation, Private Renting and Other Housing Tenures in European Countries*, UK Collaborative Centre for Housing Evidence, London 2021.

Housing in Europe, European Commission – Eurostat, Luxembourg 2020.

Miemiec Wieslawa, „Poland“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al*.), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021.

Mingelaite Dovile, Birškyte Lucija, “Broad-Based Low-Rate Property Tax in Lithuania”, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et a*l.), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021.

Paugam Anne, *Ad Valorem Property Taxation and Transition Economies*, ECSIN, Infrastructure Unit Europe and Central Asia Region, World Bank, Working Paper No. 9, Washington D.C. 1999.

Поповић Дејан, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013.

Princen Savina *et al.*, *Taxation of Household Capital in EU Member States: Impact on Economic Efficiency, Revenue and Redistribution*, Discussion Paper 130, European Commission, Luxembourg 2020.

Radvan Michal, Kranecová Jana, „Is Ad Valorem Property Taxation a Solution for the Czech Republic?", *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021.

Románová Anna, „Adequacy of Current System of Property Taxation in the Slovak Republic", *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021.

Stoimenov Dimitar, Stoycheva Donka, Panayotov Nikolay, „Property Tax Values in Bulgaria", *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021.

Tax Relief for Home Ownership, OECD Directorate of Employment, Labour and Social Affairs – Social Policy Division, Paris 2021.

Tiits Tambet, „Revaluatioin Issues in Estonia", *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021.

Canaj Erjona, Lavdari Irena, „Immovable Property Tax System in the Republic of Albania", *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021.

Цвјетковић Цвјетана, *Порез на имовину у статици*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, Београд 2015.

Цвјетковић Иветић Цвјетана, „Нова решења у области опорезивања непокретности у Републици Србији", Зборник радова са научног скупа „Правна традиција и интегративни процеси", Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, Косовска Митровица 2020.

Цвјетковић Иветић Цвјетана, Милошевић Горан, Батуран Лука, „Амортизација непокретности за сврху опорезивања имовине", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2019.

ПРАВНИ ПРОПИСИ И МИШЉЕЊА

Закон о порезима на имовину, *Службени гласник РС*, бр. 26/01, *Службени лист СРЈ*, бр. 42/02 – одлука СУС и *Службени гласник РС*, бр. 80/2002, 80/2002,

135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12 – одлука УС, 47/13 и 68/14, 95/18, 99/18 – одлука УС, 86/19, 144/20.

Закон о изменама и допунама Закона о порезима на имовину, *Службени гласник РС*, бр. 95/18.

Закон о планирању и изградњи, *Службени гласник РС*, бр. 72/09, 81/09 – испр., 64/10 – одлука УС, 24/11, 121/12, 42/13 – одлука УС, 50/13 – одлука УС и 98/13 – одлука УС, 132/14, 145/14, 83/18, 31/19, 37/19 – др. закон, 9/20, 52/21.

Закон о порезу на непокретности, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 91/15.

Закон за даноците на имот, *Службен Весник на Република Македонија,* бр. 61/04, 92/07, 102/08, 35/11, 53/11 и 84/12.

Zakon o porezu na nepokretnosti, *Službeni list CG,* br. 25/19.

Правилник о обрасцима пореских пријава о утврђеном, односно за утврђивање пореза на имовину, *Службени гласник РС*, бр. 93/19, 151/20.

Правилник о класификацији објеката, *Службени гласник РС*, бр. 22/15.

Мишљење Министарства финансија, бр. 430-00-387/2017-04 од 7.8.2017. године.

Мишљење Министарства финансија, бр. 413-00-00432/2011-04 од 30.05.2011. године.

Мишљење Министарства финансија, бр. 430-00-00050/2016-04 од 8.2.2016. године.

Мишљење Министарства финансија, бр. 011-00-00250/2016-04 од 2.3.2016. године.

Мишљење Министарства финансија, бр. 413-00-00103/2015-04 од 5.8.2015. године.

Мишљење Министарства финансија, бр. 07-00-00666/2016-04 од 5.10.2016. године.

Мишљење Министарства финансија, бр. 011-00-00600/2020-04 од 07.12.2020. године.

Мишљење Министарства финансија, бр. 011-00-01214/2016-04 од 1.2.2017. године.

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

Deferring Payment of the Local Property Tax*, https://www.citizensinformation.ie/en/money_and_tax/tax/housing_taxes_and_reliefs/deferring_local_property_tax.html*.

Differences Main Residence and Secondary Residence, *https://en.parisrental.com/blog/essential-rental-info/main-differences-between-main-residence-lease-and-second-home-furnished-lease-in-paris.*

Exemptions from Local Property Tax, https://www.citizensinformation.ie/en/money_and_tax/tax/housing_taxes_and_reliefs/local_property_tax_exemptions.html.

Local Property Taxes in France, *https://www.french-property.com/guides/france/finance-taxation/taxation/local-property-taxes/fonciere/.*

Станови према својини и основу по којем домаћинства користе стан, *https://publikacije.stat.gov.rs/G2013/Pdf/G201318018.pdf.*

Luka O. Baturan
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
L.Baturan@pf.uns.ac.rs

Goran B. Milošević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
G.Milosevic@pf.uns.ac.rs

Cvjetana M. Cvjetković Ivetić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
C.Cvjetkovic@pf.uns.ac.rs

Tax Reliefs for Residential Property Occupied by the Payers of the Property Tax

***Abstract**: In this paper the authors deal with the tax reliefs provided for residential property occupied by the payers of the property tax. The authors will try to answer whether and what type of tax reliefs are given to this category of property in comparative tax law. The special attention will be devoted to the critical analysis of tax credits provided for residential property in Serbian tax law.*

***Keywords**: taxation of residential property; property tax; property tax credits.*

Датум пријема рада: 03.12.2021.
Датум прихватања рада: 23.01.2022.

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ

Оригинални научни рад 004:347.952(439)
doi:10.5937/zrpfns55-34381

Sandor S. Udvary
Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary
Faculty of Law
sandor.udvary@gmail.com

ECONOMIC ANALYSIS OF THE ELECTRONIZATION OF JUDICIAL ENFORCEMENT IN HUNGARY

Abstract: *The article reviews the fundamental economic analysis of law issues regarding civil procedure, then proves their applicability in the field of judicial enforcement procedure. The author formulates the equation for the rational decision maker for initiating enforcement procedure and also analyzes the elements of that equation. He identifies the costs as key issue to the efficiency of the procedure and presents those rules with economic analysis. Then he turns to the electronization of the Hungarian enforcement procedure, which resulted in great increase in efficiency. Electronic means of communication, electronic attachment and auction shall be reviewed and evaluated from the economic point of view. His conclusions – beyond demonstrating the validity of economic analysis on this field – show that electronization of judicial enforcement provides an increase in social efficiency.*

Keywords: *economic analysis of law, judicial enforcement procedure, economic analysis of judicial enforcement, electronization of judicial enforcement, efficiency of judicial enforcement.*

INTRODUCTORY REMARKS

Any legal instrument might serve multiple purposes, first and foremost its societal purpose in general. These needs of a society are embedded in legal instruments that ensure their application. However, underlying this there exists a fundamental rational issue: what makes it possible, useful to cooperate for the citizens in order to form a functioning society. It is in their self-interest to join their productive capacities into a working economic system that provides for the common functions of their joint enterprise: society and state itself. This is the economic system, which works as an exchange market for the activities of

individuals, useful or simply joyous they be, all contributing to the needs of a working society.

The importance of the economic system may not be underestimated, as we are personally familiar with the rise and fall of the communist economic system, the dangers of exaggerated collectivism. Hence, we now mainly see successful societies working in the framework of a more or less social capitalism, based on the operation of self-interest, with the correction of the state as social distributor. Naturally, the functions of the state (as the organ of the society), once classical – namely national defense, protection of the citizens from each other, the regulation of lawful behavior and adjudicating disputes – are on the growth, new functions arise that are incorporated by the social state, such as the welfare measures. But all these activities are made possible by the well-functioning economic system. The lack of economic incentive often renders desirable goals unattainable. For our purpose, we therefore assert that economic feasibility is a necessity for the proper operation of the laws, and it is also true to the adjudication of disputes in broad sense. It does not mean that this basic function of the state must operate for profit. But id does mean that judicial system – and enforcement as integral part of it – has to become ever more efficient, to spare societal resources for more productive activities.

Applying this analogy to the adjudicating of disputes, it must be maintained for achieving peace of the country, legal peace, which is in itself the bedrock of an orderly society, providing the framework for the citizens to pursuit their own objectives. Hence, economic logic may convince us to uphold institutions that are in particular in contradiction with the self-interest of a person (why would we, who never been before court, pay for the salary of judges), but seen as a whole system, they provide invaluable services (we pay our share of taxes, because it upholds the legal order, in which we may thrive in our activities).

Does this mean that the legal system is completely exempt from the economic logic, then? On the contrary! Laws and even litigation operate under the umbrella of the economic logic, even though sometimes we need to see broader picture for this reality to appear. In this paper I try to reiterate well-established notions of law and economics and apply them to the particular field of enforcing civil judgments. I also analyze special regulations that are intended to enhance the enforcement of judgments, most importantly the incentive of the executor to carry out a successful procedure. I also examine the information disparity and its effect on the necessity of commencing enforcement procedure. I also present and evaluate recent efforts in Hungary to increase the efficiency of the enforcement by electronizing several parts of it. My aim – besides generating a debate on the issue – is to prove the economic feasibility of the present rules and point out those, that may be of problem.

1. ECONOMIC ANALYSIS IN GENERAL

Economic analysis of law is an over 60 years old discipline,[1] that has sprung out from the cooperation of economic and legal scholars in the United States; today it is applied not only to the civil law area, but also to the criminal law, administrative law, as well.[2] Beyond the wide range of international literature, numerous Hungarian[3] or Serbian[4] authors have written in this field. Textbooks cover the basic legal and economic theory, with special regard mainly to property and contractual issues,[5] and devote smaller but important portion of their contribution

[1] Coase and Calabresi infra deemed the fundamental articles that initiated the thought experiment in this direction. See: Ronald Coase, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, 3/1960, 1-44.; Guido Calabresi, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", *Yale Law Journal*, 70/1961, 499-553. One other authority on the topic, author of several fundamental books and articles and former chief circuit judge in the 7th District Court of the USA is Richard A. Posner, see e.g., "Boston: Little Brown", *Economic Analysis of Law* 1973.

[2] Marianna Nagy, "The Application of Rational Choice Theory in the Study of the Administrative Enforcement of Law", *ELTE ÁJK Annales*, 2010. https://www.ajk.elte.hu/file/annales_2010_13_Nagy.pdf 11 October 2021.

[3] See: Attila Harmathy, András Sajó, *A jog gazdasági elemzése*, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest 1984.; Attila Menyhárd, "A kötbérről és a foglalóról", *A Polgári Jogot Oktatók XXII. és XXIV. Országos Találkozójának Válogatott Tanulmányai*, Novotni Alapítvány, Miskolc 2018, 67-78.; Ákos Szalai, *A magyar szerződési jog gazdasági elemzése*, L'harmattan, Budapest 2013.; Béla Pokol, "Posner gazdasági jogelmélete", *JESZ* 3/2000. *http://jesz.ajk.elte.hu/pokol3.html* 11 October 2021;

[4] Aleksandra Jovanović, *Uvod u ekonomsku analizu prava.* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 1998; Aleksandra Jovanović, *Teorijske osnove ekonomske analize prava*. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2008; Aleksandar S. Mojašević, *Primena bihejviorističkih nalaza u javnim politikama,* Univerzitet u Nišu, 2021; Aleksandar Mojašević, „Pojam i značaj Ekonomske analize prava." *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 50/2007, 189-208; Boris Begović, Aleksandra Jovanović, Branko Radulović: *Ekonomska analiza prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019; Aleksandar S. Mojašević, „Bihevioristično pravo i ekonomija – multidisciplinarnost na delu." *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu,* vol. 58, 84/2019, 191-207; Dragutin S. Avramović, „Ričard Pozner podvlači crtu – pravni realizam kao odgovor na izazove današnjice." *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad* 49, 3/2015, 1231-45; Dejan Matić and Dušan Jerotijević. „Aksiološki aspekti ekonomske analize prava." *Ekonomika,* vol. 64, 3/2018, 47-54; Aleksandar Mojašević, „Ekonomska analiza ekološkog prava i politike." *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 53/2009, 199-218; Dragan Petrović, „Bihevioralna ekonomija – novi pristup osmišljavanju paternalističke uloge države u ekonomiji." *Teme,* Univerzitet u Nišu, vol. 39, 2/2015, 345-60.

[5] Robert Cooter, Thomas Ulen, *Jog és közgazdaságtan*, Nemzedékek Tudása Tankönyvkiadó, Budapest 2014; Svetozar Pejović, „Društvene i ekonomske posledice različitih svojinskih odnosa u Jugoslaviji." *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu,* vol. 39, 5-6/1991, 619-30; Luka Baturan, „Ekonomska i pravna analiza zabrane strancima da stiču pravo svojine na poljoprivrednom zemljištu u Srbiji." *Ekonomika poljoprivrede,* vol. 60, 3/2013, 479-91; Luka O. Baturan, „Ekonomska analiza instituta prava preče kupovine u Zakonu o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju." *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, vol. 49, 4/2015, 1961-70; Luka O. Baturan, G. B. Milošević, C. M. Cvjetković, „Ekonomska analiza fiskalnih i nefiskalnih troškova registracije oružja i problem

to the assertion of claims, mainly in civil judicial procedure.[6] However, the actual enforcement of civil verdicts; the issue of coercive measures related to the already asserted civil claims; how these rules fit into the general system of economic theory – these topics are seldom subject of economic analysis. This paper discusses that topic and endeavors to set these rules into a new framework.

According to a Hungarian author on law of enforcement of civil claims, Ignác Frank: "It is futile to hold tribunal, should the enforcement of the verdict not follow." Though our doctrine of civil procedure separated the issues of enforcement from the Code of Civil Procedure; although the right to enforce a decision is not automatically part of the legal binding force of a verdict, the statement of Ignác Frank can be intuitively proven with the assumption of the contrary. Should the judgement of a court be rendered a dead letter, should the parties not be fearful of its actual enforcement, the judicial procedure would lose the very element that provides for the restoration of the peace under the law. The very fact that dispute arose amongst the parties or for other reasons judicial protection of rights was necessary, is the proof that the peace under the law needs to be preserved, since at least one party defies the order and the other party considers this important enough to plead for legal protection. Hence, institutionalization of the enforcement is necessary element of any legal order – should it have been questionable for anyone.

For a lawyer, it is the content of the norm that is relevant, the fulfillment of any obligation shall be viewed through the prism of whether a deed is prescribed or prohibited in a norm. Economic analysis of the law has no such presupposition. Quite the reverse, it has a deeper theoretical insight, that legal relationships have several options dependent upon the choice of a rational actor, and when it comes to a decision, their welfare shall be their primary concern. Hence, the deduction with persuasive mathematical and logical apparatus, that *pacta sunt servanda* – axiomatic for a lawyer – might not apply in every case from the economist's point of view; there are cases where the logical and economic decision is the termination or even the breach of the contract. During this rational sequential decision process or simultaneous gameplay – with simplification – the laws of welfare economics shall apply; where parties seek maximizing their utility. This might be modified by the economic theories such as introducing social utility. Within this framework

neregistrovanog oružja," *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, vol. 52, 4/2018, 1747-1764.

[6] Čedomir Gligorić, Vladimir Grdinić, „Uticaj vrednosti spora, diskontne stope i parničnih troškova na odluke o pokretanju parnice." *Ekonomija: teorija i praksa,* vol. 9, 4/2016, 19-32; Danijela Petrović, „Ekonomska analiza parničnog postupka." *Ekonomski signali: poslovni magazin,* vol. 14, 2/2019, 65-79; Aleksandar Mojašević, Branko Radulović, „Značaj inata u ekonomskoj analizi parnice." *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu,* vol. 59, 87/2020, 145-64; Aleksandar Mojašević, „Ekonomska analiza pojedinih rešenja iz Nacrta zakona o posredovanju u rešavanju sporova." *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 66/2014, 257-74.

of decision-making process, norms, whether be ethical or legal, are only one factor among others; expectantly not overriding the economic logic.

Here we refer to the two schools in economics of law, namely the normative school and the institutional school analyzing the efficiency of particular legal institutions. While normative analysis aims to create a norm which fits economic rationale best, analysis of particular legal institutions endeavors to show the dynamics of incentives and disincentives within a set framework of legal regulations. This short essay begins with several normative aspects and then sets off to analyze concrete legal regulations and their beneficial or disadvantageous nature.

Legal order extends to the whole of society and shall regulate such issues, that are not evaluated in monetary value, rather on emotional level. For example, family law regulates the parental custody rights, that can hardly be monetized at first glance, still its enforcement must be part of our laws undisputedly. The theory of utility – that is to be maximized by the individual – is a very powerful tool, since it enlightens that parental custody is also a valued right, even though its monetary value is hardly expressible. Even though we try to avoid those areas where the claim is not monetary, based on the prior remark, these claims also may be subjected to this economic prism, since the utility maximizing citizen shall allocate value-bearing assets (time, energy, money to enforce etc.) to these claims.

2. MONETARY CLAIM'S ENFORCEMENT

Enforcing monetary claims and the economic analysis of their legal background are considerably easier to analyze. Since we face financial claims here, their value is easier to determine, both from the point of view of the parties and other participants in the enforcement. Main parties of the transaction are the creditor and the debtor and for the sake expediency, we assume the existence of an enforceable decision. However, there is much difference in the ways of obtaining an enforceable decision. Typically, the right to enforcement shall be based upon a non-appealable, final judicial decision, that contains obligation on the losing party and the time-limit for voluntary completion has passed without effect.[7] These are important in our analysis, because if we consider the dynamics of the whole transaction in economic terms, we have passed almost the whole decision tree, that is usually analyzed in the legal economic literature. Parties concluded a contract, whereby they assessed their capability and willingness of compliance and (wrongly, as the dispute proves); relevant legal facts show that fulfillment did not take place, upon which the creditor – after having assessed her costs and

[7] General preconditions of enforceability in the Act on Judicial Enforcement – VHT, *Hungarian Official Gazette,* No 51/94. (hereinafter: Vht.) art. 13.

chances of winning – reacted as claiming her rights at the court (setting aside other summary procedures for the moment). In the civil procedure, that is a sequential gameplay according to the economic analysis of law, the set of facts were ascertained, to which the judge rendered a sentence obligating the losing party, first instance and on appeal, second instance.[8] Legal economic concept of perfect damages is of less importance to us now (it is important from the perspective of being incentive or disincentive at deciding whether to sue); it is enough to presume that the creditor rests assured with the sentence, that is now enforceable by using coercive forces of the state.

There is a similar decision tree present for the minor pecuniary claims not exceeding 5 million HUF (cca. 14.000.- EUR), where there is a mandatory order for payment procedure before the notary public in Hungary. According to the statistics, small minority of the cases shall turn into the time and money-consuming litigation before the courts upon the debtor's statement of opposition. Its result is, however, the same: the final order for payment is enforceable as final sentence of the court. A third typical enforceable document is the enclaused document by notary public, which very cost effectively avoids the litigation or order for payment procedure and shall provide for a direct route to enforcement, provided that strict conditions have been met. Our analysis does not cover the assessment of costs and chances of those decisions as steps necessary to produce an enforceable document; however, it is remarkable that according to the Hungarian rules on costs of procedure, in accordance with the European and British rule, the loser pays the costs of the prevailing party (loser pays principle). Therefore, the costs of obtaining a judgement (or at least part of it) shall be added to the successful claim. In other words, the obligation of reimbursement of costs is an important incentive to settle, for the parties may reduce their losses if, having assessed the true costs of losing the lawsuit, settle in due course, where they even might split the costs.

The costs of claim enforcement are proportional with the volume of the claim. According to the thesis of the economic analysis of the law, if the number of violation of rights increase or if the costs of litigating the claims decrease, the numbers of litigations shall rise, and together with it, the enforcement cases will increase, too (although in lesser numbers, due to the possibility of negative sentence and the voluntary fulfillment). It is consistent with reason to assume, that together with the rise in the numbers of the litigation, the coercive enforcement of judgements shall rise, and also, assuming same base of enforceable decisions, any decrease in the costs of enforcement procedure shall increase the initiated enforcement procedures. Same base means same volume of enforceable documents (final judgement, order for payment, enclosed document), where the higher costs of

[8] We neglect the economic analysis of these steps, as they are extensively covered by Cooter and Ulen, see: Robert Cooter, Thomas Ulen, *Law & Economic* (6th ed.), USA 2013, 382-453.

enforcement might deter even the prevailing party to initiate the actual execution. Particularly so, if even the costs of enforcement have high chance not be reimbursed, thus the judgement stays dead paper.

It was the litigation procedure, for which the following equation was created by legal economists, according to FC (filing cost) = EVC (estimated value of claim),[9] and the equilibrium represents the point where the decision of the rational decision maker turns. At lower rate of filing costs, she files the claim, at higher rate she recedes her filing intentions and abandons her claim. I point out that if the claimant creditor loses her claim completely [EVC=0], that counts as failure of the system of the claim-enforcement system, a 100% failure with respect to the actual claim. According to the legal economists, the aim of the legislator should be to minimize the costs of litigation together with the minimizing of the costs of systematic failures. The function where FC>EVC, also shows that the system of claim enforcement certainly creates failure (at least in economic sense).

3. COSTS OF THE ENFORCEMENT AND THEIR ANALYSIS

This equation might be referred to the execution procedure itself. If we assume the same volume in enforceable decisions (that might be unfounded assumption, since the will to litigate a claim will react to the efficiency of execution, especially to the decline in that), than we might accept FCe (filing cost of enforcement) = EVeC (estimated value of enforced claim)[10] as equilibrium. Under that range, filing for execution is irrational, whereas over this point it is irrational to neglect it.

Hungarian rules of judicial enforcement, especially the regulations on costs[11] regulate in a proportional way, with low and high threshold of costs. The lowest threshold of wage of the executor is 9.000.- HUF, the highest wage must not exceed 1.000.000.- Ft, between the two amounts the wage corresponds to the value of the claim to be enforced. There are further elements of costs, some proportional with the value of the case (that is the flat rate cost, 50% of the abovementioned wage, adding to it); other elements are itemized (such as hourly pay based on on-the-spot work, travelling costs). There is a so-called flat cost of the chamber, which is based on the 34/A§ of the Vht. and due after successful enforcement; 1000.- HUF up to 400.000.- HUF claim value, over this, 1% of the claim value without upper threshold. Further element of the costs is the incentive to the executor, the enforcement

[9] EVC equals to the total value of the claim multiplied with the chance of successful litigation (V*p, where p≤1) .

[10] EVeC-t equals to the total value of the claim multiplied with the chance of successful enforcement (V*p, where p≤1).

[11] 35/2015. (XI. 10.) IM decree on the Costs of the Judicial enforcement procedure – DSZ, No. 169/15 (hereinafter: Dsz.).

premium, that is due only in proportion with the successful execution, and it measures 8% up to 5.000.000.- HUF enforcement, between 5.000.000.- and 10.000.000.- HUF enforcement, this premium equals to 400 000.- HUF plus 6% of the sum above 5 000 000.- HUF; finally above 10.000.000.- HUF enforcement 700.000.- HUF and 3% of the portion above 10.000.000.- HUF shall be due as enforcement premium.[12] Premium might not exceed 4.000.000.- HUF, thus above 110.000.000.- HUF claim the cost curve flattens: above this claim no further costs shall be added to the already incurred costs. This premium is clearly an incentive of the executor to attend to his work carefully, while also can be viewed as risk-division between the creditor and the executor.

For the creditor, this clear set of cost rules facilitates the calculation of the left side of the equation, namely the evaluation of the FCe (filing cost of enforcement), since these costs are fixed by law (just as the costs of the public notaries and judicial procedures). Those cost elements that are proportional to the value of the claim, are connected to the successful execution, thus they do not burden the creditor in advance, therefore there is no need to take them into consideration from his point of view. The other side of the equation is the estimated value of enforced claim (EVeC), which equals to the total value of the enforced claim (plus interest and other accessories) multiplied with the chance of successful enforcement. Calculation of this side is not a trivial exercise, since creditor might well lack the proper information.

The lack of the will to comply on the debtor's side is proven by the unsuccessful passing of the time limit to voluntary completion. The remaining question concerns the capability to comply. However, legal order does not entitle the creditor to gather information from the databanks (excluding that information available from open, authentic records). On the contrary: only authorized persons in the name of the state shall be able to review the financial status of the debtor, and only after the execution procedure has commenced. That means that the creditor may only calculate her real chances – receiving the information gathered by the executor – only after having commenced the enforcement procedure. This informational asymmetry (and also lack of capability to comply) is assuaged by those *in rem* (like mortgage) or *in personam* (like guarantor) securities if given in the contract, but even in this case, the danger of being underinsured is still possible.

According to my thesis, legal system – based on understandable data protection principles – does not support creditor with independent data-collection license for evaluating her chances of recovery, her information asymmetry – is she did not defend herself during the transaction with the abovementioned securities –

[12] See. Dsz. arts. 14-16., where there are several exclusions from the main rule. For example, costs are reduced by the discount given to the debtor who voluntarily vacates his house that was sold on auction (as provided by Vht. arts 154/A-154/B).

shall be alleviated only during the enforcement procedure. However, lack of information could be eased on the part of creditor with a partial procedure, where – assuming a final judicial decision, still before the filing for enforcement and with proper legal guarantees – executor, upon request and for appropriate fees would be able to retrieve information on the debtor and provide it to the creditor. That would set her in a position, where she could soundly evaluate the chances and could neglect instituting the enforcement procedure for a debt beyond reasonable hope of recovering. Even though neglecting such procedure is a loss on the part of the creditor, she avoids incurring the advancement of further (flat) costs, that would remain her burden in case of an unsuccessful execution. On the societal level, these decisions would appear as gain in the form of non-paid procedure costs,[13] with remarking that the enforcement institutions would not gain this income but also would not have to do the procedural steps and the work with it. However, there are other structural perspectives, that make the decision on the commencement of the enforcement procedure unilateral. Debtor is interested in – as proven by the lack of voluntary fulfillment – the hiding his assets, thereby detract it from the execution. Should the data on his financial positions be retrieved before the commencement of the procedure – of which action he must be informed of due to data protection principles –, it would serve as a warning for him and enable him of *mala fidei* actions. Since securing assets for coercive measures may only rest upon commenced enforcement procedure and be done by authorized persons (namely the executor), the simultaneous nature of retrieving information and commencing coercive measures seem indispensable

There are other factors that support the initiation of enforcement procedure, most eminently financial and accounting considerations. Should the management of a corporate creditor neglect their fiduciary duty by failing to enforce a claim, it might constitute civil liability of the management, even criminal liability in a form infidel or neglectful management, a criminal offense with further preconditions. On the accounting side, any claim may be written off as uncollectable only if the enforcement procedure delivered that result. These factors increase the right side of the equation [EVeC], increasing the justification of commencing an enforcement procedure. It is clearly apparent that dismissing or easing these requirements, the volume of enforcement procedures would decrease. However, this decrease would also be a failure of the enforcement system,[14] provided that a final judicial decision remains unenforced, contradicting our thesis about the use of execution in maintaining the legal order of a society.

---

[13] Procedural costs are always transactional costs increasing the total costs of a transaction without furthering its real merit.

[14] See Point 6., by analogy to the EVC=0 case, in this cast EVeC=0, totaling a 100% failure.

4. THE ORGANIZATION OF ENFORCEMENT

Up to this point we did not mention the systematic background of the enforcement. The Hungarian system heavily relies on the private incentive to make its enforcement efficient. Before 1994, the judicial enforcement was part of the judicial organization and the actors were employed by the courts. Their job was ill-regulated, due to the completely different approach to judicial enforcement under the socialist regime, that remained mainly unchanged until 1994.

As one of the last Acts of the first freely elected Parliament, they passed the Act LIII of 1994 on Judicial Enforcement, which introduced a two-prong system. A body of so-called County-Court executor remained in the employment of the court – this part of the organization was responsible for the enforcement of mainly state dues and costs, such as unpaid criminal costs, court fees etc. Their efficiency did not rise in terms of successfully enforced cases. As of January 1, 2020 County Court executors ceased to function, their competence was absorbed by the National Tax And Customs Administration.

Another body was founded in 1994, the independent judicial executors, later organized into their Chamber. The independent judicial executor applies for his post, fulfills his duties upon license from the state, bears official duties and licenses, but she works as entrepreneur, at her own financial risk. Her fees and costs are determined by the law and covered from the debtor or rarely from the creditor. She is strongly incentivized by her position to rationalize the functioning of her office, and for the successful procedure, there is the abovementioned enforcement premium, which holds the promise of profit for her activities. This part of the enforcement organization has improved the enforcement greatly in terms of recovered debts. The economic motor behind this was the well-guarded self-interest of the official executor, who holds state powers, therefore must be strongly controlled, but also have to be incentivized – that is the for-profit operation of the office. In my opinion, it is a balanced system, which contributes to my thesis supra, that the efficiency of the enforcement system corresponds to the health of the legal system: should the enforcement be systematically inefficient, the rule of law shall suffer ultimately.

5. ELECTRONIZATION AS A MEANS OF EFFICIENCY

The legislator, understandably, had no interest in electronic enforcement at the conception of the Act, but as time has passed, the new methods found their way into the amendments of the Act. Curiously enough, the first mentioning of electronic means in the Act was a negation: in 2005, the administrative procedure rules applied to the registration of independent judicial bailiffs, which rules allowed

electronic means of communication by then already. The Act excluded the electronic application for registration into the chamber – because the Chamber lacked the infrastructure to accept such electronic applications. Thus, a first trembling step was taken into the territory of electronic enforcement; the next steps headed to a better direction.

Here we must specify the possible fields of use of electronic means in judicial enforcement. The application of these modern methods must point into a direction of progress, the improvement of the efficiency of the former procedure. Though means of communication is of secondary importance to the fundamental structure of the judicial process: it might accelerate the exchange of positions between the parties, but the structure of the legal action is unchanged if we replace postal delivery of documents via e-mail, to put it directly.

These positions affect the thinking about electronic enforcement, too: According to our academic opinion, the "electronization" or even the digitalization of the enforcement will affect well-described areas of the law of execution, which are of practical importance, but do not change the basic structure of the process. Still, we have to admit, that in certain cases quantity will turn into quality: As we will demonstrate infra, the problems of auction were practically solved by the introduction of electronic auction, simply by leveling the field for the auction buyers. With this in mind, let us identify the possible entry-points of electronic means of communication, action into the judicial enforcement in Hungary. With all point, we also show the Hungarian regulation in effect (if there is any) and then we attempt to evaluate the Hungarian system from the point of efficiency. We have to observe though, that efficiency of enforcement is dependent on multiple factors, electronic communication being only one of them. Therefore, we do not tackle with the deteriorating effect of the 2008 crisis and its aftermath, which caused decline in market prices, thus practical difficulties in alienating the enforceable assets.

6. ELECTRONIC ISSUING OF ENFORCEABLE DOCUMENT AND THEIR DELIVERY

Enforcement is based on enforceable documents[15] (of which has three fundamental prerequisites: let it contain obligation, let it be final or subject to a provi-

[15] Article 10 of the Act on Judicial Enforcement (1994:LIII)

"The enforcement of court decisions (hereinafter referred to as: enforcement) must be ordered upon issuance of an enforcement order. Enforcement orders are:

a) an enforcement certificate issued by the court or a notary;

b) a document bearing the enforcement clause, issued by the court or a notary;

c) an execution order or restriction, or a transfer order, or else a decision of direct notification, a restraining order or an order of reference made by a notary;

sional enforcement and the time given to the debtor to comply with the decision has expired[16]). These enforceable documents are official documents, for which the claimant/creditor must (or more precisely: may) apply to the court, which shall issue the „enforcement certificate".[17] Application for the enforcement order must be sent to the court with jurisdiction on a paper-based form, with original signatures – if no legal representative is authorized by the claimant. Even though the form may be downloaded from electronic databases,[18] it does not count as electronic procedure until the application may not be handed in via electronic means. Thus, application for the enforcement ordered by the court is analog in the Hungarian procedure. However, from July 1, 2015, the courts shall be obliged to keep contact with other authorities, bailiffs included, therefore this lacking component shall be supplemented, at least in the part that the courts will communicate the enforcement order to the bailiffs in electronic form. Also, if legal representative is authorized by the claimant, this attorney must communicate with the court via electronic means, thus, in case of attorney-issued application for enforcement, it shall be communicated via electronic means.[19]

However, there is an evolving field of debt-collection: Order of payment, issued by the public notary in Hungary, which cover vast majority of the enforcements. This order, if the defendant (debtor) does not lodge an opposition with the notary, goes final, and thus, enforceable. The final enforceable document will be issued by the notary, who issued the order for payment against the debtor. It is an exception from the exclusivity of judicial enforcement; however, participation of the notaries in administration of justice is constitutionally allowed and judicial-like

d) judicial notice of a fine or penalty, a fine for willful contempt, a court decision ordering the seizure of assets, a fine imposed by a Member State of the European Union in criminal proceedings regarding an offence committed; an order to seize assets issued in a European Union Member State within the scope of criminal proceedings;

e) judicial notice of the costs of criminal proceedings or costs of arrest or escort, or notice sent by the court registry of a fine imposed by a notary, a fine for willful contempt or the costs of criminal proceedings imposed by the public prosecutor or the authority responsible for the investigation, and the costs set by the National Parole Board in mediation proceedings, put forward by the government and which are subject to reimbursement;

f) criminal seizure order;

g) the order to seize assets associated with the implementation of restrictive measures imposed by the European Union on liquid assets and other financial investments."

[16] Art. 13 of the Act on Judicial Enforcement (1994:LIII)

[17] For the sake of allowable simplification, I ignore the other available enforceable documents and shall mention only the enforcement certificate. Other types of enfercement orders shall be mentioned only if necessary.

[18] *http://www.birosag.hu/en/allampolgaroknak/nyomtatvanyok-urlapok/vegrehajtasi-nyomtatvanyok-31-2012(vl29)-kim-rendelet* 11 October 2021.

[19] These forms are available at the general website of the courts. *https://birosag.hu/eljarasok-nyomtatvanyai/vegrehajtasi-elektronikus* 11 October 2021.

activity.[20] As of the electronic procedure, application for the enforceable document may be lodged with the notary on a paper form,[21] or an electronic form. The Chamber of Public Notaries operates a nation-wide Order for Payment Electronic System,[22] where the commencement of the procedure and other steps of it can be completed; application for the enforceable document may be lodged. The electronic form is available via the internet on a User Interface and may be filled in. The identification is crucial in such a procedure, the proper authorization is most important to complete any procedural actions. Thus, the user must register in the Chamber's system with qualified electronic signature, where XAdES type electronic signature is supported. After having registered, the user may fill in the forms and apply for enforceable document, as well, in electronic form. In this latter case the enforceable document shall be issued and sent to the bailiff (through the system of the Chamber of Judicial Bailiffs') as a single electronic copy, through electronic communication channels and shall be genuine in this form.[23]

Summing up, though issuing enforceable documents might be "analog" in Hungary for the unrepresented parties; order for payment procedure is completely electronized (though still available in paper form), thus, application for enforceable order for payment and its transmission to the bailiff (via their Chamber of Judicial Bailiffs) is available in electronic form. The two chambers maintain and operate an electronic system which directly communicates the genuine documents. This system accelerates the procedure, saves printing and postal costs, however, has considerable maintenance costs, which is borne by the Chamber, indirectly by the clients. The balance is positive, though: the higher labor costs of processing analog applications and documents are spared and the swiftness of procedure raises general trust in judicial enforcement – a positive side-effect of electronization.

The bailiffs have and use all available means of electronic communication. §35/A of the Act regulates the Electronic System of Delivery of Enforcement Documents (Végrehajtási Iratok Elektronikus Kézbesítési Rendszere, VIEKR),[24] which is optional for the most cases, however, is mandatory, when the Act so orders. According §79/G. of the Act financial institutions are required to use this

[20] 1208/B/2010 Constitutional Court decision, III. 3.1.; available only in Hungarian at *http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/3542073A6FD8CD96C1257ADA0052AA45?OpenDocument* 11 October 2021.

[21] This form is also available on the internet, however, they are not – strictly speaking – part of an electronic procedure, but a paper-based form. *http://mokk.hu/linkgyujto/FMH_pub/Fizetesi_meghagyas_vegrehajtasanak_elrendelese_iranti_kerelem_papir_urlap_A4_20120315.pdf* 11 October 2021.

[22] *http://fmh.mokk.hu* 11 October 2021.

[23] Act L of 2009 on the Order for Payment art. 53 para. 1. Issuing and relaying the enforceable document from the notary to the bailiff is subject to fees, regulated in the same Act, art. 54.

[24] Information about the VIEKR is available in Hungarian at http://www.mbvk.hu/ 11 October 2021.

electronic communication system when receiving and completing the bailiff's requests for information and specific actions. The VIEKR system accepts optional registrations, as well. Upon the acceptance of the General Terms and Conditions of the system, the user shall be subject to the regulations of the system and enforcement documents shall be delivered to him (and vice versa) via the VIEKR system. The system is available 24/7, logs the electronic deliveries, which may be commenced with electronic signatures. The encrypted system must exclude the misuse of the data, the access of unauthorized persons. Delivery through the system shall be considered as legally valid delivery of the official documents, thus legal consequences may apply, for example the terms (e.g. period of appeal etc.) set out in the Act commence.

VIEKR system is available not only for the delivery of the enforceable documents, but also for the implementation of the procedure.[25] Thus, electronic communication is available during the attachment and the distribution phase of the procedure for those persons (legal or natural), who optionally registered for the VIEKR system and for those, who are mandated to use it. However, electronic auction is exempt from this kind of communication, since it constitutes a completely different system of electronic sub-procedure (see infra!). The regarding regulations of the Act are limited to the application for electronic communication by the party and the conditions of that application. It is worth mentioning that even under the electronic regime of communication; a party may communicate on paper – by the permission of the bailiff – if the quantity of the documents necessitates it.

Hungary has made further steps towards the electronization of procedures in general, affecting judicial enforcement as well. Since 2018, all authorities and firms must use the Client Gate System, which is based on the Central Authentication Agency (Központi Azonosítási Ügynök, KAÜ). KAÜ provides authentication and secure communication channel for the firms, which is mandatory for official communication between firms and official authorities (but not mandatory for business use, naturally). Also, the voluntary use of E-paper system, which provides authenticated e-communication with the authorities for firms and citizens as well, was propagated. Citizens with higher digital literacy use this cheap and reliable system often, for it provides paper-free, real time connection with authorities, judicial bailiffs amongst them. Bailiffs must use therefore the VIEKR, the KAÜ and the E-paper system for in- and outflow of the documents. Only those communications remained in the analog form, that are directed towards non-represented natural persons, but even they have the option to use free electronic channels. According to the estimation of an actual bailiff office, the costs of postal delivery dropped to the half to the prior level between 2018 and 2020. This shows two things: first, there was a huge rise in efficiency in monetary terms,

[25] Arts. 35/C-35/D of the Act.

since these channels of communications are free of charge, hence no such costs shall be incurred to the parties of the procedure. That is a rise in efficiency in social dimensions, since these monetary sources might be allocated to other, productive areas. But on the other hand: this also shows that for the fairness of procedure, analog means of communications might not be dropped completely, since there are still great numbers of digitally illiterate persons, many of them likely subject to the enforcement procedure. To coerce them to communicate via electronic means would simply mean that they will not be reached by the authorities, hence, the procedure might be unfair without properly reaching them.

7. DATA-COLLECTION BY THE BAILIFF

Collecting available data on the debtor and her assets is vital from the perspective of the success of the enforcement. Thus, §47 of the Act gives authorization to the bailiff to gather personal data of the debtor regarding her personal identification, place of residence (in case of legal person: official seat, secondary establishments etc.), her occupation and income, her personal movable and immovable property, assets. Bank accounts of the debtors shall be queried via electronic mass-query from the bailiff to the Chamber, which transfers the request to all registered banks (all banks are required to join the system). The banks in turn must reply in timely fashion with a negative report (they have no data on the debtor) or a positive report, where the available account(s) of the debtor and the amount on them shall be sent to the bailiff. Through that fast information it is possible to secure the assets of the debtor in several days.

Automobiles occupy an important place amongst the movable assets, since they have a large secondary market and are easy to sell. Therefore, our law gives direct permission to the bailiff to apply to the registering authority of automobiles, and along this register the tax authority, pension authority, Land Registry, banks shall be contacted and asked for relevant information. This application by the bailiff may be issued in electronic form, and – more importantly from our interest – in the case of personal identification data, the respective registers may be electronically accessed – upon request – by the bailiff. Thus, the trend of the electronic data-collection points into the direction of direct access of registers, with proper safeguards of data privacy [i.e. §57/A. (8) of the Act, which orders the confidential treatment of the collected data].

8. ELECTRONIC ATTACHMENT AND AUCTION

Attachment of bank account, movable and immovable property is no exception from the above-mentioned means of electronic communication – if available.

Therefore, the bank account of a debtor shall be attached via electronic "transfer order" to the bank, which orders the bank to transfer the proper sum to the bailiff's account.[26] Banks are mandated to use the VIEKR (electronic communication) system, thus this is a swift procedure. Seizure of immovable property is commenced with a seizure warrant, an official request to the Land Registry which will register the execution lien to the registry, with priority. This takes electronic form, since it is a communication between official authorities (bailiff and Land Register).

The real novum of the electronization is the auction system, though, which is slightly different in the case of movable or immovable property (or some other special assets). Property may be alienated from the debtor in several legal ways during the enforcement procedure. However, auction – forced open sale – is the most important process, since it is capable of reaching market price or close to it. However, regarding movable and immovable property as well, there are risks as well. "Real property mafia" was a widely known and combated phenomenon in Hungary, which used the loop-holes of execution law and staged even lawful auctions in a way that no real bidders were admitted to the on-the-spot auction or were intimidated from making a higher bid. So, in several cases the property was sold on the lowest possible price of the put-up price.[27] Even with law-abiding bailiffs the procedure allowed such abuses, not to mention cases, where even bailiffs were corrupted and parts of such schemes. Thus, the legislator set up the electronic auction system in 2008, effective from January 1, 2009. This system is optional for movable property and mandated for real estate.

The regulation of the system is detailed in the part of movable property auction, because the inner logic of the Act assumes that due to the proportionality principle, the immovable property shall be alienated in the last place. Thus, the regulation is detailed regarding the movable assets, and shall apply *mutatis mutandis* to the immovables. We shall ignore the "analog" auction, and immediately start with the electronic auction of movable assets.

Negative condition of the electronic auction that no asset below the value of 100.000.- HUF shall be electronically auctioned,[28] and even with an object of higher value, the creditor must (may) apply for the electronic auction and should advance the costs of the procedure. Business share shall always be auctioned in an electronic way. Auction announcement shall be published on the Chamber's web site,[29] which is 24/7 accessible platform for auction bidders and bailiffs or other officially interested persons. Any person (including legal persons) may apply for registration into the Electronic Auction System (EAS); however, this

[26] Art. 82/A. of the Act.

[27] 35% of the movable assets, 50% of the immovable property with the exception of place of personal habitation, when the lowest biddable price is 70% of the estimated value.

[28] Art. 132/B. of the Act.

[29] *www.mbvk.hu* 11 October 2021.

registration must be completed before any bailiff and the applicant must appear personally to identify himself properly. After the identification and payment of the fee, the bidder shall receive a username and a code, with which he will be able to access the EAS as bidder. (Anyone may access the list of auction announcements; however, he will not be able to bid without registration.) Still, this registration is only an abstract possibility to enter auctions, because according to the law, bidders must deposit a 10% advance to the auction. In case of analog auctions, this advancement is simple: takes place on the spot, in cash. However, in the electronic procedure, this connection is not physical, thus must be created.

Any registered user/bidder may apply to the actual bailiff of the specific auctioned object (auctioning bailiff) for activating his username for the concrete auction. With this request, the bidder must advance the 10% of the put-up price, as announced in the electronic notice. The transfer may be electronic money transfer to the bailiff's deposit account. The bailiff must check whether the bidder is excluded from the auction,[30] and if not, he will be allowed to place a bid on the anonym system. It is of vital importance from the perspective of the efficiency of the system, that the identity of the bidders is confidential, only the bailiff may know. Thus, the anonym bidder may place his bid, which must reach the lowest announced price. Should any bid not reach or be higher than the last bid (with the bid threshold at least), it will be automatically excluded from the bidding. The bidding log shall record any permissible bid, bids cannot be withdrawn. The 10% advance of those bidders, who have been outbid, shall be reimbursed within 3 days.

After having announced the auction on the Chamber's web-site, the auction will hold until 30 days in four phases, ending at the specified hour of the day between 08-20 hours, specified by the bailiff. The lowest possible bids decrease in each phase, if permitted by law. At the close of the log, the highest bidder shall win the auction, with the exception of the following. If 5 minutes before the close of the election a new bid appears, the auction time shall be automatically extended with 5 minutes from the last permissible bid. It keeps on extending with the incoming higher bids until five minutes from the last bid pass, then the auction will be finally closed. This regulation transforms the psychology of the auction into a practical rule: the competition element in the auction shall be ignited at the end of the process, and according to common practice, the bids tend to arrive at the closing part of the deadline.

There is one exception to the "last/highest bidder wins" rule, as well. In 2011, the legislator introduced the "pre-emptive bidder" into the system. Those shall have the right to enter auction as "pre-emptive bidder", who have legal right to preemptive purchase of the special object (e.g. soil or other protected objects),

[30] E.g. relatives of the bailiff are excluded from auction, see more at art. 123 of the Act.

however, the right to pre-emptive auction cannot be established by contract.[31] The pre-emptive bidder shall not place his bids, but shall register and activate his username as "pre-emptive bidder" and at the closure of the auction he shall take the place of the last bidder with the same conditions. This rather complex system ensures the legal preemptive rights, however, if there is more entitled person, there is no hierarchy between them, they must enter the bidding contest if they want to purchase the object.[32]

Real property may be attached at the commencement of the enforcement procedure; however, its auction may take place after a minimum 45 days from the attachment and if the collection of the debt is not possible in due time without less onerous actions, such as attaching bank account or the auction of the immovable. Real property must be alienated through auction, unless the Act otherwise regulates.[33] Electronic auction of the real property is governed by the rules of the electronic auction of movables, however, there are certain distinctions. Thus, the auction announcement is more detailed, it must give information not only about the basic features of the property, but e.g. must refer to the possibility of pre-emptive auction, as well. This announcement is published on the Chamber's web site, must be served to other interested persons and published on the official authorities, courts' notice board. Each and every announcement regarding real property must contain a photo of the subject, unlike for the movable properties, where it is just an option for the bailiff.

Rules of placing a bid apply *mutatis mutandis*, however there is an important distinction. There are complex rules regulating the conditions of the purchase of real property, soil being the most affected. If the purchase of a real property is dependent on official authorization, the username may be activated only after having presented the proper documentation to the auctioning bailiff, who is responsible for checking the application of conditions. With this regulation, the legislator filters out those bidders, whose acquisition would be unauthorized, thus the whole process should be repeated. Put-up price shall be the estimated value, which can be lowered during the four phases to 50% at most (the lowest bid must reach 50% of the put-up price). However, lowest possible bid is 70% of the esteemed value if the home of the debtor is auctioned, debtor has no other home, and it has been his official residence for at least six months before the commencement of the enforcement procedure. The lowest bid might not decrease if any of the claims against the debtor derives from consumer contract (which is very likely in actual cases). The social impact of this regulation can be easily grasped: even

[31] Art.123/A. of the Act.

[32] *ibid*.

[33] Other possible ways of alienating the real property is sale of property out of auction upon the mutual request of the parties. After having two unsuccesful auctions, the creditor may decide to take over the auctioned property for the lowest possible auctioning price, see arts. 157-158 of the Act.

though such real property may be sold on auction, the exchange value should reach higher than the average (or second) property.

At the closing of the auction the highest bid, again, determines the winner, however, the exception of the pre-emptive bidder applies. The bailiff shall produce an Auction Protocol, which shall contain the most important data regarding the auction – taken from the electronic log –, this protocol then shall be sent to the interested persons and authorities, including Land Registry (if the full price has been paid) for registering the purchase. This protocol is communicated via electronic channels. Then after a 30 days period, data regarding the auction shall be deleted from the logs, thus keeping the privacy of the bidders and the parties. There is a possibility of a "continuous auction", if the second electronic auction was unsuccessful and even the creditor did not take over the real property: in this unwanted case, the real property shall be placed on the list of continuous auction and the 30 days of bidding period shall start with anyone applying for the activation of his username regarding this particular real property. After this action, the rules of the electronic auction shall apply.

9. CONCLUSION

We have showed in this paper that enforcement of civil judgment, seldom subject to economic analysis of law, are also governed by the theoretic notions of that area of research. Even for matters of emotional value, these laws may be applied to. The well-developed equations related to the civil litigation may be duly modified to enhance our understanding of this particular area a civil procedure. We have shown how the cost-benefit analysis works in deciding over the commencement of the execution procedure, and also uncovered the information disparity, that might lead to either under-enforcement or over-enforcement (in terms of initiated procedures). We also have shown that this disparity, the lack of information on the side of the creditor might only be overridden with official assistance from the executor, who can lawfully collect the data necessary to the proper decision. And hence, this work must be compensated, no real incentive in terms of lessening the enforcement costs might be given to decrease the number of total procedures. We also showed that the enforcement institutions and the systematic incentive helped enhance its efficiency.

Furthermore, Hungary has introduced several important measures regarding the electronization of the enforcement, mandatory means of communication for the courts, official authorities and firms together with optional ways of communication for natural persons. This highly increased the efficiency and swiftness of the procedure alone. However, the bailiffs' Chamber have moved forward and established optional electronic auction system for movables and mandatory system

for real property. This auction system was designed to combat corruption and misuse of the "analog" auction rules, and it was successful in that perspective. Even though practical problems, margins of interpretation arise regarding the rules, their efficiency is clearly visible from the legal-economic perspective.

REFERENCES

Ákos Szalai, *A magyar szerződési jog gazdasági elemzése*, L'harmattan, Budapest 2013.

Aleksandar Mojašević, "Ekonomska analiza ekološkog prava i politike." *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 53/2009, 199-218.

Aleksandar Mojašević, "Ekonomska analiza pojedinih rešenja iz Nacrta zakona o posredovanju u rešavanju sporova." *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 66/2014, 257-74.

Aleksandar Mojašević, „Pojam i značaj Ekonomske analize prava." *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 50/2007, 189-208.

Aleksandar Mojašević, Branko Radulović, „Značaj inata u ekonomskoj analizi parnice." *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu,* vol. 59, 87/2020, 145-64.

Aleksandar S. Mojašević, „Bihevioristično pravo i ekonomija – multidisciplinarnost na delu." *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu,* vol. 58, 84/2019, 191-207.

Aleksandar S. Mojašević, *Primena bihejviorističkih nalaza u javnim politikama,* Univerzitet u Nišu, 2021.

Aleksandra Jovanović, *Teorijske osnove ekonomske analize prava*. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2008.

Aleksandra Jovanović, *Uvod u ekonomsku analizu prava.* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 1998.

Attila Harmathy, András Sajó, *A jog gazdasági elemzése*, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest 1984.

Attila Menyhárd, "A kötbérről és a foglalóról", *A Polgári Jogot Oktatók XXII. és XXIV. Országos Találkozójának Válogatott Tanulmányai*, Novotni Alapítvány, Miskolc 2018, 67-78.

Béla Pokol, "Posner gazdasági jogelmélete", *JESZ* 3/2000. *http://jesz.ajk.elte.hu/pokol3.html* 11 October 2021.

Boris Begović, Aleksandra Jovanović, Branko Radulović: *Ekonomska analiza prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019.

Čedomir Gligorić, Vladimir Grdinić, „Uticaj vrednosti spora, diskontne stope i parničnih troškova na odluke o pokretanju parnice." *Ekonomija: teorija i praksa,* vol. 9, 4/2016, 19-32.

Danijela Petrović, „Ekonomska analiza parničnog postupka." *Ekonomski signali: poslovni magazin,* vol. 14, 2/2019, 65-79.

Dejan Matić and Dušan Jerotijević. „Aksiološki aspekti ekonomske analize prava." *Ekonomika,* vol. 64, 3/2018, 47-54.

Dragan Petrović, „Bihevioralna ekonomija – novi pristup osmišljavanju paternalističke uloge države u ekonomiji." *Teme,* Univerzitet u Nišu, vol. 39, 2/2015, 345-60.

Dragutin S. Avramović, „Ričard Pozner podvlači crtu – pravni realizam kao odgovor na izazove današnjice.” *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad* 49, 3/2015, 1231-45.

Guido Calabresi, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, *Yale Law Journal*, 70/1961, 499-553.

Luka Baturan, „Ekonomska i pravna analiza zabrane strancima da stiču pravo svojine na poljoprivrednom zemljištu u Srbiji.“ *Ekonomika poljoprivrede,* vol. 60, 3/2013, 479-91.

Luka O. Baturan, „Ekonomska analiza instituta prava preče kupovine u Zakonu o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju.” *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, vol. 49, 4/2015, 1961-70.

Luka O. Baturan, G. B. Milošević, C. M. Cvjetković, „Ekonomska analiza fiskalnih i nefiskalnih troškova registracije oružja i problem neregistrovanog oružja,” *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, vol. 52, 4/2018, 1747-1764.

Marianna Nagy, “The Application of Rational Choice Theory in the Study of the Administrative Enforcement of Law”, *ELTE ÁJK Annales*, 2010. https://www.ajk.elte.hu/file/annales_2010_13_Nagy.pdf 11 October 2021.

Richard A. Posner, “Boston: Little Brown”, *Economic Analysis of Law* 1973.

Robert Cooter, Thomas Ulen, *Jog és közgazdaságtan*, Nemzedékek Tudása Tankönyvkiadó, Budapest 2014.

Robert Cooter, Thomas Ulen, *Law & Economic* (6th ed.), USA 2013, 382-453.

Ronald Coase, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, 3/1960, 1-44.

Svetozar Pejović, “Društvene i ekonomske posledice različitih svojinskih odnosa u Jugoslaviji.” *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu,* vol. 39, 5-6/1991, 619-30.

Шандор Ш. Удвари
Универзитет „Гашпар Кароли“ Реформске цркве у Мађарској
Правни факултет
sandor.udvary@gmail.com

Економска анализа електронизације судског извршења у Мађарској

Сажетак: *У раду се разматра фундаментална економска анализа правних питања која се односе на парнични поступак, а потом се доказује њихова примењивост у области судског извршног поступка. Аутор формулише једначину за рационалног доносиоца одлуке за покретање извршног поступка и анализира елементе те једначине. Одређује трошкове као кључно питање ефикасности поступка и представља та правила са економском анализом. Потом се окреће ка електронизацији мађарског извршног поступка, што је резултирало великим повећањем ефикасности. Електронска средства комуникације, електронски прилог и аукција биће разматрани и оцењени са економске тачке гледишта. Његови закључци – поред демонстрирања ваљаности економске анализе у овој области – приказују да електронизација судског извршења доприноси повећању друштвене ефикасности.*

Кључне речи: *економска анализа права, судски извршни поступак, економска анализа судског извршења, електронизација судског извршења, ефикасност судског извршења.*

Датум пријема рада: 11.10.2021.
Датум достављања коначне верзије рада: 17.01.2022.
Датум прихватања рада: 17.01.2022.

ПРИКАЗИ

Приказ 343.971:177.82
doi:10.5937/zrpfns55-34408

Мијодраг Д. Радојевић
Институт за политичке студије, Београд
miodrag.radojevic@gmail.com

АНАТОМИЈА МРЖЊЕ – ХРОНИКА ЗЛА
од речи до дела*

Јован Ћирић, 2020.
Књига о мржњи – Са речи на дела, од говора до злочина мржње,
Београд: Службени гласник, 245 стр.

Ignotas nulla curatio morbid – мото је којим је могла започети и ова књига, расправа о мржњи и њеним последицама.[1] Мржња је демијург већине непочинстава. Од Каиновог братоубиства, описаног у Библији, сматра се покретачем сукоба и ратова, појединачних и групних злочина. Ова митска прича, метафора је о конфликтима колективних идентитета у савременом свету – злочина у коме страда човечанство. А „велики злочини данашњице су јавни злочини“, како нас на то подсећа амерички филозоф Томас Најгел.[2] Због тога, студија Јована Ћирића, научног саветника Института за упоредно право и судије Уставног суда Србије, добродошла је за стручну јавност и објављена у право време, када изнова расте плима мржње у политичком и јавном говору.

Књига о мржњи објављена је у Службеном гласнику, у оквиру „Правне библиотеке“ и њене едиције „Владавина права“. Правна библиотека, иначе, основана је 2005. године, с циљем публиковања дела из правне области. Изузев закона и прописа у интегралном облику, допуњеним и пратећим садржајима, предговором и регистром појмова, у оквиру поменуте библиотеке објављују се и коментари, судска пракса, уџбеници и приручници, периодика и монографије. Научне студије обједињене су у едицији под називом – Владавина права од 2013. године. Назив ове едиције указује на тежњу Гласника да утиче на унапређивање правног система, развитак правне науке и степен правне културе наших грађана. У међувремену, од оснивања

* Овај приказ је настао на основу беседе на промоцији *Књиге о мржњи*, одржане у Галерији Петра Добровића у Београду, 29. септембра 2021. године.

[1] Lat. – Не покушавајте излечити оно што не разумете.

[2] Томас Најгел, *Питања једног смртника*, Службени гласник, Београд, 2020, стр. 103.

Правне библиотеке, представљено је око стотину научних монографија, из различитих правних области, јавног и цивилног права, чиме се ово јавно предузеће етаблирало као водећи издавач правних издања не само у Србији, него и у региону.

Иако по вокацији – правник кривичар, аутор се у овој књизи није определио за правнопозитивистичку анализу кривичног дела мржње у домаћем и упоредном праву. Уместо тога, он је предмету истраживања приступио на свеобухватнији и мултидисциплинарнији начин, користећи знања и изворе из историје, психологије, социологије и политикологије. Стручна терминологија је сведена на разумну и ограничену употребу, уместо тога једноставним описима и изразима, често илустрованим цитатима из познатих дела и примерима, аутор је настојао да у најбољој традицији Београдске правне школе – јасно, прецизно и аналитички, из више различитих углова, изложи комплексно теоријско и практично питање, и на тај начин га приближи публици – стручној и лаичкој јавности. Свакако да је тиме упутио и важну поруку – да нам је потребна дебата о проблему сензитивном са правнодоктринарног, јавнополитичког, етичког, па и религиозног аспекта.

Тема – злочин и говор мржње – сложена је и интригантна. У правној теорији, са кривичноправног аспекта, акценат је на сузбијању и кривичноправном санкционисању говора мржње. Са позиција унутрашњег права, у области уставног права, али и међународног права, говору мржње се прилази комплексније – са становишта заштите људских права и слобода. Тако, Европски суд за људска права је у својим одлукама настојао да успостави критеријуме равнотеже између онога што представља гарантовање слободе изражавања и кажњавање говора мржње. Велика европска повеља слободе, позната под називом Конвенција за заштиту људских права и слобода, у члану 10. штити слободу удруживања. С друге стране, овај суд, као и судови широм света, па и доктрина, покушавају да открију границе слободе изражавања, односно легитимни циљ између онога што је познато као заштита основних демократских вредности, као што су толеранција и плурализам, насупрот безобалној слободи говора као природног права, односно злоупотреби права (видети: члан 17. Конвенције). Аутор је у авантури одређивања смерница у решавању поменутог правног ребуса (стр. 86) упозорио на благу казнену политику, а са друге стране на тенденцију ретрибутивизма. Дакле, ближи је консеквенцијалистичком приступу, када се ради о сврси и кажњавању злочина, што је последица и његове филозофско-религиозне позиције. У том погледу, не показује искључивост нити једностраност, већ тврди да се морају брижљиво сагледати све околности сваког случаја.

Наредно обележје књиге је да она није припремана у складу са уобичајеним шнитом, по унапред предвиђеном плану, где се делови текста слажу у научно-систематичну и кохерентну целину. На више места, изнова се су-

срећемо са сличним наводима и примерима, а примећујемо да су неки од њих коришћени у његовим претходним научним радовима старијих и по деценију или две. То указује на још један квалитет „дозревања“ закључака и основних теза у тексту и сценарио спонтаног настанка монографије. Одређене недостатке налазимо и у томе да су одређени елементи и подтеме, изостављени или рудиментарно обрађени. Ипак, и осим одговарајућих методолошких недостатака књига пледира као заокружено научно истраживање.

У садржинском смислу, ово издање чине 37 текстова, који могу и самостално да егзистирају као посебни научни радови. Ови текстови обједињени су у три дела. У првом делу, која носи назив „О мржњи уопште“, аутор је поставио методолошки оквир истраживања, анализирао рационалне и ирационалне корене мржње, као и то како она може бити злоупотребљена и коришћена на индивидуалном и колективном плану. У свом првом тексту, аутор расправља о добру и злу, уз обилато цитирање филозофских и религиозних становишта и уз навођење резултата социолошких и политиколошких истраживања закључује да треба одбацити манихејско схватање по коме човек по природи није зао. Мржња, као и зло, може бити „обична“ и „доктринарна“, за разлику од оне прве лако препознатљиве, јер се ради о манифестацији уобичајених људских слабости као што су завист, пакост и похлепа; идеолошка мржња прихвата да је зло дозвољено када тежи легитимном циљу, уз тенденцију да се наметне свима (стр. 18), неретко прожимајући се са појединачном мржњом. Симболи овог доктринарног зла обележили су XX век – Гулаг, Аушвиц, Јасеновац, Голи оток. Већ у овом тексту аутор је уградио своје основне апорије – како се супротставити злу и мржњи, да ли је зло у мањем обиму пожељно зарад општег добра, да ли је човек, по природи, предодређен да буде зао или добар или га друштвене околности чине таквим?

Аутор мржњу одређује као „интензивно непријатељство и аверзију“ која „обично потиче из страха, љутње или осећаја незадовољства“ (стр. 21). Указујући на то да ова дефиниција има својих недостатака, он истиче значај емоција у свакодневном животу, особито у обављању одређених професија, издваја страх као емоцију од утицаја на мржњу и како се она из своје ирационалне природе рационализује кроз велике друштвене сукобе (нпр. занимљива је паралела о мржњи у исламском свету између шиита и сунита, односно Срба и Хрвата као манифестације или синдрома нарцизма и „малих разлика“). Са одређеном дистанцом, уочава да мржња може бити „нормална“ до одређене границе, када прелази у патолошко стање (стр. 31). Као засебне теме разматрана је и мржња путем интернета и појава тзв. хејтера, као облик јавног малтретирања, нимало безазлена, те улога предрасуда у настанку различитих облика мржње, виктимолошке злоупотребе као оруђе пропаганде и манипулације и други видови манифестације мржње. Аутор

примећује да у науци нису превазиђени епистемиолошки проблеми везани за одређивање и коришћење основних појмова, попут мржње, ирационалног и других психолошких феномена. Такође, тврди да је кажњавање говора мржње уместо ретрибутивизма неопходно засновати на ресторативној правди, покушају да се одмери права казна, ни превише блага ни превише строга, с циљем преваспитања учинилаца кривичног дела. С тим у вези тумачењу акта мржње мора се прилазити обазриво, јер вербалне поруке различито интерпретирају онај ко их шаље и онај ко их прима, што је поткрепио примером у Хрватској почетком 90-их, када су изјаве и поступци нове власти опречне са до тада доминатном југословенском реториком о братству и јединству имале посебан одјек код српске мањине (крајишких Срба, стр. 53) а тиме и изазвале буђење српског национализма.

У другом делу, под називом „О говору мржње“, аутор нас детаљније упознаје са сврхом и начинима политичке инструментализације мржње. Попут лепљиве смесе, мржња хомогенизује масе и омогућава манипулацију јавним мњењем. У књизи су посебно обрађени и повезани појмови, као што су: подстрекавање, пропаганда, негирање злочина, политичка коректност, али је и анализирана нацистичка пропаганда, затим антисрпска пропаганда у Хрватској и говор мржње против Срба. Аутор је објаснио и разлику између различитих облика пропаганде, као што је директна и скривена пропаганда и њену везу са кривичним делом подстрекавања. У овом делу, аутор је истражио како је злочин мржње инкриминисан у међународном, упоредном и српском законодавству. Напокон, он скреће пажњу на Србе као жртве говора мржње, у даљој и блиској прошлости, па тако анализира усташку антисрпску пропаганду од 30-их година прошлог века, али описује и медијску хистерију, низ парадокса везаних за колективну стигматизацију и суђења за говор мржње након грађанских сукоба на простору бивше Југославије. Притом, подсећа на изјаву Фрање Туђмана да је „геноцид природна ствар ако се ради о ’изабраном народу’ као што је хрватски народ и правој вери као што је католичка“, што је недвосмислено, директно и отворено пропагирање и подстицање геноцида према Конвенцији о спречавању и кажњавању злочина геноцида (стр. 72).

Поента аутора је да је говор мржње, обилато коришћен у западним медијима, имао рационалну позадину – да се користи за „припрему будућих ратних операција против Србије и њених грађана“ (стр. 103). То је уједно и аргумент у прилог његовој основној тези да постоји повезаност говора и злочина мржње. Ћирић развитак антисрпске реторике ситуира на почетак XX века, у предвечерје Првог светског рата; међутим, она је и старија од његових закључака. У том смислу, интересантан је случај нашег угледног државника Јеврема Грујића, који је као један од првих питомаца српске владе започео школовање у Немачкој средином XIX века. Убрзо, већ након

првих предавања на студијама у Хајделбергу, Јеврем Грујић напушта Немачку и одлази у Француску, због расистичких и антисловенских порука свог професора.[3] Такође, интригантно је и истраживање историчара и књижевника Џорџа Вотсона (George G. Watson) са Кембриџа о Карлу Марксу и Фридриху Енгелсу као зачетницима идеје политичког геноцида. Идеолози социјализма тврдили су да постоје примитивни народи и друштва (попут Баскијаца, Бретонаца, Шкота и Срба), који су „расно смеће" и треба их истребити, јер су недовољно развијени у историјском смислу за револуцију. Мржња је у овом смислу рационализована, а удар „револуционарног холокауста" задесио би српски народ,[4] што ће се нажалост обистинити један век доцније након Марксових и Енгелсових тврдњи.

Аутор подвргава критици и домаће кривично законодавство и новоуведено кривично дело – негирање злочина геноцида, као облик вербалног деликта тј. посебног облика говора мржње. С тим у вези, на питања која гласе – да ли је у европском праву преовладао светоназор да је заштита од мржње важнија од вредности слободе говора и да ли је Хашки трибунал отишао корак даље, одлучан да путем својих пресуда прекроји и ревидира српску историју, он и не очекује одговор. Инкриминацијом поменутог кривичног дела допуштено је ограничавање слободе говора, али је дилема и даље присутна – који су разлози његовог увођења у наше законодавство. Осим тога, у посебним текстовима разматран је нови појам установљен у јавном говору – политичка коректности и његова злоупотреба као вид угрожавања слобода.

У трећем делу, под називом „Злочини мржње", аутор сагледава еволуцију овог појма, од његовог настанка, употребе, детаљно експлицирајући (одређујући) појам, а затим и његову инкриминацију у кривичном законодавству бивше Југославије и у Републици Србији. Уједно, он нуди коментаре и објашњења у вези са питањима ко може бити учинилац овог кривичног дела, шта учиниоца мотивише да учини злочин мржње и ко могу бити жртве. Иако се труди да буде што прецизнији, наводи да се углавном ради о психопатама, а да жртве могу бити припадници појединих група, као што су хомосексуалци и Јевреји, или читави народи, попут Срба. Његови одговори, што и сам признаје, нису и не могу бити тако једнозначни. Ако су починиоци злочина мржње психопате, морамо се озбиљно забринути, јер статистике

[3] Податак преузет од: Јована Милићевића, *Јеврем Грујић – историјат светоандрејског либерализма*, Нолит, Београд, 1964, стр. 36–37.

[4] Види: Watson George, *The Lost Literature of Socialism*, Lutterworth Press, 1998, стр. 77. У документарном филму „Совјетска прича" (The Soviet Story) Вотсон цитира Маркса и Енгелса и закључује да су очеви модерног политичког геноцида. Део овог документарног филма у коме је и интервју са Вотсоном био је доступан на линку: https://www.youtube.com/watch?v=j921XPca2J0, посећено: 24. 9. 2021.

показују да је све више психолошки оболелих особа. У том случају, у будућности живећемо у свету који ће обележити пораст насиља изазваног мржњом. Ако је антисрпска пропаганда у последњој деценији прошлог века имала прикривени циљ, а то је конструкција окривљавања жртве тако да Срби буду оптужени за непостојеће злочине (што је послужило као увертира у агресију на нашу земљу), због чега је такав дискурс још увек снажно присутан у западној јавности.

Аутор је већ у уводу књиге објаснио да је његова побуда била да прикаже и открије због чега је српски народ био објект говора и злочина мржње. У својим текстовима објаснио је да је у Хрватској постојао континуитет злочина и дела мржње у Другом светском рату и грађанском рату 90-их година прошлог века. Тезу да су злочини били последица дубоко укорењене мржње, аутор покрепљује навођењем низа начина убијања и масакрирања Срба. Иза ових окрутних и свирепих злочина крије се патолошко зло, али и „рационална“ комуникацијска порука да у новој расно чистој држави нема места за Србе. Аутор, притом, није национално искључив, јер када каже да „зло нема націју“ (стр. 17), то емпиријски доказује низом примера којим илуструје своју тезу, наводећи и случајеве када су Срби били у улози жртава, али и злочинаца.

На крају књиге следи обимна литература, са више стотина референци. Закључујемо да је аутор акрибично и савесно приступио изради рукописа. Књига се са занимањем чита, јер нас користећи своју ерудицију аутор упућује на цитате, примере, догађаје и детаље из повести, вешто их уклапајући у тематски оквир. Због тога је она интересантна не само стручној јавности, него и обичним грађанима. Читалац ће имати проблем да савлада емоције док вас аутор подсећа на ужасне злочине 90-их година, када је међунационална мржња била погонско гориво за грађанске ратове: Срби су били у улози жртве, попут породице Зец, али и злочинца, као што је то Веселин Влаховић Батко, војник Републике Српске осуђен за убиство око 40 грађана углавном несрпске националности. Аутор се не устеже да детаљно опише масакре, па је за читаоца утисак да „у својим рукама држи хронику спуштања у пакао“, како је Лаура Најт-Јађик описала своје утиске о природи зла у политици у књизи пољског психолога Анџејха Лобачевског.[5]

Укажимо још једном на то да је аутор настојао да буде што објективнији у анализи, истовремено експлицирајући различите аспекте злочина

[5] Видети: Лаура Најт-Јађик, „Предговор“, у: Анџејх Лобачевски, *Политичка понерологија – научна студија о природи зла прилагођеног за политичке сврхе* (издање је преведено код нас и објављено у издању Правног факултета Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 25). Понерологија је научна дисциплина о политичком злу, који је Лобачевски утемељио као резултат истраживања последица комунизма и фашизма у Источној Европи и Немачкој.

мржње, из позиције починилаца дела али и жртве (виктимолошки аспект). Низом питања, аутор читаоца подстиче на размишљање и критичко сагледавање. Тако поставља реторичка питања – зашто се зло дуже памти од добра и да ли је целокупна историја људског рода, како каже Бодријар, историја зла. На крају, опомиње нас да је неопходно не само процесуирати злочине, него и неговати културу сећања, као показатељ одговарајућег односа према жртви. Због тога, сложићемо се са аутором, ова књига служи развијању духу дијалога и толеранције.

Датум пријема рада: 13.10.2021.
Датум прихватања рада: 23.01.2022.

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ЗБОРНИК РАДОВА

Досадашњи главни уредници:

Проф. др Владимир Капор (1966), проф. др Никола Воргић (1967–1968),
проф. др Милош Стеванов (1969–1973), проф. др Боривоје Пупић (1974–1976),
проф. др Милијан Поповић (1977–1983), проф. др Станко Пихлер (1984–1988),
проф. др Момчило Грубач (1989–1990), проф. др Јован Мунћан (1991–1997),
проф. др Милијан Поповић (1998–2003), проф. др Родољуб Етински (2004–2006),
проф. др Драгиша Дракић (2006–2013).

Чланови Уредништва:

Проф. др Љубомир Стајић, prof. dr Damjan Korošec (Словенија),
prof. dr Wilhelm Brauneder (Аустрија), prof. dr Zoltán J. Tóth (Мађарска),
prof. dr Serge Regourd (Француска), prof. dr Heinz Mayer (Аустрија),
prof. dr Peter Mader (Аустрија), prof. dr Suphawatchara Malanond (Тајланд),
проф. др Бранислав Ристивојевић, проф. др Татјана Бугарски,
проф. др Гордана Дракић, проф. др Бојан Тубић.

Менаџер часописа
Др Лука Батуран

Секретаријат Уредништва

др Урош Станковић, др Милана Писарић, др Наташа Рајић,
др Стефан Самарџић, др Сандра Самарџић, др Иван Милић,
др Ратко Радошевић, др Илија Јованов, др Владан Мирковић, Николина Мишчевић,
Слобода Мидоровић, Милица Ковачевић, Стефан Радојчић.

Компјутерска обрада текста

Владимир Ватић, „Графит”

Штампа:

„Футура”, Нови Сад
Тираж: 100 примерака

2021