

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ЗБОРНИК РАДОВА

За издавача
Проф. др Татјана Бугарски
в.д. декана Правног факултета у Новом Саду

Главни уредник
Проф. др Владимир Марјански

Зборник радова Правног факултета у Новом Саду
доступан је у више електронских база:



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

LVI 3 (2022)

НОВИ САД, 2022.

ЗРПФНС, година LVI Нови Сад, бр. 3 (2022)

УДК 3

ISSN 0550-2179

eISSN 2406-1255

САДРЖАЈ

<i>Гордана Б. Ковачек Сџанић</i> <i>Сандра О. Самарџић</i> Правна заштита и оснаживање одраслих, рањивих лица у Србији	657
<i>Душан Ж. Николић</i> Преиспитивање појма ствари у приватном праву	675
<i>Маџа М. Кулаузов</i> <i>Милан М. Милуџин</i> Примери надлежности управника провинције у имовинскоправним парничним поступцима у Риму	705
<i>Владимир Ж. Марјански</i> Финансирање друштва с ограниченом одговорношћу уплатом односно уношењем улога – основна правна обележја, компанијскоправне и порескоправне предности и недостаци –	723
<i>Предраг Н. Цвејковић</i> <i>Љубица М. Николић</i> Уговор и код: пример предиктивног уговарања	745
<i>Сања М. Савчић</i> О новчаној накнади неимовинске штете правном лицу у српском праву – прилог реформи одштетног права	767
<i>Ајшила И. Дугац</i> Конкурвенција уговорне и вануговорне одговорности за штету у праву Србије – с освртом на мађарски Грађански законик из 2013. године и пројекат реформе француског Грађанског законика из 2017. године	795
<i>Цвејџана М. Цвејџковић Ивејџић</i> Улога пореза на имовину у заштити животне средине	819
<i>Иван Д. Милић</i> Поједини казнени и криминолошки аспекти кривичних дела против привреде	835
<i>Букаџин Н. Сџанојловић</i> Накнада погребних трошкова у римском праву	857

Александра Т. Појовић

Радноправна заштита дадиља 877

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ

Босилка Чубриловић Стијаменић

Компаративна анализа института Floating Charge и сличних врста регистроване залогe на збиру покретних ствари у Републици Хрватској и Републици Србији 903

Томислав Б. Дајен

Правни изазови хрватског законодавца на појаву говора мржње и чињења појединих кривичних дела 927

TABLE OF CONTENTS

<i>Gordana B. Kovaček Stanić</i>	
<i>Sandra O. Samardžić</i>	
Legal Protection and Empowerment of Vulnerable Adults in Serbia	657
<i>Dušan Ž. Nikolić</i>	
Rethinking a Notion of Thing in Private Law	675
<i>Maša M. Kulauzov</i>	
<i>Milan M. Milutin</i>	
Examples of Provincial Governors' Jurisdictions in <i>Ius Quod Ad Res Pertinet</i> in Rome	705
<i>Vladimir Ž. Marjanski</i>	
Financing of a Limited Liability Company by Capital Contributions – Basic Legal Characteristics, Company Law and Tax Law Advantages and Disadvantages –	723
<i>Predrag N. Cvetković</i>	
<i>Ljubica M. Nikolić</i>	
Contract and the Code: the Case of Predictive Contracting	745
<i>Sanja M. Savčić</i>	
On Monetary Compensation for Non-Pecuniary Damage to Legal Entities in Serbian Law – Appendix to the Reform of Damages Law	767
<i>Attila I. Dudás</i>	
Concurrent Claims in Contract and Tort in Serbian Law – with Reference to the New Hungarian Civil Code from 2013 and the Project of the Reform of the French Civil Code Regarding Liability for Damage from 2017	795
<i>Cvjetana M. Cvjetković Ivetić</i>	
The Role of Property Tax in Environmental Protection	819
<i>Ivan D. Milić</i>	
Some Penal and Criminological Aspects of Criminal Offences against Economic Interests	835
<i>Vukašin N. Stanojlović</i>	
Reimbursement of Funeral Costs in Roman Law	857

<i>Aleksandra T. Popović</i>	
Labor Protection of Nannies	877

SECTION FOR FOREIGN AUTHORS

<i>Bosiljka Čubriloović Stamenić</i>	
Should a Floating Charge be Introduced in the Judiciary of the Republic of Serbia? . .	903
<i>Tomislav B. Dagen</i>	
Legal Challenges of the Croatian Legislature with Regard to the Hate Speech and Committing Certain Criminal Offenses	927

Gordana B. Kovaček Stanić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
G.KovacekStanic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-0180-1067

Sandra O. Samardžić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
Sandra.Samardzic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-0861-0722

LEGAL PROTECTION AND EMPOWERMENT OF VULNERABLE ADULTS IN SERBIA¹

Abstract: *Having in mind demographic trends and especially growing number of the population in the old age, it is very important that family law deals with the needs of the vulnerable adults. In 2021 in Serbia the percentage of the population aged 65 and older is 21.3%. The number of users in Centres for social work that are deprived of 'transactional' ('contractual') capacity is growing (in 2017 13.075 persons are deprived of the 'transactional' ('contractual') capacity.*

Having in mind UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (Serbia has ratified the Convention in 2009) in this paper authors analyse legal changes in the procedural law which aim is protection and empowerment of vulnerable adults in Serbian law. One solution is limitation of the deprivation of 'transactional' ('contractual') capacity in a way that the decision is to be re-examine in the period of maximum three years (Law on Non-Contentious Proceedings amendments 2014). Other solution is the obligation of the court to define legal operations which the person deprived of the capacity can undertake by himself/herself and especially if this person can exercise his/her elective right (Law on Non-Contentious Proceedings amendments 2022).

¹ Рад је настао као резултат рада на научно-истраживачком пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

The authors analyse proposed legal changes in the family law which aim is to empower vulnerable adults. The recent Draft Law on Amendments to Family Act empowers vulnerable adults in the several ways. It is proposed to abandon the existing institution of “deprivation of legal capacity” and to keep only the institution of the “limitation of legal capacity”. It is proposed that court in the decision on limitation of ‘transactional’ (‘contractual’) capacity should determine the legal operations that a person partially deprived of capacity may not undertake independently. The Draft Law on Amendments to Family Act adds the legal acts to legal operations which the person deprived of capacity may undertake. This solution empowers vulnerable adults giving them wider circle of independent rights.

It is proposed that the guardianship authority is obliged to protect the dignity and well-being of the ward; try to limit the rights of the ward as little as possible; encourage the ward’s independent decision-making; provide him/her support in decision-making, as well as the participation in community life; take into account all the specifics of the ward’s personality and accept his decisions, opinions, wishes, and attitudes, unless it is in conflict with the welfare of the ward. In addition, it is proposed to stipulate the guardian’s obligation to make sure that the adult ward receives all the information on issues that concern him/her in a timely manner and to take into account in the utmost extent possible the ward’s decisions, opinion, wishes and attitudes when performing the guardian’s duties.

Keywords: *vulnerable adults, protection, empowerment, deprivation, limitation, ‘transactional’ (‘contractual’) capacity.*

1. INTRODUCTION

In 2021 in Serbia number of the total population is 6.797.105, population 65 and over is 1.447.834, so the percentage of the population aged 65 and older is 21.3%.² Data from the Republic Institute for Social Protection shows that the number of users in Centres for social work that are deprived of ‘transactional’ (‘contractual’) capacity³ is growing – 12.732 in 2015, 13.030 in 2016 and 13.075 in 2017.⁴

On 31/12/2020, under guardianship are 13.436 adult beneficiaries. In the past three years, the total number of adult beneficiaries under permanent guardianship has been continuously growing, and in 2020 it is 2.1% higher than in 2019. Of the

² <https://data.stat.gov.rs/Home/Result/18010403?languageCode=sr-Latn>

³ Serbian term ‘poslovna sposobnost’ is translated for the purpose of this article as ‘transactional’ (‘contractual’) capacity.

In English language there is no adequate term that clearly distinguishes terms ‘poslovna sposobnost’ and ‘pravna sposobnost’.

⁴ Report on the work of for 2017, Republic Institute for Social Protection, Belgrade, December 2018, <http://www.zavodsz.gov.rs/media/1423/izvestaj-o-radu-csr-2017rzs.pdf>

total number of adult beneficiaries under guardianship in 2020, 55% are male. When it comes to the age of the users, 70% belong to the elderly category and this distribution has been present in the previous three years.⁵

In the course of 2020, 5.203 decisions were made on the application of measures of temporary guardianship over person adult beneficiaries. Of the total number of temporary guardians of adult beneficiaries, in 75.3% of cases the guardian is a natural person, while direct guardianship appears in 20.3% of cases.⁶

It is very worrying that full deprivation of legal capacity still dominates, that 31% of persons are under the direct guardianship of Centre for social work, and that 43% of persons deprived of legal capacity live in institutions. Also, the deprivation of legal capacity has a very negative effect on women with disabilities, especially those who are in residential institutions, in terms of sexual and reproductive rights, bearing in mind that they do not decide independently about the use of contraception, the birth of children and/or termination of pregnancy, since it is decided by their guardians.⁷

In Serbian legislation main legal sources that regulate deprivation of legal capacity are: Family Act and Law on Non-Contentious Proceedings.⁸

Serbia has ratified both the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and its Optional Protocol.⁹ Concluding observations on the initial report of Serbia (2016) given by the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities¹⁰ as supervisory international authority for monitoring the implementation of the Convention is important document which is and would be considered in changes in domestic concept of legal capacity of the vulnerable adults.

⁵ Report on the work of Centre for Social Work for 2017, Republic Institute for Social Protection, Belgrade, December 2018, <http://www.zavodsz.gov.rs/media/1423/izvestaj-o-rad-u-csr-2017rzz.pdf>

The report on the work of Centre for Social Work is one of the reports on the work of social welfare institutions prepared by the Republic Institute for Social Welfare. The report was compiled on the basis of individual statistical reports on the work of 170 departments. The data presented by the Centre for Social Work should be taken as an illustration of the state of the system, given that the area of data collection is not sufficiently regulated and that there is no unified information system for records and data entry of social welfare institutions, with defined responsibilities of each instance in the process.

⁶ Ibid.

⁷ Strategy for improving the position of persons with disabilities in the Republic of Serbia for the period from 2020 to 2024, *Official Journal of Republic of Serbia*, No 44 of March 27, 2020, p. 32.

⁸ Family Act, *Official Journal of Republic of Serbia*, No 18/2005, 72/2011 – other law and 6/2015), hereinafter FA, Law on Non-Contentious Proceedings, *Official Journal of the Republic of Serbia* No. 25/82 with amendments.

⁹ The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and its Optional Protocol, *Official Journal of Republic of Serbia – International treaties*, No.42/2009.

¹⁰ CRPD Committee, Concluding Observations on the Initial Report of Serbia, (UN Doc CRPD/C/SRB/CO/1, 23 May 2016).

2. DEPRIVATION OF 'TRANSACTIONAL' ('CONTRACTUAL') CAPACITY

In current Serbian Family law there are two types of the deprivation of 'transactional' ('contractual') capacity: full and partial.

The full deprivation is the measure in the situation if due to illness or impediments in psychophysical development, a person of age is not able to reason normally and is thus unable to take care of himself/herself and to protect his/her rights or interests (Article 146/1 Family Act).

The partial deprivation is the measure in the situation if due to illness or impediments in psychophysical development, a person of age directly endangers his/her own rights and interests or the rights and interests of other persons by his/her actions (Article 147/1 FA).

The limited 'transactional' ('contractual') capacity can be restored and reversed from full capacity to partial and *vice versa*. When the reasons for which the person has had his 'transactional' ('contractual') capacity removed cease to exist, the court shall, *ex officio* and upon the motion of the guardianship authority and spouse, child or parent render a ruling on the restoration of his/her capacity (Article 42b/1 Law on Non-Contentious Proceedings). If after rendering a ruling on full deprivation of 'transactional' ('contractual') capacity of a person it is established that his mental state has improved to such a degree that partial deprivation of capacity is sufficient, the court shall amend its previous ruling and order partial deprivation of capacity (Article 42a/1 Law on Non-Contentious Proceedings).

The 'transactional' ('contractual') capacity of the person who is fully deprived of capacity is equal to the capacity of a young minor (Article 146/1 FA). That means this person may undertake legal operations whereby he/she acquires exclusively rights, legal operations whereby he/she does not acquire either rights or obligations and legal operations of small significance (Article 64/1 FA).

The 'transactional' ('contractual') capacity of the person who is partially deprived of capacity is equal to the capacity of a senior minor (Article 146/2 FA). That means this person may undertake, in addition to legal operations whereby he/she acquires exclusively rights, legal operations whereby he/she does not acquire either rights or obligations and legal operations of small significance, all other legal operations with the prior or subsequent consent of his/her guardian, or the consent of the guardianship authority for the disposition of immovable property and movable property of considerable value (Article 64/2 FA).

According to Family Act a child who has reached the age of fifteen may undertake legal operations whereby he/she manages and disposes of his/her income or property acquired through his/her own work (Article 64/3 FA). If the person who is partially deprived of 'transactional' ('contractual') capacity works, the question is if this provision might apply to his/her legal operations. The court can

and should (to have tailored-made decision) make a decision on partial deprivation of capacity which determines the legal operations that a person partially deprived of capacity may/may not undertake independently. So, if the person who is partially deprived of capacity works, the court should specify that he/she may undertake legal operations whereby he/she manages and disposes of his/her income or property acquired through his/her own work. The reason why is a person deprived of capacity is important factor for issuing such decision or not. For instance, the reason might be prodigality, or addiction, in these cases it probably would not be appropriate to give the adult ward possibility to undertake legal operations whereby he/she manages and disposes of his/her income or property acquired through his/her own work independently.

According to Family Act provisions, a person deprived of ‘transactional’ (‘contractual’) capacity is not able to conclude a marriage as inability to reason is one of the marriage impediments.

“Marriage may not be concluded by a person unable to reason” (Article 18 FA).

This provision is not questionable if person is fully deprived of ‘transactional’ (‘contractual’) capacity. It seems important to have in mind the provision which authorizes a court to permit a minor who has reached sixteen years of age, and who has reached the physical and mental maturity necessary to perform the rights and duties of marriage, to conclude a marriage for justified reasons (Article 23/2 FA). The capacity of the person who is partially deprived of ‘transactional’ (‘contractual’) capacity is equal to the capacity of a senior minor (child of fourteen years of age). So, the question is: is it possible for a court in a decision on partial deprivation of ‘transactional’ (‘contractual’) capacity to permit this person to conclude a marriage? In our opinion, decision on partial deprivation of capacity should not include marriage conclusion, as this is an act which should be expressly regulated by the Family Act because of its great importance.¹¹ Comparatively speaking, in Croatia, for instance, the person who is deprived of capacity has a capacity to conclude marriage, or to file for a divorce, but not independently (according to Family Act 2015 with amendments Article 234/5). As divorce is concerned, in Serbian law, the person who is deprived of ‘transactional’ (‘contractual’) capacity cannot file for divorce by himself/herself, as this person does not have procedural capacity for doing so. The guardian of a spouse without capacity may initiate action for divorce, but only with prior consent of the guardianship authority (Article 220/4 FA).

Concerning the consent to a medical intervention of a person who is deprived of legal capacity according to the Article 19/2 of the Law on the Patient’s Rights,

¹¹ In the paragraph 21 of the Concluding observations on the initial report of Serbia (2016) given by the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities is stated: “The Committee is especially concerned by the denial of the rights to marry and to vote.”

a physician or other healthcare professional is obliged to enable patient who is deprived of legal capacity to be involved in decision- making on giving consent to the proposed medical treatment due to her/his maturity and mental capacity.¹² In the Article 19/4 is stipulated that if the 15 year old child refuse medical treatment, physician or other healthcare professional is obliged to ask the consent from the child's legal representative. This solution is not stipulated for the the adult patient partially deprived of legal capacity. The question is if the patient partially deprived of legal capacity could enjoy negative autonomy or not (analogous to the right of the child who has reached the age of 15). Having in mind main principle of the CRPD (Article 12) on the importance of having in mind the will and preferences of the vulnerable adult, principle which prevails the principle of the best interest (see more in the further text of this article), the legal position of the child who has reached the age of 15 and the adult person who is deprived of the legal capacity should not be equal.

Concerning a personal name, the child at the age of fifteen if he/she is able to reason has a right to change it. A child who has reached the age of ten and who is able to reason has the right to give consent to the change of his/her personal name (Article 346 FA). Having in mind that the 'transactional' ('contractual') capacity of the person partially deprived of capacity is the same as capacity of the senior minor (child over 14 years of age), the question is: If the person partially deprived of the capacity may change a personal name, similarly to the child at the age of fifteen? It should be noticed that the legal norm on the 'transactional' ('contractual') capacity of the person partially deprived of the capacity stipulates the possibility to take legal operations, which include contracts in the first place, and not other legal acts. Changing the personal name could be qualified as a legal act. So, the conclusion could be that he/she cannot change the personal name *ex lege*. Another question is: is it possible for a court in a decision on partial deprivation of 'transactional' ('contractual') capacity to permit this person to change his/her personal name and/or to give consent to the change of his/her personal name? In our opinion, decision on partial deprivation of 'transactional' ('contractual') capacity should include rights on personal name, as these rights are of personal nature and might be of a great importance for the person in question.

The person who is 15 years of age and who is able to reason can make a will.¹³ Once again, having in mind that the 'transactional' ('contractual') capacity of the person partially deprived of capacity is the same as capacity of the senior minor (child over 14 years of age), the question is: If the person partially deprived of 'transactional' ('contractual') capacity should make a will? In the theory there are different opinion on this issue. There are authors who are of the opinion that

¹² Law on Patient's Rights, *Official Journal of the Republic of Serbia* No. 45/2013, 25/2019.

¹³ Law on Inheritance, *Official Journal of the Republic of Serbia* No. 46/1995, Article 79.

if person is deprived of the capacity regardless if it is full or partial deprivation, he/she is not able to make a will.¹⁴ Other others are of the opinion that the partial deprivation is not relevant for the capacity to make a will¹⁵, or that person partially deprived of the ‘transactional’ (‘contractual’) capacity can make a will, except if the court in the decision of partial deprivation orders otherwise, or if afterwards medical expertise found he was not capable to make a will.¹⁶ As making a will is very specific legal operation, in our opinion it should be explicitly stated in the Law on Inheritance if person partially deprived of ‘transactional’ (‘contractual’) capacity have a capacity to make a will and what conditions have to be meet for doing so. But, if Law on Inheritance does not refer to this issue, as it is the case now, we are of the opinion that person partially deprived of the capacity can make a will, except if the court in the decision of partial deprivation orders otherwise. If after the will was made, medical expertise found the testator was not capable to make it, the will would be null. This situation is the same as general situations of making a will, regardless of the fact the person was deprived of the capacity or not. In the practise of making a will, especially private form of will so-called “lawyers form” it is common to have a medical examination of the testator to prove that he/she is able to reason, before making the will.

Concerning administrative matters, in the Law on Passports is explicitly stated that the authority to make a request for issuing passport for the person who is deprived of ‘transactional’ (‘contractual’) capacity has guardian of this person.¹⁷

The proceedings for the deprivation of ‘transactional’ (‘contractual’) capacity is regulated by the Law on Non-Contentious Proceedings. The family members who can initiate the proceedings for the deprivation of ‘transactional’ (‘contractual’) capacity are: spouse, child or parent, and if he/she lives with such person in the same family household than also grandfather, grandmother, brother, sister or grandchild. The family members are persons who can provide the information on the life and behaviour of the person in relation to whom the proceedings are conducted and on other important circumstances.

The court shall question the guardian or temporary representative, the petitioner and other persons who can provide the required information on the life and behaviour of the person in relation to whom the proceedings are conducted and on other important circumstances. Where needed, the court will obtain information about information on the life and behaviour of the person in relation to whom the proceedings are conducted and on other important circumstances from the bodies of the socio-political community, self-management organisations and com-

¹⁴ For instance: Оливер Антић, *Наследно љраво* 2009 (Inheritance Law) p.234.

¹⁵ Дејан Ђурђевић, *Институције наследној љрава* (Institutiones of Inheritance Law) 2011 p. 122.

¹⁶ Наташа Стојановић, *Наследно љраво* 2011 (Inheritance Law) p. 198.

¹⁷ Law on Passports *Official Journal of the Republic of Serbia* No. 90/2007, Article 29.

munities, legal and other persons, to whom such information is available (Article 37 Law on Non-Contentious Proceedings).

The person in relation to whom the proceedings for removal of ‘transactional’ (‘contractual’) capacity are conducted must be examined by no less than two physicians of the appropriate speciality, who will provide their findings and opinion on the mental state and the capacity of such person to make judgments. The expert examination shall be performed in the presence of a judge, except when it is performed in an in-patient health organisation. The court may determine by a ruling that the person in relation to whom the proceedings are conducted, shall be temporarily, no longer than three months, placed in an appropriate health institution. This ruling would be made if, in the opinion of the physician, this is necessary to determine his mental state, but not if that may cause harmful consequences to his health (Article 38 Law on Non-Contentious Proceedings). In such proceedings, the ruling shall be made on the basis of oral hearing. The person in relation to whom the proceedings are conducted, shall be summoned to the hearing (Article 35 Law on Non-Contentious Proceedings).

The ruling on the placement into the health care institution may be appealed by the person in relation to whom the proceedings is conducted regardless of his mental state. The court shall forward the appeal with accompanying documents to the second instance court, which shall decide within three days of the receipt of the appeal (Article 39 Law on Non-Contentious Proceedings).

The court may suspend rendering the ruling on partial deprivation of ‘transactional’ (‘contractual’) capacity due to abuse of alcohol or narcotic substances, if it may reasonably be expected that the person in relation to whom the proceedings are conducted will refrain from the abuse of alcohol or narcotic substances and if such person, on his own initiative or the proposal of the court, subjects himself to treatment in a specified health care organisation. The court may suspend the rendering of ruling on deprivation of ‘transactional’ (‘contractual’) capacity for a period of 6 to 12 months. The ruling may be revoked if the person terminates the treatment or is discharged from the health care organisation for disorderly behaviour (Article 41 Law on Non-Contentious Proceedings).

Another important issue concerns the legal status of the person who is not capable to reason, if he/she is not deprived of the ‘transactional’ (‘contractual’) capacity (yet). Concerning contracts it is possible to start court proceeding to prove that the person who was not deprived of ‘transactional’ (‘contractual’) capacity in the moment of making the contract, was not capable of reason and because of that reason the contract is null. This is general legal principle and it is applied in the court practise. Specifically, a notary public may not act if he/she is aware or should be aware that the person is not able to conclude a contract for some legal reason (Article 53/4 the Law on Notary Public¹⁸). So if the person is

¹⁸ Law on Notary Public, *Official Journal of the Republic of Serbia* No. 31/2011.

not deprived of the ‘transactional’ (‘contractual’) capacity, but notary public is aware the person is not capable of reason he/she should not permit him/her to conclude the contract. In such case the party can complain to the decision of the notary public starting the court procedure (Article 53a the Law on Notary Public).

3. EMPOWERMENT AND PROTECTION OF VULNERABLE ADULTS

The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities supports the social concept of disability laying the foundations for all the current and possible future changes. This UN international human rights treaty obliges state parties to recognize the right of a person with disability to enjoy legal capacity (Article 12). One of the main principles in connection of the legal status of the vulnerable adult is the will and preferences principle (Article 12), thus, the transition from the best interest principle to the new principle of the will and preferences is needed.¹⁹

The key interpretation of the Article 12 of the Convention is given in General Comment No. 1 (2014) of the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities (paragraph 21).

“Where, after significant efforts have been made, it is not practicable to determine the will and preferences of an individual, the “best interpretation of will and preferences” must replace the “best interests” determinations. This respects the rights, will and preferences of the individual, in accordance with article 12, paragraph 4. The “best interests” principle is not a safeguard which complies with article 12 in relation to adults. The “will and preferences” paradigm must replace the “best interests” paradigm to ensure that persons with disabilities enjoy the right to legal capacity on an equal basis with others.”

In connection with the legal model of the deprivation of the transactional (‘contractual’) capacity and substitute decision-making by vulnerable adult’s guardian in the Explanatory report is stated:

“Indeed, there has been a general failure to understand that the human rights-based model of disability implies a shift from the substitute decision-making paradigm to one that is based on supported decision-making...”

“Article 12, paragraph 3, recognizes that States parties have an obligation to provide persons with disabilities with access to support in the exercise of their legal capacity. States parties must refrain from denying persons with disabilities their legal capacity and must, rather, provide persons with disabilities access to the support necessary to enable them to make decisions that have legal effect.”²⁰

¹⁹ The interpretation of the Article 12 of the Convention is given in General Comment No. 1 (2014) of the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities (paragraph 21). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>

²⁰ Ibid.

The domestic acts were amended having in mind the aim of UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The amendments of Law on Non-Contentious Proceedings from 2014 empower the persons deprived of the transactional ('contractual') capacity (vulnerable adults) in different ways.

First, the deprivation of 'transactional' ('contractual') capacity is not limitless as it was before the amendments, as has to be re-examined in the period of maximum three years.²¹ In the deprivation the court has to define time-limit for checking if the reasons for the removal still exist (Article 40/2). This stipulations is introduced after the decision of European Court for Human Rights *Salontaji-Drobnyak v. Serbia*.²² In this decision European Court for Human Rights, among other opinions, states that "... the applicable domestic legislation does not seem to provide for a periodical judicial re-assessment of the applicant's condition..."

The person in relation to whom the proceedings are conducted has a right to file a complaint on the decision on deprivation of 'transactional' ('contractual') capacity regardless of his mental state in 8 days of receiving the decision. This provision improves the rights of the person who is deprived of the legal capacity.

Another issue concerns rights of a persons without 'transactional' ('contractual') capacity to exercise his/her rights. The court may allow that the participant without 'transactional' ('contractual') capacity can institute actions for the purposes of exercising his/her rights, if believes that he is capable of understanding the meaning and legal consequences of such actions (Article 7 Law on Non-Contentious Proceedings). Thus, this person has right to adversarial trial and has active role in the proceedings.²³ In addition, the person who is deprived of 'transactional' ('contractual') capacity may institute proceedings for the restoration of his/her capacity, if he/she is capable of understanding the meaning and legal consequences of this petition. This is possible in the situation when the reasons cease to exist (Article 42b Law on Non-Contentious Proceedings). On the other hand, it is possible for the person whose capacity is to be removed to file a petition to institute proceedings for the deprivation of his/her capacity if he is capable of understanding the meaning and legal consequences of his petition (Article 32/3 Law on Non-Contentious Proceedings).

The recent novelty of Law on Non-Contentious Proceedings, amendments from 2022, is that in the decision of the partial deprivation of 'transactional' ('con-

²¹ Невена Петрушић, "Поступак за лишење пословне способности", *Зборник радова Правног факултета у Нишу Број 70 | Година LIV | 2015*, pp. 903-920.

²² Application no. 36500/05, Hudoc. More in: Марија Драшкић, "Нови стандарди за поступак лишења послове способности: Актуелна пракса Европског суда за људска права", *Анали Правног факултета у Београду* Година LVIII, бр. 2/2010, pp. 355-371.

²³ Невена Петрушић, "Поступак за лишење пословне способности у праву Србије у контексту међународних стандарда о правима особа са инвалидитетом," *Зборник радова Правног факултета у Нишу, Број 70, Година LIV, 2015*, стр. 903-920.

<http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z70/50z70.pdf>

tractual') capacity of the person the court has to define legal operations which this person can undertake by himself/herself and especially if this person can exercise his/her elective right (Article 40/3). The Law on Election of National Deputies 2022 stipulate that the person partially deprived of 'transactional' ('contractual') capacity may elect national deputies and may be elected to be national deputy if court in the decision of the partial deprivation finds he/she does not have capacity for doing so (Article 3/2).²⁴ Thus, the recommendation of the Concluding observations on the initial report of Serbia (2016) given by the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities is adopted in the Serbian legislation.²⁵

The recent Draft Law on Amendments to Family Act proposes to abandon the existing institution of "deprivation of 'transactional' ('contractual') capacity" and to keep only the institution of "limitation of 'transactional' ('contractual') capacity" (Article 146).²⁶ The court shall determine the duration of limitation, it cannot exceed three years. This amendment would protect vulnerable adults having in mind contemporary solutions in international and comparative family law.

According to Law on Cessation of Pregnancy in a Healthcare Institution pregnant woman who is partially deprived of 'transactional' ('contractual') capacity has the right to independently request for an abortion.²⁷ If pregnant woman is fully deprived of capacity, the consent of the guardian is needed for the abortion. If the consent of the guardian is not possible to obtain because of his/her absence or if because he/she is prevented to give consent for some reason, the consent of the guardianship authority (centre for social work) is needed (Article 2). Concerning contraception there is no explicit provision in Serbian law which would regulate if a person deprived of 'transactional' ('contractual') capacity has a right to decide on contraception independently. So, the question is: Is it possible for a court in a decision on partial deprivation of 'transactional' ('contractual') capacity to permit this person to decide on contraception? In our opinion, decision on partial deprivation of capacity could include rights on contraception, if the court finds this person is able to make such decision. Having in mind that the pregnant woman who is partially deprived of 'transactional' ('contractual') capacity can independently request for an abortion, we are of the opinion it should be the same for the decision on contraception, as both rights are reproductive rights, exceptionally personal and private in nature.

The novelty proposed in the Draft Law on Amendments to Family Act is to add legal acts to legal operations which the person deprived of capacity may undertake.

²⁴ The Law on Election of National Deputies, *Official Journal of the Republic of Serbia* No. 14/2022.

²⁵ Op. cit. In the paragraph 21 is stated: "The Committee is especially concerned by the denial of the rights to marry and to vote."

²⁶ The Draft is available with the Commission for drafting the text.

²⁷ Cessation of Pregnancy in a Healthcare Institution Act, *Official Journal of the Republic of Serbia* No. 16/1995.

This is solution which empowers vulnerable adults giving them wider circle of independent rights, similarly to the child at the age of fifteen.

The recent Draft Law on Amendments to Family Act empowers vulnerable adults. First, it is proposed that the guardianship authority is obliged to protect the dignity and well-being of the ward; strive to limit the rights of the ward as little as possible; encourage the ward's independent decision-making provide; him/her support in decision-making, as well as the participation in community life; take into account all the specifics of the ward's personality and accept his decisions, opinions, wishes, and attitudes, unless it is in conflict with the welfare of the ward (Article 124). When it comes to taking care of the ward, it is proposed to add the guardian's obligation to make sure that the adult ward receives all the information on issues that concern him/her in a timely manner and to take into account in the utmost extent possible the ward's decisions, opinion, wishes and attitudes when performing the guardian's duties (Article 135).

According to Family Act two decisions enable tailored-made incapacitation to some extent. First is a court decision on partial deprivation of 'transactional' ('contractual') capacity which determines the legal operations that a person partially deprived of capacity may/may not undertake independently (Article 147/3). On the other hand, the Law on Non-Contentious Proceedings has different solution, so it is stated the court may in the ruling for partial deprivation of 'transactional' ('contractual') capacity of a person determine the type of transactions such person may undertake independently in addition to the transactions to which he is authorised by the law (Article 40/2).²⁸ In the recent Draft Law on Amendments to Family Act it is proposed that court in the decision on deprivation of 'transactional' ('contractual') capacity should determine the legal operations that a person partially deprived of capacity may not undertake independently. This formulation in fact means that all other legal operations which are not specified in the court decision vulnerable adult can take independently.

Another type of tailored-made decision is the decision on placing someone under guardianship. This decision includes a guardianship plan, which is specific for each person.

In the current law there is a possibility for the manager of a social service institution for accommodation (or a person employed in such an institution), to be appointed as the guardian of all the wards accommodated in that social service institution. The Draft Law on Amendments to Family Act proposes abandon this solution (Article 130), in order to protect vulnerable adult against conflict of interests, abuse or neglect in case of institutional representation of persons in residential-care institutions by those institutions.

²⁸ More in Петрушић 2015 p. 908.

The Draft Law on Amendments to Family Act proposes that apart from a ward's spouse, relative or foster parent who are primarily appointed as a guardian according to the current law, the person who is particularly close to the ward may be appointed as a guardian, as well (Article 126/2).

Another novelty concerns types of the guardian. It is proposed that the form of guardian, now called "direct guardian", to be changed to "state guardian". A state guardian would be appointed if the following persons cannot be appointed as guardians: a spouse, a relative, a foster parent, or a person particularly close to the ward. The work of the state guardian is performed by an official, employed in the body of the local self-government unit that performs social protection and social activities, and who is designated by the head of that body. The work of the state guardian is performed by an official who is trained and has special knowledge in the field of family law and social protection.

The Draft Law on Amendments to Family Act proposes to add as a ground for relieving the guardian of his/her duties, the case when the guardian has concluded a life care contract with the ward or another contract that leads to the incompatibility of the rights and obligations from the contract with the duties of the guardian (Article 133).

4. CONCLUSION

Having in mind demographic trends and especially growing number of the population in the old age, it is very important that family law deals with the needs of the vulnerable adults. The current institution of the deprivation of the 'transactional' ('contractual') capacity and in particular court proceedings for the deprivation of the capacity seem too strict and too formal for contemporary situation. Family law provisions have to be adapted to incorporate principles of the empowerment and protection of the vulnerable adults and to make "a shift from the substitute decision-making paradigm to one that is based on supported decision-making".

Serbian law made a first step by amending the procedural law. The deprivation of 'transactional' ('contractual') capacity is not limitless as has to be re-examined in the period of maximum three years (Law on Non-Contentious Proceedings amendments 2014). In the decision of the partial deprivation of 'transactional' ('contractual') capacity of the person, the court has to define legal operations which this person can undertake by himself/herself and especially if this person can exercise his/her elective right (Law on Non-Contentious Proceedings amendments 2022).

The recent Draft Law on Amendments to Family Act empowers vulnerable adults in the several ways. It is proposed to abandon the existing

institution of “deprivation of legal capacity” and to keep only the institution of the “limitation of legal capacity”. It is proposed that court in the decision on limitation of ‘transactional’ (‘contractual’) capacity should determine the legal operations that a person partially deprived of capacity may not undertake independently. Comparing to current solution which enables court to determine the legal operations that a person partially deprived of capacity may (or may not) undertake independently, the new proposition actually empower vulnerable adults, as the court can only determine the legal operations that a person with limited capacity may not undertake independently; all other legal operations which are not specified in the court decision vulnerable adult can take independently.

The Draft Law on Amendments to Family Act adds the legal acts to legal operations which the person deprived of capacity may undertake. This solution empowers vulnerable adults giving them wider circle of independent rights, similarly to the child at the age of fifteen.

It is proposed that the guardianship authority is obliged to protect the dignity and well-being of the ward; strive to limit the rights of the ward as little as possible; encourage the ward’s independent decision-making; provide him/her support in decision-making, as well as the participation in community life; take into account all the specifics of the ward’s personality and accept his decisions, opinions, wishes, and attitudes, unless it is in conflict with the welfare of the ward. In addition, it is proposed to stipulate the guardian’s obligation to make sure that the adult ward receives all the information on issues that concern him/her in a timely manner and to take into account in the utmost extent possible the ward’s decisions, opinion, wishes and attitudes when performing the guardian’s duties. It is a first step in transition from the principle of the “best interest” of a ward to the principle of “will and preferences” of a ward. If these amendments would be accepted, the legal status of the vulnerable adults as ward would be improved.

REFERENCES

- Cessation of Pregnancy in a Healthcare Institutions Act, *Official Journal of the Republic of Serbia* No. 16/1995 and 101/2005 – other law.
- Estimation of the population, by age and sex (beginning, middle and end of the year), Republic Institute of Statistics, Republic of Serbia. <https://data.stat.gov.rs/Home/Result/18010403?languageCode=sr-Latn>
- Family Act, *Official Journal of Republic of Serbia*, (No 18/2005, 72/2011 – other law and 6/2015)
- Law on Election of National Deputies, *Official Journal of the Republic of Serbia* No. 14/2022.

- Law on Inheritance, *Official Journal of the Republic of Serbia* No. 46/1995, 101/2003 – decision of the Constitutional Court of the Republic of Serbia and 6/2015.
- Law on Non-Contentious Proceedings, *Official Gazette of the Socialist Republic of Serbia* No 25/82 and 48/88 and *Official Gazette of the Republic of Serbia* No 46/95 – other law, 18/2005 – other law, 85/2012, 45/2013 – other law, 55/2014, 6/2015, 106/2015 – other law and 14/2022.
- Law on Notary Public, *Official Journal of the Republic of Serbia* No. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – other law, 93/2014 – other law, 121/2014, 6/2015 and 106/2015.
- Law on Passports *Official Journal of the Republic of Serbia* No. 90/2007, 116/2008, 104/2009, 76/2010, 62/2014 and 81/2019.
- Report on the work of Centre for Social Work for 2017, Republic Institute for Social Protection, Belgrade, December 2018, <http://www.zavodsz.gov.rs/media/1423/izvestaj-o-radu-csr-2017rzs.pdf>
- Report on the work of for 2017, Republic Institute for Social Protection, Belgrade, December 2018, <http://www.zavodsz.gov.rs/media/1423/izvestaj-o-radu-csr-2017rzs.pdf>
- Strategy for improving the position of persons with disabilities in the Republic of Serbia for the period from 2020 to 2024, *Official Journal of Republic of Serbia*, No 44 of March 27, 2020.
- Гордана Ковачек Станић, *Породично право – њаринерско, гечје и сѣарайељско право*, Правни факултет, Нови Сад, 2014.
- Дејан Ђурђевић, *Институције наследног права* (Institutiones of Inheritance Law), Службени гласник, Београд, 2011.
- Марија Драшкић, “Нови стандарди за поступак лишења послове способности: Актуелна пракса Европског суда за људска права”, *Анали Правног факултета у Београду*, LVIII, бр. 2/2010, 355-371.
- Наташа Стојановић, *Наследно право* (Inheritance Law), Правни факултет: Центар за публикације, Ниш, 2011.
- Невена Петрушић, “Поступак за лишење пословне способности у праву Србије у контексту међународних стандарда о правима особа са инвалидитетом,” *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Број 70, Година LIV, 2015, 903-920.
- Невена Петрушић, “Поступак за лишење пословне способности“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу Број 70 | Година LIV | 2015*, pp. 903-920.
- Оливер Антић, *Наследно право* (Inheritance Law), Службени гласник, Београд, 2009.

Гордана Б. Ковачек Станић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
G.KovacekStanic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-0180-1067

Сандра О. Самарџић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
Sandra.Samardzic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-0861-0722

Правна заштита и оснаживање одраслих, рањивих лица у Србији

Сажетак: Имајући у виду демографске трендове који иду у правцу повећања броја становника старије животној доби, врло је значајно да се породично право бави потребама одраслих, рањивих лица. У 2021. години у Србији проценат становништва од 65 година и старијих износи 21.3. Број корисника центара за социјални рад који су лишени пословне способности је у порасту (у 2017. години је 13.075 лица лишено пословне способности).

Имајући у виду одредбе Конвенције УН о правима особа са инвалидитетом, коју је Србија ратификовала 2009, аутори у овом раду анализирају измене у процесном праву чији је циљ правна заштита и оснаживање одраслих, рањивих лица. Једна од солуција је лимитирање одлуке о лишењу пословне способности на такав начин што се предвиђа да та одлука треба да буде проверавана у максималном року од три године. Друга солуција је увођење обавезе за суд да дефинише правне послове које лице лишено пословне способности може да обавља самостално, а посебно да може да обавља своје изборно право (Закон о ванбрачном животу, измене из 2014. године).

Аутори даље анализирају предложене измене породичног права чији је циљ правна заштита и оснаживање одраслих, рањивих лица. Скорашњи Нацрт измена и допуна Породичног закона садржи одредбе којима се оснажују лица којима је потребно ограничити пословну способност. Један од предлога је напуштање услове лишења пословне способности и увођење услове ограничења пословне способности. Осим тога се предлаже да се судском одлуком о ограничењу пословне способности одреде не само правни послови, како је предвиђено у садашњем члану Породичног закона, него и радње, које лице ограничено пословне способности није способно да само-

сјално предузима у односу на своју личност и имовину. Укључивањем правних радњи се, у ствари, проширује круг права која има лице ограничене пословне способности, јер би могао самостално да предузима не само правне послове него и правне радње који нису обухваћени одлуком. Даље се одређује дужност ојана стваратељства да заштити досјојанство и добробит цитићеника; да тежи цитио мањем ограничању права цитићеника; да подстиче самостално доношење одлука цитићеника, да му пружи подршку у доношењу одлука, као и учешће у живој заједници; да узима у обзир специфичност личности цитићеника и прихвата његове одлуке, мишљење, жеље и ставове осим ако је то у сујојности са добробит цитићеника. Превиди се обавеза стваратеља да се стара да цитићеник благовремено добије сва обавештења о стварима која га се тичу и да у обављању послова стваратеља у највећој могућој мери узме у обзир одлуке, мишљење, жеље и ставове цитићеника. На тај начин се даје примат принцип жела и ставова цитићеника у односу на ранији принцип најбољег интереса цитићеника, а цитио је у складу са савременим кретањима у компаративном праву.

Кључне речи: ограсла, рањива лица, заштита, оснаживање, лишење, ограничење пословне способности.

Датум пријема рада: 26.09.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 20.11.2022.

Датум прихватања рада: 08.12.2022.

Душан Ж. Николић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
d.nikolic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-1850-9684

ПРЕИСПИТИВАЊЕ ПОЈМА СТВАРИ У ПРИВАТНОМ ПРАВУ¹

Сажетак: У свету који се убрзано мења, неминовне су и промене у области права, како на теоријској равни, тако и у домену правне регулативе. То се, пре свега, односи на базичне доктринарне појмове и законске дефиниције, који представљају основу за трагњу и развој правних институција. У том контексту посебно место заузима ствар, као полазишна категорија стварног права које регулише односе у вези са присвајањем добара. У већини правних система, али и у правној доктрини није сасвим јасно шта све и под којим условима може бити присвојено. То је, са једне стране, последица заостајања правне регулативе за променама у друштву, а са друге, заостајања правне науке за другим научним областима и технолошким развојем.

Српско грађанско право је у том погледу специфично. У правној теорији, која се од почетка XX века развијала под снажним утицајем немачке доктрине и Немачког грађанског законика из 1896, доминира став да је ствар само материја (материјални чинилац окружења). У важећим законима не постоји опште појмовно одређење. Та празнина се може попунити применом старих правила из Српског грађанског законика из 1844. године, који садржи дефиницију која због своје ширине много више одговара епохи у којој живимо, од оне коју је доктрина преузела из немачког права. Према СГЗ-у “под именом ствари разуме се у законом смислу све оно, што није човек, или није лице, и на употребу човеку служи.” Такво одређење је ближе ставу

¹ Овај рад посвећујем уваженом колеги и пријатељу Кристијану фон Бару (Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian von Bar), поводом његовог 70. рођендана.

This paper is devoted to my distinguished colleague and friend Christian von Bar (Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian von Bar), on the occasion of his 70th birthday.

У тексту су презентовани резултати истраживања вршених у оквиру научноистраживачког пројекта *Правна традиција и нови правни изазови*, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

фундаменталних наука и савремених интелектуалних научних дисциплина нове генерације, по ком је све у човековом окружењу сачињено од материје, енергије и информација.

До извесног најрејка у правничком поимању ствари дошло је под приликом времена и практичних потреба. Уместо да иде у сусрет променама, правна регулатива и правна наука са закашњењем и интервентивно реагују на оно што је већ дужије време део стварности. Јаз између нормативне и стварне је ублажен тиме што су под традиционални оквире појам ствари (заснован на тези да је ствар искључиво материја) подведена и друга два чиниоца Универзума (енергија и информација). Парадоксално је да је то у многим земљама учињено у домену кривичног права или под његовим утицајем. Међутим, та промена није довољна. Потребно је највише још један искорак ка ономе што је нова реалност у XXI веку и прихватајући чињеницу да енергију и (физичку, струковну) информацију не треба подводити под оквир појам, јер оне већ јесу део ствари, оне су унутар ње (као њени чиниоци). Уместо традиционалне, треба изградити асистратичку и уједно обухватну појам.

Summa summarum, у духу савремене науке и у најширем стварноправном смислу, ствар је сваки чинилац човековог окружења који физички и правно може бити предмет присвајања. Такво појмовно одређење је довољно асистратично и довољно широко да се њиме могу обухватити елементи који се на садашњем нивоу развоја науке и технологије сматрају чиниоцима свега постојећег, али и неки нови, до којих ће еволуција научне мисли тек довести. Оно може представљати и оквир за налажење одговора на неке нове правне изазове као што су комплексна проблематика у вези са физичком информацијом и информационом кодом материје садржаним у ДНК, на коју се надовезују питања из домена биомедицинског инжењеринга, а пре свега она која се тичу својине на деловима тела створеним из матичних ћелија, питања у вези са бионформатичком сенком живе материје и њеним репродуковањем, и у том контексту са изв. бионформатичком имовином. Посебну важност изискује оно што је у непосредној вези са четвртом индустријском револуцијом, а пре свега интернет ствари. Под утицајем техничког и технолошког најрејка мереју се или чак бришу границе између субјекта и објекта права. Неке ствари (схваћене на савремени начин, као синтеза материје, енергије и информације) имају или постојано добијају неку врсту правне субјективности. Ту спадају хуманоидни роботи, различити облици вештачке интелигенције и др. Посебну област са којом треба довести у везу савремени појам ствари, представљају виртуелна стварност и њени (нематеријални, дигитални) чиниоци, као што су аватари, дигитална мода, дигитална бесмртност и др.

У раду су разматрана и нека значајнија питања у вези са појмовима и дефиницијама, са разлозима за њихово преиспитување и методолошким

иприсїуїма їој їроблемайїци, међу којима су їосебно значајни нови научни енциклопедизам и инїтердисциїлинарносї.

Кључне речи: *їривайїно їраво, сївар, їојам, дефиниција, маїтерија, енерїја, информација.*

1. О ДЕФИНИЦИЈАМА И ПОЈМОВИМА

У правној литератури се често наводи мисао римског правника Јаволена (*Iavolenus*²) да је “Свака дефиниција у цивилном [грађанском] праву опасна”.... (*Omnis definitio in iure civili periculosa est...*).³ Преводи те чувене сентенце су махом недовољно прецизни, а цитати непотпуни. Наиме, Јаволен свакако није мислио само на оно што данас спада у *їрађанско їраво*, већ на целокупну регулативу која је важила за грађане Рима (*Ius civile*). У научним радовима и усменим излагањима се најчешће наводи само први део сентенце, у ком је садржана констатација, а ретко и други, у ком је саопштен разлог: “... јер мало је тога што се не може срушити [подрити, оборити, оспорити – синонимска екстензија Д.Н.]” (... *parum est enim ut non subverti possit*). По мом мишљењу, Јаволен је био близу истине. Погрешио је само у томе што заправо ништа није вечно (вечито, за навек). Управо та чињеница доводи у питање мисао, па чак и саму могућност дефинисања. Како нешто дефинитивно утврдити / одредити, када ништа не може бити дефинитивно?

У литератури постоје различита мишљења о значају и потреби дефинисања. Она се крећу у распону од става да пажњу завређује само оно што може бити дефинисано а да остало треба занемарити (игнорисати), до ставова који се свode на потпуно негирање потребе за постојањем било каквих дефиниција.⁴ Расправе о томе трају вековима. Из њих су проистекле читаве теорије о дефинисању и дефиницијама. Неки наши савременици сматрају да је једну од најконзистентнијих развио антички филозоф Аристотел.⁵ Његов кључни допринос је у томе што је одредио појам (дефиницију) дефиниције и установио правила доброг дефинисања.⁶ По његовом мишљењу, дефиниција је *исказ о сушћини*. Дефинисање би у том смислу представљало *уїврђивање* или *одређивање* суштине. *Уїврђивање* подразумева мисаоно трагање, пропитивање, преиспитивање. *Одређивање* има другачије значење. Оно је нормативна (нормирајућа, прописујућа, прескриптивна) значењска операција.

² *Iavolenus Priscus*, (прва половина II века нове ере).

³ *Iavolenus*, D.17.202.

⁴ Вид. Cairns Huntington, “A Note on Legal Definitions“, *Columbia Law Review* 7/1936, 1099, као и тамо наведену литературу.

⁵ Вид. Marguerite Deslauries, *Aristotle on Definition*, Leiden – Boston 2007, 3. etc.

⁶ *Ibidem*.

Онај који дефинише, саопштава шта сматра суштином и/или шта се има сматрати суштином. Домашај и исход дефинисања у та два случаја није исти. Резултат утврђивања је мишљење о значењу и/или значају нечега (њојам). Он говори о томе како неко схвата (поима, појми) суштину нечега. Резултат одређивања је наредбодавни, императивни сѣав о томе како треба схватити нешто.

Дефиниција може постојати само ако је нечије поимање (схватање) прихватљиво за све (што је у друштвеним односима и друштвеним наукама готово немогуће) или, ако је став о томе како треба схватити суштину нечега обавезујућ за друге (на пример, када законодавна власт одреди значење). У свим другим ситуацијама постоји само њојам, односно, њојмовно одређење. (Наравно, и оно је значајно, јер олакшава саопштавање мисли и комуникацију међу људима).

Ако за полазиште узмемо логички прихватљиву (хипо)тезу, изложену средином прве деценије ХХИ века у канадској литератури посвећеној цивилистичким и лингвистичким темама, да дефинисање у праву (а тиме и дефиниција као његов исход), представља кодификацију [прописивање] значења (*définition comme codification du sens*),⁷ долазимо до закључка да се ради о одређивању начина на који нешто треба схватити (појмити, поимати). Такво одређење садржано у закону или законику, као што је речено, представља императив и сматра се законском дефиницијом. Оно би требало да буде нешто до краја усаглашено, неспорно, неоспорно, трајно, дефинитивно (лат. *definitivus*). Да ли је то потребно и да ли је уопште могуће? Одговор на та питања свакако треба тражити у ширем историјском контексту.

Римски император Флавије Јустинијан⁸ је 533. године конституцијом *Tanta* забранио свим тадашњим и будућим правницима приређивање скраћених верзија Кодификације (*Codex iuris civilis*) и њено коментарисање (што значи и преиспитување).⁹ Међутим, већ годину дана касније, увиђајући неминовност промена, донео је нову конституцију (*Constitutio cordi nobis*) којом је допустио да се право развија путем нових закона (*noellae leges*) и тако укинуо претходну забрану.

Француском Декларацијом о ѣравима човека и ѣрађанина (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*) из 1789. године¹⁰ утврђено да је својина једно од природних, неповредивих, светих и вечитих права човека¹¹. Међу-

⁷ Mathieu Devinat, „Les définitions dans les codes civils“, *Les Cahiers de droit* 1-2/2005, 529.

⁸ Flavius Petrus Sabbatius Iustinianus (482-565).

⁹ „...ut nemo neque eorum, qui in praesenti iuris peritiam habent, nec qui postea fuerint audeat commentarios isdem legibus adnectere.“ *Constitutio Tanta*, 21.

¹⁰ Декларацију је усвојила уставотворна скупштина (*Assemblée Nationale Constituante*) 26. августа 1789. године.

¹¹ У Декларацији пише да су слобода, својина и отпор угњетавању природна и вечита права. Вид. чл. 2. Декларације.

тим, већ у Грађанском закону (Code civil des Français; Code Napoléon) из 1804. године¹² право својине је рестриктивније постављено. Постоје три опште одредбе које одређују његову правну природу, садржину и домаћај. У првој је речено да је „својина право уживања и располагања стварима у најјаслућнијем смислу [италиком нагласио: Д.Н.], под условом да се не користе на начин који је забрањен законима и уредбама¹³“ Редактори Закона су нагласили апсолутност права својине, користећи нарочити облик суперлатива (*plus absolu*). Тиме су ставили до знања да је то нешто највише што се може имати када су у питању права на стварима. Француски император Наполеон Бонапарта (*Napoléon Bonaparte*) и многи његови савременици из реда правника, сматрали су да је Грађански законик Француске оличење писаног разума (*ratio scripta*). Поучени негативним искуством са правним партикуларизмом и постојањем мноштва различитих извора грађанског права у предреволуционарној епохи али и у време Буржоаске револуције, француски правници су тврдили да је законски текст свеобухватан и да судије немају шта да траже изван њега. Суд је био дужан да констатује правило садржано у закону и да га доследно примени. То је уједно важило и за законске дефиниције. Многи су чак сматрали да нема места ни било каквој критици нормативних решења. Правна наука је имала само један задатак: да тумачењем утврди прави смисао законских норми и да систематски изложи целокупно право онако како оно заиста гласи (*de lege lata*). Тај правац, познат као *школа еџезе* у грађанском праву (*école de l'égèse en droit civil*), имао је велики утицај на правни живот како у Француској, тако и у њеним колонијама, а у појединим периодима и на територији других европских земаља које су биле под окупацијом Наполеонове војске. Наведене одредбе о својини важе и данас. Међутим, чињеница је да је већ након ступања Закона на снагу, започето креативно тумачење које је временом постајало све учесталије, екстензивније и радикалније. Касациони суд Француске је пре двадесетак година, потврђујући пресуду једног нижестепеног суда¹⁴ заузео став *contra legem*, да право својине није ни апсолутно, ни неограничено (*ni absolu ni illimité*).¹⁵ Као што је констатовао познати италијанско-амерички компаративиста Уго Матеи (*Ugo Mattei*): „То је типичан француски приступ правном резонувању: давање широких дефиниција и навођење што

¹² Законик је промулгован 6. фебруара 1804. године.

¹³ Чл. 544 Закона.

¹⁴ Вид: Cour d'appel de Rouen, arrêt du 31 octobre 2001.

¹⁵ Cour de cassation – Assemblée plénière, Arrêt n° 516 du 7 mai 2004.

Вид.: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/arr_ecirc_459.html. Опширније у: Душан Николић, „Апсолутност својине у француском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)* 4/2014, 85-101.

више изузетака као непходних, без бриге о утицају изузетака на опште правило.¹⁶

Време је показало да законске дефиниције, нису и да не могу бити нешто дефинитивно, као ни са њима повезане експликативне доктринарне дефиниције проистекле из правне мисли која је остала на нивоу дескрипције (препричавања законских одредаба).

Описана дисонантност и непостојаност правне регулативе се свакако може делом приписати високом степену флексибилности у тумачењу и примени правила која је својствена појединим правним традицијама. Водећи холандски цивилиста Сјеф ван Ерп (*Sjef van Erp*), позивајући се на Кристијана фон Бара (*Christian von Bar*), једног од креатора новог заједничког европског права (*Ius Commune europaeum*) и аутора капиталне двотомне студије о стварном праву у Европи (*Gemeineuropäischen Sachenrechts*), илустровао је то поређењем француског и немачког стварног права. “Традиција грађанског права у Француској је мање ригорозна и отворенија. [...] Према немачком грађанском законнику, „својина“ је најпотпуније право које особа може имати у вези са физичком ствари (§ 90 Немачког грађанског законика). Као последица ове дефиниције, својина на потраживањима не постоји; можете имати само „право“ на захтев. Можда је очигледно да, с обзиром на ову веома строгу дефиницију, немачко имовинско право има значајних проблема са укључивањем виртуелне својине. У Француској „својина“ није толико стриктно разграничен концепт, већ много више отворени „појам“. Према француском закону, дакле, својина на потраживањима је могућа. [...] Разумевање концепата је од виталног значаја, јер дефиниције утичу на правну праксу.”¹⁷ Са тим треба довести у везу и јачање позиције судова у многим земљама, као и њихову све изразитију креативну (правностваралачку) улогу на ширем плану.¹⁸ Међутим, то су само пропратне појаве. Иза тих процеса стоје много дубљи, суштински разлози, који су превасходно везани за променљивост окружења.

1.2. О преиспитивању

Све ђече, све се мења (гр. πάντα ρεῖ). Читав Универзум је у сталном покрету и зато ништа није и не може бити исто. У таквим околностима ни

¹⁶ Ugo Mattei, *Basic Principles of Property Law: A Comparative Legal and Economic Introduction*, Greenwood Press, Westport 2000, 16.

¹⁷ Sjef van Erp, *European Property Law as a New Private Law?*, Property Jotwell 16.12.2016.

¹⁸ Опширније у: Dušan Nikolić, „Independence and social influence of a meritorious legal elite in Serbia“, у књизи: *Fair reflection of society in judicial systems. A comparative study*, (ed. Sophie Turenne), Edition: Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Springer, Berlin – Heidelberg 2015; Dušan Nikolić, „Precedent u praksi Suda pravde Evropske unije“, у: *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2013, 231 i dr.

поимање онога што нас окружује не би требало да (дуго) остане непромењено. У противном, постојаће погрешна представа о стварности, која може проузроковати доношење погрешних одлука, непримерене реакције на промене, а у крајњој линији и дестабилизацију поретка у природи и друштву.

У том смислу, нешто може бити *дефинитивно* само у секвенци укупног времена. То важи и за правне појмове и дефиниције. Њихова актуелност и трајање зависе од тога колико су усклађени са варијабилном стварношћу. Да би трајали, имали смисла и остваривали иманентну функцију, морају повремено бити преиспитани и по потреби иновирани. Динамика њихових промена мора бити у складу са динамиком промена у природи и друштву. (На тај начин се, заправо, продужава секвенца времена у ком је нешто дефинитивно. Могли бисмо рећи да је то *динамичка дефинитивност*). Без преиспитивања и прилагођавања, крај је неминован.

Према поставкама *Опште теорије система*¹⁹ и *Кибернетике*,²⁰ интегративне научне дисциплине која се бави принципима управљања комплексним динамичким системима, какав је и систем права, свакој сложеној целини иманентан је процес који води ка дезорганизацији, дестабилизацији унутрашњег поретка и (ауто)деструкцији (*ентропија*, енгл. *entropy*).²¹ Известно је да све има свој почетак и свој крај. То важи за све, од неживе материје у човековом окружењу и најпримитивнијих облика живог света, до људског организма и друштава у којима људи живе.

Сведоци смо велике и убрзане ентропије савремене цивилизације, проузроковане мноштвом међусобно повезаних проблема на које поједине друштвене заједнице и човечанство у целини нису благовремено и на адекватан начин реаговали.²² Један од главних узрочника таквог стања и сада већ извесног наставка далекосежних деструктивних процеса је дисбаланас између нивоа развијености природних и техничких наука и технолошког напретка с једне стране, и досегнутог нивоа друштвених наука и правне регулативе,

¹⁹ Утемељивач Опште теорије система (*General systems theory*) је Карл Лудвиг фон Берталанфи (*Karl Ludwig von Bertalanffy*, 1901-1972) аустријски научник мађарског порекла.

²⁰ Идејни творац Кибернетике (*Cybernetics*) је Норбет Винер (*Norbert Wiener*, 1894-1964), амерички научник јеврејског порекла

²¹ Појам *ентропија* у савремену науку је унео Рудолф Клаузиус (*Rudolf Julius Emanuel Clausius*, 1822-1888), немачки физичар и математичар. Вид.: Roger Penrose, *The Road to Reality – A Complete Guide to Laws of the Universe*, Jonathan Cape Publ., London, 2004, 690.

²² О сложености и размерама проблема са којима су се поједина друштва већ суочила и са којима ће се многа тек суочити, можда најбоље сведоче догађаји које описују и коментаришу актери документарног филма *Detropia* (A Film by Heidi Ewing and Rachel Grady. An intimate look at Detroit – America's first major post-industrial city- as it struggles to deal with the consequences of a broken economic system).

<https://detropiathefilm.com/>

<https://www.youtube.com/watch?v=93hHa6lMWtE>

са друге стране. Људи су остварили епохална достигнућа у техници и закончили дубоко у четврту индустријску револуцију, али нису успели да на одговарајући начин уреде међусобне односе. Актуелна збивања показују да се историја понавља. “L’histoire se répète [tout d’abord comme une tragédie, après comme une farce].”²³ О томе сведоче речи које је Михајло Идворски Пупин изговорио почетком 1932. године када му је додељена Џон Фрицова медаља (*John Fritz Medal*), која се сматра “Нобеловом наградом” у области инжењерства: „У једној од слика које видим, видим тријумфално освајање свемира [...]. Видим чуда дистрибуције енергије које стоструко повећавају комфор и креативну моћ човека. Ја сам одушевљен електричним таласима који клизе преко жица или лутају свемиром доносећи на својим крилима говор и мелодију преко континента и океана у сваки кутак и угао ове земалске кугле. Ово су нека од чуда нашег доба код којих су покретачке енергије топлоте и електрицитета приказале магију свог божанског порекла. [...]. Ово достигнуће доба енергије велика је слава. Али духовна страна људског живота, представљена у другој слици коју видим, далеко је од ове. У овој другој слици ми видимо пустошење на свакој страни у буђењу најсмртоноснијег рата кога је свет икада видео. Свет се појављује овде као да стоји на ивици економског колапса и силне армије и морнарице брзо уништавају сиромашне остатке богатства нација док милиони беспослених гладују.”²⁴

Извесно је да ће изазови са којима ће се савремена цивилизација суочавати у наредном периоду бити још комплекснији, јер ће се свести на задовољавање елементарних животних потреба огромног броја људи. Узроци таквих кретања се, између осталог, налазе и у чињеници да је деценијама занемаривана потреба за преиспитувањем правне регулативе и њеним усклађивањем са променама у друштву. То посебно важи за стварно право, које регулише односе међу људима у вези са деобом (дистрибуцијом) и коришћењем расположивих ресурса. У тој области нису разрешена ни нека темељна питања на нивоу појма. Кристијан фон Бар, сумирајући резултате вишегодишњих упоредноправних истраживања је закључио: “Изненађујуће је тешко наћи прихватљив одговор на питање шта се подразумева под „стварним правом” или шта се може идентификовати као „стварно право” у паневропском контексту.”²⁵ У новијој европској литератури се истиче да су још од

²³ Мисао немачког филозофа Карла Маркса (*Karl Marx*), која се у основи односи на државни удар (*coup d’état*) у Француској 1851. и на увођење диктатуре Луја Наполеона (*Louis Napoleon*). Касније је добила много шири смисао. Најчешће се наводи у скраћеној форми, али са истом, јасном поруком.

²⁴ Из документације Српске академије наука и уметности. На тај аспект понављања историје сам скренуо пажњу у јавном обраћању 23.12.2015. године. Вид. <https://www.youtube.com/watch?v=3v4eAzfuoC0>

²⁵ Christian von Bar, „Grundfragen europäischen Sachenrechtsverständnisses“, *Juristen Zeitung* 18/2015, 848. (даље у фуснотама – C. von Bar (2015a))

првог присвајања [трајно] отворена и многа друга питања. Нејасно је чак “Какву улогу има стварно право у обликовању друштва?” [...]“На којим стварима [добрима] могу постојати стварна права?”²⁶ и сл. Недостаје чак и јасан, усаглашен став о томе шта је ствар, односно, шта јесте и шта све може бити предмет присвајања. Право је изгубило корак са стварношћу. Оно је у вишедеценијском заостајању за променама које су се одиграле и које се одигравају у друштву. Као такво, није у стању да на адекватан начин каналише односе и процесе од егзистенцијалног значаја у многим сферама друштвеног живота. О томе упечатљиво сведочи тзв. *хийоџекарна криза* у Сједињеним Америчким Државама која је 2008. године уздрмала читав свет. Због неадекватне правне политике и неодговарајућег регулисања односа у вези са једним стварноправним институтом – *заложним њравом на њејокрејносџима*, доведена је у питање егзистенција милиона људи. Очигледно је да је преиспитивање и осавремењивање приватног права и његових сегмената, а посебно стварног права, императив времена које је пред нама.

Људска друштва и човечанство у целини, крећу се кроз простор и време по сагледивим путањама и у одредивим временским оквирима. Постоје закономерности које проистичу из природних закона и закона које су створили људи. Оне чине догађаје предвидивим. Закони које су створили људи су углавном коректив природних закона, односно, одраз настојања човека да измени природни след догађаја који утичу на односе у друштву (порастан броја становника; депопулација; глобално отопљавање; доступност ресурса; несташица хране; несташица воде; несташица енергената; миграције становништва и др.). Зато закони које стварају људи морају бити хармонизовани са природним законима. Такви треба да буду и појмови (дефиниције) који су у њима садржани. То изискује широк, свестран и свеобухватан приступ предмету регулисања (и дефинисања).

1.3. О методолошком приступу

Једна од највећих препрека за ефикасније отклањање проблема са којима се суочавају модерна друштва је немогућност (неспособност) савремене науке, укључујући и ону која се бави правом, да у тоталитету сагледа одређене појаве. Примарни узрок тога је фрагментација научне мисли. Савремена наука је издељена на мноштво уских и међусобно недовољно повезаних дисциплина. Евидентно је да недостаје механизам за њихово повезивање. Исто тако, недостају и специјалисти за интердисциплинарност са енциклопедијским нивоом знања који могу да укажу на то које су све дисциплине релевантне за свеобухватно сагледавање и правилно поимање

²⁶ Eveline Ramaekers, „What is Property Law“, *Oxford Journal of Legal Studies* 3/2017, 588. etc.

одређене појаве.²⁷ Без развоја напредних интердисциплинарних студија и њима својственог методолошког приступа савремено право не може да адекватно одговори на изазове времена у ком живимо и посебно времена које је пред нама.

У најави научног скупа *Interdisciplinary Research Methods in EU Law – Challenges and Opportunities*, у организацији престижног *LSE – School of Law* 2022. године,²⁸ констатовано је да се: “...проучавање права ЕУ углавном ослањало на доктринарне приступе [ограничене на област права – напомена Д.Н.] и стога је историјски патило од недостатка интердисциплинарности. [Такви] доктринарни приступи не могу успешно да обухвате полицентричност и сложеност права ЕУ као правног феномена. Дакле, многоструке димензије права ЕУ и даље су у великој мери недовољно истражене управо због недостатка интердисциплинарних студија.”²⁹

Својеврсну ренесансу правне мисли најављују спорадична напредна интердисциплинарна истраживања и, што је посебно важно, савремене докторске дисертације системског типа, писане у маниру правног енциклопедизма, у којима се анализира и функцијски повезује више правних института. Један од примера за то представља докторски рад о управљању туђим добрима (*La gestion des biens d'autrui*), који је недавно одбрањен на Универзитету у Бордоу.³⁰ Кандидат је проблематику сагледао кроз посебне *иравне*

²⁷ На потребу реформисања науке, њене планске реинтеграције и реафирмације енциклопедизма са широком применом интердисциплинарног приступа указао сам у кратком тексту *Ка новој великој синџези знања*, објављеном у књизи: *Трајање – Првих 50 година Универзитета у Новом Саду*, Универзитет у Новом Саду, Нови Сад 2010, 110 – 113. О томе сам говорио 2011. године у оквиру свечане беседе *Сава Текелија и Мајинца српска*, поводом 185. годишњице оснивања те, најстарије српске културне и научне институције, а 2016. године и у Српској академији наука и уметности. Вид. Dušan Nikolić, „Podela nauka i njihova međusobna uslovljenost“, у: *Nauka: stanje, strategija, perspektive*, Srpska akademija nauka i umetnosti, Beograd 2016, 131-146. Те године на Универзитету у Новом Саду је основан *Центар за сипраиџијске и најпредне сипудује*. Истој тематици сам посветио посебну пажњу и у неким новијим радовима. Вид. Dušan Nikolić, „O širini teme doktorske disertacije iz pravnih nauka“, у: *Liber amicorum: Vladimir Vodinelić* (ed. Miloš Živković), Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2019, 213. etc; Dušan Nikolić, „Towards a System of European Private law: Transformation of Legal Science and Legal Policy“, у: *Europäisches und internationales Privatrecht – Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag* (Eds. Helmut Grothe, Peter Mankowski, Frederick Rieländer), C.H. Beck, München 2022, 273-280. Са задовољством могу констатовати да су недавно до истих закључака дошли и правници из академских кругова у Западној Европи.

²⁸ Вид.

<https://www.eventbrite.co.uk/e/interdisciplinary-research-methods-in-eu-law-challenges-and-opportunities>

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Вид. Quentin Prim, *La gestion des biens d'autrui*, Thèse présentée pour obtenir le grade de Docteur de l'Université de Bordeaux École doctorale de droit specialite droit prive et sciences criminelles,, Soutenue publiquement le 05 novembre 2021.

*режиме*³¹ (*diversité des régimes*), који важе за мандат, мандат са постхумним дејством, комисион, пословно управљање, депозит, управљање имовином одсутног лица, право својине са више субјеката, фидуцију, плодотуживање, средства обезбеђења потраживања, послугу, закуп и др. са циљем да на вишем нивоу апстракције предложи њихову највећу могућу унификацију (*l'unification de l'ensemble des régimes*).³² Томе је, по његовим речима, морало претходити свеобухватно сагледавање, појмовно разграничење, преиспитивање и редеофинисање добра (*le bien*), ствари (*la chose*) и својине (*la propriété*), што је, пак, изискивало “разгртање џунгле [научних] радова који окружују појам.”³³ Дисертације и научна истраживања такве врсте одликују се нарочитим методолошким приступом, атипичним за европско континентално право у ком је уобичајено да се мисао креће од општег ка посебном. У њима се примењује обратна правна логика. Из мноштва посебног се апстраховањем изналазе заједничка обележја.³⁴ Такав методолошки приступ омогућује битно другачији поглед на предмет истраживања.³⁵

³¹ Опширније о посебним правним режимима: Душан Николић, Слобода Мидоровић, „Развој посебних својинскоправних режима за поједине врсте добара“, *Зборник радова ПФНС* 1/2021, 67-92.

³² Q. Prim, *op. cit.*, 71.

³³ *Ibidem*.

³⁴ За такав приступ би се, у духу ботанике, могло рећи да омогућује да се сагледају како поједине врсте дрвећа које постоје у шуми, тако и шума (као еко систем) у целини. Њиме се отвара обухватнији и битно другачији поглед, са широм перспективом, као када се дрон са камером издиже изнад шумског просторства. Тада је у природи могуће видети да ли и у којој мери поједине биљне врсте утичу једна на другу, које од њих су отпорније на глобално отопљавање и на утицаје који долазе из окружења, посебно са пестицидима контаминираних њива на ободу шумског комплекса. Могуће је видети који делови шуме су оболели од биљних болести или почели да нестају под најездом инсеката из других делова света, који мигрирају од Југа ка Северу истовремено са растом просечне температуре. Могу се уочити празнине које би требало попунити новим засадама и, што је посебно важно, на основу сагледавања укупног стања шумског комплекса могуће је одабрати оне биљне врсте које ће дугорочније одолевати променама и негативним утицајима из ближег и ширег окружења. У области права се описаним приступом постижу слични ефекти.

³⁵ Пре тридесетак година сам прихватио сличан изазов, у тематском и методолошком смислу, пишући докторску дисертацију о *појму грађанској правне санкције*, из које је касније проистекла монографија *Грађанскоправна санкција – geneza, evolucija i savremeni pojam* (Правни факултет у Новом Саду – Центар за издавачку делатност, Нови Сад 1995.) Искуства су била драгоцена и у значајној мери су утицала на методолошки приступ који сам применио у овом раду.

Иако у традиционалистичком и помало конзервативном академском миљеу источне Европе није уобичајено писати о нечем личном, нарочито не у првом лицу јединине, у овој подножној напомени ћу ипак нешто рећи о сопственим искуствима са интердисциплинарним приступом и појмовним одређењима у време израде доктората, као и о постдокторским преиспитивањима, јер верујем да би то могло бити од користи новим генерацијама истраживача који тек треба да прихвате научне изазове.

Чињеница је да многа појмовна одређења прихватамо као догме, као непроменљиву датост и неоспорну истину. Некада, пак, слутимо или чак поуздано знамо да је појам мањкав, али се њиме служимо по инерцији, у недостатку времена за његово преиспитивање и усклађивање са реалношћу. То се у пуној мери односи на појмовно одређење ствари у приватном праву уопште, па чак и у самом стварном праву, у ком оно има кардинални значај.

Исход мог петогодишњег истраживања у области етиологије, антропологије, психологије, социологије, историје и других наука, био је позитиван. У предговору монографије која је настала на основу дисертације, мој ментор, Владимир В. Водинелић је у своје и у име осталих чланова комисије, Обрена Станковића, Владана Станковића и Симе Аврамовића, између осталог, написао: “Импесионира свеобухватност обраде која је у књизи достигнута (...). Интердисциплинарни прилаз, какав је аутор одабрао, најзахтевнији од свих могућих прилаза, праћен је уједно ризиком да се доспе само у ширину (...). Кључна је околност то што је ово књига са тезом: дело чији се средишњи резултат да исказати у једној јединој реченици. (...) Јасноћом своје формулације и новошћу своје садржине та средишња теза представља провокацију, изазов грађанскоправној науци и општој теорији права за сопствена преиспитивања...” Свођење мисли на једну реченицу је значило да је у дисертацији, а потом и у монографији достигнут највиши могући ниво апстракције. Међутим, то није био крај. То је, заправо, био почетак периода дугог неколико деценија у ком сам непрестано пратио промене у правној науци и разумевању регулативи приватног права, проверавајући да ли неке од њих дестабилизују темеље мисаоне пирамиде на чијем врху се налазила та једна, једина реченица. То ме је подстицало, а на неки начин и приморавало да посматрам цео систем и да системски размислишам. Повремено сам о томе писао и бранио своје ставове, како на теоријској равни, тако и практично, покретањем иницијативе за оцену уставности појединих закона. Водио сам расправе са колегама, али и често преиспитивао сопствене ставове. Последњи пут сам то јавно учинио 2019. године и констатовао да је поменута реченица ипак одолела изазовима времена и да је после тридесетак година још увек актуелна. (В.: Душан Николић, „O dislociranim institutima u građanskom pravu Republike Srbije“, у: *Odaabrane teme obligacionog prava*, (ed. Marija Karanikić Mirić i Marko Đurđević), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2020, 270 etc.). То значи да је било и да је и даље могуће кроз широки интердисциплинарни приступ доћи до дугорочно одрживог појмовног одређења. *Omnia possibilia sunt*. Наравно, могло је бити и другачије, могло се догодити да се због опсежнијих промена правне регулативе, противних логици на којој се темељи та једна, једина реченица, читава мисаона конструкција уруши, а са њом и крајњи исход дугогодишњег рада и вишесеценијског преиспитивања. Истина, сличан ризик постоји и када је предмет истраживања знатно ужи, када је сведен на један једини, уски институт. Пример за то представља елиминисање каузе (*causa*) из правног система и Грађанског законика Француске, у склопу велике ревизије и реформе облигационог права, спроведене посебном ордонаansom која је ступила на снагу 1. октобра 2016. године. (Вид. Bénédicte Fauvarque-Cosson, „Rekodifikacija građanskog prava u Evropi i reforma francuskog ugovornog prava“, *European Lawyer Journal / Evropski pravnik* 2/2015, 29-48). Наравно, такве промене су релативно ретке, а ризици од престанка актуелности и губљења научног и практичног значаја, сразмерно мањи. Међутим, преиспитивање је потребно и у тим, релативно уским оквирима, јер све тече и све се мења. Опширније: D. Nikolić (2019), 213. etc.

2. ОДРЕЂЕЊЕ ПОЈМА СТВАРИ

2.1. Питање супстанце: физичка природа ствари

2.1.1. *Сјановицијте фундаментиалних наука*

Ствар је још од античког доба поистовећивана са материјом, односно са материјалним чиниоцима човековог окружења. То становиште је до данас у основи остало непромењено међу лаицима, у појединим професијама, па чак и у неким научним дисциплинама. Међутим, чињеница је да су се схватања о физичкој природи ствари у многим областима мењала паралелно са развојем физике и неких других природних наука. Томе је посебно допринела *Ојцијта теорија релативитетта* формулисана на самом почетку XX века³⁶ (у периоду у ком се завршавала епоха великих кодификација грађанског права), која је указала на то да је материја нераскидиво повезана са енергијом и да оне чине својеврсно двојство (*материја-енергија*, енгл. *matter-energy*), односно два појавна облика исте стварности. Тиме је доведено у питање традиционално мишљење да је материја самостални ентитет и, уједно, једини чинилац ствари.

Средином XX века, у оквиру *Ојцијте теорије сисјема и Кибернетике*, чије су поставке применљиве како у природним, тако и друштвеним наукама, утврђено је да постоје три основна чиниоца Универзума (космоса, васељене) односно свега постојећег (па и саме ствари). У ту тријаду спадају: 1. *материја*, 2. *енергија* и 3. *информација*.³⁷

У савременој науци која интегрисањем знања из различитих области покушава да да одговоре на фундаментална питања у вези са настанком, постојањем, смислом, трајањем и евентуалним крајем свега постојећег (*Теорија свега*; енгл. *Theory of everything* – ToE), томе додају и 4. компоненту: *свесј*. По мишљењу неких наших савременика, „[с]ада постаје јасно да су материја, енергија, информација и свест дубоко међусобно повезани и да су сви део исте мреже. Једно не може постојати без осталих.“³⁸ Реч је о истраживањима која су још увек у повоју. Зато би у овом контексту требало остати у оквиру поменуте тријаде. Та теза је потврђена и у великој мери је утицала на развој више научних области. Указала је на потребу да се преиспитају

³⁶ Основне поставке *Ојцијте теорије релативитетта* је 1905. године формулисао Алберт Ајнштајн (*Albert Einstein*, 1879-1955) немачки физичар јеврејског порекла.

³⁷ Опширније о томе: Stuart A. Umpleby, „Physical relationships among matter, energy and information“, *Systems Research and Behavioral Science* 3/2007, 369-372; Dirk K. F. Meijer, „The Universe as a Cyclic Organized Information System: John Wheeler's World Revisited“, *Neuroquantology* 1/2015, 57-78.

³⁸ Ediho Lokanga, „A Special Relationship between Matter, Energy, Information and Consciousness“, *International Journal of Recent Advances in Physics* 1-3/2020, 10.

устаљена појмовна одређења, укључујући и она која су заступљена у правним наукама.

2.1.2. *Становиште правних наука*

У српској цивилистици још од почетка XX века доминира став да је ствар само материја (материјални чинилац човековог окружења). Он је формиран под снажним утицајем немачке правне доктрине и важећег Грађанског законика Немачке (*Bürgerliches Gesetzbuch*) из 1896. године. У том кодексу, под рубром *Појам ствари* пише: “Ствари су, у смислу закона, само телесни предмети.”³⁹ Наведено појмовно одређење је иновирано утолико што је придодат још један параграф којим је регулисан статус животиња. У њему је речено: “Животиње нису ствари. Оне су заштићене посебним законом. На њих се сходно примењују прописи који важе за ствари, уколико другачије није одређено.”⁴⁰ На основу наведеног се може закључити да је ствар на нивоу општег појма ограничена (сведена) искључиво на материју, односно да је поистовећена са њом. Из другог, накнадно унетог параграфа се види да се ни свим материјалним чиниоцима човековог окружења не признаје својство ствари у грађанскоправном смислу.

Увођењу немачког поимања ствари у српску правну доктрину највише су, наравно, допринели правници који су се школовали на немачким универзитетима. Једну од кључних улога у томе је имао Лазар Марковић,⁴¹ истакнути професор Правног факултета Универзитета у Београду и утицајни политичар, који је докторирао на Универзитету у Берлину. У његовом капиталном делу *Грађанско право*, на које су се српски цивилисти често позивали у протеклих сто година, пише: “[...] под стварима се разуме материја, коју даје природа и која је неопходна за одржавање човечијег организма”⁴² Међутим, у истом контексту је констатовао и то да “Српско право за појам ствари не тражи материјалност.”⁴³ Та чињеница има посебан значај. У Српском грађанском законик у из 1844. године пише: “под именом ствари разуме се у законом смислу све оно, што није човек, или није лице, и на потребу човеку служи.”⁴⁴ Та дефиниција, због ширине, много више одговара епохи у којој живимо, од оне коју је доктрина преузела из немачког права. Грађански законик из 1844. је званично престао да важи 1946. године, али

³⁹ § 90. Законика

⁴⁰ § 90а. Законика

⁴¹ Лазар Марковић (1882 – 1955)

⁴² Лазар Марковић, *Грађанско право*, Прва књига: Општи део и стварно право, друго издање, Народна самоуправа А.Д, Београд, 1927, 164-165.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Параграф 182 Српског грађанског законика

се у складу са *Законом о неважностии њравних њројиса донетиих њре 6 аѡри-ла 1941 и за време неѡриѡиѡе ѡкуѡације*⁴⁵ и даље могу примењивати правна правила која су у њему садржана, укључујући и оно које се односи на појам ствари, јер у области грађанског права постоји законска, празнина.⁴⁶

Анахронизми који постоје у стварном праву Републике Србије не представљају несавладиву препреку за развој друштвених односа и правне праксе захваљујући и томе што је одређени напредак остварен у другим гранама права. Својеврсни парадокс представља то што поједини сегменти грађанског права већ дуже време еволуирају под утицајем доктрине и правне регулативе кривичног права која покрива рубна подручја у којима се додирују ове две области. Кривично право је и у погледу поимања ствари за корак испред грађанског, а у том контексту и стварног права. У Кривичном закону пише: "Покретном ствари се сматра и свака произведена или сакупљена енергија за давање светлости, топлоте или кретања, телефонски импулс, као и рачунарски податак и рачунарски програм."⁴⁷ Такво нормативно решење је усвојено под утицајем савремене домаће кривичноправне доктрине и у сагласју је са учењем о тријади елемената свега постојећег. У коментарима и научним радовима из те области експлицитно је наглашено да се ради о *ѡроширењу ѡјма стѡвари* на енергију и податке (информације).⁴⁸ При том треба имати у виду чињеницу да је оно извршено у оквиру правног система ком припада и стварно право. Осим тога, оно се односи на заштиту имовине, односно, свега онога што је објект права својине и других стварних права. Енергија и информације не би били штићени по правилима кривичног права, да их креатори правног система не сматрају стварима и у стварноправном смислу. То значи да се системским тумачењем правних норми могу попунити празнине које постоје у важећем стварном па и целокупном приватном праву, у вези са физичком природом ствари, а ширим системским, интердисциплинарним и енциклопедистичким приступом отклонити анахронизми који постоје у цивилистици.

Међутим, неоспорно је да је потребно учинити још неке искоракe ка учењима фундаменталних наука и савремених интегративних научних дисциплина нове генерације, у којима је широко заступљено мишљење да све што нас окружује представља *јединствено маѡерије, енерѡије и информација*.

⁴⁵ *Службени лист ФНРЈ*, бр. 86/1946.

⁴⁶ Опширније у: Душан Николић, Увод у систем грађанског права, шеснаесто измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Новом Саду – Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2020, 95 и др.

⁴⁷ Чл. 122, ст.16 Кривичног законика (*Службени ѡласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 I 35/2019).

⁴⁸ Вид. Зоран Стојановић, *Коментѡр Кривичноѡ законика*, XII издање, Службени гласник РС, Београд 2022, 691.

Намеће се питање да ли материја уопште постоји као самостални ентитет, а у вези са тим и да ли је традиционални доктринарни појам ствари у грађанскоправном смислу на садашњем нивоу развоја науке и друштва прихватљив и, у крајњој линији, одржив.

Потреба за променама у начину размишљања је очигледна. Наиме, неоспорно је да је поменуто учење о тријади (три конститутивна елемента свега постојећег) не само применљиво, већ и пожељно у области приватног, или уже: грађанског и нарочито стварног права. То се може јасно видети на једном баналном примеру из наше свакодневице. Огревно дрво, *prima facie* видимо и доживљавамо као *материју*, као нешто што можемо дотаћи и осетити чулом додира. Међутим, чињеница је да оно садржи одређену количину *енергије* и да је то његово својство заправо од кључног значаја за власника, корисника, или нпр. потенцијалног купца. Дрво има одређену калоријску (енергетску) вредност. Податак о томе представља једну од тзв. *физичких информација*.

Очигледно је да је ствар много више од материјалног, телесног.

Под физичком информацијом, као конституентом ствари, подразумевам податак (или скуп података) о идентитету и статусу (тренутном стању) материје и њеним променама. По мом мишљењу, тај чинилац има два појавна облика. Требало би разликовати дескриптивну (описујућу, утврђујућу) и, са друге стране, прескриптивну (прописујућу, одређујућу) физичку информацију, попут ДНК кода, којим је одређен идентитет, статус и правац развоја живе материје. Наравно, та тематика излази из оквира овог, по обиму ограниченог рада, и изискује продубљења напредна истраживања енциклопедистичког и интердисциплинарног типа, о којима је било речи.

Као што је већ речено на почетку овог рада, чињеница је да правна наука и правна регулатива касне за природним и техничким наукама и исто тако за техничко-технолошким развојем и да је због тог заостајања отежано остваривање инструменталне функције права. Наиме, сматра се да правна регулатива треба да омогући да се друштвени процеси одвијају у складу са правнополитичким циљевима и да релевантни односи у друштву треба да буду уређени унапред (за убудуће; *pro futuro*), да би постојао одговарајући ниво правне извесности. То посебно важи за правне системе који припадају тзв. западњачкој култури, у којима органи државне власти стварају правна правила. Заостајање права (правне науке, правне политике и правне регулативе) значи да су правна правила често само рефлексија догађаја у друштву, један закаснели одјек онога што се већ догодило или збивало у одређеном периоду, без адекватног утицаја државе која је репрезент друштвене заједнице и заштитник јавног интереса. Зато је важно да у епохи убрзаног технолошког развоја, али и убрзане ентропије о којој је било речи на почетку овога рада, не постоји велика разлика између становишта природних и дру-

штвених (а у том контексту и правних) наука. Међутим, јаз између нормативног и стварног је све већи. При том треба имати у виду чињеницу да тај раскорак није једнак у свим земљама, па чак ни у свим гранама права које припадају истом правном систему на националном нивоу.

2.2. Системски оквир за одређивање правног појма ствари

У правној литератури се уобичајено говори о *ствари у грађанској правном смислу*. Међутим, ма колико звучало као *contradictio in adiecto*, такав приступ је са једне стране сувише узак, а са друге преширок. Наиме, грађанско право је по устаљеној дихотомној подели један од чинилаца приватног права. Уједно, оно је хетерогена целина (породица, фамилија)⁴⁹ у чијем саставу су гране засноване на групи истих *диференцијалних* начела,⁵⁰ али са различитом регулативном функцијом. По мишљењу Брама Акерманса (*Bram Akkermans*), једног од водећих европских правника средње генерације, који истражује утицај стварног права на одрживост и стабилност друштвене заједнице,⁵¹ “Приватно право је у свакој правној традицији добро функционисујући систем у коме се принципи и концепти функционално [функцијски] ослањају једни на друге. Без уговора генерално не може бити преноса својине. Без преноса својине, велики део уговорног права [...] готово је бесмислен. На крају крајева, чак и у систему који се стриктно придржава принципа одвојености, још увек је потребан уговор за пренос својине са једне [уговорне] стране на другу. Исто важи и за креирање имовинских права, које такође генерално мора почети закључењем уговора, уз поштовање правила о преносу својине на истим објектима [стварима]. Везе са другим областима [приватног] права такође се протежу даље од уговора и имовине до, на пример, одштетног права и права неоснованог обогаћења.”⁵² Не бих се сложио са Акермансовом тврдњом да је приватно право у свакој правној традицији систем који добро функционише, јер у тој области постоји мноштво проблема, независно од тога којој правној култури припада одређена држава, као ни са тврдњом, да се принципи и концепти функцијски увек и у свему ослањају једни на друге. Наиме, постоје *оцијита правна начела* која

⁴⁹ Појам *породица (фамилија) грађанској права*, у домаћу цивилистику је почетком 90-тих година двадесетог века унео Владимир В. Водинелић. Вид.: његову бриљантну, језгровиту књигу: Грађанско право – Уводне теме, Номос, Београд, 1991., стр. 75. etc.

⁵⁰ Опширније о диференцијалним начелима грађанског права: Душан Николић, *Увод у систем грађанској права*, XVI измењено и допуњено издање, Правни факултет у Новом Саду – Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2020, 120 и др.

⁵¹ Вид. Bram Akkermans, *Sustainable Property Law: Reckoning, Resilience and Reform*, Eleven International Publishing, 2022.

⁵² Вид. Bram Akkermans, „The Role of the (D)CFR in the Making of European Property Law“, Maastricht European Law Institute, *Working Paper* № 2011/29, 1.

су карактеристична за све гране истог правног система и диференцијална (диференцирајућа) на основу којих је све гране могуће међусобно разликовати. У области грађанског права постоје два нивоа диференцијације. Прво је разликовање целе фамилије грана права од других грана које припадају корпусу приватног права, као и оних фамилија и грана које спадају у јавно право. Друга диференцијација је интерна, она се врши у оквиру саме фамилије, на основу диференцијалних начела која су својствена појединим гранама грађанског права. Неоспорно је (и по мом мишљењу неспорно) да међу појединим гранама и институтима у њиховом саставу постоје одређене системске везе, али је такође неоспорно и то да свака грана и сваки институт има нарочиту функцију у правном систему. Тако нпр. стварно право регулише *односе у вези са присвајањем добара и заснивањем фактичке власћи на ствари*. У том контексту се отвара специфичан круг питања. Нпр. шта може бити предмет присвајања, под којим условима и сл. У облигационом праву се такође јавља појам ствари, али у другом контексту и са другим питањима, као што је нпр. *одговорност продавца за физичке недостижне ствари*. Отуда је логички исправније и сврсисходније разматрати ту тематику на нивоу гране права.⁵³ Пошто је *ствар* полазишна категорија у *стварном праву*, у овом раду ће бити одређен њен *стварноправни појам*. (Одређење је доктринарно, без очекивања да ће икада постати дефиниција).

2.3. Општи појам ствари у стварном праву

2.3.1. Два елементи за појмовно одређење

Традиционално мишљење, заступљено у већини уџбеника у Србији, као и у неким другим државама на простору некадашње Југославије је да је ствар, у грађанскоправном смислу, део материјалне природе који се налази у људској власти и на ком може постојати право својине или неко друго стварно право. Сматра се да то својство могу имати само они чиниоци човековог окружења који испуњавају два услова, од којих је један природни (фактички), а други друштвени (правни). Наведени појам и елементе који су послужили за његово одређење треба преиспитати и ускладити са свим оним што је речено на претходним страницама о променама које се одигравају у науци, у појединим професијама и свакодневном животу који представља друштвену стварност.

⁵³ Опширније у: Душан Николић, „Правни аспекти обележавања и декларисања вина – Општи приступ“, у: *Хармонизација и унификација српској и мађарској права са правом Европске уније*, (ур. Бранислав Ристивојевић), Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2022, 85 и др. и у тамо наведеној литератури.

2.3.1.1. Физички елемент

Ствар у стварноправном смислу може да буде само оно на чему човек може да успостави контролу (фактичку власт, апрехензију) и да га физички присвоји. Тај услов ће бити испуњен ако он то чини самостално али и онда када уместо њега то чине други људи који поступају по његовом одобрењу или његовом налогу, као и када то чине независно од његове воље, ради заштите његових правом признатих интереса, у складу са законом или/и одлуком надлежног органа државне власти. При том, са становишта стварног права, није од значаја да ли човек то чини ослањајући се само на своју физичку снагу и вештину или су му потребни алати, инструменти и сл. Нпр. довољно је да физичку власт уместо њега и у његовом интересу успостављају и врше програмирана техничко технолошка средства (уређаји), као што су компјутерски контролисани соларни системи који прикупљају топлотну енергију Сунца и претварају је у електричну енергију која се потом акумулира (складишти) и по потреби дистрибуира другим корисницима. Исто то важи и за компјутерске програме који прикупљају (генеришу) релевантне податке о лицима и догађајима преко Интернета и друштвених мрежа (што већ делом спада у домен права интелектуалне својине и неких других грана права).

2.3.1.2. Правни елемент

Да би чинилац човековог окружења био ствар у стварноправном смислу, потребно је и да друштвена заједница, односно држава као њен репрезент, допушта да буде *присвојен*,⁵⁴ да буде у својини, или шире, имовини неког лица, а то значи, ван имовине других и ван режима који важи за добра која могу користити сва друга лица (*добра у опшћој употреби*) нпр. тргови у насељима, обале река и сл. . Као што је у Гајевим институцијама речено: “[...] ствари су или у нашој имовини или ван наше имовине.” (*Res in nostro patrimonio vel extra nostrum patrimonium*).⁵⁵ Ма колико банално звучало, наведено разликовање је од суштинског значаја и данас, јер расположиви ресурси нису довољни за задовољење потреба свих људи.

Ствар о стварноправном смислу је сваки чинилац човековог окружења који је у нечијој имовини, независно од тога да ли га може присвојити неко друго лице, односно, да ли је право својине које постоји на њему преносиво

⁵⁴ У појединим правним системима је изричито одређено да је *моћућносћ присвајања* предуслов за то да ствар буде објект стварног права. “Све ствари које јесу или могу бити објект присвајања сматрају се покретном или непокретном имовином”. Члан 333. Грађанског законика Шпаније. Вид.: *Spanish Civil Code, Colección Traducciones del derecho español*, Ministerio de Justicia, 2012, 67.

⁵⁵ Вид. Гај, *Институције*, превео Обрад Станојевић, Нолит, Београд 1982, 91.

правним пословима међу живима (*inter vivos*), као што је уговор о купопродаји, или нпр. тестаментом, правним послом за случај смрти (*mortis causa*). Наиме, у неким правним системима постоје ствари које су изузете из правног промета (*res extra commercium*) и подведене под посебан правни режим. Такав је случај са породичним *фидеикомисом* (*fideicommissum*), који омогућује да оне трајно остану у имовини садашњих и будућих чланова једне породице (*res in patrimonio*). У овом контексту треба нагласити да ће се сматрати да је чинилац човековог окружења ствар у стварноправном смислу и ако тренутно није објект права својине и неких других стварних права, али да то по важећем праву може да буде, односно, да постоји могућност присвајања. То важи за тзв. *ничије ствари* (*res nullius*), нпр. за ранац остављен крај пута, чије се својине власник одрекао. Тај предмет може узети било које лице и постати њен власник путем *окупиације* (*occupatio*).

Кристијан фон Бар сматра да се све ствари у грађанскоправном смислу могу поделити на реалне (*realen Sachen*) и нормативне (*normative Sachen*).⁵⁶ У другу групу спадају чиниоци човековог окружења који својство ствари у стварноправном смислу стичу на основу правне норме, односно скупа правних норми. Пример за то представља земљишна парцела. По његовом мишљењу, као што Планета Земља није објект стварног права, тако ни део њене површине то не може бити, ако није омеђен, издвојен, одређен⁵⁷ [односно индивидуализован по правилима грађанског права].⁵⁸ У том смислу, земљишна парцела (*Grundstücke, Parzelle*) је нормативна ствар са физичким супстратом (*normative Sachen mit einem physischen Substrat*).⁵⁹

Моје мишљење је да ни један чинилац човековог окружења не може бити ствар у стварноправном смислу без правног елемента, а то значи, без правног правила (норме) којом се одобрава његово присвајање. Разликују се само услови под којима је то могуће.

2.4. Појмовно одређење

У најширем стварноправном смислу, ствар је сваки чинилац човековог окружења који физички и правно може бити предмет присвајања.

Изложени појам је довољно апстрактан и довољно широк да се под њега могу подвести елементи који се на садашњем нивоу развоја науке и тех-

⁵⁶ Christian von Bar, *Gemeineuropäischen Sachenrechts*, Band I: *Grundlagen, Gegenstände sachenrechtlichen Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte*, C.H. Beck, München 2015, 170-178. (даље у фуснотама – С. von Bar (2015b) Исто и у: С. von Bar (2015a), 848.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Опширније о индивидуализацији ствари и њеном значају у стварном, облигационом и другим гранама приватног права: Д. Николић (2022), 87. и др.

⁵⁹ С. von Bar (2015b), 156.

нологије сматрају чиниоцима свега постојећег, али и неки нови, до којих ће еволуција научне мисли тек довести.

Реч је о општем појму. Све што је опште подразумева постојање нечег посебног, односно неку врсту одступања.⁶⁰

3. ЕВОЛУЦИЈА ПРАВНЕ МИСЛИ И ПРАВНЕ РЕГУЛАТИВЕ О СТВАРИМА У ПРИВАТНОМ ПРАВУ

Временом се испоставило да не може сваки материјални чинилац човековог окружења бити ствар у стварноправном смислу, као и то да је неodrживо свођење ствари искључиво на материју. У већини правних система су решења, под пресијом времена и промена у друштву, наложена кроз: 1. успостављање посебних правних режима за поједине видове материје и, 2. кроз проширивање општег појма ствари на друге, нематеријалне чиниоце окружења (или гледано из другог угла: кроз њихово подвођење под општи појам, односно, општи режим који важи за материју).

3.1. Успостављање посебних режима за поједине видове материје

Еклатантан пример за увођење посебног правног режима за материју можемо наћи у правилима о деловима људског тела као стварима у приватном праву, која постоје у већини савремених правних система.

Човек није ствар. Међутим, одвојени делови тела (органи, ткива и ћелије) живог или умрлог људског бића могу под посебним условима утврђеним законом бити објект права својине, а у одређеним случајевима и ствар у правном промету.

Према важећем праву Републике Србије, делови људског тела могу бити одвојени и постати објект грађанских субјективних права и обавеза: 1. ради лечења других лица; 2. као трајни доказни материјал добијен путем обдукције и, 3. ради извођења практичне наставе на факултетима здравствене струке.

Законом о здравственој заштити је прописано да се делови људског тела у сврху лечења могу узимати и пресађивати: 1. само ако је то медицински оправдано; 2. ако је трансплантација најповољнији начин лечења и, 3. ако су испуњени сви законом утврђени услови.⁶¹ Наведена општа правила су допуњена и прецизирана одредбама *Закона о пресађивању људских органа*⁶²

⁶⁰ О томе: Душан Николић, Слобода Мидоровић, 2021.

⁶¹ В.: члан 209 *Закона о здравственој заштити* (Службени гласник РС, 25/2019)

⁶² *Службени гласник РС*, 57/2018 и 111/2021 – одлука УС

и Закона о људским ћелијама и ткивима⁶³ које су специјалног карактера (*lex specialis*). Са становишта приватног права важно је опредељење законодавца да пресађивање мора да буде добровољно и да не сме да служи за стицање добити. То значи да правни послови којима се уступају делови тела морају бити добродели.

Закон садржи посебне одредбе о одвајању делова тела живог човека и делова тела умрлог лица (леш) у сврху лечења.

Законом о здравственој заштити је прописано да доктор медицине који врши обдукцију може, у складу са правилима струке, задржати органе, делове органа и друге узорке билошког порекла, ако је то потребно ради утврђивања узрока смрти умрлог лица или је од посебног значаја за заштиту здравља грађана, као и ради извођења практичне наставе из анатомије, у складу са Законом.

Факултети здравствене струке могу задржати, односно преузети тело или делове тела идентификованог умрлог лица (органе и ткива) ради извођења практичне наставе: 1. ако је оно изричито и у писаном облику завештало своје тело у сврху извођења практичне наставе; 2. ако се ради о лицу које у време смрти није имало породицу, а није се за живота изричито и у писаном облику томе противило; 3. уз сагласност породице, ако се умрли за живота није изричито и у писаном облику томе противио.⁶⁴ Прописано је да институција има обавезу да након практичне наставе о свом трошку сахрани умрлог. То значи да тело умрлог лица не постаје у целини објект стварног права (права својине), већ само неки његови делови (органи, ткиво, ћелије, скелет – тзв. *остеолошки материјали*).⁶⁵

3.2. Проширивање општег појма ствари на нематеријалне чиниоце човековог окружења

Као што је већ речено, у протеклих неколико деценија дошло је до промена у начину размишљања утолико што су и неки нематеријални чиниоци човековог окружења на теоријском плану подведени под општи појам ствари који је установљен за материју, а на практичном плану (у законодавству, судској пракси и сл.), тако што су подведени под општи правни режим који важи за материјалне чиниоце човековог окружења. То се превасходно односи на енергију. Касније је на исти или сличан начин поступљено и са информацијом. Доктор правних наука и дипломирани биолог Херберт Цеих (*Her-*

⁶³ Службени гласник РС, 57/2018 и 111/2021 – одлука УС

⁶⁴ В.: члан 210, став 1 Закона о здравственој заштити

⁶⁵ Текст о деловима људског тела као стварима у стварноправном смислу је преузет из: Душан Николић, (2020), 244.

bert Zech), који предаје *Life Science Law*⁶⁶ и *Intellectual Property Law* на Универзитету у Базелу, посматрајући ту проблематику интердисциплинарно и са позиција научног енциклопедизма, сматра да “[...] информација као објект имовинског права није ограничена само на интелектуалну својину, већ се јавља и као аспект опипљиве имовине”⁶⁷ те да “[...] ‘стварна права на телесним стварима [*corporel things*] дају ексклузивитет над информацијама које су садржане у њима.”⁶⁸ “[...] „структурна информација [*structural information*] је идентична са физичким објектом...”⁶⁹ Такво схватање природе информације и њено довођење у везу са стварним правом потврђује исправност става да је традиционални појам ствари одавно превазиђен и да га треба заменити новим, апстрактнијим и уједно обухватнијим, попут оног који је формулисан у претходном одељку овога рада. Једино тако је могуће на адекватан начин одговорити на нове друштвене и правне изазове.

3.3. Нови правни изазови

У савременом свету се све више шири круг питања која треба да буду обухваћена приватним, а у том контексту и стварним правом и то како на теоријском, тако и на регулативном, практичном плану. Осим оних која се односе на приватноправну природу и узајамно прожимање материје, енергије и информације, као три есенцијална чиниоца Универзума, отворена су и многа друга, на које савремено право нема адекватне одговоре или их чак не увиђа, односно не препознаје као постојећи или потенцијални проблем. Ту спада комплексна проблематика у вези са *физичком информацијом* и *информационим кодом мајџерије* попут оног садржаног у ДНК, на коју се надовезују питања из домена *биомедицинског инжењеринга*, а пре свега она која се тичу својине на деловима тела створеним из матичних ћелија,⁷⁰ питања у вези са *бионформатичком сенком живе мајџерије (digital shadow)*⁷¹

⁶⁶ Нова интегративна грана која тематски и интердисциплинарно повезује право са медицином, фармакологијом, пољопривредом и другим научним областима које се баве живим организмима.

⁶⁷ Herbert Zech, *Information as Property*, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* – JIPITEC 6/2015, 192.

⁶⁸ Herbert Zech, 196.

⁶⁹ *Ibidem*. Кристијан фон Бар, пак, сматра да у приватном праву информације могу бити само предмет облигационих односа и да не могу бити штићене по правилима стварног права, односно да се не може признати стварно право на информацију, јер она за то није подобна у имовинском смислу. Вид. С. von Bar (2015b), 199.

⁷⁰ Опширније у: Гордана Вуњак Новаковић, *Ка регенеративној медицини будућности* / Gordana Vunjak Novaković, *Towards Regenerative Medicine of the Future*, едиција ДНС (приредили: Душан Николић и Синиша Марков), Универзитет у Новом Саду, Нови Сад, 2018. и у тамо наведеној литератури.

⁷¹ У области бионформатичког инжењеринга (енгл. *bionformational engineering*) фундаменталне и апликативне научне дисциплине нове генерације су толико узапредовале да

и њеним репродуковањем, и у том контексту са тзв. *бионформатичком имовином* (*bionformational property*), која једним делом спада у доктринарни и регулативни домен стварног права, а другим делом у област права интелектуалне својине. Посебну пажњу изискује оно што је у непосредној вези за *четвртој индустријској револуцијом*, а пре свега *интернет ствари* (*Internet of things – IoT*),⁷² који суштински доводи у питање традиционални појам ствари у приватном праву, класично учење о збиру ствари и сл. Под утицајем техничког и технолошког напретка померају се или чак бришу границе између субјектата и објектата права. Пре неколико деценија је у неким другим, ванправним научним областима и у футуристичким визијама света које су се граничиле са научном фантастиком, на посредан начин отворено питање правног субјективитета ствари. Данас је то реалност. Неке ствари (схваћене на савремени начин, као синтеза материје, енергије и информације) имају или поступно добијају неку врсту правног субјективитета. Ту спадају *хуманоидни роботи*⁷³ различити облици *вештачке интелигенције*, па и само чо-

се помоћу дигитално подржаних биосензора може рационализовати (утврдити) карактер укуса и мириса вина и омогућити његово репродуковање. Водећи светски биотехнолози у тој области сматрају да ће дигитална сенка врхунског вина (*digital shadow of superior wine*) постати једнако вредна, можда чак и вреднија, од стварне бербе, јер ће омогућити да винар може да настави да одржава врхунски квалитет производње путем биоинжењеринга. По њиховом мишљењу сенка (дигитални код) је *биоинформатичка имовина* проистекла из винаревог рада. У правној науци та тематика још није детаљније разматрана. О томе: Thomas A. Dixon, Thomas C. Williams, Isak S. Pretorius, “Bioinformational trends in grape and wine biotechnology,” *Trends in Biotechnology*, 1/2022, 130; Душан Николић, 2022, 85. и др.

⁷² Реч је о системски повезаним уређајима, снабдевеним сензорима и софтверима, који омогућују прикупљање, размену, обраду и дистрибуцију релевантних података путем Интернета или других телекомуникационих мрежа, и њихово синхронизовано деловање у различитим областима. Интернет ствари се интеракцијски и интегрално развија у физичком (материјалном) и виртуелном (нематеријалном) свету (*things in physical and virtual world*). Очигледно је да се у тој области ствар више не посматра на традиционалан начин и да се не поима само као материјални део природе. Са њом се у науци све чешће повезују, па чак и поистовећују и друга два чиниоца Универзума: енергија и информација. Савремени свет због тога постаје још комплексанији са становишта индивидуализације и идентификације. Да би био утврђен идентитет ствари, често је потребно утврдити идентитет (аутентичност) и истинитост информације о њој, а некад и идентитет извора из ког информација потиче. Једноставније речено, потребна је информација о самој ствари и информација о тој информацији.

О појединим аспектима индивидуализације и идентификације вид. Moustafa Mamdouh et. al, Authentication and Identity Management of IoT Devices: Achievements, Challenges, and Future Directions, *Computers & Security*, Vol. 111, Dec. 2021.

Доступно на: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167404821003151#>

⁷³ Саудијска Арабија је 2017. године доделила држављанство и уједно признала правни субјективитет хуманоидном роботу Софији (*Sophia*), који је годину дана раније направила компанија *Hanson Robotics* у Хонг Конгу. Европски парламент је затражио да се ургентно донесу одговарајући прописи, који би између осталог, садржали и правну дефиницију паметних аутономних робота (*smart autonomous robots*). Вид. *Digital Immortality and Artificial Intelligence*, University of Worcester, Academic Blog,

веково окружење у најширем смислу.⁷⁴ Посебну област са којом треба довести у везу савремени појам ствари, представљају *виртуелна стварност* (*Cyber Space*)⁷⁵ и њени (нематеријални, дигитални) чиниоци, као што су аватари (*Avatar*),⁷⁶ дигитална мода (*Digital fashion*), дигитална бесмртност (*Digital immortality*)⁷⁷ и др.

Листа нових правних изазова се убрзано шири, уз истовремено све веће заостајање права.

4. ЗАКЉУЧАК

У свету који се убрзано мења, неминовне су и промене у области права, како на теоријској равни, тако и у домену правне регулативе. То се, пре свега, односи на базичне доктринарне појмове и законске дефиниције, који представљају основу за градњу и развој правних института. У том контексту посебно место заузима *ствар*, као полазишна категорија стварног права које регулише односе у вези са присвајањем добара. У већини правних система, али и у правној доктрини, није сасвим јасно шта све и под којим условима може бити присвојено. То је, са једне стране, последица заостајања правне регулативе за променама у друштву, а са друге, заостајање правне науке за другим научним областима и технолошким развојем. Ствар се са правног становишта у супстанцијалном смислу и даље, у духу ставова изграђених у XIX веку, своди на материју, мада је доказано да је она много више од тога. Са становишта фундаменталних наука и савремених интегративних

<https://www.worcester.ac.uk/about/news/academic-blog/Digital-immortality-and-Artificial-Intelligence.aspx>

⁷⁴ Вид. Душан Николић, Увод у право животне средине, у: *Основе права животне средине* (ур. Душан Николић), Правни факултет у Новом Саду – Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2009, 47. и др; Раденка Цветић, “Заштита животне средине – померање тежишта ка заштитном објекту”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2013, 117 и др.

⁷⁵ Та материја је предмет посебне гране, тзв. *Права виртуелне стварности*, односно *Права кибернетског простора* (*Cyber Space Law*), која је на теоријском плану уобличена средином друге деценије XXI века. У прапочецима тога сам учествовао пишући магистарски рад *Правно нормирање кибернетских функција и имовинско-правна природа информације*, који је одбрањен на Правном факултету Универзитета у Новом Саду 1990. године, из ког је касније проистекла монографија *Право информација – ка новој грани права*, Народна техника Војводине, Нови Сад, 1990. То искуство ми је такође отворило другачије погледе на ствар у приватноправном смислу.

⁷⁶ Виртуелна симулација људског бића у виртуелном простору.

⁷⁷ Омогућавање хипотетичке, виртуелне комуникације са умрлом особом помоћу специфичне “ствари” коју чине *холограмско њело* умрлог и *комјутерска меморија* у коју се уносе подаци о догађајима повезаним са њом, њене мисли и сл. а које вештачка интелигенција обрађује у процесу комуникације.

научних дисциплина нове генерације, све у човековом окружењу је сачињено од материје, енергије и информација. До извесних промена у поимању ствари је дошло под притиском времена и практичних потреба. Уместо да иду у сусрет променама, правна регулатива и правна наука са закашњењем и интервентно реагују на оно што је већ дуже време део стварности. Јаз између нормативног и стварног је ублажен тиме што су под традиционални општи појам ствари (заснован на тези да је ствар искључиво материја) подведена и друга два чиниоца Универзума (енергија и информација). Парадоксално је да је то учињено у домену кривичног права или под његовим утицајем. Међутим, та промена није довољна. Потребно је направити још један искорак ка ономе што је нова реалност у XXI веку и прихватити чињеницу да енергију и (физичку, структурну) информацију не треба подводити под општи појам, јер оне већ јесу део ствари, оне су унутар ње (као њени чиниоци). *Summa summarum*, уместо тога, треба изградити апстрактнији и уједно обухватнији појам, попут оног који је изложен на претходним страницама.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Bram Akkermans, *Sustainable Property Law: Reckoning, Resilience and Reform*, Eleven International Publishing, 2022.
- Bram Akkermans, „The Role of the (D)CFR in the Making of European Property Law“, Maastricht European Law Institute, *Working Paper* N° 2011/29.
- Christian von Bar, „Grundfragen europäischen Sachenrechtsverständnisses“, *Juristen Zeitung* 18/2015 (C. von Bar (2015a)).
- Christian von Bar, *Gemeineuropäischen Sachenrechts*, Band I: *Grundlagen, Gegenstände sachenrechtlichen Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte*, C.H. Beck, München 2015 (C. von Bar (2015b)).
- Раденка Цветић, „Заштита животне средине – померање тежишта ка заштитном објекту“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Сагу*, 4/2013.
- Mathieu Devinat, „Les définitions dans les codes civils“, *Les Cahiers de droit* 1-2/2005.
- Marguerite Deslauries, *Aristotle on Definition*, Leiden – Boston, 2007.
- Thomas A. Dixon, Thomas C. Williams, Isak S. Pretorius, Bioinformational trends in grape and wine biotechnology, *Trends in Biotechnology*, 1/2022.
- Sjef van Erp, „European Property Law as a New Private Law?“, *Property Jotwell* 16.12.2016.
- Bénédicte Fauvarque-Cosson, „Rekodifikacija građanskog prava u Evropi i reforma francuskog ugovornog prava“, *European Lawyer Journal / Evropski pravnik* 2/2015.
- Cairns Huntington, „A Note on Legal Definitions“, *Columbia Law Review* 7/1936.
- Гај, *Институције*, превео Обрад Станојевић, Нолит, Београд 1982.
- Ediho Lokanga, „A Special Relationship between Matter, Energy, Information and Consciousness“, *International Journal of Recent Advances in Physics* 1-3/2020.

- Moustafa Mamdouh et. al, "Authentication and Identity Management of IoT Devices: Achievements, Challenges, and Future Directions," *Computers & Security*, Vol. 111, Dec. 2021. Доступно на: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167404821003151#!>
- Лазар Марковић, *Грађанско право, Прва књи́а: Ойцѣи гео и сѣварно право*, друго издање, Народна самоуправа А.Д, Београд, 1927
- Ugo Mattei, *Basic Principles of Property Law: A Comparative Legal and Economic Introduction*, Greenwood Press, Westport 2000.
- Dirk K. F. Meijer, „The Universe as a Cyclic Organized Information System: John Wheeler’s World Revisited“, *Neuroquantology* 1/2015.
- Dušan Nikolić „Towards a System of European Private law: Transformation of Legal Science and Legal Policy“, у: *Europäisches und internationales Privatrecht – Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag* (Eds. Helmut Grothe, Peter Mankowski, Frederick Rieländer), C.H. Beck, München 2022.
- Душан Николић, „Правни аспекти обележавања и декларисања вина – Општи приступ“, у: *Хармонизација и унификација српској и мађарској права са правом Европске уније*, (ур. Бранислав Ристивојевић), Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2022.
- Душан Николић, Слобода Мидоровић, „Развој посебних својинскоправних режима за поједине врсте добара“, *Зборник радова ПФНС* 1/2021.
- Dušan Nikolić, „O dislociranim institutima u građanskom pravu Republike Srbije“, у: *Odabrane teme obligacionog prava*, (ed. Marija Karanikić Mirić i Marko Đurđević), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2020.
- Душан Николић, *Увод у сисѣм грађанској права*, XVI измењено и допуњено издање, Правни факултет у Новом Саду – Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2020.
- Dušan Nikolić, „O širini teme doktorske disertacije iz pravnih nauka“, у: *Liber amicorum: Vladimír Vodinelić* (ed. Miloš Živković), Pravni fakutet u Beogradu, Beograd 2019.
- Dušan Nikolić, „Podela nauka i njihova međusobna uslovljenost“, у: *Nauka: stanje, strategija, perspektive*, Srpska akademija nauka i umetnosti, Beograd 2016.
- Dušan Nikolić, „Independence and social influence of a meritorious legal elite in Serbia“, у књизи: *Fair reflection of society in judicial systems. A comparative study*, (ed. Sophie Turenne), Edition: Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Springer, Berlin – Heidelberg 2015.
- Душан Николић, „Апсолутност својине у француском праву“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду* 4/2014.
- Dušan Nikolić, „Precedent u praksi Suda pravde Evropske unije“, у: *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2013.
- Душан Николић, „Ка новој великој синтези знања“, у: *Трајање – Првих 50 година Универзитета у Новом Саду*, Универзитет у Новом Саду, Нови Сад 2010.
- Dušan Ž. Nikolić, *Грађанскоправна санкција – geneza, evolucija i savremeni pojam*, Pravni fakultet u Novom Sadu – Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad 1995.
- Душан Николић, *Право информација – ка новој грани права*, Народна техника Војводине, Нови Сад, 1990

- Душан Николић, *Правно нормирање кибернетских функција и имовинској правна природа информације*, магистарски рад, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 1990.
- Основе права живојне средине* (ур. Душан Николић), Правни факултет у Новом Саду – Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2009.
- Roger Penrose, *The Road to Reality – A Complete Guide to Laws of the Universe*, Jonathan Cape Publ., London, 2004.
- Quentin Prim, *La gestion des biens d'autrui*, Thèse présentée pour obtenir le grade de Docteur de l'Université de Bordeaux École doctorale de droit spécialité droit privé et sciences criminelles,, Soutenue publiquement le 05 novembre 2021.
- Eveline Ramaekers, „What is Property Law“, *Oxford Journal of Legal Studies* 3/2017.
- Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, XII издање, Службени гласник РС, Београд 2022.
- Stuart A. Umpleby, „Physical relationships among matter, energy and information“, *Systems Research and Behavioral Science* 3/2007.
- Vladimir V. Vodinelić, *Грађанско право – Uvodne teme*, Nomos, Beograd, 1991.
- Гордана Вуњак Новаковић, *Ка регенеративној медицини будућности* / Gordana Vunjak Novaković, *Towards Regenerative Medicine of the Future*, едиција DHS (приредили: Душан Николић и Синиша Марков), Универзитет у Новом Саду, Нови Сад, 2018.
- Herbert Zech, Information as Property, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* – JIPITEC 6/2015.
- Кривични законик (*Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 I 35/2019).
- Cour d'appel de Rouen, arrêt du 31 octobre 2001.
- Cour de cassation – Assemblée plénière, Arrêt n° 516 du 7 mai 2004.
- Spanish Civil Code*, Colección Traducciones del derecho español, Ministerio de Justicia, 2012.

Dušan Ž. Nikolić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
d.nikolic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-1850-9684

Rethinking a Notion of Thing in Private Law⁷⁸

Abstract: *In a rapidly changing World, changes in the field of law are inevitable, both at the theoretical level and in the domain of legal regulation. This, first of all, refers to basic doctrinal notions and legal definitions, which represent the basis for the construction and development of legal institutes. In this context, a special place is occupied by the thing, as a starting category of property law that regulates relations related to the appropriation. In many legal systems, but also in legal doctrine, it is not entirely clear what and under what conditions can be appropriated. This is, on the one hand, a consequence of legal regulation lagging behind changes in society, and on the other, legal science lagging behind other scientific fields and technological development.*

Serbian civil law is specific in this regard. In legal theory, which has been developing since the beginning of the 20th century under the strong influence of German doctrine and the German Civil Code of 1896, the prevailing view is that things are only matter (a material part of the environment). There is no general conceptual definition in the current laws. That gap can be filled by applying the old rules from the Serbian Civil Code of 1844, which contains a definition that, due to its breadth, is much more suitable for the era in which we live, than the one that the doctrine took over from German law. According to the SCC, “the name of a thing is understood in the legal sense of everything that is not a human being, or is not a person, and serves the needs of a human being.” Such determination is closer to the position of fundamental sciences and modern integrative scientific disciplines of the new generation, according to which everything in the human environment consists of matter, energy and information.

Certain changes in the understanding of things occurred under the pressure of time and practical needs. Instead of meeting the changes, legal regulation and legal science react belatedly and intervene to what has been a part of reality for a long time. The gap between the normative and the real is alleviated by the fact that the other two elements of the Universe (energy and information) are also included under the traditional general notion of things (based on the thesis that

⁷⁸ This paper is devoted to my distinguished colleague and friend Christian von Bar (Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian von Bar), on the occasion of his 70th birthday.

thing is exclusively matter). Paradoxically, in many countries this was done in the domain of criminal law or under its influence.

However, even that change is not enough. It is necessary to make another step towards what is the new reality in the 21st century and accept the fact that energy and (physical, structural) information should not be subsumed under a general term, because they are already part of the thing, they are inside it (as its constituents). Instead, a more abstract and at the same time comprehensive concept should be built.

Summa summarum, in the spirit of modern science and in the broadest property law sense, a thing is every component of an environment that can be physically and legally subject to appropriation. Such a notion is sufficiently abstract and broad enough that it can encompass elements that at the current level of development of science and technology are considered to be constituent of everything existing, as well as some new ones, to which the evolution of scientific thought will lead.

It can also represent a framework for finding answers to some new legal challenges. For instance, for complex problems related to physical information and the information code of matter such as DNA, which is followed by questions from the domain of biomedical engineering, issues related to the digital shadow of living matter and its reproduction, and in that context, with the so-called bio-informational property.

Special attention is required for what is directly related to the fourth industrial revolution, above all the Internet of Things (IoT).

Under the influence of technical and technological progress, the boundaries between subjects and objects of law are shifting or even being erased. Some things (understood in a modern way, as a synthesis of matter, energy and information) have or gradually acquire some kind of legal subjectivity. These include humanoid robots, various forms of artificial intelligence, etc.

Virtual reality (Cyber space) and its (intangible, digital) entities, such as avatars, digital fashion, digital immortality, etc., represent a special area with which the modern concept of things should be connected.

The paper also discusses some important issues related to notions and definitions, with the reasons for their rethinking and methodological approaches to that issue, among which the new scientific encyclopedism and interdisciplinarity are particularly significant.

Keywords: *Private Law, thing, notion, definition, matter, energy, information, virtual reality.*

Датум пријема рада: 24.10.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 22.11.2022.

Датум прихватања рада: 13.12.2022.

Маџа М. Кулаузов
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-2805-7773

Милан М. Милутић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Milutin@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-4025-5222

ПРИМЕРИ НАДЛЕЖНОСТИ УПРАВНИКА ПРОВИНЦИЈЕ У ИМОВИНСКОПРАВНИМ ПАРНИЧНИМ ПОСТУПЦИМА У РИМУ¹

Сажетак: У раду је обрађено неколико питања. На самом почетку, врши се преглед извора права којим је регулисано питање надлежности управника провинција од ширих ка ужим. Надлежности управника настајала је његовом уласком у провинцију. У случају напуштања провинције, његове надлежности су престајале и он је постајао приватно лице. Замена персоналне карактера надлежности управника, који је значајно узрман Каракалином конституцијом из 212. године, у користи територијалне, очигледна је на крају доминала. Управник је могао да има цивилне и војне надлежности. Прве су обухватале правосудну и управну власт. Правосудне надлежности делиле су се на оне у кривичној и оне у грађанској материји. Од целокупне обима грађанске материје, у раду су обрађени примери надлежности управника провинције у материји имовинског права, односно, према Гајевој трипаритичкој материји под називом *ius quod ad res pertinet*. Управник провинције био је надлежан да решава исто тако сва спорна питања која су настајала у свакодневном животу становника приликом заснивања,

¹ Рад је настао као резултат истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ за 2022. годину, а ослања се и на резултате истраживања за завршни рад на мастер академским студијама кандидата Милана Милутина на тему „Надлежности управника провинције у материји имовинског права у Риму“.

заступања и заступања права, како оних везаних за државину, својину и стварна права на туђим стварима, тако и оних у материји облигација и наслеђивања.

Кључне речи: управник провинције, надлежности, имовинско право, парнични поступак, римско право.

1. УВОД

Неисправно је поистовећивати појам државе у савременом добу са свим њеним појавним облицима кроз историју. Последично, ни између концепата организације власти не треба вршити идентификацију. Уређења античког града-државе, средњовековне феудалне краљевине, нововековне апсолутне монархије и савремене грађанске државе толико су међусобно суштински различити, да би посматрање једне кроз призму друге могло да доведе до значајно искривљених, ако не и потпуно погрешних закључака.

Неопходно је, стога, при обради ове теме направити дистинкцију између римског империјалног концепта организације власти у односу на организацију власти у савременим државама. Немогуће је поистоветити империјум са данашњим концептом суверенитета, јер је било незамисливо у Риму да се врши одвајање схватања државе од појединца као њеног конститутивног елемента. Уместо концепта јединственог држављанства који постоји данас, у Риму су са заједницама које су улазиле у састав империје успостављани или уговорни односи различитих садржина који су припадницима тих заједница пружали мања или већа права и регулисали њихов статус, или им је одређени правни положај наметао сам Рим без успостављања било каквих уговорних односа. Асиметрични статуси људи, асиметрични статуси политичких заједница унутар империје, постојање више правних система који су паралелно функционисали и друго, чиниоци су који обавезно морају бити узети у обзир приликом анализе римских јавноправних установа.

2. ИЗВОРИ ПРАВА О НАДЛЕЖНОСТИМА УПРАВНИКА

У периоду републике, по правилу почетком сваке административне године, Сенат је доносио *senatus consultum de privinciis*, којим се, између осталог, вршила расподела управника по провинцијама.² Осим садржином

² Пјер Вилемс, *Римско јавно право или Римске политичке установе од оснивања Рима до Јустинијана*, с ауторовим одобрењем са шестог издања превео с француског Жив. М.

овог сенатског мишљења, подела провинција и пратећа правила с тим у вези, била су уређена и законима – *lex Sempronia*³, *lex Cornelia*⁴ и *lex Pompeia*⁵.

У вршењу својих надлежности, управник провинције био је обавезан да се придржава (а) провинцијског закона, (б) сенатских мишљења, (в) оних закона којима је регулисан правни положај провинцијских градова и становника, (г) затим закона доношених са циљем борбе против изнуђивања које су вршили управници у провинцијама (*leges repetundarum*),⁶ а евентуално и (д) посебних инструкција које му је испрва давао Сенат⁷, а касније принцепс, док су за случајеве који нису њима били предвиђени били обавезни да се обрате вишој инстанци власти за мишљење.⁸

У грађанском правосуђу, поред наведеног, управник је био дужан да се придржава и (ђ) едикта који је сам издавао, као и (е) локалног провинцијског права, уколико оно није било у супротности са поменутим изворима и док временом није изгубило на важности. Под Царством, наравно, ту треба додати и (ж) царске конституције.⁹

Милосављевић, Београд 1898, 246 и 403. Примери одлука садржаних у овим сенатским мишљењима могу да се нађу, између осталог, код Liv, XXVI, 1 и XXI, 17 (приликом истраживања коришћени су текстови према издањима Oxonii: E Typographeo Clarendoniano, Oxford 1964. (књиге 21-25), доступан на интернет страници <https://archive.org/details/aburbecondita0003livy>, приступљено 12. 9. 2022. године и Weidmannsche Buchhandlung, Berlin 1856. (књиге 24-26), доступан на интернет страници https://archive.org/details/bub_gb_s6E9AAA-AcAAJ/mode/2up, приступљено 12. 9. 2022. године).

³ Овим законом из 123. п.н.е, Сенат је обавезан да конзуларне провинције означи пре избора конзула којима су намењене. П. Вилемс, 248.

⁴ Сходно одредбама овог закона из 81. п.н.е, управник је имао обавезу да остане на дужности до доласка новог управника. *Ibid*, 248 и 404. Вид. и Dio Cassius, *Hist. rom*, XLII, 20 (приликом истраживања коришћен је текст према издању Loeb Classical Library, 9 volumes, Greek texts and facing English translation, Harvard University Press, 1914-1927. Translation by Earnest Cary, доступан на интернет страници http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Cassius_Dio/home.html, приступљено 12. 9. 2022. године).

⁵ Донесен 52. п.н.е, овај закон прописује временски размак од пет година између обављања конзулске, односно преторске магистратуре и ступања на дужност управника. *Ibid*, 248. Међутим, овај закон је престао да важи већ 49. п.н.е.

⁶ Видети пример Цесија Корда (*Caesius Cordus*), проконзула Крита и Киренаике (*proconsul Cretae Cyrenarum*), који је осуђен због изнуђивања. Tac. Ann, III, 38 (приликом истраживања коришћен је превод Љиљане Црепајац према издању Корнелије Тацит, *Анали*, Београд 2006); П. Вилемс, 408. С изнуђивањем у вези, посебно је занимљива улога публикана у провинцијама. Наташа Деретић, Милан Милутин, „Публикани према Јустинијановим Дигестима – институционализована корупција и њено правно санкционисање“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2020, 1420 и даље.

⁷ Val. Max, 8.15.6 (приликом истраживања коришћен је текст према издању Valeri Maximi, *Factorum et Dictorum Memorabilium*, Teubner, Leipsig 1865, доступан на <https://archive.org/details/factorumetdictor00valeurft/page/424/mode/2up>, приступљено 12. 9. 2022. године).

⁸ П. Вилемс, 404-405 и 578.

⁹ Théodore Mommsen, *Le Droit Public Romain, Tome VII, Paris 1985*. (за пошребе овог истраживања, наведени део ипрева Милица Сиванковић, проф. француског језика и књи-

3. ВРЕМЕНСКО И ТЕРИТОРИЈАЛНО/ПЕРСОНАЛНО ПРОСТИРАЊЕ НАДЛЕЖНОСТИ

Надлежност¹⁰ управника настајала је његовим уласком у провинцију, па, последично, и његово право да је, у одређеном обиму, повери свом изасланику.¹¹ Уколико би то поверавање учинио пре уласка у провинцију, полазило се од правне фикције да је то учињено тренутком уласка у провинцију. Изузетак је постојао у случају неизбежног закашњења управника.¹²

Пре ступања у границе поверене му провинције, управник је био обавезан да о свом доласку обавести становнике провинције шаљући едикт свом претходнику, у ком је наводио датум уласка у провинцију и евентуалне препоруке.¹³ Ова пракса, о којој сведочи Улпијан, доживела је само површинске промене током трајања домината да би на његовом крају важило правило да при првом уласку у провинцију, управник пред окупљеним народом истакне царске инструкције које је примио и постави њихове умножене примерке по целој провинцији са циљем да покаже своју посвећеност њиховом поштовању.¹⁴

жевности, на чему јој се аутори захваљују.), 437; Мирослава Мирковић, *Римска држава у доба принципата и домината (27. пре Хр.-337. н.е.): од Августина до Константина*, Београд 2003, 27; П. Вилемс, 406, фуснота 1 и 408. Овде је занимљива једна Вилемсова констатација, на 405. страни наведеног дела. Након навођења извора права којима је уређена надлежност управника провинције, он каже: „Изван тога, он је у својој управи скоро независан.“ Није најјасније какав би био њен смисао. Наиме, и судија у савременој држави је, када се изузму правне норме којима мора да се влада у обављању поверене му дужности – *скоро независан*.

¹⁰ У савременом праву, под термином надлежност подразумева се овлашћење органа, које је уједно и његова дужност, да решава у одређеној ствари на одређеној територији. Драган Милков, *Управно право II: Управна делатност*, Нови Сад 2010, 87. Премда Римљани нису били склони одређивању појмова, и упркос чињеници да је од Јустинијанове смрти до данашњег дана протекао готово један и по миленијум, својом општошћу ова дефиниција омогућује да буде примењена и у раду који се односи на античко доба.

¹¹ Начелно, управник провинције био је овлашћен да пренесе на друго лице надлежности које су спадале у редовне надлежности промагистратуре коју обавља, осим уколико је дата надлежност додељена законом, мишљењем Сената или принцепсовом конституцијом. Могла је, на пример, да се пренесе надлежност изасланику да додељује државину одређеног добра (на пример, у случају недавања јемства због претеће штете, увођења у посед жене у име *стиомака* (тј. детета које носи), или ради чувања легата). Вид. D.1.21.1.

¹² Вид. D.1.16.4. Познато је, на пример, да је, услед временских прилика, Плиније Млађи закаснио у Битинију над којом је преузимао управу. Вид. Plin. Ep. X, 17a (приликом истраживања коришћен је текст према издању Plini minoris, *Epistulae*, recognovit R. A. B. Mynors, Clarendon Press, Oxford 1963 (*litterae u et v separatae*), доступан на интернет страници https://www.hs-augsburg.de/~harsch/Chronologia/Lspost02/PliniusMinor/pli_ep10.html, приступљено 22. 9. 2022. године).

¹³ Вид. D.1.16.4.

¹⁴ Вид. Nov. Just. 17.16 (приликом истраживања коришћен је текст према издању „Iustiniani Novellae“ (Recognovit Rudolfus Schoell, Opus Schoellii morte interceptum absolvit Guilelmus Kroll, *Corpus Iuris Civilis*, vol. III, Berlin 1877, доступан на интернет страници <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, приступљено 12. 9. 2022. године).

Управник је био дужан да обавља све своје послове до доласка наследника. Исто тако, пре свог одласка био је обавезан да се уздржава од слања свог изасланика из провинције.¹⁵ У случају напуштања провинције, његове надлежности су престајале и он је постајао приватно лице. То је посебно важно због чињенице да су надлежности управника провинције биле персоналног карактера. Простирале су се само над становницима провинције којом је управљао, и то док се налазио у њој.¹⁶

Нестанак персоналног карактера надлежности управника, који је значајно уздрман још поменутом Каракалином конституцијом из 212. године, очигледан је на крају домината. О овоме сведочи конституција цара Јустинијана, према којој су сва лица у провинцији била подложна власти њеног управника у (кривичним и) „новчаним” стварима, за разлику од ранијег, када су се његове надлежности простирале само над становницима дате провинције.¹⁷

Најзад, од управника провинције се захтевало да врше само оне надлежности које су биле уобичајене, те да не испоље *дрскоси њиховој прекопачења*.¹⁸ Ово је могућа претеча савременог начела законитости управног поступка, према коме, за разлику од приватних лица, која смеју да чине све што није забрањено, орган управе сме да ради само оно што је изричито дозвољено.¹⁹

Управник је могао да има цивилне и војне надлежности. Прве су обухватале правосудну и управну (укључујући и финансијску) власт.²⁰ Правосудне надлежности делиле су се на оне у кривичној и оне у грађанској материји. Од целокупног обима грађанске материје, предмет овог рада биће надлежности управника провинције у материји имовинског права, односно, према Гајевој трипартицији, материји под називом *ius quod ad res pertinet*.

4. ОПШТИ ДЕО

У време Републике, управник провинције је судио или сам уз помоћ суда састављеног од римских грађана, или је парничарима одређивао судију

¹⁵ Вид. D.1.16.10. Тако је, на пример, августов префект, који је управљао Египтом, остајао је на дужности до уласка свог наследника у Александрију. D.1.17.1.

¹⁶ Вид. D.1.18.3. Изузетак је била надлежност у кривичним поступцима, која је била територијалног карактера и простирала се на све за које је постојала сумња да су учинили кривично дело на територији провинције.

¹⁷ Nov. Just. 8.6.

¹⁸ CI 12.55.3 (приликом истраживања коришћен је текст према издању „Codex Iustinianus“ (Recognovit et retractavit Paulus Krueger), *Corpus Iuris Civilis*, vol. II, Berlin 1877, доступан на интернет страници <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, приступљено 12. 9. 2022. године); М. Мирковић, 155.

¹⁹ Д. Милков, 74.

²⁰ Srđan Šarkić, Antun Malenica, *Pravne teorije i institucije antike*, Novi Sad 2004, 112.

(грађанина или перегрина) да спор пресуди.²¹ Познато је да је Цезар служио као квестор у Оностраној Шпанији те да је по преторовом налогу, као судија обилазио насеља римских трговаца како би решавао њихове спорове.²²

У свим споровима, како у онима у којима у Риму пресуђују префект града, префект преторијанаца, конзули, претори и други, тако и у свим другим, у провинцијама у принципату постоји надлежност управника.²³ Правосудне надлежности управника провинције у овом периоду ипак нису биле јединствене и зависиле су од тога да ли је провинција којом су управљали спадала у категорију сенатских или царских.²⁴

Правосудна надлежност проконзула у сенатским провинцијама била је одређена једном општом нормом: њему је припадала она надлежност коју су имали сви који су пресуђивали у Риму, или као магистрати, или у ванредном поступку, са изузетком принцепсовог прокуратора, који је био надлежан да решава имовинске спорове о порезима.²⁵ Поред проконзула, за правосуђе су били надлежни и изасланици (*legati*) и квестор (*quaestor pro praetore*).²⁶ Изасланицима су ту надлежност поверавали проконзули, било у целој провинцији, било у одређеном округу (*dioecesis*).²⁷

У извесним царским провинцијама правосуђе је издвојено из надлежности управника провинције и поверено посебном, правосудном легату (*legatus iuridicus*), кога је бирао принцепс међу сенаторима. Ипак, правосудни легат се налазио у потчињеном положају у односу на августовог изасланика.²⁸

Поред изворних, постојале су у принципату и додељене надлежности управника провинције. Наиме, спорове који дођу пред принцепса, како у првој инстанци, тако и у облику жалбе, судио је или принцепс сам, или они

²¹ П. Вилемс, 403-406. и 251-252.

²² Gaius Suetonius Tranquillus, „Divus Julius“, *De Vita XII Caesarum*, 7.1 (приликом истраживања коришћен је текст према издању Loeb Classical Library из 1913. доступан на интернет страници https://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Suetonius/12Caesars/Julius*.html, приступљено 12. 9. 2022. године).

²³ Вид. D.1.18.10.

²⁴ О правосудној надлежности управника провинција у класичном периоду видети и: David Johnston, *Roman Law in Context (Key Themes in Ancient History)*, Cambridge 2003, 9. Проконзул је, између осталог, био надлежан да поставља страни у спору адвоката по службеној дужности у случају да га она нема или не може да га набави. Вид. такође D.1.16.9.

²⁵ Вид. D.1.16.7.

²⁶ Квестору то није био једини посао, већ му је у надлежност стављено и руковање благајном.

²⁷ Били су надлежни да чују наводе страна како у грађанском, тако и у кривичном поступку. Уколико би у кривичном поступку утврдили кривицу оптуженог, били су обавезни да га без одлагања проследи проконзулу на коначно одлучивање. Вид. CI 1.35.1. и П. Вилемс, 571-578. и 465.

²⁸ Џон Бордман, Џаспер Грифин, Озвин Мари, *Оксфордска историја римског света*, с енглеског превела Слађана Танасијевић, Београд 1999, 179; П. Вилемс, 571-578.

које он одреди. Надлежност је преносио, било за појединачне случајеве – на одређено лице (*iudex datus*), или на одређеног чиновника, било општим делегирањем – на извесне категорије чиновника. Углавном је ово опште делегирање било извор надлежности управника провинција.²⁹

У доминату је надлежност за решавање спорова имовинског карактера у провинцијама такође припадала управнику, мада су, у извесној мери надлежни били и муниципални магистрати или заштитници града (*defensores civitatis*).³⁰ Заштитнику града, почетком домината, додељена је надлежност у споровима чија вредност није прелазила 50 златника. У споровима веће вредности од поменуте, надлежан је био управник провинције.³¹ Тенденција повећања ове граничне вредности за последицу је имала да је у доба Јустинијана управник био надлежан за спорове вредности веће од 300 златника.³² У случају злоупотребе од стране покретача спора, који би као вредност спора навео суму већу од прописане са циљем да издејствује надлежност управника провинције, покретач спора би сносио све трошкове поступка.³³

У вршењу своје правосудне надлежности у доминату, управник провинције био је потчињен викару, слично као што је викар био потчињен преторијанском префекту.³⁴ Викари и преторијански префекти судили су у првом степену само изузетно (*extra ordinem*). Надлежност управника провинције била је касније ограничена и чињеницом да је на преторијанске префекте прешло право које је припадало принцепсу, да могу пред свој суд позвати и судити свакоме, без обзира на евентуални приговор надлежности (*praescriptio fori*).³⁵

²⁹ Вид. D.1.18.8.

³⁰ Поред надлежности у споровима, једна од надлежности управника провинције, чији је циљ био спречавање злоупотреба, представљала је фактичко ограничење привредне активности у доминату. Наиме, провинцијским чиновницима забрањивали су купопродају непокретности и робова (у провинцијама у којима су служили), осим у случају да је њен предмет била имовина њихових предака, и то само под условом да је извршена пред ректором и по цени не нижој од оне која би се сматрала разумном и правичном. Вид. Cod. Theod. 8.15.3.1 (приликом истраживања коришћен је превод на енглески језик према издању The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian Constitutions, a translation with commentary, glossary, and bibliography by Clyde Pharr, Princeton University Press, Princeton 1952).

³¹ Вид. CI 1.55.1.

³² Вид. Nov. Just. 15.3.

³³ Вид. Nov. Just. 15.4.

³⁴ У случају сумње једне од страна у поступку у (претпоставићемо: *нејприсјрасносѝ*, прим. аут.) управника провинције, цар Јустинијан је овластио надлежног епископа да приступи предмету и пресуди заједно са њим. Вид. Nov. Just. 86.2.

³⁵ У оним деловима округа којим је управљао викар Рима, који се налазе унутар раздаљине од 100 миља од Рима и који се зову градске или приградске области (*regiones urbicae* или *suburbicae*), грађанскоправну и кривичноправну надлежност делили су са градским префектом, поред викара, и управници провинција. П. Вилемс, 621-625. и 651-652.

Управник је био овлашћен да пренесе своју надлежност у појединачном случају на судију кога је сам постављао.³⁶ Поред појединачних, постојале су и категорије судија које је постављао управник, названих „судије за спорове мале вредности”, (*iudices pedanei* (дословно: *йойуи сйойала, величине сйойала*), *iudices dati*), против чијих одлука се жалба изјављивала управнику провинције.³⁷ Исто тако, жалба на одлуке заштитника града изјављивала се управнику провинције.³⁸

О томе да се надлежност управника одржала до краја домината како у управној, тако у материји грађанског и кривичног правосуђа сведочи једна новела у којој стоји како је у надлежност управника спадало прикупљање пореза, одржавање јавног реда и мира, као и грађанско и кривично правосуђе.³⁹

5. ПОСЕБНИ ДЕО

Управник провинције био је надлежан да решава готово сва спорна питања која су настајала у свакодневном животу становника приликом заснивања, заштите и гашења права, како оних везаних за државину, својину и стварна права на туђим стварима, тако и оних у материји облигација и наслеђивања.

5.1. Стварно право

Надлежности управника провинције обухватале су разна питања у материји државине. Тако Гај наводи да је спор око државине, односно квази-државине, у надлежности управника, који је, с тим у вези, овлашћен да, наређује или забрањује коришћење одговарајућих правних средстава.⁴⁰ Управникове надлежности у овој материји нису нестале с крајем класичног права. Примера ради, у случају спорног права својине над ствари чији држалац јој преварно умањује вредност, а пре евентуалног остваривања *ius postliminii* супротне стране, она може да тражи од управника да држаоцу одузме државину над ствари у питању и привремено је стави под старање трећег лица.⁴¹ Исто тако, лице које са својим братом има право сусвојине над доку-

³⁶ Simon Corcoran, *The Empire of the Tetrarchs: Imperial Pronouncements and Government AD 284-324*, New York 1996, 236.

³⁷ S. Corcoran, 234; П. Вилемс, 651-652. и 656.

³⁸ Вид. Nov. Just. 15.5.

³⁹ Nov. Just. 8.8.

⁴⁰ Вид. Gaius, Inst. IV, 139 (приликом истраживања коришћен је превод Гајевих Институтација проф. др Обрада Станојевића: Gai, *Institutiones*, превео Обрад Станојевић, Београд 1982.).

⁴¹ Вид. CI 8.50.3.

ментима који су у братовљевој фактичкој власти, могло је да се обрати управнику ради решења питања спорне државине.⁴² Заштита државине непокретне ствари (која није стечена *vi, clam, precario*) вршила се и почетком домината помоћу интердикта *uti possidetis*, који се у провинцијама користио пред управником.⁴³ У случају спора око међе, који је укључивао и питање права својине над спорним делом непокретности, правило је било да се пред управником прво реши питање државине, након чега је он одређивао стручно лице које би утврдило чињенично стање на лицу места.⁴⁴

Из претходних примера видело се да се, поред питања у материји државине, пред управником провинције такође вршило и утврђивање спорног права својине као и његова заштита. То се нпр. може видети и из једне конституције која сведочи о утврђивању права својине над робинџом које се вршило пред ректором.⁴⁵ Међу његовим надлежностима налазило се и овлашћење за успостављање права својине што се може закључити из следећег примера. Лице које је желело да стекне право својине над робом луталицом, подносило је одговарајући захтев управнику, у чијој је надлежности било да утврди ко има право својине над робом који је предмет захтева и врати га власнику, односно у супротном, донесе позитивну одлуку о захтеву.⁴⁶

5.2. Облигационо право

Много бројнију категорију надлежности управника чиниле су оне у материји облигација.⁴⁷ Надлежан је био за утврђивање постојања дуга, а у случају кад би се постојање дуга утврдило, а до испуњења облигације упркос томе не би дошло, у његовој надлежности било је и поступање у вези са остваривањем заложног права повериоца.⁴⁸ Уколико заложно право није

⁴² Вид. CI 3.38.5.

⁴³ Вид. CI 8.6.1.

⁴⁴ Вид. CI 3.39.3.

⁴⁵ Вид. CI 7.66.5.

⁴⁶ Вид. Cod. Theod. 10.12.2.

⁴⁷ Ове надлежности нису морале да се везују само за спорна питања. Примера ради, евиденцију купопродајних уговора у местима у провинцијама вршио је заштитник датог града. У случају да не постоји носилац ове јавне функције у одређеном граду, надлежан да врши ову евиденцију био је управник провинције, односно у његовом одсуству епископ. Вид. Nov. Just. 167.1.

Поред тога, управнику провинције одузето је овлашћење да стави ван снаге или спречи завођење било које приватне исправе у регистар који је водио заштитник града. Вид. Nov. Just. 15.3.

⁴⁸ Вид. CI 7.53.9. У извесном смислу је чак и наплата јавних дажбина, увођењем тзв. публикана приватизована, те је настала потреба да управници провинција уреде односе између пореских обвезника и публикана, односно да успоставе одговарајућу судску власт за решавање евентуалних спорова између њих. Милан Милутин, „*Pignoris capio* у току

било установљено, поступак намирења повериоца из имовине дужника такође се спроводио у поступку пред управником.⁴⁹

Управник провинције имао је, дакле, и надлежности у материји заложног права и то оне које су се односиле, како на успостављање и остваривање, тако и на заштиту заложних права. Могао је, у случају да је сматрао да постојећа јемства испуњења престације нису довољна, да обавезе страну у спору да их допуни.⁵⁰ За остваривање заложних права повериоца из основног облигационог односа, тј. залогопримца, постојала је такође надлежност управника провинције.⁵¹ Уколико је заложена ствар (у конституцији наведеној у фусноти у питању је роб) противправно отуђена, пред управником се могао покренути поступак против држаоца заложене ствари.⁵² Насупрот томе, уколико су заложеним стварима над којима је залогодавац изгубио право својине услед неиспуњења престације из основне облигације, грешком придружене и ствари које нису биле заложене, поступак њиховог враћања у својину (у том тренутку већ бившег) залогодавца вршио се такође пред управником.⁵³

Дешавало се да потраживање није обезбеђено заложним правом.⁵⁴ У том случају, управник је био овлашћен да дужнику одреди додатно време за извршење престације у случају да он дуг не негира, а разлог неплаћања у року доспелости не лежи у одбијању да изврши своју обавезу, већ у немогућности да то учини.⁵⁵ Када дужник, иначе сопственик непокретне ствари, ипак није био у могућности да дуг врати у новцу, те ако није било заинтересованих за куповину његове непокретне ствари, управник провинције вршио је њену процену и пренос права својине над њеним одговарајућим делом са дужника на повериоца. Притом, поверилац је добијао у својину прво непокретности веће вредности (до износа намирења дуга), док су оне мање вредности остајале у својини дужника. *Ratio legis* овог решења била

римске историје: *pignoris capio* према Гајевим Институцијама“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Сагу*, 2/2017, 460.

⁴⁹ Одређена правна средства (у конституцији која то помиње, у питању је приговор), која би страна у спору иначе искористила у месту заснивања облигационог односа насталог из контракта да се налази у њему, могла је услед свог одсуства да искористи пред управником провинције. *Ratio legis* било је олакшавање поштовања процесних рокова странкама. Вид. CI 4.30.14.

⁵⁰ Вид. D.5.3.41.

⁵¹ Вид. CI 8.13.10.

⁵² Вид. CI 8.13.26.

⁵³ Вид. CI 8.14.5.

⁵⁴ Штавише, могло је да се деси да тужено правно лице није имао ко да заступа, у ком случају је управник провинције био надлежан да нареди наплату потраживања, односно, да удовољи евентуалном захтеву трећег лица да наступи као бранилац интереса правног лица. Вид. D.3.4.1.

⁵⁵ Вид. D.42.1.41.

је потреба да, кад већ поверилац није добио новац ни покретну ствар на име дуга, не добије ни потпуно безвредну непокретност.⁵⁶

У случају доспелости потраживања из облигационог односа у ком на једној страни постоје садужници, управник провинције био је надлежан да их позове пред суд, утврди њихову доступност суду, солвентност, као и евентуално постојање клаузуле солидарности и одреди износ који је сваки од садужника требало да плати.⁵⁷ Уколико је један од садужника исплатио сразмеран део укупног дуга свих садужника, пред управником је могао да доказује да облигација није подразумевала дужничку солидарност и, последично, да је он тиме извршио своју престацију.⁵⁸ Насупрот томе, у случају постојања солидарности, када је један садужник исплатио целокупан износ дуга, поступак остваривања његових права према осталим садужницима спроводио се такође пред управником провинције.⁵⁹ Када је долазило до исплате недуговане суме новца, за утврђивање постојања заблуде као и поступак повраћаја исплаћене суме, надлежан је био ректор.⁶⁰ Слично томе, утврђивање постојања заблуде настале при заснивању облигационог односа вршило се такође у поступку пред ректором, који је имао овлашћење да дужника ослободи обећане, а недуговане престације.⁶¹

Поред неиспуњења престације, постојале су надлежности управника и у ситуацијама у којима се престација изврши у прекомерном износу. На пример, када продавац као контрапрестацију добије износ већи од уговореног, био је дужан да у одговарајућем поступку вишак запечатити и остави у детенцију црквеној благајни у месту настанка уговора, како би евентуални други поверилац купца из поменутог облигационог односа могао из тог износа да се наплати. Управник провинције био је у том случају надлежан да испита наводе новопојављеног повериоца и донесе одлуку.⁶²

Управник провинције водио је рачуна и о заштити положаја малолетних лица у облигационом односу. Гај износи да је на проконзулу било да ускрати повериоцу право на тужбу којом би успео да врати новац који је лицу млађем од двадесет пет година дао на име уговора о зајму. Међутим, проконзул је и у том случају ипак морао да води рачуна да права повериоца буду остварена и против малолетног лица, и то у три ситуације. Уколико је малолетник сам зајмодавац у другом реалном контракту исте врсте, проконзул је био овлашћен да му нареди да своја права као зајмодавца пренесе

⁵⁶ Вид. Nov. Just. 4.3.

⁵⁷ Вид. Nov. Just. 99.1.

⁵⁸ Вид. CI 2.3.18.

⁵⁹ Вид. CI 8.39.1.

⁶⁰ Вид. CI 4.5.6.

⁶¹ Вид. CI 1.18.6.

⁶² Вид. CI 7.72.10.

на свог повериоца. Такође, уколико је малолетник од новца који је добио по основу зајма купио непокретност по цени већој од тржишне, проконзул је био у обавези да нареди странама у правном послу да непокретност, односно новац исплаћен за њу, врате супротној страни са свим припадајућим плодовима, како би од враћеног новца био намирен дуг према малолетниковом повериоцу. Најзад, исти повраћај, са истим циљем, очекивао се уколико је малолетник извршио продају одређене непокретности испод тржишне цене.⁶³

Улпијан наводи да је управник провинције био надлежан да решава у поступцима о страхом или без исплате цене изнуђеној продаји или залози.⁶⁴ Доказивање долозног поступања и поступак обештећења преварене стране вршили су се пред управником провинције.⁶⁵ С обзиром на то да је класична јуриспруденција појам *dolus* проширила тако да се свако поступање супротно начелу савесности и поштења (*bona fides*) сматрало долозним, овлашћења управника провинције залазила су и у материју имовинских односа у браку, што ипак, осим кроз пример који следи, неће бити разматрано у овом раду. Наиме, када се већ ожењен мушкарац противправно ожени по други пут, његова друга жена, по сазнању за насталу бигамију, обраћала се управнику провинције ради накнаде свих имовинских издатака у вези са противправним браком.⁶⁶

У надлежности је управника било да спречи промену пасивне легитимације отуђењем имовине која је предмет спора која би за циљ имала погоршање положаја тужиоца.⁶⁷

Дешавало се да роб пре или после свог ослобађања, изврши одређено давање свом тадашњем, односно бившем, господару, како би била извршена и манумисија његових кћери, такође робиња, а да господар то не учини. У зависности од тога да ли је ово давање извршио као роб или слободан човек, на располагању су му биле две могућности. У првом случају се могао обратити управнику са захтевом да примора господара да поступи у складу са својом обавезом, док је у другом могао само да захтева повраћај онога што је дао.⁶⁸

Уколико отац отуђи непокретност у својини еманципованог сина без његове сагласности, при чему, нити га син касније наследи, нити су му на располагању погодности у виду *longi temporis praescriptio*, у надлежности ректора био је повраћај у пређашње стање у случају постојања таквог захтева од стране оштећеног.⁶⁹

⁶³ Вид. D.4.4.27.

⁶⁴ Вид. D.1.18.6.

⁶⁵ Вид. D.17.2.68.

⁶⁶ Вид. C1 9, 9, 18.

⁶⁷ Вид. D.4.7.1.

⁶⁸ Вид. C1 4.6.9 и C1 7.16.8.

⁶⁹ Вид. C1 4.51.5.

5.3. Наследно право

Надлежности управника провинције обухватале су и овлашћења у материји наслеђивања. Она су, између осталог, укључивала и поступак давања наследничке изјаве, питања државине заоставштине о чијем праву својине тек треба да се одлучи, регулисање посебних правних облика за завештање имовине војника, поступак отварања тестаментa, спорове о тумачењу његове садржине, поступак утврђивања фалсификовања завештања, као и других манљивости. На основу одговарајућег мандата принцепса, управници су били надлежни и за спорове о фидеикомису.⁷⁰

Изјава о пријему или одбијању прихвата наслеђа давала се у провинцијама управнику. Гај пружа податак да су право да пред проконзулом дају негативну наследничку изјаву имала, како лица старија од двадесет пет година, тако и она испод ове старосне границе. Овој другој категорији, с обзиром на недостатак животног искуства, проконзул је могао својим едиктом да омогући повраћај у пређашње стање у случају брзоплетог прихвата заоставштине инсолвентног оставиоца.⁷¹ Ово сведочи о одступању од старог начела *semel heres, semper heres* већ у периоду принципата. О томе колико се питању прихватања наслеђа, независно од тога да ли је у питању било интестатско или тестаментарно наслеђивање, давала важност и на почетку домината, узимајући у обзир имовинскоправне последице тог чина, сведочи и чињеница да је ректор био надлежан да додели потенцијалним наследницима додатно време да размисле да ли ће да се прихвате наслеђа.⁷² Питање привремене државине заоставштине о чијем праву својине је тек требало да се одлучи (*bonorum possessio*) у овом периоду било је у надлежности ректора.⁷³

Када је у питању тестаментарно наслеђивање, не чуди да се подела на правни режим растерећен формалности, који је важио за војнике (с обзиром на услове и околности у којима су изражавали своју последњу вољу) и правни режим који је важио за остале категорије становништва, одржао кроз све периоде, имајући у виду непромењену важност ове категорије, додуше у почетку у освајачким походима, а касније све више у дефанзивном контексту. Тако је, на пример, проконзул био у обавези да изда засебан едикт који је регулисао питања везана за тестаменте војника, с обзиром на посебна права која је ова категорија становништва имала у вези са завештањима.⁷⁴

Отварање тестаментa вршило се у поступку пред управником провинције. Захваљујући Гају сазнајемо да је у класичном праву, у случају одсуства

⁷⁰ П. Вилемс, 503-504. и 578.

⁷¹ Вид. D.29.2.57.

⁷² Вид. CI 6.30.9.

⁷³ Вид. CI 8.2.2.

⁷⁴ Вид. D.29.1.2.

свих лица одређених да присуствују отварању тестаментa у својству сведока, уколико су разлози хитности то захтевали, на проконзулу било да се постара да се тестамент отвори у присуству људи изузетног угледа. Након умножавања примерка тестаментa и утрђивања његове садржине, у њиховом присуству тестамент би се поново запечатио и примерци послали сведоцима како би извршили своју дужност.⁷⁵ Слично је и у једној конституцији савладара, царева Валеријана (253-260. године) и Галијена (253 (260) – 268. године).⁷⁶ У доминату је ова надлежност у провинцијама и даље припадала управнику, о чему нам сведочи једна конституција августа Диоклецијана (284-305. године) и Максимијана (286-305. године) у вези са правом наследника да изврши увид у садржину тестаментa и добије његов умножени примерак.⁷⁷

Спорови везани за тумачење садржине тестаментa решавани су пред проконзулом. Тако Паул наводи пример спора између полубраће Поликрата и Феба у вези са тумачењем одредбе тестаментa свог оца Јулија Феба.⁷⁸

Поступак доказивања фалсификовања тестаментa у принципату вршио се пред проконзулом који га је претходно прихватио као исправан. Ово се право дозвољавало упркос правилу о *res iudicata*.⁷⁹ Надлежност управника по овом питању одржала се и у доминату. Манљивост тестаментa уопште могло је у поступку пред коректором да доказује лице које је претендент на наслеђе, или део наслеђа већи од дела који му је припао.⁸⁰ Слично је било и са ректором, пред којим се, поред манљивости тестаментa, могао доказивати и било који други основ искључења нечијег права да наследи.⁸¹ Исто тако, у његовој је надлежности било да нареди испитивање лица која могу да имају сазнања о фалсификовању тестаментa.⁸²

Занимљива је била ситуација у којој је, након смрти оставиоца, а пре него су се наследници прихватили наслеђа, роб који је део заоставштине, вршио правне послове на основу којих су настајала права у корист заоставштине. Ова права су могли да остваре наследници у поступку пред ректором по пријему наслеђа.⁸³

Јасно је да је управник провинције у области наследних права имао, током сва три уставноправна периода током којих је постојао, мање-више исту улогу, а да су промене које су се догађале више биле везане за друштво-

⁷⁵ Вид. D.29.3.7.

⁷⁶ Вид. CI 6.32.2. Занимљиво је да се у овој конституцији за управника провинције користи израз ректор, карактеристичан за период домината, који је отпочео недуго после тога.

⁷⁷ Вид. CI 6, 32, 3.

⁷⁸ Вид. D.36.1.83.

⁷⁹ Вид. CI 7.58.1.

⁸⁰ Вид. CI 1.18.4.

⁸¹ Вид. CI 4.19.11. О валидности тестамената у доминату вид. Cod. Theod. 4.4.3.

⁸² Вид. CI 9.22.17.

⁸³ Вид. CI 4.34.9.

но-економске промене до којих је долазило, него за веће, мање или битно другачије надлежности управника. Тако се, на пример, право на повлачење дате изјаве о пријему наслеђа, које није увек постојало, када је настало, у провинцијама вршило пред управником. Ово је било природно с обзиром на то да се и сама изјава давала пред њим. Наравно, приметан је и у овом случају, али и уопште, мањи формализам с растом привредне активности и тржишне размене, као, уосталом, и обрнуто.

6. ЗАКЉУЧАК

Поредећи правни основ настанка овлашћења управника римске провинције у различитим периодима, пружа се слика односа централне власти и управника, а самим тим и сукоба интереса различитих категорија римског друштва и промена уставног оквира у ком се то догађало. Управника који је, с настанком римске империје, био готово независан у вршењу своје власти као носилац империјума *militiae* и војни командант – освајач нове територије, заменио је управник кога је из својих редова на чело провинције слао сенат пружајући му могућност да од своје промагистратуре створи изразито лукративну делатност, али који је, самим тим, био ограничаван у томе од стране својих конкурената, како фактички, тако постепено и институционално.

С принципатом, тежиште управничког односа са централном влашћу помера се са сената на принцепса, чији интерес постаје главни чинилац одређења положаја управника провинције и његових надлежности. Власт непослушног управника, принцепс је решавао установљавањем нових (често правосудних) магистратура чиме би се надлежности управника смањивале, или чак раздвајањем читавих области његових надлежности на више магистратура (нпр. Константиново раздвајање војне и цивилне власти у провинцији). Обрнуто, принцепс је имао моћ да јача положај оних управника који су штитили његове интересе.

Каракалином конституцијом, не само што је уздрман дотадашњи концепт друштвено-државног уређења, него је и потпуно приведен крају империјалистички концепт организације власти са градом-државом римских грађана као седиштем и провинцијама као извором прихода некадашњем освајачу. То је био увод у уставноправни положај који ће управник провинције имати у доминату. Поставши само један у низу чиновника, који је хијерархијски једнима надређен, а све већем броју других подређен, управник је на располагању имао оне надлежности које је доминус сматрао за сходне за дату провинцију и дато време.

Приметно је, међутим, да имовинскоправни односи између просечних грађана, у значајнијој мери нису могли да угрозе интересе централне власти,

који год период да је у питању, као ни да јој у већој мери допринесу. Стога ни сенат, ни принцепс, ни доминус, нису видели потребу за већом интервенцијом у постојеће надлежности управника у материји имовинског права, осим мање-више козметичких. Поједина питања су се прецизирала, затим дешавало се, додуше ретко, да се поједина широка надлежност из ове материје додели или одузме управнику провинције, али је утисак да су промене надлежности управника у овој материји, посматрајући ширу слику, несистемског, *ad-hoc* карактера.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

1. Извори

- Valeri Maximi, *Factorum et Dictorum Memorabilium* (приликом истраживања коришћен је текст према издању Teubner, Leipsig 1865, доступан на <https://archive.org/details/factorumetdictor00valeuoft/page/424/mode/2up>, приступљено 12. 9. 2022. године)
- Гајеве Институције (приликом истраживања коришћен је коришћен превод Гајевих Институција проф. др Обрада Станојевића: Gai, *Institutiones*, превео Обрад Станојевић, Београд 1982.)
- Gaius Suetonius Tranquillus, „Divus Julius“, *De Vita XII Caesarum* (приликом истраживања коришћен је текст према издању Loeb Classical Library из 1913. доступан на интернет страници https://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Suetonius/12Caesars/Julius*.html, приступљено 12. 9. 2022. године)
- Dio Cassius, *Historia romana* (приликом истраживања коришћен је текст према издању Loeb Classical Library, 9 volumes, Greek texts and facing English translation, Harvard University Press, 1914-1927. Translation by Earnest Cary, доступан на интернет страници http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Cassius_Dio/home.html, приступљено 12. 9. 2022. године.
- Јустинијанова Дигеста (приликом истраживања коришћен је текст према издању „Iustiniani Digesta“ (Recognovit Theodorus Mommsen / Retractavit Paulus Krueger), *Corpus Iuris Civilis*, vol. I, Berlin 1872, доступан на интернет страници <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, приступљено 12. 9. 2022. У првом тому овог издања, објављене су Јустинијанове Институције и Јустинијанова Дигеста, од којих је приређивач првих био Паул Кригер (Krueger), а других Теодор Момзен (Mommsen), као и преводи The Digest of Justinian, Volumes 1-4, translation edited by Alan Watson, Philadelphia 1985 и Samuel P. Scott, *The Civil Law*, Volumes 3-11, Cincinnati 1932.)
- Јустинијанов Кодекс (приликом истраживања коришћен је текст према издању „Codex Iustinianus“ (Recognovit et retractavit Paulus Krueger), *Corpus Iuris Civilis*, vol. II, Berlin 1877, доступан на интернет страници <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, приступљено 12. 9. 2022. године).
- Јустинијанове Новеле (приликом истраживања коришћен је текст према издању „Iustiniani Novellae“ (Recognovit Rudolfus Schoell, Opus Schoellii morte in-

- terceptum absolvit Guilelmus Kroll, *Corpus Iuris Civilis*, vol. III, Berlin 1877, доступан на интернет страници <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, приступљено 12. 9. 2022. године)
- Publii Cornelii Taciti, *Ab excess divi augusti (Annales) libri qui supersunt*, (приликом истраживања коришћен је превод Љилане Црепајац према издању Корнелије Тацит, Анали, Београд 2006)
- Теодосијев Кодекс (приликом истраживања коришћен је превод на енглески језик према издању The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian Constitutions, a translation with commentary, glossary, and bibliography by Clyde Pharr, Princeton University Press, Princeton 1952)
- Titus Livius, *Ab urbe condita* (приликом истраживања коришћени су текстови према издањима Охонии: Е Typographeo Clarendoniano, Oxford 1964. (књиге 21-25), доступан на интернет страници <https://archive.org/details/aburbecondita0003livu>, приступљено 12. 9. 2022. године и Weidmannsche Buchhandlung, Berlin 1856. (књиге 24-26), доступан на интернет страници https://archive.org/details/bub_gb_s6E9AAAAcAAJ/mode/2up, приступљено 12. 9. 2022. године)
- Plin. Ep. (приликом истраживања коришћен је текст према издању Plini minoris, *Epistulae*, recognovit R. A. B. Mynors, Clarendon Press, Oxford 1963 (*litterae u et v separatae*), доступан на интернет страници https://www.hs-augsburg.de/~harsch/Chronologia/Lspost02/PliniusMinor/pli_ep10.html, приступљено 22. 9. 2022. године)

2. Литература

- Бордман, Џон, Грифин, Џаспер, Мари, Озвин, *Оксфордска историја римској светиа*, с енглеског превела Слађана Танасијевић, Београд 1999.
- Вилемс, Пјер, *Римско јавно право или Римске полиитичке усјанове од јосјанка Рима до Јусјинијана*, с ауторовим одобрењем са шестога издања превео с француског Жив. М. Милосављевић, Београд 1898.
- Деретић, Наташа, Милутин, Милан, „Публикани према Јустинијановим Дигестима – институционализована корупција и њено правно санкционисање“, *Зборник радова Правној факултетија у Новом Саду*, 4/2020, 1415–1431.
- Corcoran, Simon, *The Empire of the Tetrarchs: Imperial Pronouncements and Government AD 284-324*, New York 1996.
- Милков, Драган, *Ујравно право II: Ујравна делатносј*, Нови Сад 2010, стр. 87.
- Милутин, Милан, „*Pignoris capio* у току римске историје: *pignoris capio* према Гајевим Институцијама“, *Зборник радова Правној факултетија у Новом Саду*, 2/2017, 449-464.
- Мирковић, Мирослава, *Римска држава у доба јринципата и доминаја (27. јре Хр.-337. н.е.): од Авјусја до Консјантинина*, Београд 2003.
- Mommsen, Théodore, *Le Droit Public Romain*, Tome VII, Paris 1985. (за потребе овог истраживања, наведени део превела Милица Станковић, проф. француског језика и књижевности, на чему јој се захваљујем.)
- Johnston, David, *Roman Law in Context (Key Themes in Ancient History)*, Cambridge 2003.
- Šarkiћ, Srđan, Malenica, Antun, *Pravne teorije i institucije antike*, Novi Sad 2004.

Maša M. Kulauzov
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-2805-7773

Milan M. Milutin
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Milutin@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-4025-5222

Examples of Provincial Governors' Jurisdictions in *Ius Quod Ad Res Pertinet* in Rome

Abstract: *Several topics are covered in the paper. Firstly, a list of sources of law which regulates the issue of the jurisdictions of provincial governors is given from the broader ones to the narrower ones. Jurisdiction of a provincial governor used to come into being in the moment of his entrance to the province. In case he leaves it, his jurisdictions would stop and he would become a private individual. The substitution of the personal jurisdiction of provincial governors, which was significantly shaken by the constitution of Caracalla in 212, with the territorial one, appears to be obvious at the end of the Dominate. The governor used to have civil and military jurisdictions. The former included judicial and administrative powers. Judicial jurisdictions were comprised of those in criminal and those in civil matter. Out of scope of the civil matter, only the examples of the jurisdictions of provincial governors in the matter of property law have been covered in this paper, which, according to the tripartition of Gaius, amounts to ius quod ad res pertinet. Provincial governors were authorised to adjudicate on almost all disputes arising from the everyday life during the formation, protection and termination of rights, not only those related to possessio, dominium, and iura in re aliena, but also those in the matter of obligationes and inheritance.*

Keywords: *provincial governor, jurisdiction, property law, litigation, Roman law.*

Датум пријема рада: 29.09.2022.

Датум прихватања рада: 08.12.2022.

Владимир Ж. Марјански
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
V.Marjanski@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-2255-4026

ФИНАНСИРАЊЕ ДРУШТВА С ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ УПЛАТОМ ОДНОСНО УНОШЕЊЕМ УЛОГА¹

– ОСНОВНА ПРАВНА ОБЕЛЕЖЈА, КОМПАНИЈСКОПРАВНЕ
И ПОРЕСКОПРАВНЕ ПРЕДНОСТИ И НЕДОСТАЦИ –

Сажетак: Финансирање друштва с ограниченом одговорношћу од стварање његових чланова одвија се приликом оснивања или током његовог постојања по различитим правним основима. С обзиром на то да су различити начини финансирања друштва од стварања чланова били предмет појединачне анализе у различитим научним радовима предмет размајрања у овом раду биће привредна сврха, компанијско-правне и пореско-правне предности и недостаци финансирања друштва путем улагања односно уношења улога. Предности и недостаци овог начина финансирања посматрани су како из угла интереса чланова друштва (улагача), тако и из угла интереса привредног друштва у које се врши улагање. Коначно, посебно место у раду заузимају размајрања о изв. скривеним неновчаним уложима, са основним закључком да Закон о привредним друштвима не садржи правила којим би се „сузбио“ проблем изв. скривених неновчаних улога, нити довољно детаљну регулативу којом би се спречило изиђравање правила о забрани повраћаја улога члановима друштва. Такав недостатак регулативе може ићи не само на штету интереса друштва, већ и на штету интереса поверилаца друштва.

Кључне речи: финансирање друштва с ограниченом одговорношћу, улози у друштво, скривени неновчани улози, интерес друштва, интерес чланова, пореске олакшице.

¹ Рад је настао као резултат истраживања на пројекту “Правна традиција и нови правни изазови“ у 2022. години чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА – УОПШТЕНО О ФИНАНСИРАЊУ ДРУШТВА ОД СТРАНЕ ЧЛАНОВА

Финансирање друштва с ограниченом одговорношћу од стране његових чланова одвија се приликом оснивања или након оснивања друштва. Оно се, по правилу, не завршава уписом односно уплатом или уношењем улога у поступку оснивања друштва већ се најчешће одвија по различитим правним основима све док друштво с ограниченом одговорношћу постоји. Ово нарочито из разлога што је праг минималног основног капитала за оснивање већине друштава с ограниченом одговорношћу у српском праву постављен изузетно ниско², а за друштво се током пословања, по правилу, јавља потреба за додатним финансирањем.

Финансирање пословања друштва с ограниченом одговорношћу од стране чланова друштва може се заснивати на различитим правним основима. Неки од тих основа су мешовитог статусноправног и облигационог карактера, а неки искључиво облигационог карактера. Основи финансирања који имају мешовити статусноправни и облигациони карактер су уплата односно уношење улога у друштво, вршење додатних уплатау друштво³ и вршење споредних чинидби.⁴ Видови финансирања чисто облигационог карактера заснивају се на уговору о зајму⁵ или добровољним уплатама.

Економски посматрано са аспекта једног привредног друштва разликују се сопствено и страно (дужничко) финансирање. У сопствено финан-

² „Основни капитал друштва износи најмање 100 динара, осим ако је посебним законом предвиђен већи износ основног капитала за друштва која обављају одређене делатности“ Закон о привредним друштвима, „Сл. гласник РС“, 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др.закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021 (даље у тексту и фуснотама ЗПД), чл. 45. Већи износ основног капитала прописан је код друштава које се баве финансијским делатностима (лизинг друштва, друштва за посредовање у осигурању и др.) у складу са посебним законима којима се регулишу те врсте делатности.

³ У вези са обавезом вршења додатних уплата у друштво видети опширније код Владимир Марјански, „Обавеза вршења додатних уплата у друштво с ограниченом одговорношћу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2021, 869-895, Стеван Шогоров, „Реафирмација додатних (допунских) уплата у праву привредних друштава Републике Србије“, *Зборник Радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2012, 11-22, Јована Величковић, „Начин утврђивања и правне последице неизвршења додатне уплате, *Право и привреда – Часопис за привредноправну теорију и праксу*, 4-6/2014, 177-196, Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Компанијско право – Право привредних субјеката*, Београд 2020.

⁴ У вези са обавезом вршења споредних чинидби у друштво видети опширније код Владимир Марјански, „Споредне чинидбе као додатна обавеза члана друштва с ограниченом одговорношћу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2016, 1281-1293.

⁵ Вид. Закон о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 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 фуснотама и тексту: ЗОО), чл. 557-566.

сирање спадају уплата односно уношење улога у друштво и добровољне уплате, док у страно финансирање спадају позајмице чланова. Ова подела је настала спрам тога да ли се друштво финансира путем „сопственог“ или „туђег (позајмљеног)“ капитала, тј. да ли је након извршеног финансирања друштво трајно дошло до финансијских средстава за своје пословање или је постало дужник за повраћај финансијских средстава.⁶ Додатне уплате и споредне чинидбе не могу се стриктно сврстати у сопствено или страно финансирање јер њихово сврставање у један или други вид финансирања у економском смислу зависи од конкретног утврђивања и обликовања ових обавеза чланова у сваком конкретном случају.⁷

Сваки од поменутих видова финансирања има различиту сврху и природу. С обзиром на то да су различити начини финансирања друштва од стране чланова били предмет појединачне анализе у различитим радовима предмет разматрања у овом раду биће основне правне карактеристике, привредна сврха и предности и недостаци финансирања друштва с ограниченом одговорношћу путем уплата односно уношења улога. Предности и недостаци овог вида финансирања друштва биће посматрани како из угла интереса чланова друштва (улагача), тако и из угла интереса привредног друштва као посебног субјекта права, не изостављајући при томе поједине пореске аспекте који понекад има одлучујући утицај на евентуални избор овог начина финансирања друштва.

2. УПЛАТА ОДНОСНО УНОШЕЊЕ УЛОГА У ДРУШТВО – ОСНОВНЕ ПРАВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ, ПРЕДНОСТИ И НЕДОСТАЦИ ОВОГ НАЧИНА ФИНАНСИРАЊА ДРУШТВА

2.1. Основне правне карактеристике

Улог је економска вредност која се, независно од тога да ли се јавља у новчаном или неновчаном облику, увек изражава у новцу, коју оснивач, члан или лице које приступа друштву уписује, уплаћује и, или уноси у друштво

⁶ Welf Müller, Burghard Hense, *Beck'sches Handbuch der GMBH – Gesellschaftsrecht, Steuerrecht*, München 1995, 281-282.

⁷ Билансно посматрано додатне уплате се у тренутку њиховог извршења могу сврстати у сопствено финансирање будући да у тренутку њиховог извршења не настаје аутоматски обавеза враћања члановима друштва. У прилог томе говори и најчешћи начин књиговодственог евидентирања средстава уплаћених по основу додатних уплата јер се та средства књиже на конту средстава резерви у оквиру капитала. Ипак, након постављања захтева члана за враћањем додатних уплата у складу са ЗПД, оснивачким актом и, или одлуком о вршењу додатних уплата настаће обавеза друштва за враћање додатних уплата члану друштва.

и из које се формира основни капитал друштва с ограниченом одговорношћу.⁸ Уплата односно уношење улога као вид финансирања друштва реализује се приликом оснивања привредног друштва од стране оснивача или у оквиру поступка повећања основног капитала од стране постојећих чланова или лица која на тај начин приступају друштву и постају чланови. Уписом улога у поступку оснивања друштва, улагач (оснивач) стиче удео у одређеном проценту и постаје члан друштва у тренутку настанка друштва – регистрације.⁹ Уписом улога у поступку повећања основног капитала, постојећи члан може, али не мора повећати свој дотадашњи проценат удела у друштву, а треће лице које није члан друштва може стећи удео у друштву оригинарним путем и на тај начин постати члан друштва.

Основни (регистровани) капитал друштва је новчана вредност уписаних улога чланова друштва у друштво која је регистрована у складу са законом о регистрацији.¹⁰ Дакле, основни капитал чини збир новчане вредности уписаних, а не и заиста уплаћених односно унетих улога. Ово из разлога што ЗПД даје могућност одложене уплате односно уноса улога, па друштво од тренутка уписа улога постаје поверилац чланова за извршење чинидбе улога. Новчани и неновчани улог приликом оснивања друштва или повећања основног капитала мора се уплатити, односно унети у року одређеном у оснивачком акту, односно одлуци о повећању капитала, с тим да се тај рок рачуна од дана регистрације оснивачког акта, односно одлуке о повећању капитала и не може бити дужи од 5 година за друштва с ограниченом одговорношћу.¹¹

Обавеза уплате односно уношења улога је обавеза мешовитног статусно-правног и облигационог карактера. Статусно-правни карактер обавезе проистиче из правног основа преузимања обавезе и статусно-правних последица евентуалног неизвршења ове чланске обавезе. Обавеза уплате односно уношења улога као статусно-правна (корпоративна) обавеза преузима се корпоративно-правним актима – оснивачким актом приликом оснивања друштва или у оквиру поступка повећања основног капитала (садејство одлуке о повећању основног капитала¹² као воље друштва и изјаве о упису која је, по правилу, сасатвни део уговора о улагању у друштво као воље

⁸ Владимир Марјански, „Подобност неновчаног улога као предмета обавезе уношења улога у друштво с ограниченом одговорношћу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2019, 910.

⁹ Реч је о оригинарном виду стицања чланства у друштву.

¹⁰ ЗПД, чл. 44, ст. 3.

¹¹ Вид. ЗПД, чл. 46, ст.2, тач. 2.

¹² У вези са одлуком о повећању основног капитала код друштва с ограниченом одговорношћу видети опширније код Владимир Марјански, „Одлука о повећању основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу новим уложима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3-1/2017, 753-766.

постојећег или будућег члана друштва да на овај начин финансира друштво). Статусно-правна последица неизвршења обавезе уплате односно уношења улога састоји се у могућности искључења члана из друштва.¹³

Облигациони карактер ове обавезе заснива се на облигационоправним последицама неиспуњења обавезе уплате односно уношења улога. Лица која су оснивачким актом или на други начин преузела обавезу да уплате односно унесу у друштво одређени улог одговарају друштву за извршење те обавезе и у обавези су да накнаде штету која је друштву проузрокована пропуштањем или кашњењем извршења те обавезе.¹⁴ Оснивачким актом може се предвидети и обавеза плаћања уговорне казне за случај неблаговременог извршења, односно неизвршења обавезе када је у питању неновчани улог.¹⁵

2.2. Предности (привредна сврха) овог вида финансирања

2.2.1. *Компанијско-правне предности и привредна сврха*

А. Предности (привредна сврха) за друштво

Посматрано са аспекта интереса привредног друштва основна предност овог вида финансирања састоји се у томе што на овај начин привредно друштво трајно долази до финансијских средстава за своје пословање. Ово проистиче из правила о забрани повраћаја улога члановима друштва и принципа очувања основног капитала. Члановима друштва не може се извршити повраћај уплаћених, односно унетих улога, нити им се може платити камата на оно што су уложили у друштво.¹⁶ У циљу очувања вредности основног капитала, члан друштва се не може ослободити обавезе уплате односно уношења уписаног улога осим у случају спровођења поступка смањења основног капитала уз обавезну примену норми о заштити интереса поверилаца друштва.¹⁷ Поред наведених правила која се тичу директно чланова друштва, а која су усмерена на очување вредности основног капитала, ЗПД предвиђа и низ других правила ради очувања његове вредности.¹⁸

¹³ Вид ЗПД, чл. 48. у вези са чл. 195-197.

¹⁴ ЗПД, чл. 46, ст. 1.

¹⁵ Вид. ЗПД, чл. 48, ст. 1.

¹⁶ ЗПД, чл. 60, ст. 1.

¹⁷ Вид. ЗПД, чл. 46 у вези са чл. 147а и чл. 319.

¹⁸ Правила о роковима за извршење чинидбе улога (вид. ЗПД, чл. 46, ст. 2), правила о правним последицама неизвршења обавезе уплате односно уношења улога (вид. ЗПД, чл. 48), правило о одговорности преносиоца и стицаоца удела за уплату односно уношење неуплаћеног односно неунетог улога (вид. ЗПД, чл. 49), правило о забрани да друштво даје зајам, кредит или обезбеђење за стицање удела у друштву (вид. ЗПД, чл. 154), правила о ограничењима стицања сопственог удела (вид. ЗПД, чл. 157), правила о правним последицама пада вредности нето имовине (капитала) друштва испод вредности основног капитала

Као што је горе наведено, овај вид финансирања је могуће извршити приликом оснивања друштва или на основу успешно спроведеног поступка повећања основног капитала новим улозима. Уплата односно уношење улога приликом оснивања има различите сврхе. Иницијални улози који се уплаћују или уносе приликом оснивања друштва имају за циљ да се обезбеди минимални основни капитал за формирање друштва¹⁹, почетну имовину за пословање друштва, минималне техничке услове за обављање одређене врсте делатности и сл. Након оснивања друштва, овај вид финансирања може се спровести само у оквиру поступка повећања основног капитала. Повећање основног капитала новим улозима²⁰ спада у тзв. ефективно повећање основног капитала. Код ефективног повећања основног капитала врши се повећање из екстерних финансијских средстава па се друштво на тај начин додатно финансира.²¹ Друштво тим путем трајно долази до нових средстава (новца, ствари или права) за своје пословање.

Улози у друштво могу бити новчани и неновчани.²² У случају улога у новцу друштво задовољава потребу за стицањем готових новчаних средстава која се даље слободно могу користити за финансирање пословања друштва (инвестирање, побољшање ликвидности, покриће насталих или будућих губитака и др.). Код друштва с ограниченом одговорношћу неновчани улози могу бити у стварима и правима.²³ У случају неновчаног улога задовољавају се различите потребе друштва у зависности од врсте неновчаног улога.²⁴

друштва (вид. ЗПД, чл. 371, ст. 2), правила о ограничењима плаћања члановима (вид. ЗПД, чл. 184 и 275), правило о забрани уписа удела или акција испод номиналне вредности (вид. ЗПД, чл. 260, ст. 4) и др, Зоран Арсић, Владимир Марјански, *Право привредних друштва*, 3. измењено и допуњено издање, Нови Сад 2018, 61.

¹⁹ Ово се у суштини односи на она друштва код којих је због обављања одређене делатности, најчешће делатности из финансијског сектора (друштва за посредовање у осигурању, лизинг друштва, друштва која се баве пословима факторинга и др.), посебним законом прописан већи минимални праг основног капитала од оног предвиђеног у ЗПД.

²⁰ Вид. ЗПД, чл. 146.

²¹ Владимир Марјански, „Одлука о повећању основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу новим улозима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3-1/2017, 754. За разлику од ефективног повећања основног капитала у шта спада повећање основног капитала новим улозима, могући су и видови тзв. номиналног повећања основног капитала, који се не врше из екстерних финансијских извора већ само из нето имовине друштва – капитала (на терет нераспоређене добити или средстава резерви одређених за ту намену). Номиналним повећањем основног капитала друштво се не финансира додатно већ се као последица његовог спровођења врши само билансно реструктуриње појединих књиговодствених ставки у оквиру капитала (нето имовине друштва).

²² Вид. ЗПД, чл. 45, ст. 1.

²³ Вид. ЗПД, чл. 45, ст. 3.

²⁴ Улози у стварима могу бити покретне и непокретне ствари. У случају улога у стварима друштво стиче право својине на покретним или непокретним стварима које слободно може да користи (економски експлоатише) и којима може слободно да располаже. Улози у

Независно од тога из којих разлога се врши повећање основног капитала²⁵ и независно од тога да ли се повећање врши новчаним или неновчаним улозима, повећање основног капитала новим улозима, по правилу, јача кредитну способност друштва. Тиме се заправо обезбеђује способност друштва да преузима нове обавезе, за разлику од других начина финансирања друштва од стране његових чланова (позајмице чланова, додатне уплате и сл.) којима се суштински не побољшава кредитна способност друштва, већ се само може побољшати тренутна ликвидност друштва.²⁶ Стога је најчешћи мотив повећања основног капитала новим улозима јачање кредитне способности друштва.

У ретким случајевима код друштва с ограниченом одговорношћу могуће је и да повећање основног капитала новим улозима буде детерминисано законом, ради очувања пуноважности одлуке о смањењу основног капитала. Наиме, одлука о смањењу основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу испод минималног основног капитала може се донети само под условом да се истовремено спроведе и повећање основног капитала, тако да као резултат тог смањења и повећања основни капитал друштва буде најмање једнак минималном износу основног капитала.²⁷ У супротном, ако друштво не донесе истовремено и одлуку о повећању основног капитала и не спроведе то повећање, одлука о смањењу основног капитала ништава је.²⁸ На пример, ако се донесе одлука о смањењу основног капитала ради покрића губитака²⁹ након чијег спровођења би основни капитал пао испод законом прописаног минимума, постоји обавеза да се истовремено са том одлуком донесе и региструје одлука о повећању основног капитала новим улозима

правима могу бити сва имовинска права – апсолутна (нпр. право коришћења, право службености и др.) и релативна (нпр. облигациона) која су преносива и која се могу изразити у новцу а нарочито: 1. стварна права на стварима која су ужа од права својине (нпр. право службености, право коришћења и др.) 2. потраживања и облигациона права у вези са уступањем права коришћења (употребе) ствари 3. удели и акције у привредном друштву, 4. преносива нематеријална имовинска права (нпр. право на патенту, право на жигу, лиценца, know-how, ауторска, издавачка права, различите концесије, дозволе и др.) која се могу изразити у новцу. У зависности од врсте улога у правима друштво такође задовољава различите економске потребе.

²⁵ Сврха (разлог) повећања иначе није битан елемент одлуке о повећању основног капитала, за разлику од одлуке о смањењу основног капитала.

²⁶ Welf Müller, Burghard Hense, *Beck'sches Handbuch der GMBH – Gesellschaftrecht, Steuerrecht*, München 1995, 284.

²⁷ Вид. ЗПД, чл. 324-325 које се првенствено односе на акционарска друштва, а које се у складу са чл. 146, ст. 5 ЗПД сходно примењују на друштво с ограниченом одговорношћу, као и одредбе чл. 147, ст. 1 у вези са чл. 145 ЗПД.

²⁸ Вид. ЗПД, чл. 324, ст. 2.

²⁹ Вид. ЗПД, чл. 147, ст. 1, тач. 1.

како након спровођења ови поступака регистровани основни капитал не би био мањи од законом прописаног минимума.³⁰

Б. Предности за улајаче (интерес улајача за овај вид финансирања)

Посматрано са компанијско-правног аспекта, из визуре улагача у друштво, основна предност овог вида финансирања је у томе што је вредност улога, по правилу, у непосредној корелацији са процентуалном вредношћу удела који ће члан стећи у друштву, па се на основу уписа улога може утицати на промену власничке структуре и обима корпоративне моћи чланова. Члан друштва стиче удео у друштву сразмерно вредности његовог улога у укупном основном капиталу друштва, осим ако је оснивачким актом при оснивању друштва или једногласном одлуком скупштине (приликом повећања основног капитала) одређено другачије.³¹ Дакле, вредност улога може утицати на власничку структуру и повећати процентуалну вредност удела члана у друштву у односу на проценте удела осталих чланова. Повећањем процентуалне вредности удела конкретног члана у односу на остале, по правилу ће се повећати и корпоративна моћ члана у друштву (нпр. обим гласачких права у скупштини, обим права учешћа у расподели добити или ликвидационог остатка и др.)³² Да ли ће приликом уписа улога у поступку повећања основног капитала доћи до повећања процентуалне вредности удела постојећих (старих) чланова или стицања удела од стране лица које приступа друштву зависи од конкретног поступка повећања основног капитала, воље постојећих чланова, коришћења њиховог права приоритетног уписа удела у поступку повећања основног капитала³³ и сл.

За разлику од финансирања друштва путем улога, ниједан други вид финансирања друштва (додатне уплате, споредне чинидбе, позајмице) не може утицати на промену процентуалног учешћа чланова у основном капиталу друштва и самим тиме на обим њихових чланских права.

*2.2.2. Пореско-правне предности за улајаче и друштво
у које се врши улајање*

У појединим случајевима, опредељивање за овај начин финансирања друштва може бити у вези са извесним пореским олакшицама које могу настати на страни улагача или привредног друштва у које се врши улагање.

³⁰ „Друштво може донети одлуку којом се истовремено основни капитал друштва смањује по једном основу и повећава по другом основу“, ЗПД, чл. 325, ст. 1.

³¹ Вид. ЗПД, чл. 151, ст. 1.

³² Вид. ЗПД, чл. 152, ст. 2.

³³ Вид. чл. 146, ст. 4.

Такође, у уској вези са овим видом финансирања може бити одговарајуће пореско планирање³⁴ и пореска оптимизација.³⁵

Тако, на пример, када су предмет улагања поједине врсте неновчаних улога, сама трансакција уноса неновчаног улога у капитал друштва за члана друштва, улагача који је физичко лице, може имати извесне пореске олакшице са аспекта Закона о порезу на доходак грађана³⁶ (даље у тексту: ЗПДГ) и Закона о порезу на имовину.³⁷ Са аспекта ЗПДГ, уколико је предмет преноса уз накнаду ауторско, сродно право или право индустријске својине, накнада коју физичко лице порески обвезник остварује по том основу предмет је опорезивања порезом на капиталне добитке.³⁸ Под преносом уз накнаду сматра се и сваки унос неновчаног улога у правно лице.³⁹ Ипак, обвезник (физичко лице – улагач) који имовинска права (ауторско, сродно право или право индустријске својине) у целости унесе као неновчани улог у капитал привредног друштва резидента Републике, где је тржишна вредност тих права за потребе тог уноса утврђена проценом од стране овлашћеног проценитеља, ослобађа се пореза на капитални добитак остварен тим преносом уз испуњеност одређених додатних услова.⁴⁰ Са аспекта Закона о порезу на имовину порез на пренос апсолутних права не плаћа се код улагања апсолутних права⁴¹ у

³⁴ Пореско планирање је процес примене знања из области пореског система са циљем планирања пореских обавеза.

³⁵ Пореска оптимизација представља тражење и идентификовање законских оквира којима ће се порески оптимизовати целокупно пословање. Реч је о свеобухватној анализи финансијске ситуације (финансијских планова) која се доводи у раван са најбољим могућим пореским решењем у складу са важећим пореским прописима.

³⁶ Закон о порезу на доходак грађана, „Сл. Гласник РС“, 24/2001, 80/2002, 80/2002 – др. закон, 135/2004, 62/2006, 65/2006 – испр., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 – одлука УС, 7/2012 – усклађени дин. изн., 93/2012, 114/2012 – одлука УС, 8/2013 – усклађени дин. изн., 47/2013, 48/2013 – испр., 108/2013, 6/2014 – усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 – др. закон, 5/2015 – усклађени дин. изн., 112/2015, 5/2016 – усклађени дин. изн., 7/2017 – усклађени дин. изн., 113/2017, 7/2018 – усклађени дин. изн., 95/2018, 4/2019 – усклађени дин. изн., 86/2019, 5/2020 – усклађени дин. изн., 153/2020, 156/2020 – усклађени дин. изн., 6/2021 – усклађени дин. изн., 44/2021, 118/2021, 132/2021 – усклађени дин. изн. и 10/2022 – усклађени дин. изн. (даље у фуснотама: ЗПДГ)

³⁷ Закон о порезима на имовину, „Сл. Гласник РС“, 26/2001, „Сл. лист СРЈ“, бр. 42/2002 – одлука СУС и „Сл. гласник РС“, бр. 80/2002, 80/2002 – др. закон, 135/2004, 61/2007, 5/2009, 101/2010, 24/2011, 78/2011, 57/2012 – одлука УС, 47/2013, 68/2014 – др. закон, 95/2018, 99/2018 – одлука УС, 86/2019, 144/2020 и 118/2021.

³⁸ Вид. ЗПДГ, чл. 72 ст. 1, тач. 2.

³⁹ ЗПДГ, чл. 72, ст. 3.

⁴⁰ Вид. ЗПДГ, чл. 79 б, ст. 1. уз испуњеност додатних услова из чл. 79 б, ст. 2-3.

⁴¹ Према чл. 23, ст. 1 апсолутним правима сматрају се непокретности, права интелектуалне својине, права на употребљаваном пловилу односно права својине на употребљаваном ваздухоплову са сопственим погоном, права својине на употребљаваном моторном возилу, права коришћења грађевинског земљишта.

капитал привредног друштва – резидента Републике Србије, у складу са законом којим се уређују привредна друштва.⁴²

Осим наведеног, у појединим случајевима физичка лица која су власници имовине (непокретности) која је предмет опорезивања порезом на имовину⁴³, а која при томе може бити од користи за обављање пословне делатности друштва чији су они чланови, могу имати интерес, да та имовина по основу улога у основни капитал постане власништво привредног друштва јер ће од тада привредно друштво као нови власник те имовине бити порески обвезник пореза на имовину.⁴⁴ Ово је најчешће случај код једночланих друштава с ограниченом одговорношћу, где физичко лице као једини власник удела и даље контролише располагање том имовином од стране друштва.⁴⁵ Истовремено, порез који друштво плати по том основу признаје се као трошак тј. расход у пореском билансу ради умањења пореске основице пореза на добит правних лица у складу са Законом о порезу на добит правних лица.⁴⁶

Такође, за правно лице (улагача), које се определи за овај вид финансирања другог привредног друштва могу настати извесне пореске олакшице (нпр. право на порески кредит уколико изврши новчано улагање у капитал друштва које се бави иновационим делатностима) у складу са Законом о порезу на добит правних лица. Обвезнику који се не може сматрати новооснованим привредним друштвом које обавља иновациону делатност, а који изврши улагање у капитал новооснованог привредног друштва које обавља иновациону делатност⁴⁷, признаје се право на порески кредит у висини од 30% извршеног улагања⁴⁸ уз испуњење услова предвиђених у члану 50ј Закона о порезу на добит правних лица.⁴⁹

Даље, будући да се из улога формира набавна цена удела у друштву⁵⁰, финансирање друштва на овај начин довешће до умањења основице евен-

⁴² Закон о порезима на имовину, чл. 31, ст.1, тач. 3.

⁴³ Вид. Закон о порезима на имовину, чл. 2.

⁴⁴ Вид. Закон о порезима на имовину, чл. 4.

⁴⁵ Вид. ЗПД, чл. 198, ст. 3.

⁴⁶ Вид. Закон о порезу на добит правних лица, „Сл. Гласник РС“, 25/2001, 80/2002, 80/2002 – др. закон, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014 – др. закон, 142/2014, 91/2015 – аутентично тумачење, 112/2015, 113/2017, 95/2018, 86/2019, 153/2020 и 118/2021, чл. 7 и 7а.

⁴⁷ Основни предуслов за класификовање друштва као иновативног јесте да се претежна делатност којом се оно бави (и која је регистрована као таква) сматра иновативном, а то су примерице: 72.11 – истраживање и експериментални развој у биотехнологији; 72.19 – Истраживање и развој у осталим природним и техничко-технолошким наукама; 72.20 – Истраживање и развој у друштвеним и хуманистичким наукама,

тј. делатности које се налазе у сектору М Уредбе о класификацији делатности.

⁴⁸ Закон о порезу на добит правних лица, чл. 50ј, ст. 1.

⁴⁹ Закон о порезу на добит правних лица, чл. 50ј.

⁵⁰ Вид. ЗПДГ, чл. 74, ст. 1 и Закон о порезу на добит правних лица, чл. 29.

туалног будућег пореза на капитални добитак⁵¹ за члана друштва приликом даље продаје удела у друштву с ограниченом одговорношћу. Коначно, у случају ликвидације друштва биће и мања основица евентуалног пореза на ликвидациони остатак, који се плаћа на основицу изнад вредности уложеног капитала у друштво.⁵² За разлику од уплате односно уношења улога ниједан други вид финансирања друштва (додатне уплате, позајмице и др.) не утиче на формирање набавне вредности удела или висину уложеног капитала са аспекта два поменута пореска облика – пореза на капитални добитак и пореза на ликвидациони остатак.

Осим пореских олакшица за улагаче (физичка или правна лица), могуће су и извесне пореске олакшице и за само привредно друштво у које се изврши улагање. Порески обвезник у чија основна средства друго лице уложи више од једне милијарде динара, који та средства користи за обављање претежне делатности и делатности уписаних у оснивачком акту обвезника, односно наведених у другом акту обвезника, којим се одређују делатности које обвезник обавља и у периоду улагања додатно запосли на неодређено време најмање 100 лица, ослобађа се плаћања пореза на добит правних лица у периоду од десет година сразмерно том улагању.⁵³ Са аспекта овог вида финансирања друштва улагањем у основна средства од стране другог лица сматра се и улагање у основни капитал и повећање основног капитала у складу са законом.⁵⁴ Стога уплата односно уношење улога у основни капитал друштва уз испуњеност горе описаних услова може имати пореске бенефите за друштво у које се врши улагање по основу чинидбе улога.

2.3. Недостаци овог вида финансирања

Овај вид финансирања друштва, међутим, може имати и извесне недостатке у зависности од врсте улога и конкретног случаја како за друштво тако и за његове чланове.

Посматрано са аспекта интереса друштва, у случају неновчаних улога недостатак овог начина финансирања може настати када се у оснивачком акту или приликом повећања основног капитала постави нереална вредност неновчаног улога од стране чланова друштва (улагача). За разлику од појединих решења у упоредном праву и решења код јавних акционарских друштава⁵⁵ наш ЗПД је усвојио прилично либералан приступ у вези са утврђивањем вредности неновчаних улога код друштва с ограниченом одговорношћу.

⁵¹ Вид. ЗПДГ, чл. 72, ст. 1. и Закон о порезу на добит правних лица, чл. 27, ст. 3.

⁵² Вид. ЗПДГ, чл. 61, ст. 2. и Закон о порезу на добит правних лица, чл. 35.

⁵³ Вид. Закон о порезу на добит правног лица, чл. 50а, ст. 1.

⁵⁴ Закон о порезу на добит правног лица, чл. 50а, ст. 2.

⁵⁵ Вид. ЗПД, чл. 50, ст. 2.

Утврђивање вредности неновчаног улога је, по правилу, у рукама оснивача (чланова друштва). Вредност неновчаног улога утврђује се од стране јединог члана друштва или споразумно од стране свих чланова друштва⁵⁶ или путем процене⁵⁷, у складу са чл. 51. до 58. ЗПД. Дакле, само уколико чланови друштва с ограниченом одговорношћу желе да се врши процена вредности неновчаног улога или уколико нема споразума између њих у вези са проценом вредности неновчаног улога активирају се механизми утврђивања вредности неновчаног улога путем процене од стране овлашћеног процењивача у складу са чл. 51-58 ЗПД.⁵⁸

Уколико члан(ови) сами одређују вредност неновчаног улога (без ангажовања овлашћеног проценитеља), постоји опасност да утврде „нереалну“ вредност неновчаног улога. Нереална вредност неновчаног улога је она која одступа од тржишне вредности у тренутку улагања. У вези са наведеним разликују се тзв. прецењени и потцењени неновчани улози.

Прецењена вредност неновчаних улога. Наиме, уколико чланови одреде нереалну високу новчану противвредност неновчаног улога (тзв. прецењена вредност неновчаног улога), то може изазвати да висина основног капитала буде нереално високо постављена, те да у активи постоје ствари и права која се воде по нереално високој књиговодственој вредности, што може ићи на штету преосталих чланова, који нису улагачи предметног улога, а нарочито поверилаца друштва. Ради заштите интереса поверилаца друштва у случају када сами чланови (без ангажовања проценитеља) утврде и при томе прецене вредност неновчаног улога, ЗПД предвиђа могућност побијања споразумно утврђене вредности неновчаног улога. Ако је вредност неновчаног улога утврђена споразумно од стране чланова друштва у складу са чланом 50. ст. 1. тач. 1 ЗПД, а друштво није у могућности да измирује своје обавезе у редовном току пословања, поверилац друштва има право да захтева да надлежни суд у ванпарничном поступку утврди вредност неновчаног улога у време уношења тог улога.⁵⁹ Ако суд у том поступку утврди да је вредност неновчаног улога била мања од споразумно утврђене (прецењена споразумом), суд ће наложити члану друштва који је унео тај неновчани улог да разлику до споразумно утврђене вредности тог улога исплати друштву и да солидарно са друштвом сноси трошкове судског поступка.⁶⁰

⁵⁶ Вид. ЗПД, чл. 50, ст. 1, тач. 1.

⁵⁷ Вид. ЗПД, чл. 50, ст. 1, тач. 2.

⁵⁸ Како је горе поменуто, члановима је у интересу да се изврши процена вредности неновчаног улога који за свој предмет има ауторска или сродна права и права индустријске својине, ради остваривања пореске олакшице за улагача физичко лице са аспекта пореза на капиталне добитке у складу са чл. 79(б) ЗПДГ.

⁵⁹ ЗПД, чл. 59, ст. 1.

⁶⁰ Вид. ЗПД, чл. 59, ст. 2.

Члан друштва који је унео неновчани улог за који је споразумно утврђена вредност, сноси терет доказивања вредности тог неновчаног улога.⁶¹ Захтев надлежном суду, међутим, не може се поднети по истеку рока од пет година од дана уноса неновчаног улога у друштво.⁶² Иако је ова регулатива коректив за либералан приступ који постоји у нашем ЗПД приликом одређивања вредности неновчаних улога, она није довољна да заштити интересе друштва и поверилаца⁶³ у случају тзв. скривених неновчаних улога о којима ће бити речи у оквиру посебног наслова.

Потцењена вредност неновчаних улога. С друге стране „опасност“ за друштво може представљати и прениско утврђена вредност неновчаног улога (тзв. потцењена вредност неновчаног улога). У случају прениско утврђене вредности неновчаног улога, билансно посматрано на страни активе налазиће се ствар или право потцењене вредности што ће истовремено изазвати потцењену књиговодствену вредност друштва. Иако се у компанијском праву првенствено води рачуна о томе да неновчани улози не буду прецењени, са пореског аспекта за друштво могу наступити негативне пореске последице у случају потцењене вредности иницијално уписаних улога. Посматрано са пореског аспекта, у случају каснијег отуђења предмета неновчаног улога, чији пренос може бити предмет опорезивања порезом на капиталне добитке⁶⁴, иницијална потцењена вредност неновчаног улога уписана у АПР-у и следствено томе и у књиговодству друштва може довести до тога да је набавна вредност предмета неновчаног улога за друштво мања од тржишне вредности на дан уноса, осим уколико друштво докаже да је тржишна вредност на дан уноса у друштво била већа. Насупрот томе, пореској

⁶¹ ЗПД, чл. 59, ст. 3.

⁶² ЗПД, чл. 59, ст. 4.

⁶³ У вези са заштитом интереса поверилаца у компанијском праву видети опширније код Татјана Јевремовић-Петровић, „Повериоци у компанијском праву и инструменти њихове заштите“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2011, 223-254.

⁶⁴ Према Закону о порезу на добит правних лица, чл. 27, ст. 1: „Капитални добитак обвезник остварује продајом, односно другим преносом уз накнаду (у даљем тексту: продаја): 1) непокретности које је користио, односно које користи као основно средство за обављање делатности укључујући и непокретности у изградњи; 2) права интелектуалне својине; 3) удела у капиталу правних лица и акција и осталих хартија од вредности, које у складу са МРС, односно МСФИ и МСФИ за МСП, представљају дугорочне финансијске пласмане, осим обвезница издатих у складу са прописима којима се уређује измирење обавезе Републике по основу зајма за привредни развој, девизне штедне грађана и дужничких хартија од вредности чији је издавалац, у складу са законом, Република, аутономна покрајина, јединица локалне самоуправе или Народна банка Србије; 4) инвестиционе јединице инвестиционог фонда, у складу са прописима којима се уређују инвестициони фондови; 5) дигиталне имовине, осим уколико обвезник, у смислу закона којим се уређује дигитална имовина, има дозволу за пружање услуга повезаних са дигиталном имовином и који је дигиталну имовину набавио искључиво ради даље продаје у оквиру обављања услуга повезаних са дигиталном имовином у складу са тим законом.“

управи „одговараће“ потцењена вредност улога уписана у АПР-у и иницијално ће тај податак узети као тачан⁶⁵ са аспекта утврђивања набавне вредности предмета опорезивања (вредности стицања)⁶⁶ за потребе утврђивања основице пореза на капитални добитак за накнаду исплаћену друштву по основу даљег преноса тог предмета.⁶⁷ У том случају, терет доказивања ће бити на друштву да докаже да је тржишна цена неновчаног улога (предмета опорезивања) на дан уноса (стицања)⁶⁸ била већа од вредности уписане у АПР-у, како се за набавну вредност не би узела она која је уписана у књиговодству и АПР-у, а све у циљу да се умањи основица пореза на добит по основу евентуалног будућег капиталног добитка.⁶⁹

На овом месту поставља се и питање који је интерес чланова да приликом уписа неновчаних улога поставе нижу вредност неновчаног улога у односу на реалну тржишну вредност? Реч је углавном о „себичном“ интересу чланова у ситуацији када је предмет улога предмет опорезивања порезом на капиталне добитке.⁷⁰ Наиме, уколико су чланови предмет улога који може бити предмет опорезивања порезом на капиталне добитке набавили по вредности која је мања од тржишне вредности у тренутку уноса, постављањем ниже вредности неновчаног улога настојаће да умање пореску основицу или да у потпуности избегну плаћање пореза на капитални добитак приликом преноса улога на друштво. Наравно тада пореска управа има право да утврди да је тржишна вредност улога већа од овако постављене те да улагачу (члану друштва) утврди плаћање пореза на капитални добитак и у том случају.⁷¹

⁶⁵ Вид. Закон о пореском поступку и пореској администрацији, „Сл. Гласник РС“, 80/2002...144/2020, чл. 29, ст. 1. и 43, Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, „Сл. Гласник РС“, 99/2011, 83/2014, 31/2019 и 105/2021, чл. 3, ст. 1, тач. 2.

⁶⁶ Вид. Закон о порезу на добит правних лица, чл. 29, ст. 1.

⁶⁷ Вид. Закон о порезу на добит правних лица, чл. 27.

⁶⁸ Вид. Закон о порезу на добит правних лица, чл. 29.

⁶⁹ Вид. Закон о порезу на добит правних лица, чл. 29, ст. 1: „За сврху одређивања капиталног добитка, набавна цена, у смислу овог закона, јесте цена по којој је обвезник стекао имовину, умањена по основу амортизације утврђене у складу са овим законом“.

⁷⁰ Према чл. 72, ст. 1. : „Капитални добитак, односно губитак у смислу овог закона представља разлику између продајне цене права, удела и хартија од вредности и њихове набавне цене, остварену преносом: 1) стварних права на непокретностима; 2) ауторских и сродних права и права индустријске својине; 3) удела у капиталу правних лица, акција и осталих хартија од вредности; 4) инвестиционе јединице, осим инвестиционих јединица добровољних пензијских фондова, откупљене од стране отвореног инвестиционог фонда, у складу са законом којим се уређују отворени инвестициони фондови; 5) инвестиционе јединице алтернативног инвестиционог фонда, у складу са законом којим се уређују алтернативни инвестициони фондови; 6) дигиталне имовине.“ Према чл. 72, ст. 3 ЗПДГ: „Другим преносом уз накнаду сматра се и сваки унос неновчаног улога у правно лице.“

⁷¹ Вид. ЗПДГ, чл. 73, ст. 1: „За сврху одређивања капиталног добитка, у смислу овог закона, продајном ценом се сматра уговорена цена, односно тржишна цена коју утврђује надлежни порески орган ако оцени да је уговорена цена нижа од тржишне.“

С друге стране, основни недостатак за чланове друштва проистиче из правила о забрани повраћаја улога. Члановима друштва не може се извршити повраћај уплаћених, односно унетих улога, нити им се може платити камата на оно што су уложили у друштво.⁷² Другим речима, након извршења чинидбе улога уплаћени или унети улози улазе у имовину друштва. То значи да они остају на располагању искључиво друштву као правном лицу, па се након уплате или уноса друштво налази у таквој правној позицији која онемогућава улагача да улог повуче једностраном изјавом воље. На основу овога је јасно да оно што је у интересу друштва и што представља предност за друштво не мора истовремено бити у интересу и представљати предност за чланове друштва.

2.4. Проблем скривених неновчаних улога

Приликом ове врсте финансирања друштва могуће су извесне злоупотребе од стране чланова друштва које се огледају у тзв. скривеним неновчаним улозима (нем. *Die Verdeckte Sacheinlagen*, енг. *Hidden Contributions in Kind*) којима се суштински заобилазе норме о обавезној процени вредности неновчаних улога и правило о забрани повраћаја улога. Наш ЗПД не регулише питање тзв. скривених неновчаних улога. У упоредном праву (првенствено у СР Немачкој) проблем тзв. скривених неновчаних улога прво је примећен у судској пракси⁷³, а потом је и законски регулисан, како би се заштитили интереси друштва, осталих чланова и поверилаца, очувала суштинска вредност основног капитала и спречило изигравање правила о обавезној процени вредности неновчаних улога и забрани повраћаја улога.

Једнако као и у нашем праву у праву СР Немачке улози могу бити новчани или неновчани. Неновчани улози, међутим, подлежу посебним правилима јер представљају опасност у случају тзв. прецењености њихове вредности која је штетна како за остале чланове друштва, тако и за његове повериоце. Дакле, неновчани улози морају бити приказани у оснивачком акту друштва и подлежу посебним захтевима у погледу финансијског извештавања.⁷⁴ Регистрациони суд ће одбити регистрацију привредног друштва или повећање основног капитала, ако су неновчани улози прецењени. Такође, ако се након регистрације утврди да је неновчани улог мање вредан од номиналне вред-

⁷² ЗПД, чл. 60, ст. 1.

⁷³ Вид. BGH (Bundesgerichtshof – Савезни суд правде СР Немачке), Urt. v. 18.2.1990. – II ZR 104/90, BGH Urt. v. 21.2.1994. – II ZR 60/93, BGH Urt. v. 16.9.2002 – II ZR 1/00, BGH. Urt. v. 11.2.2008. – II ZR 171/06 и др.

⁷⁴ Вид. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Закон о друштвима с ограниченом одговорношћу СР Немачке), 20. April 1892, RGBI. S. 477... Zuletzt geändert durch Art. 15 Abs. 23 G v. 4.5.2021 I 882 (даље у фуснотама: GmbHG Немачке), § 5 (4).

ности удела односно акција које су за њега издате, уписник је дужан да уплати разлику у новцу.⁷⁵

У одређеним ситуацијама, међутим, чланови на различите начине настоје да заобиђу правила о обавезној процени вредности неновчаних улога и правила о забрани повраћаја улога.⁷⁶ Дешава се да уписници капитала (улагачи) који су уредно уплатили улог у новцу накнадно закључе уговор са привредним друштвом који се налази у блиској вези са претходно уплаћеним новчаним улогом.⁷⁷ Привредно друштво које је примило улог у новцу користи овај новац да, на пример, купи имовину од члана друштва (улагача). Економски ефекат оваквог уговора је да је заправо дат неновчани улог.⁷⁸ У стварности, уписник није дао улог у новцу, већ неновчани улог. На пример, члан друштва првобитно преузме и изврши обавезу уплате улога у новцу у износу од 10.000 евра, а потом друштво у одређеном блиском временском периоду тај новац искористи за куповину приватног возила од члана друштва за цену од 10.000 евра.⁷⁹ На први поглед, уговор о куповини приватног возила од члана друштва сматра се неспорним. Ипак, уколико се испостави да је вредност приватног возила у стварности мања, реч је о својеврсном изигравању правила о процени вредности неновчаних улога и правила о забрани повраћаја улога. Уколико постоји блиска веза између улога у новцу и накнадног уговора између привредног друштва и члана (уписника), немачки судови претпостављају да је то учињено да би се заобиле одредбе које регулишу неновчане улоге. Немачка правна доктрина говори о „скривеном неновчаном улогу или скривеном доприносу у натури“.⁸⁰ Што се тиче немачког Закона о акционарским друштвима⁸¹ у којем је регулисан правни положај акционарских друштава⁸², правне последице таквог заобилажења су драматичне. Уговор између привредног друштва и члана (уписника) је ништав и обећани улог у новцу сматра се још неуплаћеним. Уписник (члан)

⁷⁵ GmbHG Немачке, § 19 (4).

⁷⁶ Christian Kersting, “Verdeckte Sacheinlage“, *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (VGR) – Company Law Society, VGR-Conference Series – 14 VGR 2009*, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf – Juristische Fakultät – Arbeitspapiere des Instituts für Unternehmensrecht (IUR), 1.

⁷⁷ Ибид.

⁷⁸ Ибид.

⁷⁹ C. Kersting, “Verdeckte Sacheinlage“, *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (VGR) – Company Law Society, VGR-Conference Series – 14 VGR 2009*, 1.

⁸⁰ О проблематици скривених неновчаних улога видети опширније код Holger Fleischer, Wolf Goette, *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG*, München 2010, 1730-1761.

⁸¹ Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 20. Juli

2022 (BGBl. I S. 1166) geändert worden ist.

⁸² C. Kersting, “Verdeckte Sacheinlage“, *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (VGR) – Company Law Society, VGR-Conference Series – 14 VGR 2009*, 1.

стога мора поново да плати улог у новцу. Како се оваква заобилажења обично откривају током стечајног поступка, улагачи врло често нису у могућности да поврате почетну суму коју су уплатили и која је коришћена за стицање имовине.⁸³ Да сумирамо, у СР Немачкој код акционарских друштава у случају тзв. скривених неновчаних улога, уписници (чланови) ризикују да ће морати да плате своје новчане улоге два пута. Исто је важило и за немачко друштво с ограниченом одговорношћу. Међутим, ово се променило од 1. новембра 2008. године код друштава с ограниченом одговорношћу од када уговор између привредног друштва и уписника (члана) ипак остаје на снази.⁸⁴ Улог у новцу се и даље сматра неуплаћеним, али се вредност скривеног неновчаног улога пребија са њим. Уписник треба да уплати само разлику у вредности између обећаног улога у новцу и датог неновчаног улога ако се испостави да је вредност предмета продаје друштву (заправо скривеног неновчаног улога) у стварности мања од номиналне вредности претходно уплаћеног новчаног улога. Ово проистиче из следећег правила: „Ако вредност неновчаног улога у тренутку уписа у привредни регистар не достигне номиналну вредност удела, члан је дужан да уплати новчани улог у износу мањка тј. у износу те разлике.⁸⁵ Оваквом одредбом је код друштава с ограниченом одговорношћу у СР Немачкој избегнута драматична последица по којој су улагачи морали два пута да уплате свој улог у новцу уколико се утврди да је накнадна трансакција са друштвом имала карактер скривеног неновчаног улога.

Као што је горе наведено наш ЗПД не садржи правила о тзв. скривеним неновчаним уложима. Једино у делу ЗПД који се односи на јавна акционарска друштва постоје правила о тзв. уговорима са оснивачима закљученим у року од две године од дана регистрације друштва⁸⁶, која донекле могу спречити злоупотребе по основу тзв. скривених неновчаних улога, али није предвиђена сходна примена тих одредби на друштво с ограниченом одговорношћу. Ако јавно акционарско друштво са акционарима који су основали друштво у периоду од две године од дана регистрације оснивања друштва закључи уговор на основу кога друштво стиче одређене ствари или права по цени која је једнака или већа од 10% вредности основног капитала: 1) вредност тих ствари и права мора се проценити у складу са чл. 51. до 58. овог закона; и 2) тај уговор је подложен одобрењу скупштине, трочетвртинском већином гласова присутних акционара, ако статутом није одређена већа већина.⁸⁷ Поменути уговор не може ступити на снагу пре прибављања наведеног одо-

⁸³ Ибид..

⁸⁴ GmbHG Немачке, § 19 (4).

⁸⁵ Вид. GmbHG Немачке, § 9.

⁸⁶ Вид. ЗПД, чл. 268.

⁸⁷ ЗПД, чл. 268, ст. 1.

брења и правне радње које друштво предузме у испуњењу тог уговора су без правног дејства до прибављања тог одобрења.⁸⁸ Ове одредбе код јавних акционарских друштава имају за циљ да се спречи изигравање правила о забрани повраћаја улога и правила обавезној процени вредности неновчаних улога.

На основу свега наведеног било би корисно да се по угледу на право СР Немачке уведе регулатива о тзв. скривеним неновчаним улозима код друштава с ограниченом одговорношћу или да се барем предвиди сходна примена норми о уговорима са оснивачима на друштва с ограниченом одговорношћу, која у нашем праву постоји само код јавних акционарских друштава. Ипак, одредбе о уговорима са оснивачима у року од две године од регистрације друштва би само делимично решиле проблем скривених неновчаних улога, јер се оне односе само на улоге који су извршени у друштво приликом оснивања друштва.

3. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Иако је на први поглед реч о класичној теми у којој се обрађује основна чланска обавеза чланова друштва с ограниченом одговорношћу да изврше чинидбу улога у друштво, тежиште овог рада односило се на расветљавање ове обавезе као једног од начина финансирања друштва од стране његових чланова. У том смислу, предмет анализе односио се првенствено на компанијско-правне и пореско-правне предности и недостатке овог начина финансирања друштва посматрано с једне стране са аспекта интереса друштва у које се врши улагање, а с друге стране из визуре интереса чланова друштва.

Основна привредна сврха и предност овог начина финансирања за друштво у које се врши улагање састоји се у јачању његове кредитне способности. Основни капитал друштва формира се искључиво из улога, па оваква привредна функција, за разлику од других начина финансирања друштва (додатне уплате, споредне чинидбе, позајмице чланова), проистиче из компанијско-правних правила о забрани повраћаја улога члановима друштва и других правила која су усмерена на очување суштинске вредности основног капитала.

Поред компанијско-правних предности за друштво у које се врши улагање под одређеним условима могу настати и извесне пореске олакшице са аспекта пореза на добит правних лица у складу са Законом о порезу на добит правних лица.

С друге стране, овај начин финансирања за друштво може имати и извесне недостатке који се у појединим случајевима могу везати за неновчане улоге у друштво (улози у стварима и правима). Наиме, уколико члан(ови)

⁸⁸ Вид ЗПД, чл. 268, ст. 2.

сами одређују вредност неновчаног улога (без ангажовања овлашћеног проценитеља), постоји опасност да утврде „нереалну“ вредност неновчаног улога. Нереална вредност неновчаног улога је она која одступа од тржишне вредности у тренутку улагања (уноса). У вези са наведеним разликују се тзв. прецењени и потцењени неновчани улози. За разлику од појединих решења у упоредном праву и решења код јавних акционарских друштава наш ЗПД је усвојио прилично либералан приступ у вези са утврђивањем вредности неновчаних улога код друштва с ограниченом одговорношћу. Утврђивање вредности неновчаног улога је, по правилу, у рукама оснивача (чланова друштва). Вредност неновчаног улога утврђује се од стране јединог члана друштва или споразумно од стране свих чланова друштва или путем процене, у складу са чл. 51. до 58. ЗПД. Дакле, само уколико чланови друштва с ограниченом одговорношћу желе да се врши процена вредности неновчанох улога или уколико нема споразума између њих у вези са проценом вредности неновчаног улога активирају се механизми утврђивања вредности неновчаног улога путем процене од стране овлашћеног процењивача у складу са чл. 51-58 ЗПД.

Осим наведеног, ЗПД не садржи правила којим би се „сузбио“ проблем тзв. скривених неновчаних улога, нити довољно детаљну регулативу којом би се спречило изигравање правила о забрани повраћаја улога члановима друштва. На основу тога, недостатак регулативе у овом случају може ићи не само на штету интереса друштва, већ и на штету интереса његових поверилаца.

Посматрано из визуре интереса чланова друштва основна компанијско-правна предност овог начина финансирања друштва проистиче из правила да се вредност улога, по правилу, налази у корелацији са процентуалном вредношћу удела односно процентуалним учешћем члана у основном капиталу друштва. Процентуална вредност удела, по правилу, опредељује обим чланских права и корпоративне моћи конкретnog члана у друштву (могућност утицаја на доношења корпоративних одлука). Ниједан други начин финансирања друштва не утиче на процентуалну вредност удела коју члан поседује, нити може утицати на евентуалну измену власничке структуре у друштву.

Посматрано са пореског аспекта, у појединим случајевима, опредељивање за овај вид финансирања друштва може бити у вези са извесним пореским олакшицама које могу настати на страни улагача у складу са ЗПДГ (уколико је улагач физичко лице), Законом о порезу на добит правних лица (уколико је улагач правно лице) или Законом о порезима на имовину (независно од врсте улагача). Такође, у уској вези са овим видом финансирања може бити одговарајуће пореско планирање и пореска оптимизација.

Коначно, са аспекта компанијског права и економског планирања основни недостатак за чланове друштва проистиче из правила о забрани повраћаја

улога. Члановима друштва не може се извршити повраћај уплаћених, односно унетих улога, нити им се може платити камата на оно што су уложили у друштво. Другим речима, након извршења чинидбе улога уплаћени или унети улози улазе у имовину друштва. То значи да они остају на располагању искључиво друштву као правном лицу, па се након уплате или уноса друштво налази у таквој правној позицији која онемогућава улагача да улог повуче једностраном изјавом воље. На основу овога је јасно да оно што је у интересу друштва и што представља предност за друштво не мора истовремено бити у интересу чланова друштва.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

І. Литература:

- Владимир Марјански, “Обавеза вршења додатних уплата у друштво с ограниченом одговорношћу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2021, 869-895.
- Владимир Марјански, „Подобност неновчаног улога као предмета обавезе уношења улога у друштво с ограниченом одговорношћу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2019, 909-931.
- Владимир Марјански, „Одлука о повећању основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу новим улозима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3-1/2017, 753-766.
- Зоран Арсић, Владимир Марјански, *Право привредних груписа*, 3. измењено и допуњено издање, Нови Сад, 2018.
- Јована Величковић, „Начин утврђивања и правне последице неизвршења додатне уплате, *Право и привреда – Часопис за привредноправну теорију и праксу*, 4-6/2014, 177-196.
- Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Компанијско право – Право привредних субјеката*, Београд 2020.
- Стеван Шогоров, „Реафирмација додатних (допунских) уплата у праву привредних друштава Републике Србије“, *Зборник Радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2012, 11-22.
- Татјана Јевремовић-Петровић, „Повериоци у компанијском праву и инструменти њихове заштите“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2011, 223-254.
- Christian Kersting, “Verdeckte Sacheinlage“, *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (VGR) – Company Law Society, VGR-Conference Series – 14 VGR 2009, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf – Juristische Fakultät – Arbeitspapiere des Instituts für Unternehmensrecht (IUR)*, 1.
- Holger Fleischer, Wolf Goette, *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG*, München 2010.
- Welf Müller, Burghard Hense, *Beck'sches Handbuch der GMBH – Gesellschaftrecht, Steuerrecht*, München 1995.

II. Извори:

Прописи:

Закон о облигационим односима, “Сл. лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, “Сл. лист СРЈ”, бр. 31/93, “Сл. лист СЦГ”, 1/2003 – Уставна повеља и “Сл. гласник РС”, бр. 18/2020.

Закон о порезу на доходак грађана, „Сл. Гласник РС“, бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002 – др. закон, 135/2004, 62/2006, 65/2006 – испр., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 – одлука УС, 7/2012 – усклађени дин. изн., 93/2012, 114/2012 – одлука УС, 8/2013 – усклађени дин. изн., 47/2013, 48/2013 – испр., 108/2013, 6/2014 – усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 – др. закон, 5/2015 – усклађени дин. изн., 112/2015, 5/2016 – усклађени дин. изн., 7/2017 – усклађени дин. изн., 113/2017, 7/2018 – усклађени дин. изн., 95/2018, 4/2019 – усклађени дин. изн., 86/2019, 5/2020 – усклађени дин. изн., 153/2020, 156/2020 – усклађени дин. изн., 6/2021 – усклађени дин. изн., 44/2021, 118/2021, 132/2021 – усклађени дин. изн. и 10/2022 – усклађени дин. изн.

Закон о порезу на добит правних лица, „Сл. Гласник РС“, бр. 25/2001, 80/2002, 80/2002 – др. закон, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014 – др. закон, 142/2014, 91/2015 – аутентично тумачење, 112/2015, 113/2017, 95/2018, 86/2019, 153/2020 и 118/2021. Закон о порезима на имовину, „Сл. Гласник РС“, 26/2001, “Сл. лист СРЈ”, бр. 42/2002 – одлука СУС и “Сл. гласник РС”, бр. 80/2002, 80/2002 – др. закон, 135/2004, 61/2007, 5/2009, 101/2010, 24/2011, 78/2011, 57/2012 – одлука УС, 47/2013, 68/2014 – др. закон, 95/2018, 99/2018 – одлука УС, 86/2019, 144/2020 и 118/2021. Закон о привредним друштвима, „Сл. гласник РС“, 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021.

Закон о пореском поступку и пореској администрацији, „Сл. гласник РС“, бр. 80/2002, 84/2002 – испр., 23/2003 – испр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – др. закон, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр. др. закона, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – др. закон, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – испр., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – аутентично тумачење, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019 и 144/2020.

Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, „Сл. Гласник РС“, 99/2011, 83/2014, 31/2019 и 105/2021.

Aktiengesetz (Закон о акционарским друштвима СР Немачке), 6. September 1965, BGBl. I S. 1089... Zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1166).

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Закон о друштвима с ограниченом одговорношћу СР Немачке), 20. April 1892, RGBl. S. 477... Zuletzt geändert durch Art. 15 Abs. 23 G v. 4.5.2021 I 882.

Судска пракса:

BGH (Bundesgerichtshof – Савезни суд правде СР Немачке), Urt. v. 18.2.1990. – II ZR 104/90.

BGH (Bundesgerichtshof – Савезни суд правде СР Немачке), Urt. v. 21.2.1994. – II ZR 60/93.

BGH (Bundesgerichtshof – Савезни суд правде СР Немачке), Urt. v. 16.9.2002 – II ZR 1/00, BGH. Urt. v. 11.2.2008. – II ZR 171/06.

Vladimir Ž. Marjanski
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
V.Marjanski@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-2255-4026

**Financing of a Limited Liability Company by
Capital Contributions
– Basic Legal Characteristics, Company Law and
Tax Law Advantages and Disadvantages –**

Abstract: *Financing of a limited liability company by its members takes place at the time of establishment or during its existence on different legal bases. Given that different ways of financing the company by the members were the subject of individual analysis in different research works, the subject of consideration in this paper will be the economic purpose and the company-legal and tax-legal advantages and disadvantages of financing the company through payments or contributions in kind. The advantages and disadvantages of this type of company financing are viewed both from the perspective of the interests of the members of the company (investors) and from the perspective of the interests of the company in which the investment is made. Finally, a special place in the work is occupied by considerations about the so-called hidden contributions in kind, with the basic conclusion that the Serbian Company Law does not contain rules that would “suppress” the problem of the so-called hidden contributions in kind, nor a sufficiently detailed regulation that would prevent circumvention of the rule on the prohibition of returning contributions to company members. Such a lack of regulation can go not only to the detriment of the company’s interests, but also to the detriment of the interests of the company’s creditors.*

Keywords: *financing of a limited liability company, capital contributions, hidden contributions in kind, interest of the company, interest of the members, tax benefits.*

Датум пријема рада: 18.11.2022.

Датум прихватања рада: 08.12.2022.

Предраг Н. Цвејковић
Универзитет у Нишу
Правни факултет у Нишу
peri@prafak.ni.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-8505-446X

Љубица М. Николић
Универзитет у Нишу
Правни факултет у Нишу
ljubica@prafak.ni.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-0475-4454

УГОВОР И КОД: ПРИМЕР ПРЕДИКТИВНОГ УГОВАРАЊА*

Сажетак: *Предиктивно уговарање користи информационе технологије за утврђивање корелације између уговорних одредаби и извршења уговора, коришћењем спољашњих података. Крајњи циљ примене наведеног метода је да уговор буде дефинисан на начин којим се обезбеђује његово извршење у складу са вољом уговорних страна. Уговарачи могу да предвиде како су услови предвиђени уговором (и избор између њих услова) повезани са резултатима (исходима) уговора. Предиктивно уговарање се састоји од: (1) аналитичког модела и (2) скупа података о условима уговора, исходима и спољашњим условима. Аналитички модел требало би да буде дефинисан на начин који је “чињљив” и разумљив за програмера који га преводи у програмски код. Предиктивно уговарање могуће је применити на једносавне уговоре који се масовно закључују. Разлог овог ограничења је тај, што се способност модела да предвиди исходе смањује, како се комплексност предмета анализе (уговора) увећава. Комплексни уговори остају изван домена предиктивног уговарања. Предиктивна способност аналитичког модела повећава се увећавањем количине података којима модел има приступ. Премиса на којој се заснива предиктивно уговарање јесте та, да је уговор комплексан систем*

* Рад је резултат истраживања на пројекту “Одговорност у правном и друштвеном контексту”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021-2025. године.

садржаних уговорних одредби. Следи комплексност уговора пропорционалан је следећој интеракцији између услова уговора – што је следећи интеракција већи, што је уговор комплекснији. Предиктивно уговарање има за циљ да омогуће сагледавањима уговора да предвиди ефекте уговорних одредби на исходе (под утицајем дефинисаних спољашњих фактора) иако да наредне уговоре могу да унапреде на начин који омогућава боље исходе. Побољшање исхода уговора јесте крајњи циљ предиктивног уговарања. Предиктивно уговарање омогућава да се смање ризика модификације, које је у традиционалном смислу предмет правне анализе и интервенције, спроводе на процедурално дефинисан, мерљив и контролисан начин. Примена предиктивног уговарања подстицају је могућношћу његове аутоматизације и рачунарске обраде.

Кључне речи: предиктивно уговарање, уговор као мрежна структура, маје уговора, уговор као алгоритами.

1. УВОД

Предиктивно уговарање је приступ уговарању, базиран на дефинисању уговорних одредби коришћењем информационих технологија. Потенцијалне уговорне стране користе ове технологије у циљу утврђивања корелације између уговорних одредби и (не)извршења уговора. Крајњи циљ примене наведеног метода јесте да, уговор буде дефинисан на начин који обезбеђује његово извршење у складу са вољом уговорних страна. Предиктивним уговарањем се преговарачима омогућава да предвиди, на који су начин уговорне одредбе (даље и „услови уговора“) повезане са резултатима уговора (даље и „исходи уговора“).

Предиктивно уговарање илуструје се следећим примером.

Продавац склапа уговор о продаји, са својим купцима, коришћењем модела уговора. Један од услова у моделу уговора је одредба о избору меродавног уговорног права (нпр. права државе А, као државе чију националност има продавац, и права државе Б, као државе чију националност има купац).

Да би стекао увид у ефекте примене наведене одредбе модела уговора о избору меродавног права, продавац формира базу података о закљученим и извршеним уговорима о продаји. Наведени скуп података садржи податке о следећим чињеницама: прво, да ли је уговор у конкретним околностима као меродавно право предвиђао право државе А или државе Б; друго, да ли је уговор резултирао настанком спора (у том случају ову чињеницу прати податак о трошковима спора); треће, околности контекста у којима је уговор у питању функционисао (политичке околности-ратови, грађански немири; економска кретања).

Уговарач користи горе наведене податке како би изградио предиктивни модел уговарања, на начин који смањује вероватноћу настанка спора или омогућава да његови трошкови буду што нижи.

Анализа података може довести до закључка да, за одређену категорију уговарача (нпр. уговараче који се разликују по величини, мала и средња предузећа, у компарацији са великим компанијама) избор права државе А, као меродавног уговорног права, смањује вероватноћу спора и трошкове његовог решавања, док избор права државе Б, такав ефекат има за друге категорије уговарача. У моделу уговора могуће је да се једно национално право (државе А или Б) дефинише као претпостављено решење, док би друго национално право имало карактер изузетка.

Предиктивно уговарање састоји се од: (1) аналитичког модела и (2) скупа података о условима уговора, исходима и спољашњим условима. Аналитички модел требало би да буде дефинисан на начин који је “читљив” и разумљив за програмера, који га преводи у програмски код. У горе наведеном примеру, аналитички модел укључује постојање два национална правна система, као алтернатива, који могу бити изабрани. Формат података, као другог сегмента, мора бити подобан за алгоритамску обраду.¹ Ови подаци су по правилу у форми база података (е. “*Big Data*”)² о околностима значајним за уговор.

Предиктивно уговарање има перспективу примене на једноставне уговоре који се масовно закључују, као што су уговори о продаји. Предиктивни системи уговарања почеће испитивањем релативно уских спецификација проблема са ограниченим бројем уговорних одредби, резултата примене тих

¹ Алгоритам је план решавања одређеног проблема, предузимањем појединачних корака. У правном контексту, алгоритам је посебан начин управљања понашањем уговорних страна. Описано управљање спроводи се одабиром информација о понашању уговарача, те контролом и усмеравањем спровођења уговора у складу са тим понашањем. Увођење алгоритма, као форме дефинисања уговорних одредби, утиче се на формат и суштину уговорног права. Алгоритам уговора може бити у облику псеудокода, симбола формалне логике и дијаграма тока. Тиме се омогућава систематско „уситњавање“ правног текста кроз логичку матрицу, чиме се олакшава процес алгоритмизације кроз кораке. Кључна питања алгоритмирања уговора су, између осталог, основ и садржина нормативности уговора у форми кода и њихова подобност да буду квалификовани као правно ваљани формат. Видети више у: Цветковић, Предраг, “Уговор као алгоритам: уводна разматрања”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 92/2021, стр. 15-34.

² *Big Data* је ознака за велике количине података које генерише процес дигитализације друштва. Ови подаци су подобни за аналитичку обраду. Они имају економску вредност, ниске трошкове чувања и прикупљају се у реалном времену (расположиви су одмах након генерисања, чиме се обезбеђује њихова актуелност). “*Big data*” концепт има следеће карактеристике: велики обим информација (е. *Volume*), брзину креирања, складиштења и дељења података у реалном времену (е. *Velocity*); разноврсност извора и података (е. *Variety*). Стога се у литератури говори о три “В” (*Volume, Velocity, Variety*).

одредби и спољашњих фактора. Разлог за овај приступ је у томе што се способност модела да предвиди исходе смањује, како се комплексност предмета анализе увећава. *Ergo*, примена предиктивног преговарања је *de lege lata*, и у околностима постојећег технолошког развоја, могуће код уговора код којих ниво сложености омогућава примену расположивих модела. Са друге стране, предиктивна способност модела анализе расте, увећавањем количине података којима модел има приступ – већи обим података даје више параметара за предикцију. Стога је испитивање ужих проблема у вези са једноставним уговорима, са великом количином података о карактеристикама тог уговора, идеална полазна тачка за развој предиктивног уговарања. На пример, типски уговор о продаји роба или услуга, који једна страна закључује са већим бројем различитих партнера, садржи једноставне одредбе које се често примењују (честа примена формира базу података са великим бројем информација).

2. ЕЛЕМЕНТИ ПРЕДИКТИВНОГ УГОВАРАЊА

Предиктивни систем уговарања има следеће елементе: уговорне одредбе као аналитички оквир; исходе (резултате примене уговора) и спољашње факторе.

2.1. Уговорне одредбе

Прва категорија података, потребних за предиктивно уговарање, јесу подаци о уговорним одредбама (условима уговора). Уговорне одредбе у комбинацији са спољашњим факторима дају резултат (исход) примене предметног уговора.

У контексту предиктивног уговарања, уговорне одредбе могу се класификовати као бинарне, категориичке или нумеричке. Бинарне одредбе одређују да ли су одређени елементи присутни у уговору или нису. На пример, уговор може да садржи одредбу која одређује да ли је уговарач друштво капитала АД или ДОО (податак као карактеристика уговарача). Бинарни услови уговора немају варијације осим једне: или их има или их нема у уговору.

Категориичке одредбе се користе за дефинисање различитих варијанти података на којима се одредба заснива. На пример, цена одређене робе зависи од квалитета конкретне робе: за квалитет А цена је једна (прва варијанта), за квалитет Б цена је друга (друга варијанта). Категориичке уговорне одредбе засноване су на одређеном критеријуму, по коме се прави редослед варијанти. На пример, од робе највишег до робе најнижег квалитета. Испорука робе која је нижег квалитета сматраће се испоруком која није у складу

са уговором. Категоричке одредбе су корисне за питања код којих могу да постоје значајне варијације, при чему одређене варијације претпостављају да је уговор испуњен (различите варијације испуњења), док друге варијације значе да уговорна обавеза није извршена.

Уговорне одредбе у нумеричким формулацијама се користе да би дефинисали питања код којих је битан интензитет/магнитуда/обим обавезе. На пример, таква је одредба о висини каматне стопе или о цени која се плаћа.

2.2. Резултат примене уговорних одредби (исходи)

Друга категорија података потребних за предиктивно уговарање јесу подаци о исходима уговора. Исходи су резултати који су резултат примене уговорних одредби у присуству спољашњих фактора. Као такви, они су средство процене и мерења учинка уговора. Унапређење исхода уговора крајњи је циљ предиктивног уговарања. Предиктивно уговарање има за циљ да помогне састављачима уговора да предвиде ефекте уговорних одредби на исходе, тако да наредне уговоре могу унапредити на начин који исходе будуће примене норми чине више сагласним са уговорним одредбама, у поређењу са исходима примене претходних уговора. Исходи уговора могу бити објективни или субјективни. Примери објективних исхода укључују да ли је уговор извршен у складу са његовим одредбама. Примери субјективних исхода укључују да ли су стране задовољне уговором и да ли је уговор имао репутацијски ефекат за уговараче (нпр. спонзорски уговори често зависе од овог репутацијског ефекта који може делом, али не и у целиности, да буде предмет уговорног дефинисања).

2.3. Спољашњи фактори уговора

Трећа категорија података, потребних за предиктивно уговарање, јесу подаци о спољашњим факторима уговора. Спољашњи фактори уговора јесу околности које, у садејству са уговорним одредбама, дају исход уговора. Уговарање се не одвија у вакуму, већ у контексту одређених околности. Спољашњим фактором, који утиче на уговор, сматра се околност коју уговарачи не могу модификовати тако да усмере њено дејство на жељени уговорни исход. Реч је, по правилу, о економским, политичким и социјалним условима.³

³ Иако ће многи услови бити специфични за сценарио уговарања који се анализира, неки општи услови укључују: околности на страни уговарача (идентитет, локација, величина, индустрија, итд.); околности настанка текста уговора (садржина, место састављања, квалитет правних саветника); да ли уговорне стране већ имају успостављено међусобно пословање; опште услове конкретне индустрије; опште економске услове на тржишту извршења уговора).

3. ИЗВОРИ ПОДАТАКА

Подаци о условима уговора, исходима и условима за коришћење у предиктивном уговарању првенствено ће доћи из два извора: (1) система управљања уговорима, (2) обраде текста и његовог процесуирања у код (е. *Natural Language Processing*; даље и НЛП).

3.1. Управљање уговором

Управљање уговорима се односи на системе (све више дигитализоване) који омогућавају праћење и управљање процесом уговарања, од иницирања за преговоре до њиховог испуњења. Подаци добијени разменом електронске поште, докумената, преговора јесу основ за управљање правним процесима у оквиру адвокатских канцеларија, правних департмана компанија, јавно-правних тела. Ови системи омогућавају праћење података о кључним параметрима, попут карактеристика уговорних страна, критичних датума (моменат закључења, време испуњења обавеза), места извршења и слично. На основу ових података врши се предикција у циљу оптималног дефинисања уговорних одредби код будућих пословних трансакција.⁴

3.2. Анализа текста и његово конвертовање у рачунарски код (“Natural Language Procesing”)

Једна од кључних препрека за прикупљање података о садржини уговорних одредби, у циљу њиховог коришћења за предиктивно уговарање, је што су они у форми правног текста (правне прозе). Овај формат није подобан за анализу у контексту предиктивног преговарања, његово коришћење претпостављало би да се подаци из таквих докумената издвајају, структурирају и означавају појединачно. Такав процес био би неефикасан.

Анализа текста на природном језику требало би да омогући да рачунари разумеју комуникацију на природном језику. Анализа текста користи различите методе за обраду текстова, а једна од најважнијих је *Natural Lan-*

⁴ Ова активност је већ комерцијализована. На пример, *Axiom* (компанија за алтернативне правне услуге) има уговор према коме идентификује око три стотине података из сваког уговора који закључује произвођач рачунарске опреме *Dell*, како би генерисао информације од користи за дефинисање уговорних одредби у будућим уговорима. Видети: <https://www.axiom.col>. Описано прикупљање података је још ефикасније уколико укључује и податке из фазе преговарања и израде нацрта уговора. Тако компанија *Mitratech* прикупља податке о: времену и трошковима преговора, уговорним одредбама које су најчешће предмет преговора; тешкоћама преговора о конкретним уговорним одредбама и слично. Видети: <https://mitratech.com/products/eraclm/>.

guage Processing (конвертовање природног језика у програмски код).⁵ Напредни софтвер за анализу текста комбинује аналитику текста са рачунарском технологијом, како би се аутоматски идентификовале и структурирале релевантне информације из текстуалних података садржаних у правним документима.⁶ Већина НЛП техника је статистичке природе. На основу скупа докумената, НЛП модели се могу усавршити да разумеју текст на природном језику, на основу статистичких односа између компоненти текста, као што су појединачне речи, групе речи, редослед речи и карактеристике физичког распореда, попут прелома пасуса или позиционирања странице. НЛП модел се често прилагођава и поново испитује кроз више итерација, док не буде довољно прецизан.

Коришћење НЛП-а за генерисање структурираних података о условима уговора је далеко ефикасније од “аналогног”, класичног, начина. Стога постоји комерцијални подстицај да компаније развијају програме применљиве у индустрији правних услуга (е. *LegalTech*).⁷

Главна питање, од кога зависи успех прикупљања података коришћењем НЛП метода, је да ли програм који спроводи НЛП приступ има приступ одговарајућим уговорима из којих може да развије систем анализе уговорних одредби. Описано питање је решиво уколико постоје базе података са уговорним одредбама. На пример, базе података о уговорима закљученим на робним берзама, тржиштима хартија од вредности или подаци о уговорима садржани у базама података пореских саветника. Изван оквира анализе остају уговори и уговорне одредбе које нису садржане у овим базама (а могу

⁵ Правни документи пишу се на природном језику. Компјутери не разумеју овај језик, чак и када тај језик користи концизне сентенце писане у јасно структурираној правној прози. Природан језик је експресиван али инхерентно двосмислен и неодређен. Са друге стране, програмски језици имају за циљ управо елиминисање неодређености. Конвертовање правила из уговора, на природном језику у програмски код, захтева да се превазиђе разлика између ова два начина изражавања. Ова разлика илуструје се следећим примером: у програмском језику, реч “испорука” посматра се само као низ симбола (е. *string*), а не назив за обавезу продавца да преда робу купцу; за програмски код она је објекат који захтева формализоване инструкције и дефинисање секвенци поступања усмерених ка предаји робе од продавца купцу. Рачунар анализира правну прозу (не чита га у контексту писаног текста) тако што је рашчлањује, детектује обрасце и дефинише статистичке податке о анализираном тексту. Видети више у: *Haney, Brian S.* (Хани), *Applied Natural Language Processing for Law Practice*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3483758, 01. март 2022.

⁶ Видети на пример пројекат *Kira Systems*, доступно на адреси: <https://kirasystems.com>, 01. фебруар 2022.

⁷ Тако је компанија *LawGeex* развила сопствени НЛП софтвер за конвертовање уговорних одредби у програмски формат. Током три године тестирања анализирано је преко 400 000 уговора да би се разумела јединствена фраза, структура реченице и терминологија уговора. Видети: <https://www.lawgeex.com/>. О *LegalTech* феномену видети више у: Цветковић, Предраг, “Примена технологије у правном контексту-пример *LegalTech-a*”. *Право и његова* .3/2022, стр. 447-460.

да се јаве или развију након што је спроведена НЛП анализа). Наведено ограничење употребљивости података, добијених програмима који спроводе НЛП анализу, превазилази се тиме што се избор уговора који ће ући у предмет анализе оставља самим корисницима.⁸

4. РАЗВОЈ АНАЛИТИЧКОГ МОДЕЛА ПРЕДИКТИВНОГ УГОВАРАЊА: УГОВОР КАО МРЕЖНА СТРУКТУРА („МАПИРАЊЕ“ УГОВОРА)

Аналитички модел предиктивног уговарања могуће је засновати на сагледавању уговора као мрежне структуре. Уговор има карактеристике мреже, услови уговора функционишу као део целине, улазе у интеракцију са том целином и са другим елементима уговора. Кључни делови уговора јављају се као фактор који опредељује друге, повезане, уговорне одредбе (нпр. избор меродавног права, опредељује решење одређених правних питања).

Сагледавање уговора као мреже (у циљу реализације предиктивног уговарања) требало би да створи могућност мапирања уговорних одредби. Циљ мапирања уговора је да се обезбеди аналитичка презентација структуре уговора. Мапирање уговора претпоставља активности које су по свом циљу сличне припреми документа за претварање у програмски код – да се уговор разложи на конститутивне услове; да се утврди међусобна интеракција ових услова и интеракција са уговором као целином. Тиме се правницима омогућава да идентификују услове уговора чија измена, увођење или уклањање, има ланчано дејство на друге уговорне услове. Резултат ове идентификације је смањивање трошкова припреме уговора, његовог испуњења, као и трошкова решавања спора.

Структура уговора функционише као мрежа, у којој су услови уговора чворови мреже, интеракције између ових чворова су везе (линкови). Уговор је комплексан систем, сачињен од већег броја елемената у међусобној интеракцији која није линеарна. Нелинеарност претпоставља да се уговор не мења линеарно, у односу на унос и измену одређених елемената (за разлику од линеарног односа где постоји константна пропорционалност између уноса/измене и резултата тог уноса/измене). Разлог нелинеарног односа је постојање интеракције између услова уговора, од степена ове интеракције зависи и ефекат нелинеарности.⁹

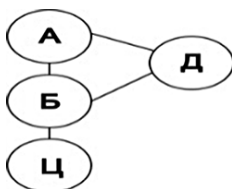
⁸ На пример, компанија *Kyra Systems* нуди НЛП модел који клијенти тестирају и применљив је за анализу текста било ког уговора. Да би користио модел, клијент који користи овај систем мора да обезбеди најмање педесет уговора у којима су означени услови уговора, чија се анализа тражи. Потом се НЛП модел тестира на овим уговорима, након тога, добија се анализа уговорних одредби. Видети: <https://kirasystems.com/>.

⁹ Приступ уговору, као комплексном систему, претпоставља да је уговор више него прост збир његових одредби. Супротан приступ је уговорни редукционизам, који уговор

Два су корака у конструкцији уговорних мапа. У првом се дефинишу основни (конститутивни) услови уговора. У другом се дефинишу односи (интеракције) између ових услова.

4.1. Дефинисање услова уговора

Први корак у конструисању уговорне мапе је идентификација услова уговора, садржаних у његовим одредбама. Услови уговора имају улогу чворова (е. “nodes”) на мапи. Уколико постоје четири услова (А, Б, Ц, и Д), мрежа ће имати четири чвора А, Б, Ц, и Д (Дијаграм 1).



Дијаграм 1.

Свођење уговора на основне (конститутивне) услове (одредбе) најефикасније је помоћу структуралног приступа. Структуралним приступом уговор се рашчлањује на елементе, коришћењем постојеће систематизације текста (нпр. подела на делове, одељке, чланове, ставове, алинеје и слично). Уколико уговор има 10 делова, онда може да се подели у десет чворова – један за сваки део.

Креатори уговорне мапе би требало да одлуче колико би грануларни требало да буду услови уговора.¹⁰

4.2. Интеракције услова уговора

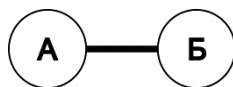
Након идентификације услова уговора, који су подобни да буду чворови и повезани у мапу, следећи корак је анализа интеракција између уговорних

своди на анализу сваке одредбе појединачно, без узимања у обзир односа тих одредби са уговором као целином. Видети више у: Цветковић, Предраг, “*Law as a Complex Adaptive System: path Toward Self-Sustainability of Legal Framework*”. *Collection Papers Fac. L. Nis*, 84/2019, стр. 63. Ruhl, John B (Пул), Katz, Daniel Martin (Кац), “*Measuring, monitoring, and managing legal complexity*”. *Iowa L. Rev.* 101 /2015, стр. 191.

¹⁰ Грануларност је назив за степен у коме се систем може поделити на различите саставне делове. Екстремно високи степен грануларности значи да се свака одредба уговора (или чак фраза) третира као посебан услов уговора. Високи степен грануларности је неефикасан. Мапирање уговора са високим степеном грануларности временски је, економски и програмерски захтевно, на начин који мапирање таквих уговора у циљу предвиђања резултата њихове примене чини нерационалним.

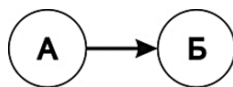
одредби. Интеракције се јављају у форми веза (линкова) услова уговора. Ове везе су означене у оквиру мреже/мапе уговорних услова. На примеру уговора датог у дијаграму 1, уговорна одредба А је у интеракцији са одредбама Б и Ц; одредба Б са одредбама А, Ц и Д; одредба Ц са одредбама А и Б; одредба Д са одредбом Б.

Интеракције чворова у мрежи могу бити усмерене или неусмерене. Неусмерена интеракција представља везу између чворова која има правац, али нема смер.¹¹ Неусмерена интеракција дефинисана је линијом између чворова (дијаграм 2.).



Дијаграм 2.

Усмерена интеракција, са друге стране, представља конекцију између чворова при чему постоји смер у коме се одвија интеракција између уговорних услова (дијаграм 3.). Пример усмерене интеракције је уговор о зајму. Трансфер средстава од субјекта А до субјекта Б разликује се од трансфера новца од субјекта Б до субјекта А. Исти су чворови (субјекти), али је смер везе различит. Ова разлика условљава различито време трансфера, формат зајма – да ли се враћа одједном или у партијама и слично.



Дијаграм 3.

4.3. Интензитет интеракције услова уговора

Интеракције између чворова могу бити са интензитетом или без њега.

Интеракција без интензитета представља конекцију између чворова која се извршава и након тога престаје. Пример интеракције без интензитета је уговор о куповини који се једнократно извршава, или је извршен или није. Са друге стране, интеракција са интензитетом је присутна код уговора који се извршава у више итерација (уговори са сукцесивним извршавањем). Интензитет интеракције расте са бројем испорука, којима се сукцесивно извршава уговор.

¹¹ Пример неусмерене правне интеракције је брачни однос. Уколико је особа А у браку са особом Б, онда је по дефиницији особа Б у браку са особом А.

4.4. Форма интеракције уговорних услова

Постоје три примарне форме интеракције између уговорних одредби, у смислу израде мреже уговора, у циљу предикције исхода његове примене.

Прва интеракција је хијерархијска. Уговори обично имају хијерархијску структуру. На пример, постоје делови, одељци, уговорне одредбе – чланови, ставови, тачке и слично. Хијерархијска интеракција је системски однос између услова уговора и услова који су хијерархијски изнад и испод тог услова.

Други тип интеракције је интеракција кроз међусобна упућивања (е. *Cross reference*). Уговор често користи изричита упућивања између различитих уговорних одредби. Интеракција је усмерена јер упућивање има смер (од одредбе која упућује ка одредби ка којој се упућује). Веза је по правилу без интензитета (конкретна уговорна одредба само једном упућује на другу конкретну уговорну одредбу).

Трећи тип интеракције је интеракција кроз дефиницију. Уговори често користе дефиницију кључног појма или фразе, који се користе у другим уговорним одредбама. На пример, појам “уговорна страна” користи се и у другим одредбама уговора. Као што је случај са интеракцијама кроз упућивање, веза кроз дефиниције се презентује у мрежи, било као усмерена неинтензивна веза или као усмерена интензивна веза. Веза је усмерена јер дефиниција има свој смер, фраза или реч су дефинисани у једној одредби и користе се у другој, али не и обрнуто. Веза је неинтензивна уколико се успоставља само једном. Алтернативно, веза може бити са интензитетом, уколико постоји већи број интеракција између уговорне одредбе са дефинисаним термином и уговорне одредбе која на тај термин упућује. На пример, уколико одређена одредба користи појам „уговорна страна“ више пута, интензитет везе је већи од 1, односно његова нумеричка вредност једнака је броју упућивања.

5. КВАНТИТАТИВНА АНАЛИЗА ИНТЕРАКЦИЈА УГОВОРНИХ УСЛОВА КАО ПРЕТПОСТАВКА ПРЕДИКТИВНОГ ПРЕГОВАРАЊА

Мапе уговора омогућавају квантитативну анализу структуре уговора.¹² Најважнији елементи квантитативне анализе уговора су: степен интеракције и учесталост интеракције уговорних услова.¹³

¹² У контексту уговора, овај приступ претпоставља разумевање интеракција уговорних одредби (чворова).

¹³ Поред ова два елемента, квантитативна анализа уговора, у циљу његовог мапирања, обухвата још и: повезаност, суштински значај (е. *centrality*), груписање (кластеризацију), модуларност и динамику. Због ограничења обима текста, анализа ових елемената квантитативне анализе интеракције уговорних услова, биће предмет посебног рада.

5.1. Степен интеракције

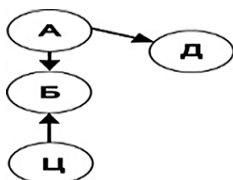
Степен интеракције услова уговора, посматраног као “мрежна” структура, је број веза које воде ка конкретној уговорној одредби (чвору). Степен интеракције услова уговора је прецизна мера значаја уговорне одредбе, односно, степен конкретног уговорног услова је број интеракција које тај услов има са другим уговорним одредбама. На примеру уговора презентованог као мрежна структура у Дијаграму 1, уговорна одредба А има степен 2 (интеракција са уговорним одредбама Б и Ц); уговорна одредба Б има степен 3 (интеракција са уговорним одредбама А, Ц и Д); уговорна одредба Ц има степен 2 ((интеракција са уговорним одредбама А и Б), а уговорна одредба Д има степен 1 (интеракција са уговорном одредбом Д). Што је виши степен одређене уговорне одредбе (чвора), виши је интензитет њене интеракције са уговором као целином.

Могуће је да се израчуна просечан степен интеракције свих чворова у мрежи. У горе наведеном случају, просечан степен интеракције уговорних одредби је $2 - (2 + 3 + 2 + 1) : 4 = 2$. Просечан степен мреже уговора, односи се на уговор у целини.¹⁴

Када се ради о уговорним одредбама чије су интеракције усмерене, степен интеракције може бити раздвојен на два типа: “од чвора” (е. *out degree*) и “ка чвору” (е. *in degree*).¹⁵ У првом случају, степен интеракције “од чвора” одређен је бројем интеракција које иду у смеру од уговорне одредбе, чији се интензитет интеракције одређује, ка другим уговорним одредбама (чворовима). У другом случају, степен интеракције уговорне одредбе је број интеракција које иду у смеру од других уговорних одредби ка уговорној одредби, чији се степен интеракције мери. Описана разлика илустрована је примером уговора као мрежне структуре у дијаграму 4.

¹⁴ Заједно са просечним степеном интеракције може се дефинисати степен расподеле веза (дистрибуције веза) унутар уговора као мрежне структуре. Степен дистрибуције обезбеђује информацију у којој мери је су везе између услова уговора (чворова) уједначено расподеле на све уговорне одредбе. Стварно функционалне мреже попут авио саобраћаја и интернета, по правилу, имају неуједначени степен дистрибуције, највећи број интеракција (веза) везује се за мањи број чворова. Већи број чворова има мало интеракција (веза). Ово је релевантно и за анализе правних информација у форми мрежне структуре, наиме, у једном од истраживања мреже цитирања у одлукама правосудних органа у Сједињеним Америчким Државама, 0.025% свих случајева било је предмет у 80% од свих цитата. *Smith, Thomas A* (Смит), *The Web of the Law, San Diego L. Rev.* 44/2007, стр. 346. У горе наведеном примеру, постоји следећа дистрибуција (расподела) степена: нема интеракције са 0 услова; 1 услов има једну интеракцију; 2 услова имају две интеракције; 1 услов има три интеракције.

¹⁵ *Badawi, Adam B.* (Бадави) & *Dari-Mattiacci Giuseppe* (Дари-Матијаци), “*Reference Networks and Civil Codes*”, у “*Law as Data: Computation, Text and the Future of Legal Analysis*”, *Michael A. Livermore & Daniel N. Rockmore eds.*, 2019, стр. 348.



Дијаграм 4.

У овом случају:

услов А има степен интеракције “ка чвору” 0 и степен интеракције “од чвора” 2;

услов Б има степен интеракције “ка чвору” 2 и степен интеракције “од чвора” 0;

услов Ц има степен интеракције “ка чвору” 1 и степен интеракције од чвора 0;

услов Д има степен интеракције „ка чвору“ 0 и степен интеракције „од чвора“ 1.

Степен интеракције услова уговора је прецизна мера значаја уговорне одредбе. Услов уговора са највишим степеном интеракције је кључни уговорни услов. Реч је о уговорној одредби на коју се позива, или на коју упућује, највећи број других уговорних услова. У горе наведеном случају (дијаграм 4.), тај услов је Б – на њега упућују две одредбе (А и Д).¹⁶ У коначном, од садржине норме Б зависи садржина норми А и Д, а не обротно. *Ceteris paribus*, модификација или измена кључног услова уговора имаће системски ефекат на остатак уговора – погрешна интерпретација/неизвршење услова Б утицаће на уговор у целини, више него погрешна интерпретација/неизвршење услова уговора Д. Уговор са вишим степеном интеракције “од чвора” биће у већој мери подложен утицају измене других услова уговора. У датом примеру, услов уговора А је више подложен променама других уговорних одредби него услови Б, Ц и Д (степен интеракције “од чвора” услова А је највиши-2, његово извршење зависи од две уговорне одредбе).

5.2. Учесталост (густина) интеракције уговорних одредби

Учесталост (густина) мреже је однос између укупног броја интеракција између уговорних одредби (чворова) у контексту уговора као мрежне структуре, са једне, и броја свих могућих веза између услова уговора, са

¹⁶ Уговорни услов А такође има има степен 2, с тим што се ради о степену “од чвора”: то значи да је у контексту хијерархијске интеракције, услов “Б” изнад услова “А”: за потребе сагледавања уговора као мрежне структуре, уговорна одредба Б на коју упућују и од које зависи тумачење и примена уговорних одредби А и Д је хијерархијски изнад тих услова.

друге стране. Ради се, дакле, о односу броја постојећих интеракција са укупним бројем свих могућих интеракција између уговорних одредби. Карактеристика учесталости веза биће дата коришћењем структуре уговора из Дијаграма 1.

Степен учесталости горе наведеног уговора је $\frac{2}{3}$ с обзиром на то да постоје 4 стварне интеракције (А-Ц, А-Б, Б-Д и Б-Ц) и 6 могућих интеракција (две интеракције којих нема у овом примеру су А-Д и Ц-Д). Најнижи степен учесталости је 0 (уколико између уговорних одредби нема интеракција). Највиши степен учесталости је 1 – овај степен постоји уколико је свака одредба уговора у вези са сваком другом уговорном одредбом (то би у горе наведеном примеру био случај да су успостављене две преостале могуће везе између уговорних одредби А-Ц и Ц-Д). Питање учесталости уговора, сагледаног као мрежна структура, је индикација нивоа његове комплексности. Некада кратки уговори са великим бројем веза и међусобних интеракција могу бити комплекснији (са вишим степеном учесталости), него што су то уговори који користе дескриптивне одредбе, без коришћења упућивања и уз изостанак интеракција уговорних услова. Степен учесталости уговора, стога, има предност као мера за комплексност уговора у односу на друге критеријуме (нпр. број речи и словних знакова).

6. КОРИШЋЕЊЕ МАПА УГОВОРА У ПРАКСИ: ИЗАБРАНИ ПРИМЕРИ

Коришћење методе мапирања уговора кроз одређене дијаграме је програм „Agaucaria“. Овај програм се састоји од две основне компоненте. Једна компонента је скуп слова, од којих свако слово означава, представља, премису или закључак (и један и други су „чворови“ у смислу мапирања уговора), док је друга компонента скуп линија или стрелица које указују на везу између премиса и закључака. Корисник почиње процес конструисања мапе уговора уношењем текста аргумента у програм како би текст био анализиран. Следећи корак је означавање сваке изјаве (чвора), при чему се на десном делу екрана појављује слово које је додељено означеној изјави. Трећи корак је коришћење алата за цртање линија, којима корисник уноси правац од слова која представљају премисе (чворова) до оних које представљају закључак. Програм има главни “прозор” који омогућава да се чворови конструишу из претходно постојећих текстуалних датотека, алата за уређивање шематских приказа чворова и онлајн базу података претходно означених аргумента, која омогућава корисницима да траже аргументе (чворове), користећи неколико критеријума за претрагу, и да додају сопствене аргументе у базу података. Добијене мапе могу се визуелизовати и складиштити у формату

сlike. Након што су слова повезана линијама, почетни резултат може изгледати као шема аргумента (чвора).¹⁷

Пример коришћења уговорних мапа за анализу садржине уговора је и пројекат изградње базе података о билатералним споразумима о заштити страних инвестиција (е. „Bilateral Investment Treaties“–БИТс).¹⁸ Сличан приступ примењен је и у пројекту истраживања повезаности одредби споразума о слободној трговини – у анализи су коришћене одредбе из доступних база података са текстовима ових споразума.¹⁹

7. УГОВОР КАО МРЕЖНА СТРУКТУРА У ФУНКЦИЈИ ПРЕТВАРАЊА УГОВОРНИХ ОДРЕДБИ У КОД: УЛОГА ТРАДИЦИОНАЛНИХ ПРАВНИХ КОНЦЕПЦИЈА

Сагледавање уговора као мрежне структуре јесте корак у правцу даљег развоја метода претварања правне норме у код. Какав би требало да буде одговор традиционалног уговорно права на комплексност деловања алгоритамих уговора у постојећим правним оквирима? Посматрано из позиције уговорног права, уговори у форми програмског кода су без обзира на формат, у надлежности меродавног права. Правни одговор на постојање уговора у форми кода мора да пође од следеће претпоставке: могућност претварања текста у код подразумева ново схватање правне регулативе. Нормативни значај (и легитимност) кода требало би да се осигура већ у моменту настанка правне норме. То значи да би правници, у фази дефинисања садржине правног правила, требало да као полазну претпоставку имају да ће то правило бити предмет кодирања. Горе наведено је последица функционисања правне норме у дигиталном окружењу. Трансформативно дејство наведене чињенице илустративно је присутно у случају претварања уговора у код.²⁰

¹⁷ Видети: Reed, Chris (Ред), and Glenn Rowe (Глен). “Araucaria: Software for argument analysis, diagramming and representation.” *International Journal on Artificial Intelligence Tools* 13.04 (2004): 961-979. <https://scholar.archive.org/work/icmalchpdngzvokdelm7abohm/access/wayback/http://babbarge.computing.dundee.ac.uk/chris/publications/2004/ijait.pdf>. 1. 10. 2022.

¹⁸ Видети: Alschner, Wolfgang (Алшнер), and Skougarevskiy Dmitriy (Скоугареvски). “Towards an automated production of legal texts using recurrent neural networks.” *Proceedings of the 16th edition of the International Conference on Artificial Intelligence and Law*. 2017. https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3004653_code2078345.pdf?abstractid=2984920&mirid=1. 1. 11. 2022.

¹⁹ Видети: Alschner, Wolfgang (Алшнер), Seiermann, Julia (Сиерман) and Skougarevskiy Dmitriy (Скоугареvски). *Text-as-data analysis of preferential trade agreements: mapping the PTA landscape*. UN, 2017. https://repository.graduateinstitute.ch/record/295258/files/CTEI-2017-13-ASS_Mapping%20PTAs.pdf. 1. 11. 2022.

²⁰ Уговор у традиционалном (“аналогном”) смислу је испуњен када су извршене обавезе њиме предвиђене. Стога је циљ програмирања уговора да аутоматизује извршење

Када се ради о фази закључивања уговора, чини се да се каталог питања од значаја за ову фазу уговорног циклуса код уговора у форми кода не разликује пуно од уговора у традиционалном смислу. Неспорно је да постоји разлика у начину на који се изражава *animus contrahendi* у традиционалном уговору и у уговору у форми кода. Ипак, има случајева у националним законодавствима где је закључивање уговора дигиталним средствима комуникације прихваћено као релевантно.²¹ На трагу овог приступа је, чини се, и Конвенција УН о уговору о међународној продаји робе. Ова чињеница је од значаја јер се ради о репрезентативном мултилатералном међународном извору регулисања међународног привредног уговорног права. Наиме, Конвенција у члану 11. предвиђа да је уговор о међународној продаји у смислу Конвенције консенсуалан.²² Стога је валидан став да је закључење уговора у форми програмског кода пуноважно према Конвенцији. Овоме иде у прилог став праксе примене Конвенције да је пуноважан и уговор о продаји који је закључен разменом електронске поште (е-мајлова). Такође, у теорији се успоставља аналогија закључења уговора у форми кода са закључењем уговора кроз конклюдентне радње (нпр. испоруку робе и плаћање цене).²³

предвиђених обавеза: циљ није анализа текста или интерпретација уговорних норми. Инструкције програмерима морају бити прецизне и недвосмислене. Аутоматизује се извршење одређених задатака садржаних у уговорним обавезама (нпр. плаћање, испорука, слање обавештења о пријему итд.). Програмирање уговора има за резултат аутоматизацију извршења: ова аутоматизација праћена је гаранцијом да ће извршење у питању бити учињено управо како је уговором усаглашено. За разлику од традиционалног (“аналогног”) уговора, који разликује текст уговора и његово извршење, програмски код допушта да текст уговора у програмском језику буде истовремено и акција његовог испуњења. Тиме се потенцијално изједначава уговорно регулисање и испуњење уговора – самим постанком кода (нормирањем) оно што би требало да буде учињено као резултат уговора већ је извршено с обзиром на непроменљивост програмског кода и његову затвореност за интервенцију посредника. Уговорни документ у форми кода више није отелотворење споразума већ средство његовог испуњења. Видети: Diver, Lawrence Edward (Дивер) „*Digisprudence: the affordance of legitimacy in code-as-law*“. University of Edinburgh, 2019, doctoral thesis, 304. <https://era.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/36567/Diver2019.pdf?sequence=1>, 21. 02. 2021. Горе наведена тврдња је релевантна пре свега за паметне уговоре (е. *smart contracts*). О паметним уговорима видети више у: Cvetkovic, Predrag, „*Liability in the context of blockchain-smart contract nexus: Introductory considerations*“. Collection Papers Fac. L. Nis 89, 2020, 83.

²¹ Видети: O’Shields, Reggie (О’Шилдс). “*Smart contracts: Legal agreements for the blockchain*.” NC Banking Inst. 21 (2017). <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1435&context=ncbi> 1. 10. 2022. стр. 186. Цитиран је став једног суда Сједињених Америчких Држава да “иако интернет пословање има карактер новума, оно не мења суштински улове уговора, укључујући и форму сагласности воља”.

²² „Уговор о продаји не мора да се закључи нити потврди у писменој форми нити је подвргнут било којим другим захтевима у погледу форме. Он се може доказивати на било који начин, укључујући сведоке“ (члан 11. Конвенције УН о уговору о међународној продаји робе).

²³ Lauslahti, Kristian (Лауслахти); Mattila, Juri (Мајтила); Seppala, Timo (Сејала). *Smart contracts—How will blockchain technology affect contractual practices?*. Etila Reports, 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3154043 1. 11. 2022. стр. 68.

Посматрано у контексту тешкоћа испуњења уговора у форми кода, чини се да код ових уговора (за разлику од „аналогних“) не постоји могућност коришћења уговорних одредби којима се ова ситуација уређује (нпр. клаузула *rebus sic stantibus*; клаузула поновног преговарања): разлог ове немогућности је што активирањем кода почиње испуњење уговора које је ван контроле уговарача (једном када је програм активиран). Један од предлога да се ово питање реши повезивањем уговора у форми кода са одређеном јавно доступном базом података, где би се налазиле одредбе прописа које се односе на кодирани уговор – рачунарски програм требало би да обезбеди да, у ситуацији када дође до измене прописа који утиче на уговорну одредбу, та одредба буде одмах замењена односно коригована са изменама прописа који се на њу односи.²⁴

8. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Предиктивно уговарање је приступ уговарању усмерен на дефинисање уговорних одредби коришћењем технолошких система. Наиме, потенцијалне уговорне стране користе алате информационих технологија за утврђивање корелације између уговорних одредби и извршења уговора. Крајњи циљ примене наведеног метода је да уговор буде дефинисан на начин који обезбеђује његово извршење у складу са вољом уговорних страна. Предиктивним уговарањем се преговарачима омогућава да предвиде на који су начин уговорне одредбе (услови уговора) повезане са резултатима уговора (исходи уговора). Предиктивно уговарање се састоји од: (1) аналитичког модела и (2) скупа података о условима уговора, исходима и спољашњим условима. За аналитички модел је посебно важна методологија израде мреже уговорних одредби (мапирање уговора). Мапирање је базирано на претпоставци да не доприносе сви елементи уговора његовој комплексности – што је већи број услова уговора са којима је један од услова у интеракцији, виши је ниво доприноса комплексности од стране тог услова. Сагледавање уговора као мрежне структуре даје квантитативни увид у уговор као систем права, обавеза и одговорности тиме што се идентификују одредбе које су значајне за

²⁴ Видети: *Raskin Max* (Раскин). *The law and legality of smart contracts*. *Geo. L. Tech. Rev.*, 2016, 1. стр. 310. Други могући приступ превазилажења немогућности модификације уговора који се извршава кроз програмски код је установљавање тзв. хибридних форми уговора које могу да „читају“ и машине и људи. Типична форма овог уговора је тзв. Рикардијански уговор. Први пут га је увео финансијски криптограф Јан Григ (*Ian Grigg*) 1995. године. Ради се о документу који је: истовремено читљив за људе (као и уговор на папиру) али је и за програм (подобан за анализирање као и база података); повезан са јединственим и поузданим средством идентификације. Видети: *Grigg, Ian* (Григ), *The Ricardian contract* (1996), http://iang.org/papers/ricardian_contract.html. 2. 4. 2020.

извршење уговорних обавеза. Предиктивно уговарање се управо обезбеђује кроз: идентификацију уговорних одредби чије измене ремете уговорну равнотежу коју је успостављена уговором; одређивање интензитета тог ремећења; одржавање уговорне равнотеже у контексту околности трансакције. Циљ описаног приступа је да се види ефекат модификације на уговорну структуру, чиме се смањује вероватноћа негативних и ненамераваних последица уговорне измене. Предиктивно уговарање омогућава да се питање ризика модификације које је у традиционалном смислу предмет правне анализе и интуиције, спроведе на процедурално дефинисан, мерљив и контролисан начин. Примена предиктивног уговарања подстакнуто је могућношћу његове аутоматизације и рачунарске обраде – резултата у том смислу већ има. Чини се да захтеви које традиционално уговорно право поставља пред уговоре у форми алгорита (закључивање и извршење) мора бити сагледано кроз правни значај понашања уговарача – постоји простор да се овим понашањима призна правни значај и снага изјава воље и извршења у смислу традиционалног уговорног права.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Alschner, Wolfgang, Seiermann, Julia and Skougarevskiy Dmitriy. Text-as-data analysis of preferential trade agreements: mapping the PTA landscape.* UN, 2017. https://repository.graduateinstitute.ch/record/295258/files/CTEI-2017-13-ASS_Mapping%20PTAs.pdf; 1. 11. 2022.
- Alschner, Wolfgang, and Skougarevskiy Dmitri. "Towards an automated production of legal texts using recurrent neural networks." Proceedings of the 16th edition of the International Conference on Artificial Intelligence and Law. 2017. https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3004653_code2078345.pdf?abstractid=2984920&mirid=1. 1. 11. 2022.
- Badawi, Adam B. & Dari-Mattiacci Giuseppe "Reference Networks and Civil Codes", у "Law as Data: Computation, Text and the Future of Legal Analysis", Michael A. Livermore & Daniel N. Rockmore eds., 2019, 339-65.
- Цветковић, Предраг, "Law as a Complex Adaptive System: path Toward Self-Sustainability of Legal Framework". *Collection Papers Fac. L. Nis*, 84/2019, стр. 63-74;.
- Cvetkovic, Predrag, „Liability in the context of blockchain-smart contract nexus: Introductory considerations“. *Collection Papers Fac. L. Nis* 89, 2020, 83.
- Цветковић, Предраг. "Примена технологије у правном контексту-пример ЛегалТецх-а". *Право и привреда* 60/2022, стр. 447-460.
- Цветковић, Предраг: "Уговор као алгоритам: уводна разматрања, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 92/2021, стр. 15-34.
- Diver, Lawrence Edward, „Disprudence: the affordance of legitimacy in code-as-law“. University of Edinburgh, 2019, doctoral thesis,. <https://era.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/36567/Diver2019.pdf?sequence=1>, 21. 02. 2021

- Grigg, Ian, "The Ricardian contract" (1996), http://iang.org/papers/ricardian_contract.html. 2. 4. 2020.
- Haney, Brian S., "Applied Natural Language Processing for Law Practice". https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3483758, 01. мај 2022.
- Lauslahti, Kristian; Mattila, Juri; Seppala, Timo. Smart contracts—How will blockchain technology affect contractual practices?. Etna Reports, 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3154043 1. 11. 2022.
- O'Shields, Reggie "Smart contracts: Legal agreements for the blockchain." NC Banking Inst. 21 (2017). <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1435&context=ncbi> 1. 10. 2022
- Raskin Max. *The law and legality of smart contracts. Geo. L. Tech. Rev.*, 1/2016 https://moodle.epfl.ch/pluginfile.php/2861851/mod_resource/content/1/Raskin-1-GEO.-L.-TECH.-REV.-305-.pdf 1. 11. 2022..
- Reed, Chris, and Glenn Rowe. "Araucaria: Software for argument analysis, diagramming and representation." *International Journal on Artificial Intelligence Tools* 13.04 (2004):961-979. <https://scholar.archive.org/work/icmalchpdngzvok-deltm7abohm/access/wayback/http://babbage.computing.dundee.ac.uk/chris/publications/2004/ijait.pdf>. 1. 10. 2022.
- Ruhl, John B., Katz, Daniel Martin, "Measuring, monitoring, and managing legal complexity". *Iowa L. Rev.* 101/2015, стр. 191-244.
- Smith, Thomas A, "The Web of the Law", *San Diego L. Rev.* 44/2007, стр. 316-354.

Интернет извори:

- <https://kirasystems.com/>.
<https://mitratech.com/products/eraclm/>.
<https://www.axiom.co/>.
<https://www.sirionlabs.com/>

Predrag N. Cvetković
University of Niš
Faculty of Law Niš
pepi@prafak.ni.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-8505-446X

Ljubica M. Nikolić
University of Niš
Faculty of Law Niš
ljubica@prafak.ni.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-0475-4454

Contract and the Code: the Case of Predictive Contracting

Abstract: *Predictive contracting uses information technology tools to determine the correlation between contractual provisions and contract performance using external data; the ultimate goal of applying this method is to define the contract in a way that ensures its execution in accordance with the will of the parties. Parties may anticipate how the contractual provisions/terms (and the choice between them) relate to the outcome of the contract (with outcomes); those information can be used iteratively (in a repetitive process) in order the text of the contract to be improved. Predictive contracting consists of: (1) an analytical model and (2) a set of data on contract terms, outcomes, and external conditions. The analytical model should be defined in a way that is “readable” and understandable to the programmer who translates it into program code. The format of the data as a second fragment of predictive contracting must be suitable for algorithmic processing. Predictive contracting is applicable to simple contracts often concluded on the market: the reason for this limitation is that the model’s ability to predict outcomes decreases as the complexity of the subject of analysis (contracts) increases. Complex contracts remain outside the realm of predictive contracting. The predictive power of the analytical model is increased by increasing the amount of data that the model has access to. The premise on which predictive contracting is based is that a contract is a complex system of contractual provisions contained therein. The degree of complexity of the contract is proportional to the degree of interaction between the contract provisions: the greater the degree of these interactions, the more complex the contract is. Predictive contracting aims to help contractors anticipate the effects of contractual provisions on outcomes so that subsequent contracts can be improved in a way that allows for better outcomes. Improving contract outcomes is the ultimate goal*

of predictive contracting. Predictive contracting enables the issue of modification risk (which in the traditional sense is the subject of legal analysis and legal intuition) to be implemented in a procedurally defined, measurable and controlled manner. The application of predictive contracting is encouraged by the possibility of its automation and computer processing.

Keywords: *Predictive contracting, Contract as the network, Contract maps, Contract as an algorithm.*

Датум пријема рада: 26.10.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 24.11.2022.

Датум прихватања рада: 13.12.2022.

Сања М. Савчић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
s.savcic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-1160-5860

О НОВЧАНОЈ НАКНАДИ НЕИМОВИНСКЕ ШТЕТЕ ПРАВНОМ ЛИЦУ У СРПСКОМ ПРАВУ – ПРИЛОГ РЕФОРМИ ОДШТЕТНОГ ПРАВА¹

Сажетак: *Право на новчану накнаду неимовинске штете не уживају на једнак начин сви правни субјекти, односно правна и физичка лица. У теорији и пракси постоје различити приступи у погледу мишљења да ли правно лице може да има нематеријалну штету истог интензитета и у истом облику као што је то случај са физичким лицима. С тим у вези, истраживало се да правно лице може да има уред, те стога нарушен уред може да представља основ обавезивања на новчану накнаду због штете која се због тога има. Дискусија о основаности новчане накнаде нематеријалне штете правним лицима настањена је све до усвајања правног схватања Грађанског одељења Врховног суда Србије од 5. фебруара 2001. године. Новија теорија облигационог права о овом питању расправља у контексту употребе преиспитивања важећих правила одговорног права. У том смислу, истражило се да објективни концепт неимовинске штете, којим се изузима физички или психички бол и страх из појмовног одређења, обезбеђује правни основ за новчану накнаду ипак штете правним лицима. Такве измене већ су сprovedене у појединим земљама бивше Југославије. Када је реч о Србији, теорија и пракса још увек чекају на реформу, иако постоје назнаке да се на нормативном плану реформа већ догодила. Стога је циљ овог рада да одговори на питање да ли у нашем праву постоји право правног лица на накнаду неимовинске штете.*

¹ Рад је настао као резултат истраживања у 2022. години у оквиру пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду. Претходно је саопштен на IV Међународној научној конференцији „Правна традиција и нови правни изазови“ која је одржана 13. и 14. октобра 2022. године у организацији Правног факултета Универзитета у Новом Саду.

Кључне речи: неимовинска штета, правно лице, пословни углед, објективна концепција, субјективна концепција.

1. УВОДНО РАЗМАТРАЊЕ

Према Закону о облигационим односима, ко другоме проузрокује штету, дужан је да је надокнади. Штетом се сматра умањење нечије имовине (обична штета) или спречавање њеног увећања (измакла корист), као и наношење другоме физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета²). Накнада штете може да буде одређена натурално или у новчаном износу. Док натурална накнада по својој природи у свему одговара циљевима који се накнадом желе остварити, новчаном накнадом се настоји надоместити вредност оштећене имовине (код имовинске штете), односно када је реч о нематеријалној штети, пружити сатисфакција због претрпљене штете.

Када је реч о материјалној штети, правна и физичка лица потпуно су изједначена у погледу захтева за њеном накнадом у новцу. То је разумљиво, с обзиром на то да је материјална штета мерљива категорија. Право на новчану накнаду неимовинске штете не уживају на једнак начина сви правни субјекти, односно правна и физичка лица. У теорији и пракси постоје различити приступи у погледу питања да ли правно лице може да трпи нематеријалну штету истог интензитета и у истом облику као што је то случај са физичким лицима. Физички и психички бол и страх представљају осећања која се приписују само физичким лицима. Ипак, правно лице ужива углед у пословном свету, који може бити нарушен штетним радњама других лица.

У периоду пре доношења Закона о облигационим односима, у доктрини и судској пракси је уочљиво колебање о допуштености новчане накнаде нематеријалне штете. С тим у вези, истицало се да правно лице може да има углед, те стога нарушен углед може да представља основ обавезивања на новчану накнаду штете која се због тога трпи. Штавише, и након доношења Закона о облигационим односима, из чијих одредаба произлази да је емотивни доживљај нужан елемент у утврђивању нематеријалне штете, судови су досуђивали новчану накнаду правним лицима због повреде угледа. Временом, право на новчану накнаду нематеријалне штете правних лица бива искључиво схваћено у складу са језичком интерпретацијом односне одредбе

² У литератури се користе термини нематеријална, неимовинска, морална штета, али претежно као синоними. Имајући у виду ограничење у погледу обима овог рада, нећемо отварати расправу о значењу термина и њиховој употреби, већ упућујемо на литературу: Обрен Станковић, *Накнада штете*, Београд 1998, 27, Марија Караникић-Мирећ, „Историја идеје о моралној штети у модерном српском праву“, *Казнена реакција у Србији* – VI део, тематска монографија, Београд 2016, 184-186.

Закона о облигационим односима, те се правним лицима, услед неспособности да осете физички или душевни бол и страх, негира право на новчану накнаду нематеријалне штете.

Дискусија о основаности новчане накнаде нематеријалне штете правним лицима настављена је све до усвајања правног схватања Грађанског одељења Врховног суда Србије од 5. фебруара 2001. године.

Новија теорија облигационог права о овом питању расправља у контексту потребе преиспитивања важећих правила одштетног права. У том смислу, истиче се да објективни концепт неимовинске штете, којим се изузима физички или психички бол и страх из појмовног одређења, обезбеђује правни основ за новчану накнаду такве штете правним лицима. Такве измене већ су спроведене у појединим земљама бивше Југославије. Када је реч о Србији, теорија и пракса још увек чекају на реформу, иако постоје назнаке да се на нормативном плану реформа већ догодила. Стога је циљ овог рада да одговори на питање да ли у нашем праву постоји право правног лица на накнаду неимовинске штете.

2. НЕИМОВИНСКА ШТЕТА ПРАВНОГ ЛИЦА У ПЕРИОДУ ПРЕ ДОНОШЕЊА ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

Проузроковање штете јесте чињеница из које настаје облигациони однос. Дакле, лице коме је проузрокована штета постаје поверилац њене накнаде, а штетник или друго одговорно лице, њен дужник. Право на накнаду имовинске штете, која се састоји из умањења нечије имовине (*damnum emergens*, стварна штета) и спречавању њеног увећања (*lucrum cessans*, изгубљена добит) је одувек било неспорно. Како се ова штета одражава у имовини оштећеног, накнаду је могуће остварити поправком или пак новчаном накнадом противвредности оштећене имовине.

За разлику од имовинске, питање признања неимовинске штете као извора облигације није одувек било општеприхваћено у теорији, нити у законима. Нематеријална штета заправо представља продукт развоја грађанских друштава, и у складу са тим правних система.³ Непролазна актуелност чини га предметом бројних теоријских расправа, а последично и нормативних интервенција, које нису увек резултирале у јасној примени од стране судова.

Постоји неколико разлога томе.⁴ У домаћој литератури се исцрпно овим бавио Обрен Станковић, те ћемо у погледу различитих теорија о неимовин-

³ Обрен Станковић, *Накнада штете*, Београд 1998, 33.

⁴ У својој монографији *Новчана накнада неимовинске штете*, која је заправо са одликом одбрањена докторска дисертација 1963. на Правном факултету у Београду, професор Обрен Станковић детаљно разматра негативне и позитивне теорије о праву на накнаду

ској штети упутити на радове овог аутора. За потребе нашег рада, издвојићемо само кључне аргументе.

Најзначајнији јесте проблем новчане валоризације нематеријалног добра, односно права личности или заштићеног нематеријалног интереса. Дуго времена се у теорији истицало да би новчано изражавање емоција изазваних повредом права личности водило у своју супротност, те би се досуђивањем новчане накнаде заправо додатно „унижавала“ човекова личност.⁵ Такав приступ је временом превазиђен, те се оправдање новчане накнаде неимовинске штете измешта из контекста противвредности повређеног добра, односно његове валоризације, у контекст сатисфакције. Занимљиво, иако минуциозно анализира богату инострану литературу, пре свега француску и немачку, *Станковић* овај еволутивни приступ за домаће право приписује социјалистичком уређењу, у којем „личност треба да доживи своју пуну афирмацију“⁶, те право треба употребити као „инструмент рационалне организације друштвених односа“⁷. Ипак, *Станковић*, који је неспорно обликовао домаће деликтно право, негира право правног лица на новчану накнаду неимовинске штете. „Правно лице, које није посебно биће са својим биолошким интегритетом, својим осећањима и својим психичким животом, није у стању да трпи неимовинску штету у смислу у коме је то случај са физичким лицима“⁸. Истина, овај аутор препознаје штетне последице умањеног друштвеног угледа правног лица, које се могу репарирати мерама публицитета, али је искључив у погледу тврдње да се оне одражавају једино на економском плану. Спремност судова да ипак досуде новчану накнаду, *Станковић* објашњава потребом заклањања пред често немогућим задатком утврђења имовинске штете која је настала умањењем угледа правног лица.⁹ Ова аргументација је и данас присутна.¹⁰

Насупрот овом чистом субјективном поимању нематеријалне штете *Станковића*, које је касније продрло и у Закон о облигационим односима, *Михаило Константиновић* у *Скици за Законик о облигацијама и уговорима*, нуди мешовиту концепцију нематеријалне штете. Тако, нематеријалном штетом сматра повреду сваког законитог интереса, као и повреду права личности: слободе, части, угледа, стида, личног и породичног мира и других

неимовинске штете. Монографија је поново издата 1998. као део књиге *Накнада штете (уз Накнада за јојачане најоре и умањење живојне активносци, Накнада имовинске штете и Накнада штете у облику реније)*. О негативним и позитивним теоријама в. 40-61.

⁵ О. *Станковић*, 41.

⁶ О. *Станковић*, 45.

⁷ О. *Станковић*, 45.

⁸ О. *Станковић*, 85.

⁹ О. *Станковић*, 87.

¹⁰ Вид. поглавље 5.1. овог рада.

личних добара, као и наношење другог физичког или психичког бола.¹¹ У *Бележкама са предавања* Константиновић о новчаној накнади нематеријалне штете говори у форми изузетка, а правна лица као повериоце такве накнаде у опште ни не помиње.¹²

Чињеница да се у времену послератног развоја српске правне мисли о нематеријалној штети одлучивало применом правних правила¹³ претежно садржаних у Српском грађанском законик,¹⁴ објашњава због чега су судови оклевали да заузму јасан став о новчаној накнади нематеријалне штете.¹⁵ Тим пре је јасна уздржаност када је реч о нематеријалној штети правних лица.

Афирмативни приступ у судској пракси није се наметнуо ни поред чињенице да је нормативни оквир новчане накнаде нематеријалне штете постојао и пре доношења Закона о облигационим односима. Наиме, према *Закону о сузбијању нелојалне утакмице и монополистичких споразума* из 1974. године¹⁶, ако је делом нелојалне конкуренције повређен углед организације удруженог рада, суд таквој организацији може, на њен захтев, досуђити правичну новчану накнаду, независно од накнаде имовинске штете и од тога да ли таква штета постоји. Новчана накнада се остварује по принципима накнаде неимовинске штете.¹⁷ Под радњом нелојалне утакмице пак нарочито ће се сматрати изношење или доношење, непосредно или преко другог, тврђења или давање података о другој организацији удруженог рада о њеном пословању, производима, услугама, о њеним радницима или другим околностима, ако су та тврђења односно подаци штетни или могу бити штетни по углед и пословање те организације (оцрњивање).¹⁸

¹¹ Михаило Константиновић, *Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, чл. 124, објављено у: *Облигације и уговори*, Скица за Законик о облигацијама и уговорима, Београд 1996, 77.

¹² Михаило Константиновић, *Облигационо право – према бележкама са предавања професора Др. М. Константиновића*, Београд 1961, 95-107.

¹³ Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 86/1946, 105 /1946, 96/1947 – обавезно тумачење, чл. 4.

¹⁴ Релевантна правила садржана су у глави XXX – О накнади штете уопште, Српски грађански законик (текст СГЗ доступан је на интернет презентацији *Harmonius*, https://www.harmonius.org/sr/pravni-izvori/jugoistocna-evropa/privatno-pravo/srbija/Srpski_gradjanski_zakonik_1844.pdf, 10.09.2022.

¹⁵ Зоран Ивошевић, Предговор у: О. Станковић, *Накнада штете*, Београд 1998, 12.

¹⁶ Закон о сузбијању нелојалне утакмице и монополистичких споразума, *Службени лист СФРЈ*, бр. 24/74.

¹⁷ Закон о сузбијању нелојалне утакмице и монополистичких споразума из 1974., чл. 16.

¹⁸ Закон о сузбијању нелојалне утакмице и монополистичких споразума из 1974., чл. 8, ст. 1 тачка 2.

3. НЕИМОВИНСКА ШТЕТА ПРАВНИХ ЛИЦА ПРЕМА ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

Доношењем Закона о облигационим односима¹⁹ субјективни појам нематеријалне штете добија нормативни оквир. Према чл. 155 ЗОО, штета је умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист), као и наношење другоме физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета). Нематеријална штета, дакле, није повреда права личности као таква, већ претрпљени физички или психички бол или страх због повреде одређених права.

Када је реч о новчаној накнади ове штете, законодавац изричито наводи да се новчана накнада може захтевати за претрпљене физичке болове, за претрпљене душевне болове због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободе или права личности, смрти блиског лица као и за страх. Уколико суд нађе да околности случаја, а нарочито јачина болова и страха и њихово трајање то оправдавају, може досудити правичну новчану накнаду, независно од накнаде материјалне штете као и у њеном одсуству.²⁰

3.1. Неимовинска штета правног лица у судској пракси

Из језичке редакције произлази да право на новчану накнаду има оштећени који је претрпео физичке или душевне болове или страх због повреде наведених права. Разумљиво, такве емоције својствене су човеку, као бићу које је способно да мисли и осећа. Стога је неспорно да физичко лице може да оствари накнаду нематеријалне штете. С друге стране, правно лице, којем је својство правног субјекта правом признато под одређеним условима, не поседује капацитет да емотивно проживљава учињену повреду, чак и када је реч о правима личности која су призната правном лицу (право на углед).²¹ Међутим, закључак који би се већ језичким тумачењем наметнуо, а то је да правно лице нема право на накнаду нематеријалне штете, у судској пракси у периоду након доношења ЗОО се и није показао толико очигледним.

Тако, Врховни суд у одлуци из 1995. истиче да тужилац има право на накнаду нематеријалне штете за повреду заштићеног робног жига, јер она

¹⁹ Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – УС, 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93, 22/99 – др.пропис, 23/99 – исправка, 35/99 – др.пропис, 44/99 – др.пропис, *Сл. гласник РС*, бр. 18/20.

²⁰ ЗОО, чл. 200.

²¹ О. Станковић, 84-89. Опширније о правима личности и правним лицима као њиховим титуларима вид. Владимир В. Водинелић, „Права личности – старе и нове дилеме о називу и још понечему“, *Liber Amicorum Aldo Radolović*, Rijeka 2018, 279-281.

представља сатисфакцију због повреде коју је претрпео. Утврђивање висине ове штете би пак требало вршити сагласно одредбама ЗОО (чл.200).²² Нешто касније, поводом спора због повреде угледа, исти Суд истиче да је „накнада нематеријалне штете сатисфакција која се досуђује оштећеном физичком лицу за штету коју је претрпео на неком свом нематеријалном добру, па се не може везивати за случај повреде угледа правног лица, без обзира што углед има и правно, а не само физичко лице. Повреду пословног угледа правног лица као умањење угледа не прате психичке патње, јер правно лице није у стању да такве патње осећа.“²³ Потпуно супротно, Савезни суд истиче да се „основано у захтеву за заштиту законитости Савезног државног тужиоца указује да је тужиоцу поред права на накнаду материјалне штете, сагласно наведеним одредбама посебних закона (Закон о жиговима из 1995, *џрим. ауџора*), припада и право на накнаду нематеријалне штете, јер та новчана накнада представља *сатисфакцију* тужиоцу због повреде коју је претрпео, а чију висину је првостепени суд сагласно одредби чл. 200 ЗОО, а у вези са чл. 233, ЗПП правилно одмерио.“²⁴

Колебање судова приметно је све до доношења Правног схватања Грађанског одељења Врховног суда Србије према којем правно лице нема право на накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа, јер то није законом призната штета.²⁵ „При решавању наведене дилеме (да ли правно лице има право на накнаду нематеријалне штете? *џрим. ауџора*) треба имати у виду да када је посебним законом (нпр. Законом о заштити проналазака, техничких унапређења и знакова разликовања у чл. 117) прописано да штетник одговара по општим правилима о накнади штете, то не значи да сваки оштећени има право на сваку законом прописану накнаду штете. У питању је упућујућа норма, а то у сваком случају значи да се пре свих морају имати у виду одредбе из чл. 155 и 200, ст. 1 ЗОО. Из таквих одредби, по логици ствари, следи да право на правичну новчану накнаду нематеријалне штете за претрпљене душевне болове због повреде угледа има само физичко лице, јер само оно може претрпети душевне болове. Такве болове због повреде угледа не трпи правно лице, па му због тога наведена накнада није законом призната.“ Новија судска пракса у потпуности кореспондира са изнесеним Правним схватањем.²⁶

²² Врховни суд Србије, Прев. 132/95.

²³ Врховни суд Србије, Прев. 12/97.

²⁴ Савезни суд, ГЗС. 5/99.

²⁵ Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије са седнице од 05.02.2001.

²⁶ У Пресуди Апелационог суда у Новом Саду из 2013. године наводи се да је „пословни углед правног лица правно заштићено добро, али његова повреда не даје основа за досуду сатисфакције из разлога што се последице те повреде не испољавају у једном од правно признатих видова нематеријалне штете.“ Суд надаље истиче да пословни углед правног лица може бити повређен радњом неког лица, али „по природи ствари, у последицама такве

3.2. Неимовинска штета правног лица у српском праву према схватању домаће теорије

У домаћој теорији, на питање да ли се у српском праву може досудити правном лицу новчана накнада неимовинске штете, једнодушан је негативан одговор.²⁷ Аргумент који се истиче јесте управо редакција законске одредбе чл. 155 Закона о облигационим односима, која почива на субјективној концепцији појма неимовинске штете, али и поменуто Правно схватање Врховног суда Србије.

Новија теорија евентуални простор за другачији став налази у изменама нормативног оквира у правцу објективизовања појма нематеријалне штете. *Караникић-Мирић* наглашава да неимовинску штету представља апстрактна повреда неимовинског права или објекта таквог права, или правом заштићеног неимовинског интереса.²⁸ Анализирајући реформу одштетног права у суседној Хрватској, *Караникић-Мирић* истиче да је један од кључних разлога због којих се приступило реформи и објективизовала нематеријална штета управо потреба да се правним лицима призна право на накнаду нематеријалне штете, јер је „јасно да без минималног помака у смеру објективизовања појма моралне штете није могуће да се право на њену накнаду призна и правним лицима.“²⁹

Нацртом Грађанског законика Србије понуђена су два (алтернативна) предлога у правцу изричитог признања правичне новчане накнаде неимовинске штете правном лицу.³⁰ Имајући у виду да је пројекат Законика зау-

штетне радње нема аналогије између физичких и правних лица. Стога, правно лице нема право на накнаду нематеријалне штете за претрпљене душевне болове због повреде части и угледа, јер таква штета није законом призната. (Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 5164/12 од 14.02.2013, објављена у Билтену Апелационог суда бр. 5/2013).

²⁷ Марија Караникић-Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Београд 2013, 127, М. Караникић-Мирић, „Историја идеје о моралној штети у модерном српском праву“, *Казнена реакција у Србији* – VI део, тематска монографија, Београд 2016, 185, „Објективизовање моралне штете“, *Зборник радова Матице српске за друштвене науке*, 3/2015, 488, Исти став произлази из: Живомир Ђорђевић у: Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, Београд 1986, 460, Јаков Радишић, *Облигационо право*, Ниш 2016, 321-323; Жељко Салма, *Облигационо право*, Нови Сад 2007, 621-623; Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2009, 524-525; Марија Тороман у: Борислав Благојевић, Врета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд 1980, 536-538.

²⁸ Марија Караникић-Мирић, „Објективизовање моралне штете“, *Зборник радова Матице српске за друштвене науке*, 3/2015, 495.

²⁹ М. Караникић-Мирић, 2015, 495. Додатно, Караникић-Мирић наводи и да би објективизовање моралне штете олакшало и одлуку да се свим правним субјектима, па и правним лицима, призна право на накнаду моралне штете изазване повредом уговорне обавезе, што је у хрватском закону и учињено (чл. 340, ст. 1 хрвЗОО). Види још: М. Вукотић, 463-467.

³⁰ Влада Републике Србије, Комисија за израду Грађанског законика, *Грађански законик Републике Србије*, Радни текст припремљен за јавну расправу са алтернативним

стављен заправо у фази преднацрта, мало је вероватно да ће овим кодификацијским подухватом бити учињена промена општих правила српског одштетног права. Ипак, прижељкујући реформу законског појма неимовинске штете у правцу њене објективизације, а у оквиру Закона о облигационим односима, не можемо да не приметимо да изван пажње домаћих правника остају норме посебних закона којима се такође, премда фрагментарно, уређују облигациони односи.

4. ОБЈЕКТИВИЗОВАЊЕ ПОЈМА НЕИМОВИНСКЕ ШТЕТЕ У СРПСКОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

4.1. Појам неимовинске штете према Закону о трговини

Нормативно решење којим се по први пут у српском праву отвара простор за објективизацију појма неимовинске штете јесте Закон о трговини из 2010. године³¹. Одредбом чл. 50а, ст. 2. се изричито предвиђа право на накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа, настале радњом непоштене тржишне утакмице. Суд ће досудити правичну новчану накнаду нематеријалне штете, ако нађе да околности случаја то оправдавају, а нарочито значај, трајање и интезитет повреде, ефекат повреде на пословање тужиоца, значај повређеног добра и циљ коме служи та накнада, као и томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом. Истоветна редакција постоји и у одредби чл. 41 актуелног Закона о трговини из 2019. године.³²

У теорији се наводи да из наведене одредбе није могуће извести закључак да је и правним лицима признато право на накнаду нематеријалне штете, будући да трговци, на које се одредба односи, могу да буду и правна и физичка лица.³³ С тим у вези, нематеријална штета би се изгледа неспорно могла досудити физичком лицу на које се Закон о трговини примењује, али не нужно и правном лицу. Бар о томе не постоји референтна судска пракса. Уз то, не можемо да не приметимо да и теорија оклева да пружи право значење спорне норме. За почетак, пажњу завређује одредба којом се одређују критеријуми за одлучивање о захтеву за накнаду штете. Тако, суд треба да има у виду, између осталог, трајање и интезитет повреде. Премда језичка

предлозима (у даљем тексту: Нацрт), доступан на: <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 13.11.2022, чл. 361.

³¹ Закон о трговини, *Службени гласник РС*, бр. 53/2010 од 29.07.2010. (у даљем тексту: ЗОТ10).

³² Закон о трговини, *Службени гласник РС*, бр. 52/2019 од 22.07.2019. (у даљем тексту: ЗОТ19).

³³ Вукотић, 460.

редакција подсећа на одредбу чл. 200 ЗОО, приметно је да је избегнута формулација „интезитет болова“.³⁴ То би могло да значи да постојање нематеријалне штете није условљено људском бићу својственим доживљајима. Напротив, инсистира се на томе да суд води рачуна о интезитету и трајању повреде, као такве.³⁵

4.2. Појам неимовинске штете према Закону о заштити права на суђење у разумном року

Законом о заштити права на суђење у разумном року³⁶ предвиђено је, као једно од могућих правичних задовољења због повреде права на суђење у разумном року, и право на новчано обештећење за неимовинску штету која је странци изазвана повредом права на суђење у разумном року. Одговорност Републике Србије за неимовинску штету у овом случају је објективна, а при одлучивању о правичном задовољењу Државно правобранилаштво и судови су везани решењем председника суда којим је утврђена повреда права на суђење у разумном року.³⁷ То би значило да, када се утврди да је повређено право, странка (дакле, физичко или правно лице) може захтевати новчано обештећење, у поступку поравнања или тужбом, а Правобранилаштво или суд одлучују једино о висини обештећења.³⁸ Истина, ову накнаду Врховни касациони суд не сматра ни материјалном ни нематеријалном штетом, већ накнадом *sui generis*,³⁹ али у везу са питањем о којем расправљамо доводи је управо сврха која се њоме жели остварити, а то јесте сатисфакција.⁴⁰

³⁴ Вукотић језичким тумачењем наведене одредбе закључује да је „законодавац покушао да направи суштинску измену у режиму одговорности за неимовинску штету“, али у даљем тексту остаје при томе да је „најтежа грађанскоправна санкција која може да погоди штетника обавеза да плати објављивање пресуде, исправке или опозива штетне радње“. М. Вукотић, 460.

³⁵ Врховни касациони суд у једном ревизијском спору поводом накнаде нематеријалне штете физичког лица износи прилично необично образложење. Занемарићемо делове образложења која су изван контекста нашег истраживања. Наиме, цитирајући одредбу чл. 200 Закона о облигационим односима суд истиче да су душевни болови критеријум на основу којих се цени да ли су они такве јачине и трајања да представљају основу за накнаде нематеријалне штете, а сама нематеријална штета је повреда неког од права личности. (Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 4087/2020 од 06.10.2021.).

³⁶ Закон о заштити права на суђење у разумном року, *Службени гласник РС*, бр. 40/2015.

³⁷ Закон о заштити права на суђење у разумном року, чл. 22 и 23.

³⁸ Закон о заштити права на суђење у разумном року, чл. 24, 26 и 30.

³⁹ Сентенца из решења Врховног касационог суда Рж г 95/2014 од 01.10.2014. године утврђена на седници Одељења за заштиту права на суђење у разумном року 19.03.2015. године.

⁴⁰ Произлази из образложења решења Врховног касационог суда Рж г 95/2014 од 01.10.2014. Управо поводом повреде права на суђење у разумном року је и Европски суд за

4.3. Појам неимовинске штете према Закону о жиговима

Према Закону о жиговима, у случају повреде права, тужилац, између осталог, може тужбом да захтева накнаду штете.⁴¹ Даље, Законом је изричито предвиђено да тужилац има право на накнаду материјалне и нематеријалне штете, а да ће се при одређивању висине накнаде штете узети у обзир све околности конкретног случаја, а посебно негативне економске последице које трпи тужилац, укључујући изгубљену добит, као и добит коју је тужени остварио повредом права.⁴²

Претходно је већ указано на одредбе раније донесених закона сличне формулације. Међутим, разлог због којег одредбе Закона о жиговима завређују нарочиту пажњу приликом истраживања да ли у српском праву заправо већ постоји правни основ досуђивања новчане накнаде неимовинске штете и правном лицу јесте околност да је у судској пракси управо у споровима поводом повреде жига постојало одступање од општеприхваћене негације овог права.

4.3.1. Језичко тумачење неимовинске штете према Закону о жиговима

Први наговештај да се одредбом Закона о жиговима одступа од традиционалног схватања о непостојању права на новчану накнаду нематеријалне штете правног лица јесте управо сама језичка редакција. За разлику од цитиране одредбе Закона о трговини, Законом о жиговима се захтев за накнаду нематеријалне штете не условљава повредом угледа. Тужилац може такав захтев да постави када му је повређено право.⁴³ Дакле, субјективна концепција појма нематеријалне штете се овим законом на редакцијском плану очигледно напушта.

Према чл. 91, тужилац у спору због повреде жига може да буде носилац жига, подносилац пријаве, стизалац лиценце, корисник колективног жига уз сагласност носиоца колективног жига и корисник жига гаранције уз сагласност носиоца жига гаранције. Другим речима, активну легитимацију у поступку има носилац права, који може да буде и физичко и правно лице.

Законом није учињена дистинкција између ових субјеката у погледу тужбених захтева који се могу истаћи, па ни захтева за накнаду штете, имовинске и/или неимовинске. Следи да је у праву жига успостављено *lex specialis* правило, тим пре што у цитираном члану није садржана упућујућа норма.

људска права досудио новчану накнаду неимовинске штете правном лицу (Comingersoll S.A. v. Portugal, no. 35382/97). Одлука цитирана у: Вукотић, 457.

⁴¹ Закон о жиговима, *Службени гласник РС*, бр 6/2020, од 2401.2020., (у даљем тексту: ЗоЖ), чл. 92, став 1, тачка 3.

⁴² ЗоЖ, чл. 92, ст. 4 и 5.

⁴³ ЗоЖ, чл. 92, став 1, тачка 3.

Ипак, редуccionистички поглед само на законски текст могао би довести до значења које ни сам законодавац није намеравао дати односној одредби.⁴⁴ Општа правила садржана у ЗОО, теорија и судска пракса, како смо већ претходно изложили, негирају право правних лица на накнаду нематеријалне штете. Стога је нужно утврдити да ли је реч о пропусту законодавца да упуту на правила облигационог права или је његова намера била управо да се избегне примена тих правила.

4.3.2. Историјско (субјективно) тумачење неимовинске штете у праву жиџа

Утврђивању објективне садржине спорне одредбе претходи „трагање за релевантном намером историјског законодавца.“⁴⁵ Полазну грађу представљају текстови раније важећих закона.

Одредбом чл. 49 Закона о жиговима из 1995. године било је предвиђено да лице које повреди жиг или право из пријаве одговара за штету по општим правилима о накнади штете. Ако је штета проузрокована намерно, накнада штете се може захтевати до троструког износа стварне штете и измакле користи (ст. 1). Лице чије је право повређено може, поред накнаде штете, тражити да се лицу које је повредило његово право забрани даље вршење радње којом се чини повреда и да се пресуда којом се утврђује повреда објави о трошку туженог (ст. 3).⁴⁶ Уједно, то су и једини захтеви који се овим Законом изричито прописују.

Закон из 1995. упућује на примену општих правила о накнади штете, те није спорно да новчану накнаду нематеријалне штете правно лице као носилац жига није могао да оствари. Ипак, и овај закон донекле узима у обзир нематеријалну последицу повређеног права, те стога предвиђа могућност да се пресуда којом се утврђује повреда објави о трошку туженог. Нема сумње да је примарни циљ таквог захтева отклањање негативних последица по титулара жига, које се тичу репутације саме ознаке. У службеном образложењу⁴⁷, које је дато на свега десетак страна, предлагачи Закона наводе да је одредба преузета из раније важећег Закона о заштити проналазака, техничких унапређења и знакова разликовања⁴⁸, али да је „одредба у

⁴⁴ Франц Бидлински, *Правна методологија – основи науке о правним методама (превела: Ивана Марковић)*, 2011, 23.

⁴⁵ Бидлински, 31.

⁴⁶ Закон о жиговима, Сл. лист СРЈ, бр. 15/95, од 10. маја 1995. (у даљем тексту: ЗоЖ95).

⁴⁷ Весна Бесаровић, Благота Жарковић у: Службено образложење предлагача Закона (Савезне владе, односно Савезног завода за интелектуалну својину, www.zis.gov.rs, приступ: 2001, 4. поглавље, ад. 49.

⁴⁸ Закон о заштити проналазака, техничких унапређења и знакова разликовања, Службени лист СФРЈ, бр.34/81.

објективној одговорности за штету проузроковану повредом права из пријаве, односно жига употпуњена одредбом према којој се, уколико је штета проузрокована намерно, накнада штете може досудити до троструког износа стварне штете и измакле користи, што је случај у законима већине земаља.⁴⁹ Осим што можемо да приметимо да понуђено Образложење делује збуњујуће у погледу облика одговорности, предлагачи се ни не осврћу на право правног лица да захтева накнаду штете због повреде права. Очигледно је да су преузету одредбу из раније важећег ЗПТУЗР сматрали довољно јасном. Судска пракса тог времена, па и након доношења ЗоЖ95 пак указује на супротно.⁵⁰ Штавише, чини се да су управо спорови поводом повреде жига били повод за доношење Правног схватања Врховног суда Србије 2001. године.⁵¹

Закон о жиговима из 2004 (ЗоЖ04)⁵², не доноси ништа ново у погледу овог питања, осим што се њиме изричито предвиђа право на накнаду само имовинске штете. Тако, у случају повреде жига или права из пријаве, тужилац може тужбом да захтева накнаду имовинске штете и оправданих трошкова поступка.⁵³ Лице које повреди жиг одговара за штету по општим правилима о накнади штете.⁵⁴ Дакле, ни физичко ни правно лице не може да оствари новчану накнаду неимовинске штете, већ само имовинске.⁵⁵

Иста редакција задржана је и у Закону из 2009. године. То значи да носилац жига има право на накнаду само имовинске штете, а према општим правилима облигационог права, с том разликом што се овим Законом проширује листа захтева које тужилац може да истакне поводом повреде права.⁵⁶

Попуштање у правцу признавања новчане накнаде неимовинске штете правног лица видљиво је већ у Закону о изменама и допунама Закона о жиговима из 2013.⁵⁷ У одредби чл. 73а пречишћеног текста брише се одредница „имовинска“. Намера да се језичком интервенцијом омогући остваривање и накнаде неимовинске штете јасно је исказана у Образложењу законског текста,⁵⁸

⁴⁹ Бесаровић, Жарковић, 4. поглавље, ад. 49.

⁵⁰ Вид. Врховни суд Србије, Прев. 132/95, Савезни суд, ГЗС. 5/99.

⁵¹ Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије са седнице од 05.02.2001.

⁵² *Сл. лист СЦГ* бр. 61/2004, од 24. децембра 2004. (у даљем тексту: ЗоЖ04).

⁵³ ЗоЖ04, чл. 57, ст. 1, тачка 5.

⁵⁴ ЗоЖ04, чл. 57, ст. 2.

⁵⁵ У Образложењу ЗоЖ04 овој измени није посвећена посебна пажња, већ се инсистира на проширењу захтева ради усклађивања са Споразумом о трговинским аспектима права интелектуалне својине. Вид. Образложење Предлога Закона о жиговима, *www.zis.gov.rs*, приступ: 2004, 14.

⁵⁶ Закон о жиговима из 2009, *Сл. листник РС*, бр. 104/09, од 16.12.2009, (у даљем тексту: ЗоЖ09), чл. 71. ст. 1.

⁵⁷ Закон о изменама и допунама Закона о жиговима из 2013 (ЗоЖ13), *Сл. листник РС*, бр. 10/13, од 30.01.2013.

⁵⁸ „Овом изменом предвиђа се да се тужбом због повреде права може тражити накнада не само имовинске, већ и нематеријалне штете. Ова измена је неопходна будући да је жиг

те се тужилац овлашћује да захтева накнаду штете.⁵⁹ Дилема да ли се овом формулацијом отвара простор и за новчану накнаду неимовинске штете правних лица отклоњена је одредбом којом се упућује на примену општих правила облигационог права. Следствено, правно лице није могло захтевати неимовинску штету, јер таква штета ЗОО-ом није призната.

Коначно, актуелним ЗоЖ-ом се изричито предвиђа накнада и имовинске и неимовинске штете, а упућујућа одредба је изостала.

4.3.3. Телеолошко (објективно) тумачење неимовинске штете у праву жића

Приметно је да су раније редакције одредбе о накнади штете или доциале само питање новчане накнаде материјалне штете или упућивале на примену општих правила облигационог права. То је за наше питање имало једнак резултат: није постојао правни основ да се правном лицу досуди новчана накнада неимовинске штете. Стога нам се чини да је актуелном формулацијом заправо изражена намера да се избегне примена општих правила, а тиме и до сада изграђено вредновање да је накнада неимовинске штете могућа само ако постоји душевни бол, физички бол и страх.

Испитивање праве намере законодавца не може бити потпуно без консултовања доступног пратећег материјала. Тако, у Образложењу предлога Закона о жиговима⁶⁰, у вези са чл. 92 Предлога закона истакнуто је да се овим чланом, у односу на решење из тада важећег закона, тужбени захтеви у случају повреде права проширују и прецизирају, као и критеријуми којима се суд руководи приликом одређивања висине накнаде штете у случају повреде права. Предложеном формулацијом је исказана намера да се на нормативном плану одговори потреби праксе за јаснијим одређивањем садржине тужбених захтева, као и потреби да се прецизирају критеријуми које суд треба да има у виду приликом одређивања висине накнаде штете у случају повреде права жига. Коначно, наведене измене су извршене ради усклађивања са Директивом 2004/48/ЕЗ о спровођењу права интелектуалне својине,⁶¹ а када је реч о тужбеним захтевима, посебно чл. 13 Директиве.

по својој природи нематеријално добра, те стога свака повреда жига повлачи за собом не само имовинску штету, већ и моралну штету коју носилац права може да трпи таквом повредом. Најчешћи вид моралне штете у случају повреде жига представља нарушавање репутације и реномеа како самог производа обележеног жигом, тако и самог власника жига“.

Образложење Закона о изменама и допунама Закона о жиговима, 2013, www.zis.gov.rs, приступ: 2014.

⁵⁹ ЗоЖ13, чл. 73а.

⁶⁰ *Образложење предлога Закона о жиговима, усвојеног на Девејинаестом ванредном заседању у Једанаестом сазиву, одржаном дана 24. јануара 2020. године, извор: вебсајт Народне скупштине – www.parlament.gov.rs, доступно у правној бази Правно-информациони систем.*

⁶¹ Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, *Official Journal of the European Union* L 157 of 30 April 2004.

У Образложењу преднацрта Закона о жиговима дато је прецизније објашњење најављених измена важећег закона, којим се, у погледу захтева за новчану накнаду неимовинске штете, јасније изражава намера предлагача.⁶² Како се наводи, „изменом којом је предвиђено да се тужбом због повреде права може тражити накнада не само имовинске, већ и неимовинске штете, омогућава се носиоцима права да на тај начин остваре и накнаду моралне штете коју могу да претрпе повредом права. Најчешћи вид моралне штете у случају повреде жига, односно права из пријаве представља нарушавање репутације носиоца права.“⁶³

Да није реч о пукој рецепцији европског акта показате нам управо поменута одредба чл. 13 Директиве 2004/48. Према овој одредби, државе чланице треба да обезбеде да надлежни суд, на захтев лица чије је право повређено, нареди повредиоцу који је знао или могао да зна да својим радњама чини повреду права, да плати титулару накнаду која одговара штети коју је повредом претрпео. При том, судови приликом одмеравања накнаде треба да имају у виду све релевантне околности, као што су негативне економске последице које је титулар претрпео, укључујући изгубљену зараду, приход који је повредилац неосновано остварио, и у одговарајућим случајевима, околности које су другачије од економских, као што је морална штета коју носилац права повредом претрпи.⁶⁴

Ни говора о неимовинској штети као самосталном захтеву на који би носилац жига требало да има право. Штавише, одредба Директиве 2004/48

⁶² Образложење преднацрта Закона о жиговима, www.zis.gov.rs, приступ: 2018. У овом тексту наведено је више околности које су биле од утицаја на процес израде новог текста Закона о жиговима: „Предложеним Законом врши се и додатно усклађивање важећег Закона о жиговима са релевантним прописима ЕУ. Део нових законских решења који се тичу материјалних одредби, последица је обавезе усклађивања са Директивом 2008/95/ЕЗ о усклађивању закона држава чланица у области жигова (у даљем тексту Директива 2008/95/ЕЗ). Узимајући у обзир анализе коментара које је Европска комисија дала у односу на важећи Закон о жиговима, те потребу мењања појединих решења у важећем закону ради његовог усклађивања са европским законодавством, у текст Закона укључене су и све сугестије Канцеларије за европске интеграције, укључујући мишљења добијена у току билатералног скрининга за Поглавље 7 – Право интелектуалне својине одржаног 24. и 25. септембра 2014. године. Предложени Закон у поглављу XI. „Грађанско-правна заштита“ садржи измењене одредбе које су последица усклађивања важећег закона са Директивом 2004/48/ЕЗ Европског парламента и савета од 29. априла 2004. године о спровођењу права интелектуалне својине (у даљем тексту: Директива 2004/48/ЕЗ). Циљ предложених измењених одредаба је успостављање ефикаснијег система заштите жига, отклањање уочених нејасноћа и лакша примена одредаба о грађанско правној заштити од стране судова у поступцима по тужби због повреде права. Најважније новине у овом сегменту односе се на додатно прецизирање тужбених захтева, као и јасније и методолошки прегледније прописивање привремених мера и мера обезбеђења доказа“. Образложење преднацрта, 1 и 2.

⁶³ Образложење Преднацрта, 12.

⁶⁴ Директива 2004/48, чл. 13.

моралну штету узима као критеријум опредељивања обима накнаде, због чега би досуђени износ накнаде могао бити виши од утврђене имовинске штете.⁶⁵ Имамо ли у виду да се Директива односи на све облике права интелектуалне својине,⁶⁶ те да у европској породици не постоји консензус о појму нематеријалне штете, а да се Директивом настоји обезбедити минимум гаранција за ефикасно спровођење права интелектуалне својине, редакција односне одредбе није изненађујућа. Шта је онда нашег законодавца инспирисало да у регулисању моралне штете учини искорак, како у односу на европског нормативца, тако и на домаће право, те изричито предвиди нематеријалну штету као могући захтев тужиоца, односно носиоца жига?

С обзиром на то да је Директива 2004/48, а по угледу на њу и наш Закон о жиговима, донесена са циљем ефикаснијег спровођења права интелектуалне својине, а посебно када је реч о грађанскоправној заштити,⁶⁷ свака у њој садржана одредба треба да послужи том циљу. Исто важи и за нашег законодавца. Следствено, када имамо у виду да је намера законодавца била да прецизира шта је то што може да тражи носилац жига када наступи повреда, те да је спектар захтева постављен шире од оног који је садржан у Директиви, а посебно имајући у виду да у нашем правном систему претходно није било уједначеног приступа у погледу нематеријалне штете правног лица због повреде жига, чини нам се да је намера била управо да се такав резултат оствари.⁶⁸

⁶⁵ О различитим моделима обрачунавања износа накнаде имовинске штете према новом ЗоЖ вид. Бојана Спајић, „Накнада имовинске штете у нашем праву индустријске својине“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 2/2021, 357-369, Марковић, Поповић, 272-276.

⁶⁶ Слично решење предвиђено је и Законом о ауторском и сродним правима (Службени гласник, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 – УС, 66/2019), али нам се чини да формулације одредаба чл.205, ст. 1, тачка 3 (којом је изричито предвиђено право на накнаду неимовинске штете) и чл. 206, ст. 1 (којим се предвиђају које околности суд треба да узме у обзир приликом одређивања висине материјалне штете) отварају више питања него што је то случај са одредбом из Закона о жиговима о којој расправљамо. Наиме, Законом о ауторском и сродним правима је предвиђено да титулар права има право на накнаду имовинске и неимовинске штете. Надаље, при одређивању висине накнаде штете ако је учинилац повреде знао или могао да зна да чини повреду права суд ће узети у обзир све околности конкретног случаја, као што су негативне економске последице које трпи оштећени, укључујући изгубљену добит, добит коју је штетник остварио повредом права и, у одговарајућим случајевима, околности које немају економски карактер, као што је неимовинска штета. Стога, није јасно да ли се захтевом за новчаном накнадом имовинске штете у износу који се опредељује уз уважавање неекономске околности исцрпљује самосталан захтев за накнаду неимовинске штете. Sanja Savčić, „Damage Compensation Due to Copyright Infringement on the Internet in Serbian Law“, *Balkan Yearbook of European and International Law*, Vol. 2021, 85.

⁶⁷ Директива 2004/48, рецитал 26 и чл. 3.

⁶⁸ Оваква формулација нема ништа мањи значај ни у погледу правне сигурности када је реч о физичким лицима као повериоцима накнаде нематеријалне штете због повреде

5. ОТВОРЕНА ПИТАЊА У ВЕЗИ СА НАКНАДОМ НЕИМОВИНСКЕ ШТЕТЕ ПРАВНОГ ЛИЦА

Уређивање права на накнаду нематеријалне штете на начин како је то учињено у Закону о жиговима, може да има за последицу изједначавање физичког и правног лица у погледу захтева за њеном накнадом. Управо то јесте резултат који се у домаћој литератури приписује објективизацији самог појма неимовинске штете.⁶⁹ Такво одређење, међутим, не даје одговор на друга релевантна питања.⁷⁰ Прво јесте да ли објективизација појма неимовинске штете значи да свако правно лице које претрпи повреду права има право на правичну накнаду неимовинске штете? Друго се тиче критеријума према којима се утврђује висина накнаде, онда када је такав захтев правног лица основан.

5.1. Осврт на стање у упоредном праву у погледу права правног лица на накнаду неимовинске штете

5.1.1. Евројске кодификације

У правним системима у којима важеће право прихвата објективизован појам нематеријалне штете, или макар овај појам не оптерећује субјективним елементима, није на уједначен начин схваћено да ли и правно лице може из таквог појма да црпи право на новчану накнаду такве штете.

Према §253(1) немачког Грађанског законика, новчана накнада неимовинске штете (тзв. болнина, нем. *Schmerzensgeld*) може се захтевати само у случајевима који су прописани законом. Већ наредним ставом се прописује да се разумна новчана накнада може захтевати због повреде тела, здравља, слободе или слободе сексуалног опредељења, за било коју штету која није имовинска.⁷¹ Премда је судска пракса проширила поље примене релевантних

жига. Премда су раније важећи закони предвиђали или остављали простор за накнаду нематеријалне штете, уз супсидијарну примену правила облигационог права, доктринарно је тешко објаснити на који начин физичко лице трпи душевне болове због повреде угледа, ако се тај углед заправо узима за репутацију заштићене ознаке, а не за личност носиоца права.

⁶⁹ У литератури се истиче да би објективизовањем појма неимовинске штете било омогућено и остваривање права на њену накнаду у ситуацијама када је таква штета произишла из повреде уговорне обавезе, као и наследивост права на накнаду неимовинске штете. Марија Караникић-Мирић, „Субјективна концепција неимовинске штете“, *Liber Amicorum Aldo Radolović*, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet 2018, 410.

⁷⁰ У стручној анализи новог Закона о жиговима се не препознају питања у вези са новчаном накнадом неимовинске штете као спорна. Вид. Јасмина Стаменковић, „Измене Закона о жиговима и могућа спорна питања у пракси, са освртом на досадашњу праксу привредних судова“, у правној бази Правно информациони систем, 10.11.2022.

⁷¹ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), доступно на: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>, 10.05.2022.

одредаба и на друге повреде права личности,⁷² једнодушан став немачке доктрине и судске праксе јесте да правно лице принципијелно нема право на новчану накнаду нематеријалне штете.⁷³ Ипак, у пракси Савезног врховног суда (*Bundesgerichtshof*) приметно је настојање да се направи разлика између профитних (лукративних) и непрофитних (алтруистичких) правних лица. С тим у вези, само код потоњих би се могло оправдати досуђивање новчане накнаде неимовинске штете, као сатисфакције због учињене повреде.⁷⁴

Одсуство нормативне дефиниције неимовинске штете у француском праву, одвело је тамошње правнике у другачијем смеру. Наиме, француски правници применом чл. 1382 *Code Civil*-a⁷⁵, којим је прописана само обавеза поправљања штете, настоје успоставити једнак третман имовинске и неимовинске штете.⁷⁶ И поред тога, теорија није сагласна у томе да правно лице може да оствари новчану накнаду због повреде припадајућих права личности. Извесно продирање те идеје видљиво је у одлукама Касационог суда.⁷⁷

5.1.2. Хрватска и Црна Гора

На простору бивше Југославије ЗОО се примењивао дуже од деценије након што је заједничка држава престала да постоји. Доношењем нових

⁷² Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 63, neubearbeitete Auflage, München 2004, 303. Извесна права личности у немачком праву су призната и правним лицима, али то нема значајнијег утицаја на изграђено схватање о одштетним захтевима правног лица. Вид. Roland Rixecker у: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2 (2021), 9. Auflage, Anhang zu §12. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, München 2021, Rn. 46. За судску праксу в. BGH, Urteil vom 8.7.1980 – VI ZR 177-78 (Köln) у: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1980, 2807-2810.

⁷³ Реформа BGB 2002. године дотакла је и питања накнаде штете (*Der Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften*). У основи, стари §847 је пренесен у нови 253. Тако, по правилу, нови 253И и даље садржи искључење новчане накнаде за моралну штету. Али нови став 2 сада одређује накнаду за бол и патњу због повреде одређених нематеријалних добара уопште, односно без ограничења на деликтне захтеве. С друге стране, задржано је ограничење накнаде за бол и патњу на повреду одређених правних интереса (тело, здравље, слобода и полно самоопредељење), али новчана накнада нематеријалне штете се може наћи у одредбама других закона (примера ради, §97 II Urheberrechtsgesetz (Закон о ауторском праву) или §21 II 3 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Општи закон о једнаком поступању). Вид. Dieter Medicus, Stephen Lorenz, *Schuldrecht I – Allgemeiner Teil*, München 2012, Rn 630, 322. У истом смислу и: Helmut Köhler, Stephen Lorenz, *Schuldrecht II – Besonderer Teil*, München 2011, 391-395, Maximilian Fuchs, Werner Pauker, Alex Baumgärtner, *Delikts- und Schadensersatzrecht*, Berlin Heidelberg 2017.

⁷⁴ Christian von Bar, *The Common European Law of Torts*, Vol. 2, Oxford 2000, 132 и тамо наведену судску одлуку.

⁷⁵ Code Civil, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/, 12.03.2022.

⁷⁶ Marko Baretić, „Pojam i funkcije neimovinske štete prema novom Zakonu o obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 56, Posebni broj, 2006, 479.

⁷⁷ Вукотић, 454.

закона у области облигационог права неке од најзначајнијих измена тичу се управо питања неимовинске штете и њене накнаде. Нама се чини посебно значајним указати на нова законска решења, будући да су та решења продукт правне мисли која се развијала под окриљем заједничке државе и њене правне баштине.

Тако, хрватским ЗОО⁷⁸ се уводи објективна концепција неимовинске штете, те се предвиђа да суд може досудити новчану накнаду, независно од накнаде имовинске штете, а и кад ње нема, у случају повреде права личности.⁷⁹ При одлучивању о висини правичне новчане накнаде суд треба да води рачуна о јачини и трајању повредом изазване физичке и душевне боли и страха, циљу којем та накнада служи, али и о томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.⁸⁰ Када је реч о правним лицима, хрватски законодавац изричито регулише да за повреду угледа и других права личности суд може досудити правичну новчану накнаду, независно од накнаде имовинске штете, а и кад ње нема, уколико тежина повреде и околности случаја то оправдавају,⁸¹ иако би се такав резултат могао очекивати и довођењем овог члана у везу са чл. 19 (права особности (личности)).⁸²

У хрватској теорији је реформа облигационог права прихваћена као очекивани резултат вишедеценијског напора правне науке да се правним лицима признају извесна права личности, те да се штите на исти начин као што је то случај са физичким лицима.⁸³ О питањима важним за успостављање новог поретка одштетног права, бар када је реч о одређивању висине новчане накнаде неимовинске штете правних лица, тамошњи аутори се тек узгред изјашњавају.⁸⁴ Онда када је то случај, углавном се не дистанцирају

⁷⁸ Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/2005, од 17.03.2005.

⁷⁹ ЗООХр, чл. 1100, ст. 1.

⁸⁰ ЗООХр, чл. 1100, ст. 2.

⁸¹ ЗООХр, чл. 1100, ст. 3.

⁸² „Под правима особности, у смислу овог Закона, подразумевају се права на живот, тјелесно и душевно здравље, углед, част достојанство, име, приватност особног и обитељског живота, слободу и др. (ст. 1). Правна особа има сва наведена права особности, осим оних везаних уз биолошки бит физичке особе, а особито право на углед и добар глас, част, име, односно твртку, пословну тајну, слободу привређивања и др. (3)“.

⁸³ Aldo Radolović, „Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1/2006, 161, 177. У ранијој хрватској литератури в. Petar Klarić, *Odštetno pravo*, Zagreb 1991, 233-236.

⁸⁴ Тако, Пихлер наводи да су тежина повреде и околности случаја критеријуми који могу допринети правној несигурности и неједнакости, а проблем је уочљивији ако се има у виду да судови у Републици Хрватској, у поступцима повреде права личности правног лица, немају искуства нити постоји судска пракса коју би Врховни суд Хрватске требало уједначавати. Davorin Pichler, „Problematika opsega naknade neimovinske štete zbog povrede poslovnog ugleda pravne osobe javnog prava“, *Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku*, br. 3-4/2015,

довољно јасно од критеријума који су традиционално релевантни за опредељење обима имовинске штете.⁸⁵ Тај не тако једноставан задатак пада на терет судске праксе.⁸⁶ Дакле, судска пракса треба да понуди одговоре на питања како се вреднује интезитет повреде личности правног лица, те која је сврха новчане накнаде неимовинске штете који оправдавају њено изрицање.⁸⁷ У доступној новијој пракси хрватских судова приметно је да се од финансијских мерила не одступа када је у питању опредељење да ли јесте или није претрпљена неимовинска штета.⁸⁸ Тако, у једној одлуци Високог трговачког суда Републике Хрватске из 2022, наводи се да нижестепени суд треба да утврди да ли постоји право на правичну новчану накнаду због повреде пословног угледа тако што ће као оријентациони критеријум послужити чињеница колико је повреда утицала на уобичајено или предвидиво пословање или делатност тужитеља правног лица, а што би се могло видети из финансијских извештаја.⁸⁹ У истом смислу, *Кларић* наводи да је постојање имовинске штете доказ да је правно лице претрпело и неимовинску штету, јер је губитак пословног угледа повезан са пословним неуспехом.⁹⁰ Овим се, међутим, никако не објашњава вредновање оправданости захтева за правичну новчану накнаду неимовинске штете онда када имовинска уопште није претрпљена.⁹¹

13, 17. Овај аутор, по угледу на право САД-а, нуди решење (посебно за правна лица јавног права) у виду фикције истинитости навода који представљају повреду пословног угледа правног лица при утврђивању обима претрпљене неимовинске штете. Другим речима, штетник би требало да одговара за штету која би за оштећеног настала да су нетачни наводи били истинити. Реч је заправо о виду апстрактне штете која се утврђује путем рачунских операција. Вид. D. Pichler, 20. Аутор надаље предлаже различите методе рачунских операција, али се оне претежно односе на финансијске аспекте, што је од значаја за одређивање обима имовинске штете (остварена добит штетника, примера ради). Вид. D. Pichler, 17-19.

⁸⁵ Pichler, 17-19.

⁸⁶ Radolović, *Ibidem*. Приметно је да се напушта субјективна концепција, али да се физички и душевни болови, страх и надаље сматрају релевантним за досуђивање новчане накнаде. Караникић-Мирић, 2018, 402,408.

⁸⁷ Врховни суд Хрватске је у јуну 2020. објавио Оријентацијске критерије за накнаду неимовинске штете којима нису предложени критеријуми нити оријентациони износи правичне новчане накнаде неимовинске штете правних лица. Вид. Нови оријентацијски критерији PX за накнаду неимовинске штете, <https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/42019>, 02.11.2022.

⁸⁸ Petar Klarić, Martin Vedriš, *Грађанско право*, Zagreb 2014, 641.

⁸⁹ Пресуда Високог трговачког суда Републике Хрватске, 24 Пж-120/2022-2. У истом смислу и Пресуда Високог трговачког суда Републике Хрватске, Пж-7693/12-3. Из правне базе: IUS-INFO.

⁹⁰ Petar Klarić, „Neimovinska šteta pravne osobe“, у: Jakša Barbić, Ivica Crnić, Mihajlo Dika, Petar Klarić, Aldo Radolović, *Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb 2005, 69.

⁹¹ ЗООХр, чл. 1100, ст. 3 предвиђено је да је право на правичну новчану накнаду независно од накнаде имовинске штете, а може се досудити и кад ње нема.

У једној другој одлуци наглашена је сврха правичне новчане накнаде: Врховни суд Хрватске потврђује другостепену одлуку у погледу износа, истичући да накнада представља пуну сатисфакцију тужитеља за повређени углед и добар глас.⁹² Супротно, *Баретић* инсистира на маргинализовању сатисфакције као искључиве сврхе новчане накнаде неимовинске штете, будући да код објективне концепције такав приступ може довести до „деформације у примјени института неимовинске штете“.⁹³ Следствено, правичној новчаној накнади приписује примарно компензацијску и превентивну функцију.⁹⁴

За разлику од хрватског, црногорски законодавац није изричит у погледу права правног лица на правичну новчану накнаду, али је неспорно да такав закључак произлази из тумачења релевантних одредаба. Ту, најпре, имамо у виду одређење појма нематеријалне штете као повреде права личности.⁹⁵ Даље се посебно одређује да правно лице ужива правну заштиту у погледу оних права личности која нису својствена искључиво човеку.⁹⁶ И коначно, законом се одређује да се у случају повреде права личности може изрећи правична новчана накнада, према тежини повреде и околностима случаја.⁹⁷

5.2. Нека размишљања о отвореним питањима у вези са новчаном накнадом неимовинске штете правног лица у српском праву

Пошто смо утврдили да у српском праву правно лице може захтевати новчану накнаду неимовинске штете⁹⁸, преостаје нам да сагледамо околности од којих ће зависити оправданост таквог захтева.

⁹² Пресуда и решење Врховног суда Републике Хрватске, Рев. 76/10-2. Будући да прихвата разлоге другостепене пресуде, у овој одлуци их (нажалост) не понавља већ упућује ревидента на исте.

⁹³ *Baretić*, 498.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Закон о облигационим односима*, *Сл. лист ЦГ*“, бр. 47/2008, 4/2011 – *гр. Закон* и 22/2017, (даље у фуснотама: ЦГЗОО), чл. 149. Црногорским Законом о облигационим односима се усваја мешовита концепција коју Караникић – Мирић сматра идеалним решењем. Караникић-Мирић, 2018, 412.

⁹⁶ ЦГЗОО, чл. 206, ст. 2, и чл. 207.

⁹⁷ ЦГЗОО, чл. 210а, ст. 1. Ставом другим овог члана одређено је да приликом одлучивања о захтеву за правичну накнаду и о њеној висини, суд води рачуна о свим околностима случаја, а нарочито о врсти, начину доношења и трајним последицама повреде, животной доби оштећеног, занимању и уопште личној ситуацији оштећеног, о чињеници да ли су странке осигуране, о економској ситуацији штетника и оштећеног, времену трајања неоснованог лишења слободе, циљу коме служи новчана накнада, али и о томе да се не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.

⁹⁸ То изричито наводи и судија Врховног касационог суда, Јасмина Стаменковић, у Новине у Закону о жиговима, <http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/mml/viewAct/11433>, 10. 11.2022. Осим тога, уколико имамо у виду да се Закон о жиговима примењује и на ноторне ознаке, те поље примене Закона о трговини, не би било практично оправдано право правних лица на новчану накнаду неимовинске штете посматрати као изузетак.

Законом о трговини прописано је да ће оправданост новчане накнаде неимовинске штете зависити од околности случаја, а посебно од значаја, трајања и интезитета повреде, ефекта на пословање тужиоца, значај повређеног добра, као и од циља коме та накнада служи. Попут ЗОО, Законом о трговини изричито је одређено да досуђивање новчаног износа на име накнаде неимовинске штете не сме да погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.⁹⁹ Премда је ова формулација заправо језички прилагођена одредба чл. 200 ЗОО потребама новог законског уређења, а на основу које је изграђена богата судска пракса наших судова, тешко да бисмо могли применити иста мерила. Ту, у првом реду, имамо у виду управо ограничавајуће околности – накнада не сме да погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом. Како се судска пракса у овом питању још није развила, нужно је да теорија понуди одговоре, бар када је реч о функцији новчане накнаде неимовинске штете правном лицу.

У Закону о жиговима није садржана одредба која би суду понудила критеријуме утврђивања накнаде. Да проблем буде већи, овој одредби у стручној литератури није указана ни најмања пажња. Тако, у службеним документима којима се настоје препознати могућа спорна питања у вези са изменама и допунама Закона о жиговима, о проблемима који се тичу новчане накнаде нематеријалне штете нема ни речи.¹⁰⁰ Чињеница је пак да таквих питања има. Задржаћемо се само на потреби утврђивања функције новчане накнаде неимовинске штете, са циљем да инспиришемо стручну јавност и правне ауторе да се више пажње посвети овом важном питању.

Одређивање сврхе новчане накнаде нематеријалне штете због повреде жига додатно добија на значају, будући да је жиг субјективно право имовинске природе. При том, Законом се неимовинска штету не везује за нарушену репутацију, већ за повреду права, као таквог.

Марковић и *Појовић* не сматрају да титулар жига, када се ради о правном лицу, има право на накнаду неимовинске штете.¹⁰¹ Штавише, аутори наводе да физичка лица имају право на накнаду нематеријалне штете, али да би таква штета могла бити досуђена у ретким ситуацијама када је повреда права, сходно општим правилима ЗОО, праћена претрпљеним страхом, физичким или психичким болом.¹⁰² Овакво резонување је потпуно разу-

⁹⁹ Закон о трговини, чл. 41, ст. 6.

¹⁰⁰ Јасмина Стаменковић (судија ВКС), „Измене Закона о жиговима и могућа спорна питања у пракси, са освртом на досадашњу праксу привредних судова“, правна база Правно – информациони систем, <http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/mml/viewAct/1468>, 10.11.2022.

¹⁰¹ Слободан М. Марковић, Душан В. Поповић, *Право интелектуалне својине*, Београд 2022., 274.

¹⁰² *Ibidem*.

мљиво код субјективне концепције појма неимовинске штете, која је, како смо претходно објаснили, актуелним ЗоЖ-ом напуштена. Самим тим што емотивни доживљај изазван повредом права више није од значаја за постојање неимовинске штете, не може се очекивати да се досуђивање новчане накнаде правда сатисфакцијом, као начином да се повређеном субјекту омогући задовољење због трпљења у интимној сфери.¹⁰³

Вукотић, анализирајући функције новчане накнаде неимовинске штете правних лица у упоредном праву, инсистира на превентивној сврси новчане накнаде. С тим у везу доводи и одређивање њеног износа који треба да послужи као „јак подстицај штетника и потенцијалних штетника да се суздрже од радњи које би могле да проузрокују сличну штету.“¹⁰⁴

Превентивна функција новчане накнаде неимовинске штете није непозната ни у упоредном праву.¹⁰⁵ Ипак, имајући у виду да је ова функција у тесној вези са казненом, тешко да јој се може придати примарни значај. Разлог томе јесте то што је грађанскоправна одговорност усмерена на заштиту права и интереса оштећене стране, а не на кажњавање штетника.¹⁰⁶ Штавише, сличан карактер имала је и трострука накнада која је постојала управо у праву интелектуалне својине.¹⁰⁷ Скоро да не постоји одлука којом је такав захтев био усвојен.¹⁰⁸ Већ та чињеница довољно говори о (не)спремности наших судова да на себе преузму терет корективне правде.¹⁰⁹ Заправо, и више од тога: та чињеница указује и на то да је пут до правне извесности, чак и у примени нових института, најсигурнији у оквирима традиционалних вредности. Ако је таква вредност у српском праву изражена у сатисфакцији као сврси неимовинске штете, онда се у одређивању функције новчане накнаде неимовинске штете правног лица треба кретати бар у њеној близини. Без намере да у овом раду понудимо коначни одговор на питање која је функција правичне новчане накнаде неимовинске штете због повреде жига, подсетићемо на постојеће оквири у којима се правна мисао може кретати.

Марковић и *Појовић* употребљавају општи термин *компензација*,¹¹⁰ који дозвољава отклон од искључиво субјективног задовољења као сврхе

¹⁰³ Караникић-Мирнић, 2018, 410-411.

¹⁰⁴ Вукотић, 466-467.

¹⁰⁵ Cees van Damm, *European Tort Law*, Oxford 2013, 349-352.

¹⁰⁶ Уместо свих: Душан Николић, *Увод у сисџем грађанској права*, Нови Сад 2013. и каснија издања, 136-138.

¹⁰⁷ Примера ради, чл. 57, ст. 3 ЗоЖ04.

¹⁰⁸ Изузетак је нпр. у Пресуда Привредног апелационог суда Пж 5439/16 од 20.04.2017. године, Збирка судске праксе привредних судова из области заштите интелектуалне својине, књига друга (2016-2019), 138.

¹⁰⁹ van Damm, 144, 352.

¹¹⁰ Марковић, Поповић, 274. У општем значењу, компензација заправо представља имовинску накнаду претрпљене штете. С тим у вези, компензација може имати и ближу

новчане накнаде. Такав је приступ и у већини других земаља, а у основи ове компензаторне функције стоји идеја о накнади „објективног умањења вредности неимовинског добра.“¹¹¹ Када је реч о жигу, као имовинском праву којим се штити нематеријално добро, објективно добро, које правична новчана накнада треба да компензује, чини не само репутација заштићене ознаке, већ и повређени нематеријални интерес носиоца права да се очува функција указивања на порекло робе/услуга.¹¹² Имајући у виду да је ова функција у основи правне заштите жига, ни друштвена сврха новчане накнаде неимовинске штете се не би могла довести у питање.

6. ЗАКЉУЧАК

Право на новчану накнаду неимовинске штете правног лица одувек је привлачило пажњу правничке струке. Различити приступи овом питању у теорији и пракси проистекли су из редакције актуелног Закона о облигационим односима, којим је прихваћена субјективна концепција појма нематеријалне штете. У судској пракси је коначан одговор уобличен у Правном схватању Грађанског одељења Врховног суда Србије из 2001, којим се негира да правно лице може претрпети нематеријалну штету.

Новија теорија облигационог права о овом питању расправља у контексту потребе преиспитивања важећих правила одштетног права, односно напуштања чистог субјективистичког схватања, према којем бол и страх чине елементе самог појма нематеријалне штете.

Нормативно решење којим се по први пут у српском праву отвара простор за објективизацију појма неимовинске штете јесте Закон о трговини из 2010. године.

Надаље, Законом о заштити права на суђење у разумном року предвиђено је, као једно од могућих правичних задовољења због повреде права на суђење у разумном року, и право на новчано обештећење за неимовинску штету која је странци изазвана повредом права на суђење у разумном року.

Према Закону о жиговима, у случају повреде права, тужилац, између осталог, може тужбом да захтева накнаду штете. Даље, Законом је изричито предвиђено да тужилац има право на накнаду материјалне и нематеријалне

сврху (сатисфакција, казна, утврђење), која се у конкретном случају има остварити. Вид. Владимир Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2012, 507.

¹¹¹ Baretić, 491. и тамо наведену литературу.

¹¹² Искрпну анализу методологије утврђивања повреде жига, коју аутор скромно назива „практичним прилогом функционисању правне праксе“ излаже Слободан Марковић у чланку „Поведа жига – водич кроз лавиринт кључних института права жига“, *Право и привреда*, 7-9/2019.

штете, а да ће се при одређивању висине накнаде штете узети у обзир све околности конкретног случаја, а посебно негативне економске последице које трпи тужилац, укључујући изгубљену добит, као и добит коју је тужени остварио повредом права.

Уређивање права на накнаду нематеријалне штете на начин како је то учињено у Закону о жиговима, може да има за последицу изједначавање физичког и правног лица у погледу захтева за њеном накнадом. Управо то јесте резултат који се у домаћој литератури приписује објективизацији самог појма нематеријалне штете.

Пошто смо у раду утврдили да у српском праву правно лице може захтевати новчану накнаду неимовинске штете, теорија и пракса би требало да пружи одговор на питања која су остала изван нормативног уређења. Ту се првенствено има у виду одређивање сврхе правичне новчане накнаде.

Када је реч о жигу, као имовинском праву којим се штити нематеријално добро, правична новчана накнада неимовинске штете требало би компензује репутацију заштићене ознаке, али и повређени нематеријални интерес носиоца права да се очува функција указивања на порекло робе/услуга.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Barbić Jakša, Crnić Ivica, Dika Mihajlo, Klarić Petar, Radolović Aldo, *Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb 2005,
- Baretić Marko, „Pojam i funkcije neimovinske štete prema novom Zakonu o obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 56, Posebni broj, 2006,
- Baretić Marko, „Pojam i funkcije neimovinske štete prema novom Zakonu o obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 56, Posebni broj, 2006,
- Bukovac Puvača Maja, „Deset godina nove koncepcije neimovinske štete“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol.36, 1/2015,
- Fuchs Maximilian, Pauker Werner, Baumgärtner Alex, *Delikts- und Schadensersatzrecht*, Berlin Heidelberg 2017,
- Klarić Petar, *Odštetno pravo*, Zagreb 1991,
- Klarić Petar, Vedriš Martin, *Građansko pravo*, Zagreb 2014,
- Köhler Helmut, Lorenz Stephen, *Schuldrecht II – Besonderer Teil*, München 2011,
- Medicus Dieter, Lorenz Stephen, *Schuldrecht I – Allgemeiner Teil*, München 2012,
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 (2021), 9. Auflage, Anhang zu §12. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, München 2021,
- Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, neubearbeitete Auflage, München 2004,
- Pichler Davorin, „Problematika opsega naknade neimovinske štete zbog povrede poslovnog ugleda pravne osobe javnog prava“, *Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku*, br. 3-4/2015,
- Radolović Aldo, „Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1/2006, 161. У ранијој хрватској литератури в. Petar Klarić, *Odštetno pravo*, Zagreb 1991,

- Savčić Sanja, „Damage Compensation Due to Copyright Infringement on the Internet in Serbian Law”, *Balkan Yearbook of European and International Law*, Vol. 2021,
- van Dam Cees, *European Tort Law*, Oxford 2013,
- von Bar, Christian, *The Common European Law of Torts*, Vol. 2, Oxford 2000,
- Антић Оливер, *Облијационо право*, Београд 2009,
- Бидлински Франц, *Правна методологија – основи науке о правним методама* (превела: Ивана Марковић), 2011.
- Благојевић Боривоје, Круљ Врлета, *Коментар Закона о облијационим односима*, Београд 1980,
- Водинелић В. Владимир, „Права личности – старе и нове дилеме о називу и још понечему“, *Liber Amicorum Aldo Radolović*, Rijeka 2018,
- Водинелић Владимир, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи грађанско право*, Београд 2012,
- Вукотић Милош, „Неимовинска штета правних лица“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2019.
- Ђорђевић Живомир, Станковић Владан, *Облијационо право*, Београд 1986,
- Караникић-Мирнић Марија, „Историја идеје о моралној штети у модерном српском праву“, *Казнена реакција у Србији – VI део*, тематска монографија, Београд 2016,
- Караникић-Мирнић Марија, „Објективизовање моралне штете“, *Зборник радова Матице српске за друштвене науке*, 3/2015,
- Караникић-Мирнић Марија, „Субјективна концепција неимовинске штете“, *Liber Amicorum Aldo Radolović*, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet 2018,
- Караникић-Мирнић Марија, *Објективна одговорност за штету*, Београд 2013,
- Константиновић Михаило, *Облијације и уговори*, Скица за Законик о облијацијама и уговорима, Београд 1996,
- Константиновић Михаило, *Облијационо право – према бележкама са предавања професора Др. М. Константиновића*, Београд 1961,
- Марковић М. Слободан, Поповић В. Душан, *Право интелектуалне својине*, Београд 2022.,
- Марковић Слободан, „Повреда жига – водич кроз лавиринт кључних институата права жига“, *Право и привреда*, 7-9/2019.
- Николић Душан, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад 2013.
- Радишић Јаков, *Облијационо право*, Ниш 2016,
- Салма Јожеф, *Облијационо право*, Нови Сад 2007,
- Спајић Бојана, „Накнада имовинске штете у нашем праву индустријске својине“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 2/2021, 357-369,
- Стаменковић Јасмина, „Измене Закона о жиговима и могућа спорна питања у пракси, са освртом на досадашњу праксу привредних судова“, у правној бази Правно информациони систем,
- Станковић Обрен, *Накнада штете*, Београд 1998.

Sanja M. Savčić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
s.savcic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-1160-5860

On Monetary Compensation for Non-Pecuniary Damage to Legal Entities in Serbian Law – Appendix to the Reform of Damages Law

Abstract: *The right to monetary compensation for non-property damage is not enjoyed in the same way by all legal entities, i.e. legal entities and natural persons. In theory and practice, there are different approaches regarding the issue of whether a legal entity can suffer non-material damage of the same intensity and in the same form as is the case with natural persons. In this regard, it was pointed out that a legal entity can have a reputation, and therefore a damaged reputation can be the basis for an obligation to pay compensation for the damage suffered as a result. The discussion on the merits of monetary compensation for non-material damage to legal entities continued until the adoption of the legal understanding of the Civil Department of the Supreme Court of Serbia on February 5, 2001. The more recent theory of obligation law discusses this issue in the context of the need to review the current rules of tort law. In this sense, it is emphasized that the objective concept of non-property damage, which excludes physical or psychological pain and fear from the conceptual definition, provides a legal basis for monetary compensation of such damage to legal entities. Such changes have already been implemented in some countries of the former Yugoslavia. When it comes to Serbia, theory and practice are still waiting for reform, although there are indications that reform has already taken place on the normative level. Therefore, the aim of this paper is to answer the question whether in our law there is a right of a legal entity to compensation for non-property damage.*

Keywords: *non-pecuniary damage, legal entity, business reputation, objective conception, subjective conception.*

Датум пријема рада: 16.11.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 05.12.2022.

Датум прихватања рада: 13.12.2022.

Аишила И. Дугаи

Универзитет у Новом Саду

Правни факултет у Новом Саду

A.Dudas@pf.uns.ac.rs

ORCID ID: 0000-0001-5804-8013

КОНКУРЕНЦИЈА УГОВОРНЕ И ВАНУГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ У ПРАВУ СРБИЈЕ – С ОСВРТОМ НА МАЂАРСКИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК ИЗ 2013. ГОДИНЕ И ПРОЈЕКАТ РЕФОРМЕ ФРАНЦУСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА ИЗ 2017. ГОДИНЕ*

Сажетак: У домаћој лијератури је иишање односа уговорне и вануговорне одговорности за штеу деиашно размаирано. Већина засиуа дуалистички сшав, иј. смаира да су разлике између уговорној и вануговорној режима одговорности значајније од њихових заједничких особина, ше зајоварају концептј њиховој одвојеној законској уређивања. Има и аушора који смаирају да разлике између два режима одговорности нису ишако значајне да обесмисле иншеирални концептј грађанскојравне одговорности, ше се залажу за начелно јединсшвено уређивање грађанскојравне одговорности. У реалности различитјх иравила ова два режима одговорности у Закону о облиационим односима, сушштинско је иишање која иравила иреба иримениш када ошшећеник свој захшев из исшшш живойној дошајаја може да ишемељи како на иравилима уговорне, ишако и вануговорне одговорности (ишзв. конкуренција захшева). У недосшшайку изричитше одредбе у Закону о облиационим односима, докшшрина заузима сшав да би у оваквом случају иребало иримениш режим одговорности који је иовољнији ио ошшећеној. Повод за насшшанак овој рада иредсшшавља рещење новој мађарској Грађанској законика из 2013. иодине који, за разлику од иреишходној из 1959. иодине, као и насшшшш Закона о облиационим односима, садржи изричитш ретулативу о

* Чланак је настао као резултат рада на научноистраживачком пројекту Правног факултета Универзитета у Новом Саду под називом *Правна итрадиција и нови иравни изазови* у 2022. години.

конкуренцији уговорне и вануговорне одговорности за штету. Империјативном нормом прописује да одговорност за штету поводом уговорног односа одређена одговарајуће искључиво на основу правила уговорне одговорности, чак и онда када проузрокована штета даје основа за досуђивање накнаде и према правилима вануговорне одговорности. Овај рад има за циљ да, с једне стране, иницира расправу о томе да ли би и у нашем праву било пожељно да се ишитање конкуренције захтева по основу уговорне и вануговорне одговорности за штету изричито уреди материјалноправним законом. С друге стране, у раду се указује на разлоге који су навели законодавца у Мађарској да забрани конкуренцију захтева и тиме највише радикални заокрет у односу на догодишњи став судске праксе и доктрине. Указује се зајим и на решење новој шурској Законика о облигационим односима из 2011. године који ипак садржи изричиту законску норму о овом ишитању. Решење је, међутим, дијаметрално супротност од оној који је заузет у мађарском праву: одредба шурској законика је ипак спроведена да омогућава конкуренцију било којег режима одговорности, односно правила која овлашћују одговорника на накнаду по било ком основу. Најпоследњем, приказује се и Пројекат реформе француској Грађанској законика из 2017. године којим се предлагало да се изричито законском нормом кодификује традиционални став француске судске праксе о забрани конкуренције захтева, односно о искључивој примени правила уговорне одговорности. Пројекат се залаже и за успостављавање одговарајућих изузетака од овог правила, када би се примењивала искључиво правила вануговорне одговорности. За сада, међутим, изгледа да он неће бити усвојен од стране законодавне тела, те доктрина по-сити неће бити пријачена у изричиту одредбу Француској грађанској законика.

Кључне речи: вануговорна одговорност, уговорна одговорност, деликтна одговорност, одговорност за штету, конкуренција захтева.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

О односу, сличностима и разликама између уговорне и вануговорне одговорности за штету, у домаћој доктрини се доста писало, како на нивоу чланака¹, тако и у оквиру посебно уобличених целина у монографским и

¹ Вид. Бошко Перић, „О односу између контрактуалне и деликтне одговорности“, *Архив за правне и друштвене науке* 1-2/1953, 108-119; Врета Круљ, „Уговорна и вануговорна (деликтна) одговорност“, *Грађанска одговорност* : реферати и дискусије са Симпозијума одржаног 11. и 12. фебруара 1966. године у Београду, Институт друштвених наука, Београд, 1966, 59-92; Стојан Цигић, Дискусија, *ibid.* 272.; Предраг Шулејић, „Конкуренција деликтне и уговорне одговорности (проблем избора одштетног захтева)“, *Анали Правној факултету у Београду* 1-3/1991, 344-351, Александар Јакшић, „Квалификација уговорне и вануговорне

систематским делима.² Као њихове заједничке особине се, по правилу, истичу само неколико обележја, која су врло апстрактне природе: обе одговорности претпостављају постојање штете, повреду неке обавезе и обе дају право на накнаду.³ Упркос овим заједничким елементима, разлике између вануговорне и уговорне одговорности многобројне су и показују се у појединостима. Разлике постоје у погледу поимања, оцене и терета доказивања кривице, способности за одговорност, одговорности за другог, правног дејства клаузула о искључењу, ограничавању или поштрвању одговорности, правила о претпоставкама пасивне солидарности, застарелости, утицаја степена кривице и предвидљивости штете на обим њене накнаде, могућности накнаде неимовинске штете, надлежности суда, примене меродавног права у споровима са елементом иностраности, итд.⁴

Имајући у виду наведене сличности и различитости, домаћа доктрина је подељена у погледу тога да ли је оправдано појмовно разликовати уговорну од вануговорне одговорности, или би требало усвојити јединствени појам грађанскоправне одговорности за штету.

одговорности за штету“, *Правни живоић* 9-10/1992, 1210-1224; Ивица Јанковец, „Однос уговорне и вануговорне одговорности за штету“, *Право – теорија и пракса* 1/1998, 22-34; Слободан Перовић, „Основ уговорне и деликтне одговорности“, *Правни живоић* 3-4/2004, 5-49; Ненад Грујић, „Однос уговорне и вануговорне одговорности за штету“, Гласник Адвокатске коморе Војводине 1-2/2009, 3-22; Јожеф Салма, „Уговорна одговорност – у Европском, упоредном и домаћем праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2011, 69-107; итд.

² Вид. Борилсав Т. Благојевић, *Посебни део облигационог права*, Геца Кон, Београд 1939, 277-280; Михаило Вуковић, *Одговорност за штету у грађанском праву*, Школска књига, Загреб 1951, 15; Стеван Јакшић, *Облигационо право – општи део*, Веселин Маслеша, Сарајево 1962², 218-219, 228; Михаило Константиновић, *Облигационо право – белешке са предавања*, Савез студената Правног факултета у Београду, Београд 1961, 77-78, 88-89, 179-180; Живормир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право – општи део*, Савремена администрација, Београд 1980, 304, 305, 318, 328-330, 336-338, 375-380, 393-396; Љубиша Милошевић, *Облигационо право*, Савремена администрација, Београд 1982, 148-150; Марија Вучковић, *Облигационо право*, Савремена администрација, Београд 1988, 233-234; Ивица Јанковец, *Уговорна одговорност*, Пословна политика, Београд 1993, 383-400; Јаков Радишић, *Облигационо право*, Номос Београд 2008, 183-188; Ђорђе Николић, *Облигационо право*, Пројурис, Београд 2005, 89-91; Оливер Антић, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду – Службени гласник, Београд 2008, 442-447; Јожеф Салма, *Облигационо право*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2009, 463-465; Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 48-62.; Бојан Пајтић, Сања Радовановић, Атила Дудаш, *Облигационо право*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2018; 563-573.

³ Вид. С. Перовић, 20.

⁴ *Ibid.*

Детаљан преглед правних питања у вези са којима се у упоредном праву показују разлике између уговорне и вануговорне одговорности вид. Max Loubser, „Concurrence of Contract and Delict“ *Stellenbosch Law Review* 2/1997, 128-140.; Ruben de Graaff „Concurrent claims in Contract and Tort: A Comparative Perspective“, *European Review of Private Law* 4/2017, 708-710.

Једни се залажу за јединство грађанскоправне одговорности за штету, тј. заступају став да између уговорне и вануговорне одговорности за штету постоји начелна појмовна истоветност, при чему признају да имају нека специфична обележја, али да она нису таквог значаја да би довела у питање јединствени концепт грађанскоправне одговорности.⁵

Други, присталице дуалистичке теорије, међутим, истичу да су различитости између њих многобројније и важније од њихових сличности, те их треба појмовно одвојено посматрати, при чему у већој или мањој мери указују на неке потешкоће у практичној примени два одвојена режима одговорности, али углавном остају на позицијама дуалистичког схватања.⁶

Најзад, постоје и аутори који су свесни практичних потешкоћа које настају паралелним постојањем два режима одговорности, али су учинили додатни корак и залажу се за уклањање разлика између њих, уједначавањем или приближавањем правила о условима и обиму одговорности према оба режима одговорности. Према томе, они полазе од основних премиса дуализма уговорне и вануговорне одговорности за штету, али настоје да из њих развију један јединствен и општи систем грађанскоправне одговорности, с минималним бројем изузетака и одступања која намеће појам уговора и одговорности за обавезе настале његовим закључењем.⁷ Потреба за превазилажењем разлика између два режима одговорности нарочито долази до изражаја у вези са обављањем неке професионалне делатности (лекарске, адвокатске, итд.), код које треба да важе високи и уједначени стандарди у свим случајевима, без обзира на то да ли је друга страна лице са којим вршилац професионалне делатности стоји у уговорном односу, или лице са којим такав однос не постоји.⁸ Превазилажење ових разлика и успостављање јединственог режима одговорности за штету остварено је у неким посебним областима, као што су уговор о превозу, одговорност за штете од производа, извођење грађевинских радова, итд.⁹

⁵ Теорију јединства грађанскоправне одговорности у домаћој доктрини прихватају Михаило Вуковић, Стеван Јакшић, Стојан Цигој, Јаков Радишић, Јожеф Салма. Вид. М. Вуковић, 15; С. Јакшић, 237; С. Цигој, 272; Ј. Радишић, 185; Ј. Салма (2009), 465. По тумачењу аутора, јединствени појам грађанскоправне одговорности имплицитно прихватају и Живомир Ђорђевић и Владан Станковић, јер упркос разликама између два режима одговорности на које указују, истичу да они ипак чине грађанскоправну одговорност као целину. Вид. Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 377.

⁶ За дуалистичко схватање се у домаћој доктрини залажу Борислав Благојевић, Бошко Перић, Михаило Константиновић, Врлета Круљ, Љубиша Милошевић, Ивица Јанковец, Слободан Перовић. Вид. Б. Благојевић, 277–280; Б. Перић, 108; М. Константиновић, 179; В. Круљ, 90; Љ. Милошевић, 1480–150; И. Јанковец (1993), 391; С. Перовић, 27.

⁷ Вид. П. Шулејић, 350.

⁸ Вид. П. Шулејић, 344.

⁹ Вид. П. Шулејић, 346.

Циљ овог рада није да се подробно изложи сличности и разлике између ове две врсте грађанскоправне одговорности за штету, јер су оне већ детаљно анализиране у домаћој цивилистици. Тежиште у овом раду ће бити на два питања: на односу правила о овим двама врстама одговорности у Закону о облигационим односима и на тзв. конкуренцији захтева, која настаје када поводом истог животног догађаја поверилац (оштећено лице, уговору верна страна) може према дужнику (штетнику, страни која је повредила уговорну дисциплину) да истакне захтев за накнаду штете како по основу уговорне, тако и вануговорне одговорности за штету. При томе, акценат ће мањим делом бити на првом питању, а већим делом на другом.

2. О ОДНОСУ ЗАКОНСКИХ ПРАВИЛА О ВАНУГОВОРНОЈ И УГОВОРНОЈ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ

Наша цивилистика се осврнула на однос правила уговорне и вануговорне одговорности у контексту класичних европских грађанских кодификација.¹⁰ У правним порецима, који припадају европско-континенталној правној традицији, уобичајено је да се у делу грађанског законика посвећеном материји облигационог права налазе посебна правила о вануговорној и посебна правила о уговорној одговорности. У овом смислу изузетак представља *аустријски* Општи грађански законик, који не садржи овакво удвајање и јединствено уређује одговорност за штету, како ону која настаје проузроковањем штете између лица која се не налазе у уговорном или њему сличном односу, тако и ону која наступа повредом уговора или раније већ постојеће друге обавезе.¹¹

Остале велике европске кодификације грађанског права садрже различити сет норми о овим двама врстама одговорности, при чему је њихов међусобни однос различит. Тако, *француски Грађански законик* не садржи изричито правило о њиховом међусобном односу. Касациони суд је у неколико одлука заузео став да ова два режима одговорности имају одвојени домен примене, тачније, правила о уговорној одговорности сматрају се посебним у односу на правила о вануговорној одговорности за штету, те се одредбе Законика о деликтној одговорности не могу применити на случајеве

¹⁰ Кратка упоредноправна анализа у овом раду извршена је углавном кроз призму радова домаћих аутора, пре свега због тога што су домаћи писци закључак у односу на наше право изводили на основу сопственог разумевања правила класичних европских кодификација.

¹¹ Вид. §1293-1341 аустријског Општег грађанског законика. Наведено према И. Јанковец (1993), 384.

повреде уговорних обавеза.¹² Године 2016. извршена је опсежна реформа правила облигационог права у Француском грађанском законнику.¹³ Између осталог, измењено је правило Законика (чл. 1231) о последицама неиспуњења уговорне обавезе, и унета нова правила којима је детаљније одређена уговорна одговорност (чл. 1231-1 до 1231-7). Немачки Грађански законик такође садржи посебна правила о вануговорној¹⁴ и уговорној одговорности¹⁵ за штету.¹⁶ И швајцарски Законик о облигацијама усваја дуалистички метод, јер садржи детаљна правила о вануговорној одговорности за штету¹⁷, чију аналогну примену прописује и за уговорну одговорност.¹⁸

Скица Михаила Константиновића¹⁹ је такође следила дуалистички модел у уређивању вануговорне и уговорне одговорности. И она садржи различита правила о вануговорној²⁰ и уговорној одговорности²¹. Међутим, за разлику од свог основног нормативног узора, швајцарског Законика о облигацијама, Скица није предвидела супсидијарну примену правила о вануговорној одговорности за штету у оним питањима која нису уређена посебним одредбама о уговорној одговорности.²²

Важећи Закон о облигационим односима Србије преузима из Скице дуалистички метод уређивања вануговорне²³ и уговорне одговорности²⁴ за штету, али за разлику од ње, садржи изричиту одредбу о томе да ће се на

¹² Вид. Geneviève Viney, *Traite de droit civile, les obligations*, Paris 1982, 260. Наведено према И. Јанковец (1998), 30.

¹³ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Вид. преглед најважнијих измена Грађанског законика Bénédicte Favaorae-Cosson, Juliette Gest, Ancel François, „The Process of Elaboration of the Reform of the Law of Contract in John Cartwright and Simon Whittaker (eds.), *The Code Napoléon Rewritten – French Contract Law After the 2016 Reforms*, Hart Publishing – Bloomsbury, Oxford – Portland – Oregon 2017, 17–28.

¹⁴ Вид. §823-853 немачког Грађанског законика.

¹⁵ Вид. §276-288 немачког Грађанског законика.

¹⁶ Наведено према В. Круљ, 64.

¹⁷ Вид. чл. 41-61 швајцарског Законика о облигацијама.

¹⁸ Вид. чл. чл. 99 ст. 3 швајцарског Законика о облигацијама. Наведено према И. Јанковец (1993), 391.

¹⁹ Михаило Константиновић, *Облигације и уговори – Скица за законик о облигацијама и уговорима*, 1969, издање у оквиру серије Класици југословенског права, Службени лист СРЈ, Београд 1996 (у даљем тексту: Скица).

²⁰ Вид. чл. 123-167 Скице.

²¹ Вид. чл. 206-214 Скице.

²² Вид. И. Јанковец (1993), 399.

²³ Вид. чл. 154-209. Закона о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, 31/93 и *Службени лист СЦГ*, 1/2003 – Уставна повеља, Службени гласник РС, бр. 18/2020.

²⁴ Вид. чл. 262-269 ЗОО.

сва питања уговорне одговорности која нису уређена законом сходно²⁵ примењивати законске норме о вануговорној одговорности²⁶.

3. О КОНКУРЕНЦИЈИ ЗАХТЕВА ПО ОСНОВУ ПРАВИЛА О УГОВОРНОЈ И ПРАВИЛА О ВАНУГОВОРНОЈ ОДГОВОРНОСТИ У ДОМАЋОЈ ДОКТРИНИ

У случају када поводом истог животног догађаја оштећени може да истакне захтев за накнаду штете како према правилима уговорне, тако и вануговорне одговорности за штету, настаје ситуација која се традиционално означава као „конкурENCIЈА захтева“. У домаћој литератури се као пример конкуренције захтева уобичајено истиче случај када купац оштети закупљену ствар.²⁷ У таквом случају закупавац може према закупцу поставити захтев за накнаду штете према правилима о вануговорној одговорности за штету, јер је купац повредио општу законску забрану проузроковања штете²⁸, али ће купац одговарати и по правилима о уговорној одговорности, јер је повредио обавезу дужне пажње у чувању закупљене ствари и обавезу враћања исте закупавацу у неоштећеном стању по престанку уговора о закупу²⁹.

Оваква ситуација отвара неколико алтернатива. Неспорно је у домаћој³⁰, али и у упоредноправној литератури³¹, да поверилац не може да кумулира захтеве у смислу кумулације одговорности, тј. да тражи и добије накнаду по оба основа, јер би то било противно смислу начела интегралне накнаде, на којем се заснива савремена грађанскоправна одговорност за штету. Стога, Шулејић с правом указује на непримереност овог назива, јер се не ради о кумулацији захтева, односно кумулацији одговорности, већ о избору између правила два режима одговорности, те сматра примеренијом формулацију

²⁵ Сходна примена правила којима се иначе уређује друга материја не значи њихову дословну примену, већ одређену еластичност у примени, што значи да суд треба да утврди да ли су та правила која се „сходно“ примењују примерена питању на која треба да се примене. Вид. Дејан Б. Ђурђевић, *Институције наследној права*, Службени гласник, Београд 2010, 38. “Сходна” примена било које законске одредбе на неко друго питање ставља суд пред прилично деликатан задатак, јер поводом сваког правила треба да утврди нормативни циљ одредбе и остваривост тог циља у неком другом контексту.

²⁶ Вид. чл. 269 ЗОО.

²⁷ Вид. И. Јанковец (1998), 22; Ј. Радишић, 187.

²⁸ Вид. чл. 16 ЗОО.

²⁹ Вид. чл. 585 ст. 1 ЗОО.

³⁰ Вид. П. Шулејић, 346.

³¹ Вид. на пример Christian von Bar, *The Common European Law of Torts*, Volume One, C.H.Beck, München 1998, 433.

право опције између два режима одговорности.³² Такође, нико не заступа став да би се могла применити једино правила о вануговорној одговорности за штету, јер би то значило да постојећи уговорни однос између повериоца и дужника нема никакав значај, те би оштећеник који је уједно и страна у уговорном односу са штетником био изједначен са другим потенцијалним и стварним оштећеницима, трећим лицима која нису у таквом односу са штетником. Према томе, само две алтернативе су разматране у доктрини: или треба признати могућност избора између правила о вануговорној или уговорној одговорности, или применити само правила о уговорној одговорности.

Прва алтернатива је шире заступљена: домаћа цивилистика се у претежном делу залаже за право избора повериоца између ова два режима грађанскоправне одговорности.³³ Овај став се образлаже тиме да се закључењем уговора оштећеник није одрекао права која му припадају према правилима вануговорне одговорности за штету. Међутим, они који се залажу за право избора оштећеника између уговорне и вануговорне одговорности за штету, истичу да тај избор мора бити извршен у целини, односно не може оштећеник да бира из сваког од ова два система одговорности правила која му више одговарају.³⁴ Тако, на пример, ако се определи за примену правила о вануговорној одговорности за штету, јер му само овај режим одговорности омогућава новчану накнаду нематеријалне штете³⁵, не може тражити да се на његово потраживање примењују дужи рокови застарелости и другачији начин рачунања рокова застарелости из система правила о уговорној одговорности. Став о праву избора између два режима одговорности у случају конкуренције захтева, домаћа доктрина темељи на концепту конкуренције захтева усвојеним у немачком праву (*Anspruchskonkurrenz*).³⁶ Јанковец, међутим, са правом примећује да је у немачком праву исправније говорити о конкуренцији правних основа (*Anspruchsnormenkonkurrenz*), у смислу правних норми на којима се заснива захтев.³⁷ Врховни суд Немачке је већ у првим деценијама

³² Вид. П. Шулејић, 346.

³³ За право избора повериоца између режима вануговорне и уговорне одговорности залажу се Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, Јаков Радишић, Предраг Шулејић. Вид. Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 379; Ј. Радишић, 188; П. Шулејић, 346.

³⁴ Вид. П. Шулејић, 346.

³⁵ У нашој цивилистици се углавном заузима став да штетник у режиму уговорне одговорности не може одговарати за накнаду нематеријалне штете. За увођење у наше право уговорне одговорности за нематеријалну штету залажу се Владимир В. Водинелић и Ивица Јанковец. Вид. детаљније М. Караникић Мирић (2013), 47.

³⁶ Вид. И. Јанковец (1998), 29. Детаљније о конкуренцији захтева у новијој немачкој литератури с упућивањем на релевантну судску праксу и доктринарна схватања вид. Wolfgang Fikentscher, Andreas Heinemann, *Schuldrecht*, De Gruyter Recht, Berlin 2006, 752-756.

³⁷ Вид. И. Јанковец (1998), 29.

XX века признао могућност конкуренције захтева³⁸, што је касније потврдила и немачка доктрина³⁹. Имајући у виду да су доста дуго правила уговорне одговорности у бројним ситуацијама била повољнија у односу на правила вануговорне одговорности, Шлехтрим констатује да се на конкуренцију захтева пре гледало као на благослов, а не као на проблем.⁴⁰

Друга алтернатива је мање заступљена у домаћој доктрини.⁴¹ Став да у случају конкуренције захтева треба применити само правила о уговорној одговорности заснива се углавном на француској цивилистици, према којој се у конкуренцији ова два режима одговорности, примењују искључиво правила уговорне одговорности, јер је она посебна у односу на вануговорни режим одговорности, који је општи. У овом смислу се на пример изјашњава Жосран да „уговарач није треће лице плус уговарач, као што Француз није странац плус Француз“.⁴² Забрана конкуренције захтева (*non cumul des responsabilités*) је опште правило у француском праву, али нема апсолутно важење, јер познаје неколико изузетака.⁴³

³⁸ R. de Graaff (2017), 715–717.; Ruben de Graaff, *Concurrence in European Private Law*, Eleven International Publishing, the Hague 2020. 50–51.

³⁹ Најзначајнија монографска дела и чланци посвећени овој проблематици, објављени до краја шездесетих година прошлог века су: Rolf Dietz *Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt*, Roehrscheid, Bonn 1934; Apostolos S. Geōrgiadēs, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, München, Beck 1968; Rolf Dietz „Das Problem der Konkurrenz von Schadensersatzansprüchen bei Vertragsverletzung und Delikt“ *Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Hamburg 1962*, ed. Hans Dölle, International Congress on Comparative Law <7, 1966, Uppsala> and Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, De Gruyter, Berlin – Boston, 2018, 181–206.; Hermann Eichler, „Die Konkurrenz der vertraglichen und deliktischen Haftung im deutschen Recht“, *Archiv für die civilistische Praxis* 5-6/1963, 401–420., итд.

⁴⁰ „‘Concurrence’ and the possibility of an ‘election’ of remedies was not a problem but a blessing.” Pieter Schlechtriem „The Borderland of Tort and Contract – Opening a New Frontier,” *Cornell International Law Journal* 1988/3, 468.

⁴¹ Вид. В. Круљ, 92. Борислав Благојевић истиче да би поверилац избором вануговорне одговорности искључио примену уговорних клаузула, што би значило једнострану измену већ закљученог уговора, на шта нема право. Стога, према његовом мишљењу, у случају конкуренције захтева треба применити правила уговорне одговорности. Вид. Б. Благојевић, 280.

⁴² B. Louis Josserand, *Cours de droit positive francais*, том II, Paris 1938, No. 482. Наведено према В. Круљ, 88.

⁴³ Вид. И. Јанковец (1998), 31. Детаљније о забрани конкуренције у француској литератури, с упућивањем на релевантну судску праксу и доктринарна схватања вид. François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Paris 1993, 638–640.; Alain Bénabent, *Droit des obligations*, 19e edition, LGDJ, Paris, 2021, 411.; Nathalie Blanc, Mathias Latina et Denis Mazeaud, *Droit des obligations*, 3e édition, LGDJ, 2022, 225.; Bertrand Fages, *Droit des obligations*, 11e edition, LGDJ, Paris, 2021, 324.; R. de Graaff (2017), 708–715.

4. ЗАБРАНА КОНКУРЕНЦИЈЕ ЗАХТЕВА И ПРИМЕНА ПРАВИЛА О УГОВОРНОЈ ОДГОВОРНОСТИ ПРЕМА НОВОМ ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ МАЂАРСКЕ ИЗ 2013. ГОДИНЕ

Претходни Грађански законик Мађарске из 1959. године, у складу са уобичајеним номотехничким приступом у упоредном праву, није изричито уређивао питање конкуренције захтева према правилима уговорне и вануговорне одговорности поводом истог животног догађаја. У законнику није било ниједне норме која би забранила могућност избора између примене два режима одговорности. Неспорно је било да оштећени може свој захтев засновати на правилима уговорне одговорности, али су судови сматрали допуштеним и захтеве и према правилима вануговорне одговорности.⁴⁴ Ово питање је у судској пракси добило највећи значај у вези са накнадом штете коју је претрпео путник током коришћења услуга такси превозника. Судови су усвајали захтеве оштећених и на основу правила о објективној, вануговорној одговорности, уместо на основу правила уговорне одговорности. Образложење је нађено у томе да су правила објективне вануговорне одговорности била много повољнија по оштећено лице, у односу на правила уговорне одговорности, која је у мађарском праву у то време била субјективна.⁴⁵ Међутим, још за време важења претходног Грађанског законика појавили су се у доктрини аргументи у прилог забране избора између два режима одговорности и примене искључиво правила о уговорној одговорности. Као најзначајнији разлог истицани су проблеми у вези са применом уговорних клаузула о ограничавању или искључењу одговорности за штету. Уколико би суд примењивао искључиво правила вануговорне одговорности за штету, тиме би оштећени заправо могао да избегне примену таквих уговорних клаузула.⁴⁶

Кодификатори новог мађарског Грађанског законика из 2013. године су решили да ипак отклоне ову празнину у материјалноправној законској регулативи и дају јасну смерницу како судовима, тако и странама, која ће се правила примењивати ако из истог животног догађаја могу проистећи одштетни захтеви и према правилима уговорне и правилима вануговорне одговорности. Међутим, осим тога што се законодавац уопште определио за законску регулативу овог питања, веће изненађење представља начин на који је то урадио. Изричито прописује, наиме, да поверилац свој захтев за накнаду штете остварује према правилима уговорне одговорности чак и онда ако проузрокована штета даје основа и за одговорност дужника према

⁴⁴ Вид. Ádám Fuglinszky, *Kártérítési jog*, HVG-Orac Budapest 2015, 64.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

правила вануговорне одговорности.⁴⁷ Основно идејно образложење овог когентног правила које искључује конкуренцију захтева и налаже когентну примену режима уговорне одговорности, доктрина налази у начелу приватне аутономије. Као главни аргумент истиче се слична аргументација која је у периоду до усвајања новог законика ипак била мањинска: стране закључењем уговора имају могућност да одступе од диспозитивних правила уговорне одговорности, те одговорност могу да искључе, ублаже или поопште. Омогућавањем једне од уговорних страна, која се тек након чина проузроковања штете нашла у улози повериоца потраживања накнаде штете, да се уместо режима уговорне одговорности определи за режим вануговорне одговорности, уговорне клаузуле о мери или искључењу одговорности, односно диспозитивна правила уговорне одговорности била би изиграна.⁴⁸ Затим, истиче се да према правилима новог Грађанског законика, није увек тако једноставно проценити да ли су правила деликтне одговорности уопште повољнија по оштећеног у односу на обим накнаде који би се досудио према правилима уговорне одговорности, што умањује практични значај избора између два режима одговорности. С једне стране, поопштравањем правила уговорне одговорности према новом законiku, она се приближавају правилима објективне одговорности. С друге стране, увођењем мерила предвидљивости на основу којег се утврђује мера одговорности за штету, како на плану уговорне, тако и на плану вануговорне одговорности, врло је спорно и неизвесно да ли би накнада по правилима вануговорне одговорности уопште била већа од оне која би се досудила према правилима уговорне одговорности.⁴⁹

Наведено правило новог мађарског Грађанског законика о искључењу кумулације захтева и примени правила о уговорној одговорности, трпи неколико крупних изузетака. Најпре, Закон о здравственој заштити изричито предвиђа да се на одштетне захтеве у вези са здравственим услугама сходно примењују одредбе Грађанског законика о накнади имовинске штете, односно о последицама повреде права личности (накнада неимовинске штете – болнина).⁵⁰ И у овом случају је заправо искључена могућност кумулације захтева, али у обрнутом смеру – једино се правила вануговорне одговорности

⁴⁷ § 6:145 Грађанског законика Мађарске из 2013. године.

⁴⁸ István Kemenes in: *Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz* (eds. Lajos Vékás, Péter Gárdos), Wolters Kluwer Budapest, том II, 2014, 1543-1544.

⁴⁹ Kemenes in: *Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz*, 1543.

⁵⁰ Egészségügyi törvény, §244. ст. 2.

Наш Закон о правима пацијената у вези са одштетним захтевима упућује на примену „општих правила о одговорности за штету“. То значи да и у погледу одштетних захтева пацијената примењује став судске праксе и доктрине о конкуренцији захтева. Међутим, садржи и једно битно поопштравање уговорне одговорности: искључује дејство уговорних клаузула које искључују или ограничавају одговорност за штету. *Закон о правима пацијената*, Службени гласник РС, бр. 45/2013 и 25/2019 – др. закон, чл. 31.

могу применити на одштетне захтеве, без обзира на то да ли између пружаоца здравствених услуга и оштећеног лица постоји уговорни однос.⁵¹ Други изузетак се тиче примене Директиве о одговорности произвођача. Европски суд правде је, наиме, у више наврата заузео став⁵² да државе чланице не могу да установе разлоге искључења одговорности по основу одговорност произвођача ствари са недостатком, који би одговорно лице ставили у повољнији правни положај од оног који има према Директиви, јер би се тиме компромитовао циљ Директиве да се постигне потпуна хармонизација права држава чланица.⁵³ Према томе, уколико је држава чланица устројила режим одговорности који је повољнији по произвођача, потрошач може да се определи за други режим одговорности који је повољнији по њега.⁵⁴ У мађарској доктрини се, међутим, истиче да ова правила подразумевају конкуренцију захтева само онда ако је потрошач истовремено и у уговорном односу са произвођачем. Уколико између њих не постоји уговорни однос, конкуренција захтева је само привидна, јер се у својству одговорног лица налазе различита лица: према потрошачу ће према правилима уговорне одговорности одговарати продавац, док произвођач према правилима вануговорне одговорности.⁵⁵

5. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА – МОГУЋИ ПРАВЦИ РАЗВОЈА ПРАВНОГ УРЕЂЕЊА КОНКУРЕНЦИЈЕ УГОВОРНЕ И ВАНУГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ У НАШЕМ ПРАВУ?

Закон о облигационим односима изричито не уређује која правила треба применити у случају конкуренције захтева по основу уговорне и захтева по основу вануговорне одговорности. То што не постоји изричита материјалноправна законска одредба о конкуренцији захтева још не значи да је у питању законска празнина у правом смислу речи, а још мање правна празнина.

⁵¹ Kemenes in: *Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz*, 1545.

⁵² Види предмете C-52/00 *Комисија против Француске*, C-154/00 *Комисија против Грчке* и C 183/100 *Maria Victoria Gonzáles Sánchez* против *Medicina Asturiana SA*.

⁵³ Kemenes in: *Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz*, 1544.

⁵⁴ Наш Закон о заштити потрошача садржи посебна правила о одговорности произвођача ствари са недостатком у потрошачком контексту, која су посебна у односу на одговарајућа правила ЗОО, али у погледу накнаде нематеријалне штете упућује на примену општих правила ЗОО о одговорности за штету. Питање конкуренције захтева између уговорне и вануговорне одговорности у случају одговорности произвођача ствари са недостатком није изричито уређено. Међутим, ЗЗП, слично Закону о правима пацијената, искључује правно дејство уговорних клаузула о искључењу или ограничавању одговорности за штету. Вид. *Закон о заштити потрошача*, Службени гласник РС, бр. 88/2021, чл. 64.

⁵⁵ Kemenes in: *Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz*, 1544.

Правила парничне процедуре дају прилично јасне смернице како би суд требало да поступи у случају када је на тужбени захтев могуће применити правила оба режима одговорности. Међутим, у светлу процесних правила треба пажљивије приступити тумачењу става да оштећени има право избора између режима одговорности који је за њега повољнији, који се често среће у литератури.⁵⁶ Адресат права избора, ако се то уопште може назвати избором, заправо, није оштећено лице, јер би његово опредељење за правила једног од два режима одговорности представљало правну квалификацију основа тужбеног захтева, што није у његовој ингеренцији. Правна квалификација чињеница које странке износе у поступку је у ингеренцији суда.⁵⁷ Оштећеник у својству тужиоца може правно да квалификује свој захтев, тј. да у тужби наведе правни основ свог захтева. Међутим, тужба је уредна и без навођења правног основа, а ако је он наведен, таква правна квалификација не обавезује суд⁵⁸, али је суд дужан да је узме у разматрање.⁵⁹ Према томе, прави адресат права избора између уговорне или вануговорне одговорности за штету, када чињенице случаја дају основа за примену оба режима одговорности, јесте суд.⁶⁰ Суд је тај који може, боље речено, мора да изврши правну квалификацију захтева.⁶¹ Истиче се, међутим, у литератури да избор између правила уговорне или вануговорне одговорности мора да се односи на правила једног или другог режима одговорности у потпуности, тј. не би се смело допустити комбинована примена појединих правила вануговорне и уговорне одговорности.⁶²

Идеја овог рада је било иницирање научне расправе о два питања.

С једне стране, може се поставити питање да ли је непостојање изричитих правила о конкуренцији уговорне и вануговорне одговорности у Закону о облигационим односима адекватно номотехничко решење. Да ли ће се одређено питање законски уредити или не, тј. оставити судовима да га на

⁵⁶ Вид. на пример И. Јакшић (1992), 1212.; Ј. Радишић, 187.

⁵⁷ Вид. Боровоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Службени гласник – Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2015, 171.

⁵⁸ Закон о парничном поступку, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020 (у даљем тексту: ЗПП), чл. 192. ст. 4.

⁵⁹ Вид. Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2022, 176.

⁶⁰ Став о неvezаности суда квалификацијом правног основа тужбеног захтева као захтева по основу вануговорне одговорности за штету или као захтева по основу уговорне одговорности, извршене од стране тужиоца заступају и Ивица Јанковец и Предраг Шулејић. Вид. И. Јанковец (1998), 32; П. Шулејић, 348. Обојица полазе од тога да тужилац у тужби врши правну квалификацију свог захтева, али и они стижу до закључка да коначну одлуку о томе доноси суд, јер је суд дужан да изврши правну квалификацију захтева и онда када тужилац није назначио њен правни основ или уопште није правно квалификовао захтев.

⁶¹ Вид. у истом смислу П. Шулејић, 348.

⁶² Вид. П. Шулејић, 348.; И. Јанковец (1998), 33.

одређени начин квалификују и попуне ту празнину позивом на друге одредбе материјалног или процесноправног закона, ствар је правне политике. Аутор не сматра да би свако питање, у складу са духом правног позитивизма, требало законски изричито уредити. Један савремени систем грађанскоправне одговорности за штету може врло добро да функционише и са врло малим бројем законских одредаба, што нам је показало искуство у вези са француским Грађанским закоником, на пример. Наш Закон о облигационим односима, међутим, спада у ред закона који се одликује потребом обухватнијег регулисања правних института, те иначе садржи прилично детаљне одредбе како о вануговорној, тако и о уговорној одговорности. А, ако је већ усвојен правнополитички приступ детаљног законског уређења оба режима одговорности, с том идејом не би било страно ни да се уреди и њихов однос када постоји конкуренција у њиховој примени. Изричитих правила о томе који режим одговорности би требало применити у случају конкуренције уговорне и вануговорне одговорности углавном нема ни у упоредном праву. Међутим, у последње време су се појавила нека нова законодавна решења која указују на извесне промене. Свакако треба истаћи право Мађарске, у којем је у новом Грађанском законiku од 2013. године ово питање добило изричиту законску регулативу, као што је то у претходном делу рада детаљно елаборирано. Вредан је пажње и нови Законик о облигационим односима Турске од 2011. године⁶³ који садржи једну општу норму о конкуренцији било ког режима одговорности. Под насловом „Одговорност по различитим основима“, прописује да уколико се одговорност одговорног лица може засновати на више основа, судија одлучује по оном који оштећеном лицу пружа могућност најбоље компензације, осим ако нешто друго прописује закон, или ако је сам оштећени поставио другачији захтев.⁶⁴ Међутим, то што су у упоредном праву реткост изричите одредбе о примени уговорног или ва-

⁶³ Детаљан преглед одредаба новог Турског Законика о облигационим односима о одговорности за штету вид. Erdem Büyüksagis, „The New Turkish Tort Law”, *Journal of European Tort Law* 3/2012, 44–100.

⁶⁴ Вид. чл. 60. Законика о облигационим односима Турске.

Ова одредба је унета у турски законик под утицајем чл. 53 стручног текста под називом Ревизија и уједначавање права о одговорности за штету (*Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*), израђеног од стране професора Пјера Видмера (*Pierre Wiedmer*) и Пјера Веснера (*Pierre Wessner*) који је имао за циљ осавремењивање швајцарског законика о облигацијама. Швајцарски законодавац је размотрио да се у складу са овим стручним текстом измени Законик о облигацијама, као и други закони који уређују материју одговорности за штету, али се од тога 2009. године коначно одустало. <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht.html>.

Истиче се, међутим, у доктрини да је ова одредба турског Законика о облигационим односима добила знатно шире тумачење од нормативног уређења конкуренције захтева. Вид. Vedat Buz, „Liability of a Person on Different Legal Grounds: Some Remarks on Article 60 of the New Turkish Code of Obligations“, *Banka Huk. Dergisi* 2/2013, 19.

нуговорног режима одговорности, када су у односу конкуренције, то по себи још није довољан разлог да такво правило немамо ни ми. У нашем праву већ постоји једна слична одредба која прописује која правила ће се примењивати у случају интеракције обавезе накнаде вануговорне штете и обавезе реституције по основу стицања без основа. ЗОО, наиме, прописује да оштећени и после наступања застарелости може захтевати од одговорног лица да на основу правила о правно неоснованом обогаћењу уступи оно што је добио радњом којом је проузрокована штета.⁶⁵

С друге стране, можемо се запитати да ли је решење према којем суд у случају конкуренције правила уговорне и вануговорне одговорности примењује режим одговорности који оцени повољнијим по оштећеника/тужиоца, које је убедљиво већински став у домаћој цивилистици, једини могући исправан приступ. У овом раду је као пример из упоредног права узето решење новог мађарског Грађанског законика из 2013. године. У мађарском праву, као и у нашем, дубоко је био утемељен став у доктрини да се у случају конкуренције захтева по основу правила уговорне и вануговорне одговорности примењује онај режим одговорности који је повољнији по оштећеника. Упркос томе, у новом Грађанском законiku из 2013. године је овај став напуштен. Искључује се конкуренција захтева и императивном нормом је прописано да се у случају када је могуће применити правила оба режима одговорности, примењују искључиво правила уговорне одговорности. Без амбиције да се промени курс наше цивилистике поводом овог питања, има смисла осврнути се на разлоге због којих је овај заокрет учињен у мађарском праву. Најзначајнији међу њима је тај што се применом режима вануговорне одговорности могу заобићи уговорне клаузуле о ограничавању или искључењу одговорности за штету. Уколико се на одштетни захтев примене правила вануговорне одговорности, ове уговорне клаузуле не остварују своје правно дејство.⁶⁶ Ако их, међутим, суд примени, више нисмо на терену чисте вануговорне одговорности већ смо сведоци комбиновања правила вануговорне и уговорне одговорности, што не би било доследно решење. Осим тога, настојање суда да на одштетни захтев тужиоца примени режим који је најповољнији може да представља извесну процесну неизвесност за тужиоца. Претпоставимо да је тужилац свој захтев квалификовао као захтев

⁶⁵ Вид. чл. 209. ЗОО.

Детаљније о конкуренцији захтева по основу накнаде штете и правно неоснованог обогаћења вид., Ивана Симоновић, „Конкуренција захтева за надокнаду штете и захтева из неоснованог обогаћења у случају неовлашћене употребе туђе ствари или туђег права у своју корист“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 81/2018, 303–320.

⁶⁶ Да се подсетимо, сличне аргументе су у прилог примене искључиво правила уговорне одговорности у нашој цивилистици истицали Врлета Круљ и Борислав Т. Благојевић. На исти проблем је указивао и Предраг Шулејић. Вид. П. Шулејић, 346.

за накнаду штете по основу уговорне одговорности. Он то формалноправно није дужан да учини, нити таква квалификација обавезује суд, али фактички то сваки тужилац, који разумно поступа, чини, јер на основу сопственог виђења правне квалификације захтева истиче одговарајуће чињенице и предлаже одговарајуће доказе у поступку. У нашој парничној процедури то може да учини само до одређеног тренутка, и то на самом почетку поступка, најкасније на припремном рочишту или на првом рочишту главне расправе. Нове чињенице након тога се у поступку могу истицати само изузетно, под условом да странка докаже да их без своје кривице није раније могла изнети.⁶⁷ Претпоставимо сада да на основу ових чињеница суд врши правну квалификацију захтева на тај начин да то има за последицу примену правила вануговорне одговорности, уместо правила уговорне одговорности. Уколико тужилац у поступку није предложио и доказао постојање оних чињеница које заснивају вануговорну одговорност туженог или је не заснивају у оној мери у којој је то предвидео тужилац (што се сасвим лако може десити, ако је свој захтев квалификовао као захтев по основу уговорне одговорности), суд не може да досуди накнаду према правилима вануговорне одговорности, јер такву одлуку чињенице утврђене у поступку не чине конклузивном.⁶⁸ Тада би ипак једино могао да примени правила уговорне одговорности, што битно дезавуише начелни постулат да ће у случају конкуренције захтева суд применити режим одговорности који је повољнији по оштећеног. Реална могућност за његову примену постоји ако је тужилац већ у почетном стадијуму поступка изнео све чињенице потребне за досуђивање накнаде по било ком од ова два режима одговорности. Уколико то тужилац није учинио, или су чињенични наводи тужиоца непотпуни, суд би у току поступка, у складу са правилима материјалног управљања парницом у вези са прикупљањем чињеничне грађе, која налажу суду да својим питањима у току поступка, а нарочито на главној расправи, утврди и расветли чињенично стање⁶⁹, требало да усмерава процесне активности у том правцу да се утврде све чињенице од којих зависи примена оба режима одговорности. Осим тога, суд има обавезу да на припремном рочишту утврди која ће се правна питања расправити током поступка⁷⁰, што заправо представља правну квалификацију захтева тужиоца. Питање је, међутим, у којој мери је реално да ће суд већ на при-

⁶⁷ Вид. Ранко Кеча, Марко Кнежевић, *Грађанско процесно право*, Службени гласник, Београд, 2018, 148.

⁶⁸ О неконклузивности тужбе вид. Марко Кнежевић, *Расправно начело у српском парничном процесу*, Службени гласник, 2016, р. 150.

⁶⁹ ЗПП, чл. 313.; Б. Познић – В. Ракић Водинелић, 284. Вид. детаљније М. Кнежевић, 362, 372, 480.; Никола Бодирога, *Парнични процес*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2022, 194.

⁷⁰ ЗПП, чл. 308 ст. 2.

премном рочишту извршити квалификацију захтева тужиоца према правилима вануговорне одговорности, ако је исти тужилац квалификовао као захтев према правилима уговорне одговорности. Начелни постулат о примени оног режима одговорности који је повољнији по оштећеног у случају конкуренције, дакле, уколико се он жели правилно и доследно применити, подразумева додатни процесни терет за тужиоца да у тужби или најкасније на припремном рочишту, односно на првом рочишту главне расправе изнесе све чињенице које поткрепљују примену оба режима одговорности. Такође, и суд има додатне процесне дужности, јер на самом почетку поступка, када чињенице још нису утврђене већ се само пројектује које ће бити те које ће бити правно релевантне, квалификује их другачије у односу на ону квалификацију за коју се определио тужилац. Забраном конкуренције захтева и когентном применом правила уговорне одговорности у случају када из истог животног догађаја могу проистећи како уговорна, тако и вануговорна одговорност, како је то учињено у новом мађарском Грађанском законнику, ови додатни процесни изазови се избегавају. Знајући да је по материјалноправном закону конкуренција искључена и да се примењују правила уговорне одговорности, тужилац би квалификовао свој захтев, а суд би управљао доказним поступком у том правцу да се расветле околности релевантне за постојање искључиво овог режима одговорности, што наравно не умањује обавезу суда да изврши правну квалификацију чињеница, већ на почетку парнице и да поступак управља у том правцу да се оне током поступка утврде. У сваком случају, и тужилац и суд би били свесни током целог поступка да ће се применити правила уговорне одговорности, те би процесне радње тужиоца и суда на утврђивању процесне грађе биле координисаније. С друге стране, пооштравањем правила уговорне одговорности и њеним приближавањем вануговорној одговорности, у погледу обима, услова и разлога искључења одговорности, што је тенденција у упоредном⁷¹ и нашем праву⁷², постепено би престала или би се битно умањила стварна потребна за применом правила вануговорне одговорности, када је штета настала у вези са уговором, што нам је такође показало искуство у вези са новим мађарским Грађанским закоником.

Напоследку, вредне су пажње неке нове тенденције у француском праву, и то у вези са оба питања која су постављена у закључку овог рада. Министарство правде Француске је, наиме, у марту 2017. године објавило Пројекат реформе грађанскоправне одговорности.⁷³ У чл. 1233 пројекта је предложено да се конкуренција правила уговорне и вануговорне одговорности изричито

⁷¹ Вид. П. Шулејић, 344.

⁷² Вид. П. Шулејић, 350.

⁷³ https://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf.

уреди у Законику. Међутим, Пројекат није имао за циљ да се промени традиционална *non-cumul* доктрина коначно уобличена у судској пракси до тридесетих година XIX века, већ да се она кодификује.⁷⁴ Пројекат предвиђа да се у случају неиспуњења уговорне обавезе, ни дужник, ни поверилац не могу искључити примену правила уговорне одговорности и одредити се за примену правила вануговорне одговорности, што је у складу са доктрином *non-cumul* у француском праву. Следећи чланови, међутим, предвиђају неколико значајних изузетака. Прво, пројекат искључује примену уговорне одговорности у случају штета услед повреде телесног интегритета, чак и онда ако су оне настале у вези са извршењем уговора.⁷⁵ Међутим, оштећени се ипак може позвати на изричиту одредбу уговора, ако је она повољнија у односу на правила вануговорне одговорности.⁷⁶ Напослетку, осим у неким специфичним ситуацијама, ако се у својству оштећеног лица нађе треће лице, које је претрпело штету услед извршења уговорне обавезе, накнада му се може досудити само на основу правила вануговорне одговорности.⁷⁷

На основу Пројекта Министарства правде, Сенат је средином 2020. године усвојио предлог закона о реформи грађанскоправне одговорности.⁷⁸ Предлог садржи углавном идентичне одредбе као пројекат у погледу забране конкуренције правила режима уговорне и вануговорне одговорности.⁷⁹ Сенат је, међутим, предлог закона вратио законодавном одбору на поновно разматрање.⁸⁰ Према мишљењу Ива Мајоа (*Yves Mayeaud*), упркос томе што се на пројекту радило близу двадесет година, с циљем систематизовања и кодификовања дугогодишње судске праксе, усвајање овог закона не спада међу приоритетне законодавне циљеве француске владе.⁸¹

⁷⁴ Alex-Geert Castermans, Thijs Beumers, Ruben de Graaf et al. *Report on the french avant-projet de réforme de la responsabilité civile*, HAL Open Science, 2017, p.16 <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01373466/file/report-on-the-avant-projet-de-rc3a9forme-du-droit-de-la-responsabilite3a9-civile-final.pdf>.

Детаљније о овом пројекту у вези са предлогом кодификације правила „non-cumul“ вид. R. de Graaff, 713–715.

⁷⁵ Пројекат реформе грађанскоправне одговорности, чл. 1233-1, ст. 1.

⁷⁶ Пројекат реформе грађанскоправне одговорности, чл. 1233-1, ст. 2.

⁷⁷ Пројекат реформе грађанскоправне одговорности, чл. 1233-2.

⁷⁸ *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile* <https://www.senat.fr/leg/pp119-678.html>.

⁷⁹ Предлог закона о реформи грађанскоправне одговорности, чл. 1233-1234.

О настанку и разликама између садржине Пројекта и Предлога вид. текстове Сесил Граније (*Cécile Granier*) <https://www.altajuris.com/reforme-de-la-responsabilite-civile-ce-qui-est-conserve-par-la-proposition-de-loi-senatoriale-partie-1/> и <https://www.altajuris.com/reforme-de-la-responsabilite-civile-ce-qui-est-abandonne-par-la-proposition-de-loi-senatoriale-partie-2/>.

⁸⁰ <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/DLR5L15N40255>.

⁸¹ <https://www.associatheque.fr/fr/avis-expert-ou-en-est-la-reforme-de-la-responsabilite-civile.html>.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Списак коришћене литературе

- Антић Оливер, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду – Службени гласник, Београд 2008.
- van Aswegen Annél, „The concurrence of contractual and delictual liability for damages: factors determining solutions”, *Acta Juridica* 1995, 75–96.
- von Bar Christian, *The Common European Law of Torts*, Volume One, C.H.Beck, München 1998.
- Bénabent Alain, *Droit des obligations*, 19e edition, LGDJ, Paris 2021.
- Blanc Nathalie, Latina Mathias, Mazeaud Denis, *Droit des obligations*, 3e édition, LGDJ, Paris 2022.
- Благојевић Т. Борилсав, *Посебни гео облигационој права*, Геца Кон, Београд 1939.
- Бодирога Никола, *Парнични процесни закон*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2022.
- Buz Vedat „Liability of a Person on Different Legal Grounds: Some Remarks on Article 60 of the New Turkish Code of Obligations“, *Banka Huk. Dergisi* 2/2013, 19–60.
- Büyüksagis Erdem, „The New Turkish Tort Law”, *Journal of European Tort Law* 3/2012, 44–100.
- Viney Geneviève, *Traite de droit civile, les obligations*, Paris 1982
- Vékás Lajos (ed.), *Szakértői Javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez*, Complex – Wolters Kluwer, Budapest, 2008.
- Vékás Lajos, Gárdos Péter (eds.), *Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz*, Complex – Wolters Kluwer, Budapest, 2014.
- Vuković Mihailo, *Odgovornost za štetu u građanskom pravu*, Školska knjiga, Zagreb 1951.
- Вучковић Марија, *Облигационо право*, Савремена администрација, Београд 1988.
- Geörgiadēs Apostolos S., *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, München, Beck 1968.
- de Graaff Ruben, „Concurrent claims in Contract and Tort: A Comparative Perspective”, *European Review of Private Law* 4/2017, 701–726.
- de Graaff Ruben, *Concurrence in European Private Law*, Eleven International Publishing, the Hague 2020.
- Грујић Ненад, „Однос уговорне и вануговорне одговорности за штету“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 1-2/2009, 3-22.
- Dietz Rolf, *Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt*, Roehrscheid, Bonn 1934.
- Dietz Rolf, „Das Problem der Konkurrenz von Schadensersatzansprüchen bei Vertragsverletzung und Delikt” *Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Hamburg 1962*, ed. Hans Döle, International Congress on Comparative Law <7, 1966, Uppsala> and Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, De Gruyter, Berlin – Boston, 2018, 181-206.
- Ђорђевић Живомир, Станковић Владан *Облигационо право – општи гео*, Савремена администрација, Београд 1980.

- Ђурђевић Б. Дејан, *Институције наследног права*, Службени гласник, Београд 2010.
- Eichler Hermann, „Die Konkurrenz der vertraglichen und deliktischen Haftung im deutschen Recht“, *Archiv für die civilistische Praxis* 5-6/1963, 401–420.
- Јакшић Александар, „Квалификација уговорне и вануговорне одговорности за штету“, *Правни живот* 9-10/1992, 1210-1224.
- Јакшић Александар, *Грађанско процесно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2022.
- Јакшић Стеван, *Облигационо право – општи део*, Веселин Маслеша, Сарајево 1962.
- Јанковец Ивица, „Однос уговорне и вануговорне одговорности за штету“, *Право – теорија и пракса* 1/1998, 22-34.
- Јанковец Ивица, *Уговорна одговорност*, Пословна политика, Београд 1993.
- Josserand Louis, *Cours de droit positive francais*, том II, Paris 1938.
- Караникић Мирић Марија, *Објективна одговорност за штету*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013.
- Кеча Ранко, Кнежевић Марко, *Грађанско процесно право*, Службени гласник, Београд, 2018.
- Кнежевић Марко, *Расправно начело у српском парничном поступку*, Службени гласник, 2016.
- Константиновић Михаило, *Облигационо право – белешке са предавања*, Савез студената Правног факултета у Београду, Београд 1961.
- Круљ Врлета, „Уговорна и вануговорна (деликтна) одговорност“, *Грађанска одговорност* : реферати и дискусије са Симпозијума одржаног 11. и 12. фебруара 1966. године у Београду, Институт друштвених наука, Београд, 1966, 59-92.
- Loubser Max, „Concurrence of Contract and Delict“ *Stellenbosch Law Review* 2/1997, 113–150.
- Милошевић Љубиша, *Облигационо право*, Савремена администрација, Београд 1982.
- Николић Ђорђе, *Облигационо право*, Пројурис, Београд 2005.
- Пајтић Бојан, Радовановић Сања, Дудаш Атила, *Облигационо право*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2018.
- Перић Бошко, „О односу између контрактуалне и деликтне одговорности“, *Архив за правне и друштвене науке* 1-2/1953, 108-119.
- Перовић Слободан, „Основ уговорне и деликтне одговорности“, *Правни живот* 3-4/2004, 5-49.
- Познић Боривоје, Ракић-Водинелић, Весна, *Грађанско процесно право*, Службени гласник – Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2015.
- Радишић Јаков, *Облигационо право*, Номос Београд 2008.
- Салма Јожеф, *Облигационо право*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2009.
- Салма Јожеф „Уговорна одговорност – у Европском, упоредном и домаћем праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2011, 69-107.
- Schlechtriem Pieter, „The Borderland of Tort and Contract – Opening a New Frontier,“ *Cornell International Law Journal* 1988/3, 467–476

- Симоновић Ивана, „Конкуренција захтева за надокнаду штете и захтева из неоснованог обогаћења у случају неовлашћене употребе туђе ствари или туђег права у своју корист“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 81/2018, 303–320.
- Terré François, Simler Philippe, Lequette Yves, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Paris 1993.
- Fages Bertrand, *Droit des obligations*, 11^é edition, LGDJ, Paris, 2021.
- Favoraque-Cosson Bénédicte, Gest Juliette, François Ancel, „The Process of Elaboration of the Reform of the Law of Contract in John Cartwright and Simon Whittaker (eds.), *The Code Napoléon Rewritten – French Contract Law After the 2016 Reforms*, Hart Publishing – Bloomsbury, Oxford – Portland – Oregon 2017, 17–28.
- Fikentscher Wolfgang, Heinemann Andreas, *Schuldrecht*, De Gruyter Recht, Berlin 2006.
- Fuglinszky Ádám, *Kártérítési jog*, HVG-Orac Budapest 2015.
- Цигој Стојан Дискусија у: *Грађанска одговорност* : реферати и дискусије са Симпозијума одржаног 11. и 12. фебруара 1966. године у Београду, Институт друштвених наука, Београд, 1966, 272.
- Шулејић Предраг, „Конкуренција деликтне и уговорне одговорности (проблем избора одштетног захтева)“, *Анали Правног факултета у Београду* 1-3/1991, 344-351.

ИЗВОРИ СА ИНТЕРНЕТА

- https://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf (приступ страници: 1. новембра 2022.)
- <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01373466/file/report-on-the-avant-projet-de-r3a9forme-du-droit-de-la-responsabilite3a9-civile-final.pdf> (приступ страници: 4. новембра 2022. године).
- <https://www.senat.fr/leg/pp19-678.html> (приступ страници: 1. новембра 2022. године).
- <https://www.altajuris.com/reforme-de-la-responsabilite-civile-ce-qui-est-conserve-par-la-proposition-de-loi-senatoriale-partie-1/> и <https://www.altajuris.com/reforme-de-la-responsabilite-civile-ce-qui-est-abandonne-par-la-proposition-de-loi-senatoriale-partie-2/> (приступ страници: 1. новембра 2022. године)
- <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/DLR5L15N40255> (приступ страници: 1. новембра 2022. године).
- <https://www.associatheque.fr/fr/avis-expert-ou-en-est-la-reforme-de-la-responsabilite-civile.html> (приступ страници: 1. новембра 2022. године)
- <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht.html> (приступ страници: 17. октобра 2022. године)

Attila I. Dudás
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
A.Dudas@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-5804-8013

**Concurrent Claims in Contract and Tort in Serbian Law –
with Reference to the New Hungarian Civil Code from 2013 and
the Project of the Reform of the French Civil Code
Regarding Liability for Damage from 2017**

Abstract: *In the Serbian literature the issue of the overlap between contractual and liability in tort has been thoroughly discussed. The majority of references state that the differences between the two regimes of liability outweigh their common features, thus separate sets of rules should exist governing each. There are authors who claim that differences are not of such significance so as to make the integral concept of liability for damage senseless, hence they support the idea of regulating both regimes of liability by a single set of rules. The effective Obligations Act of 1978 is in line with the majority opinion, since it envisages different sets of rules for each regime of liability. Taking into account the existing duality of the rules in the Act, which significantly differ on major points, the key issue is the overlap of contractual and tortious liability, namely rules of which system of liability should apply if the injured party may base their claim on both (so-called concurrency of claims). Lacking an explicit rule in the Obligations Act, the majority asserts that the regime more favorable to the injured party should apply, which corresponds to the German solution. The inspiration for this paper is found in the new Hungarian Civil Code from 2013 which, in contrast to its predecessor, the 1959 Civil Code, and the Serbian Obligations Act, contains an explicit rule on the concurrency of claims in contract and tort. It prescribes a mandatory application of the rules of contractual liability even when the inflicted damage supports the application of the rules of the liability in tort. Such an approach is in line with the French non-cumul doctrine. The aim of this paper is, on the one hand, to initiate a discussion whether it would be reasonable to have a statutory rule in the Serbian law regulating explicitly the issue of concurrency of claims in contract and tort. On the other hand, the paper highlights the reasons that led the legislator in Hungary to prohibit the concurrency of claims. The solution of the new Turkish Code of Obligations from 2011 is mentioned in the paper, as well, which also contains an explicit rule on this subject matter. However, it took a diametrically opposite standpoint as the Hungarian Civil Code: it explicitly enables competing*

claims not only in contract and tort, but according to any set of rules granting redress to the injured party. Finally, the paper gives a review of the Project of the Reform of the French Code Civil concerning the rules of the liability for damage from 2017. The Project envisaged a rule that would codify the traditional standpoint of the case law and doctrine on the exclusion of the concurrence of claims and mandates the application of the rules on contractual liability. The Project specifies, however, some major exceptions, when regardless of the existence of a contract between the parties, the rules of tortious liability apply. For the time being, however, it seems that a genuine will of the legislature is lacking to embody the Project in the amendments of the Code civil.

Keywords: *tortious liability, contractual liability, liability for damage, damages, concurrence of claims.*

Датум пријема рада: 13.11.2022.

Датум прихватања рада: 08.12.2022.

Цвјетковић М. Цвјетковић Иветић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
C.CvjetkovicIvetic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-0000-8099

УЛОГА ПОРЕЗА НА ИМОВИНУ У ЗАШТИТИ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ

Сажетак: У раду се разматрају еколошка обележја пореза на имовину. Циљ рада је да се представи на које се све начине овај порески облик може користити у политици заштите и унапређивања животне средине. Такође, аутор ће настојати да утврди и да ли има простора за увођење нових пореских олакшица како би српски порез на имовину постао „зеленији“.

Кључне речи: порез на имовину; еколошка улога пореза на имовину; опорезивање „зелене“ радње; опорезивање шума.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Савремена друштва карактеришу бројни еколошки проблеми чије решавање изискује мултидисциплинарни приступ. Отуда није изненађујућа чињеница да се животна средина штити и мерама из области пореског права. Наиме, како би побољшале еколошке перформансе и истовремено одржале задовољавајући ниво економског раста, савремене државе све више прибегавају коришћењу еколошких пореза.¹

Еколошки порези, као врста економских инструмената, имају двојаку функцију: фискалну и подстицајну, тј. они обезбеђују средства за подмирење јавних потреба и подстичу понашање које је „пријатељски“ настројено према животnoj средини.² Њихов учинак на животну средину се оства-

¹ Magdalena Ziolo, Iwona Bak, Katarzyna Cheba, „Environmental Taxes – How Public Policy Makers Can Use Them in the Decision-Making Process?“, *Procedia Computer Science* 159/2019, 2217.

² *Market-Based Instruments for Environmental Policy in Europe*, European Environmental Agency, Copenhagen 2005, 6.

рује тако што утичу на цену производа и активности који су еколошки неподобни.³

Порески систем се може користити за остваривање еколошких циљева увођењем класичног пигувијанског пореза, код којег се висина пореског оптерећења одређује према јединици емитованог, односно испуштеног загађења,⁴ или, пак, коришћењем већ постојећих пореза.⁵ Ако се има у виду дефиниција еколошких пореза,⁶ порез на имовину се начелно не би могао квалификовати као еколошки порез.⁷ Међутим, у контексту све већег коришћења инструмената пореске политике за остваривање еколошких циљева, не изненађује то што се креатори пореских политика широм света све више опредељују да у оквиру овог пореског облика предвиде пореске олакшице у чијој основи леже еколошки разлози. Циљ рада је да се путем упоредноправне анализе установи на које се све начине порез на имовину може користити за остваривање еколошких циљева, као и да се утврди да ли се нека решења из упоредног права, захваљујући којима порез на имовину постаје „зеленији“, требају уградити и у српски систем опорезивања имовине.

³ *Environmental Taxes-A Statistical Guide*, EUROSTAT: Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2013, 9.

⁴ Гордана Илић Попов, *Еколошки порези*, Правни факултет у Београду, Београд 2000, 80.

⁵ У литератури се ти порези означавају као пара-пигувијански и двострано корисни порези. Вид. *Ibid.*; Цвјетана Цвјетковић, „Улога посредних пореза у заштити животне средине, *Право и привреда* 7-9/2013, 637-638.

⁶ У финансијској литератури не постоји општеприхваћена дефиниција еколошких пореза. Међутим, једна од највише употребљаваних је дефиниција која је дата за потребе EUROSTAT-а, према којој су еколошки порези порези чија је основица физичка јединица нечега за шта је доказано да има специфичан негативан утицај на животну средину. У финансијској литератури среће се и дефинисање еколошких пореза као дажбина које се непосредно уводе на добра која доприносе загађивању животне средине, односно које се уводе на природна добра која се налазе у оскудици због нивоа њихове загађености. Вид. Г. Илић Попов, 79; *Environmental Taxes-A Statistical Guide*, 9-10.

⁷ Требало би ипак нагласити да постоје и одступања од овог правила, тј. да постоје неки специјални случајеви када би се под порезе на природне ресурсе, као категорију еколошких пореза (пored пореза на енергенте, пореза у области саобраћаја и пореза на загађивање), могли подвести специфични порези на земљиште који се плаћају у случају конверзије шумског земљишта, тј. крчења шума. Важно је нагласити да се у пракси јављају и тзв. гранични случајеви који захтевају подробну анализу како би се утврдило да ли се уопште ради о еколошком порезу и о којој категорији еколошких пореза је реч. Илустрације ради, може бити спорно да ли је порез на земљиште који се уводи како би се ограничило ширење урбаних подручја еколошки порез. Вид. *Environmental Taxes-A Statistical Guide*, 13, 14, 16.

2. ЕКОЛОШКА УЛОГА ПОРЕЗА НА ИМОВИНУ

2.1. Опорезивање пољопривредног и шумског земљишта

Тзв. конвенционална пољопривреда која се заснива на перманентном интензивирању производње уз наводњавање и велике количине ђубрива и пестицида у великој мери доприноси деградацији животне средине⁸ и нарушавању здравља људи. Као резултат тога, развила се органска пољопривреда, чије је једно од основних обележја одрживост.⁹

Упркос томе што се органска пољопривреда заснива на високом поштовању еколошких принципа, упоредноправна анализа нам је показала да, посматрано са аспекта пореза на имовину, не постоји разлика у погледу пореског третмана земљишта које се користи за конвенционалну и оног које се користи за органску пољопривреду. Органској пољопривреди подршка се пружа, првенствено, кроз субвенције,¹⁰ али и кроз неке друге порезе (нпр. порез на доходак).¹¹ Штавише, оно што је уочљиво јесте да у једном броју земаља, из политичких, економских, социјалних и других разлога, пољопривредно земљиште ужива привилеговани порески третман, што нам говори да су у потпуности занемарени неповољни утицаји пољопривредне делатности по животну средину на терену пореза на имовину, односно да су приликом опорезивања пољопривредног земљишта еколошки циљеви другоразредног значаја. Тај привилеговани порески третман пољопривредног земљишта може се састојати у примени специјалних правила о вредновању

⁸ Сектор пољопривреде одговоран је за око 21-37% годишње емисије гасова који изазивају ефекат стаклене баште. Вид. John Lynch, Michelle Cain, David Frame, Raymond Pierrehumbert, „Agriculture’s Contribution to Climate Change and Role of Mitigation is Distinct From Predominantly Fossil CO₂ – Emitting Sectors“, *Frontiers in Sustainable Food Systems* February 2021, 2.

⁹ Спој екологије, агроекологије, агрономије и хортикултуре омогућује да се у органској производњи подржавају биолошки циклуси и процеси слични природним. У њеној основи лежи ревитализација и развој зелених послова и пољопривреде у целини. Поред тога, важан аспект органске пољопривреде, као и зелене економије, јесте коришћење биомасе и рециклажа органског материјала на фарми. Вид. Бранка Лазић, Срђан Шеремешкић, „Значај органске производње хране у оквиру зелене економије“, *Глобализација, љаг у свећу, нове технологије и њихов утицај на производњу хране* (ур. Ратко Лазаревић), Радови са научног скупа одржаног 26. јануара 2017. године, Београд 2017, 64.

¹⁰ Вид. Enno Bahrs, „Proposals for More Efficient Subsidy System for Organic Farming: Potential Use of the Tax System within the European Union“, *Renewable Agriculture and Food System* 3/2004, 148-154.

¹¹ Примера ради, у Француској се пољопривредницима који остварују барем 40% прихода од органске пољопривреде обезбеђује порески кредит у висини од 3500 евра. Вид. *Taxation in Agriculture*, OECD – Committee for Agriculture, Paris 2019, 65.

пореске основице, подвргавању нижој пореској стопи,¹² па, чак, и у потпуном изузимању од опорезивања.¹³

Пре него што се изложи порески третман шума у оквиру пореза на имовину, важно је истаћи да оне имају велики значај у заштити и унапређивању животне средине. Наиме, поред привредне (производња дрвних и недрвних шумских производа) и социјалне (нпр. заштита насеља и инфраструктурних објеката од ерозије и клизишта, обезбеђивање простора за одмор и рекреацију, очување руралних подручја, одбрана земље, итд.), шуме имају и еколошку функцију, тј. изузетно важну улогу у очувању биодиверзитета, пречишћавању загађеног ваздуха, заштити од буке, ублажавању штетног дејства ефекта стаклене баште, итд.¹⁴

Руководећи се њиховим великим еколошким значајем, поједине земље су шумама обезбедиле привилеговани третман на терену пореза на имовину. Упоредноправна анализа нам је показала да се приликом прописивања пореских олакшица за шуме срећу два приступа. Први приступ подразумева да пореске олакшице уживају све шуме. Примера ради, Бугарска и Мађарска пореско ослобођење предвиђају за све категорије шума.¹⁵ Други приступ подразумева да су пореске олакшице доступне само појединим категоријама шума. Тако, у упоредном праву пореско ослобођење се често предвиђа само за шуме које немају комерцијални карактер,¹⁶ тј. за тзв. заштитне шуме

¹² Вид. Цвјетана Цвјетковић, *Порез на имовину у сједињеници*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, Београд 2015, 94–97.

¹³ Примера ради, у Републици Српској и Северној Македонији обрађено пољопривредно земљиште, односно земљиште које се користи за пољопривредну производњу у потпуности је ослобођено плаћања пореза на имовину. Вид. чл. 9, ст. 1, тач. 12 Закона о порезу на непокретности, *Службени гласник РС*, бр. 91/15; Чл. 8, ст. 1, тач. 10 Закон за даноците на имот, *Службени Весник на Република Македонија*, бр. 61/04, 92/07, 102/08, 35/11, 53/11, 84/12, 188/13, 154/15, 192/15, 23/16.

¹⁴ Чл. 6 Закона о шумама, *Службени гласник РС*, бр.30/10, 93/12, 89/15, 95/18.

¹⁵ У Мађарској је предвиђено пореско ослобођење за све шуме које су регистроване у одговарајућем регистру за потребе управљања шумама. Када је у питању Бугарска, у овој земљи порез на имовину се плаћа само на грађевинске објекте и земљиште унутар грађевинског подручја насељених места, што значи да се на непокретности ван ових подручја, која су одређена детаљним планом зонирања, као што су пољопривредно земљиште и шуме, не плаћа порез на имовину. 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, 158; 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, 304.

¹⁶ Примера ради, у Естонији се порез на имовину не плаћа на земљиште на којем је обављање економске активности забрањено, па се, самим тим, не плаћа ни на шуме које немају комерцијални карактер. Вид. Tambet Tiits, „Revaluation 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, 258.

(шуме са наглашеном еколошком функцијом) и шуме специјалне намене (нпр. шуме са наглашеном истраживачком функцијом, шуме са наглашеном социјалном функцијом, шуме у оквиру националних паркова и сл.). Илустрације ради, пореско ослобођење за заштитне шуме, обезбеђено је у Словенији, Словачкој, Црној Гори и Пољској, а за шуме посебне намене у Словенији и Црној Гори.¹⁷

Упоредноправна анализа је, такође, показала да неке земље, попут Турске и Чешке, примењују привремено пореско ослобођење за шумско земљиште које се поново приводи намени.¹⁸

2.2. Опорезивање „зелене“ градње

Ако се има у виду чињеница да су грађевински објекти „заслужни“ за око 35% глобалне потрошње енергије, односно за 38% глобалне емисије угљен-диоксида,¹⁹ постаје јасно зашто тзв. зелена градња има све важнију улогу у борби против загађивања животне средине.²⁰ Међутим, треба нагласити да у прилог њеног постојања, осим еколошких, говоре и економски и друштвени разлози.²¹

¹⁷ Člen 2 Uredba o varovalnih gozdovih in gozdovih s posebnim namenom, *Uradni list RS*, št. 88/05, 56/07, 29/09, 91/10, 1/13, 39/15, 191/20; Klára Bálíková, Zuzana Dobšínská, Emília Balážová, Peter Valent, Jaroslav Šálka, „Forest land tax reductions – an effective payment for forest ecosystem services in Slovakia?“, *Central European Forestry Journal* 4/2021, 167, 171; чл. 30-31 Закона о шумама, *Службени лист ЦГ*, бр. 74/10, 40/11, 47/15; Wiesława 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, 127.

¹⁸ У Чешкој пореско ослобођење траје 25 година, и то рачунајући од године у којој је такво земиште поново приведено намени, односно године у којој је оно пошумљено. 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, 58; Mehmet Alper-tunga 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, 625.

¹⁹ Ту се мисли на резиденцијалне и нерезиденцијалне објекте, као и на објекте грађевинске индустрије. Вид. Building Sector Emissions Hit Record High, but Low-Carbon Pandemic Recovery Can Help Transform Sector – UN Report, <https://www.unep.org/news-and-stories/press-release/building-sector-emissions-hit-record-high-low-carbon-pandemic>, 9. фебруар 2022. године.

²⁰ Потреба за преоријентисањем на тзв. зелену градњу препозната је и на нивоу Европске уније. Наиме, њен циљ је да до краја 2050. године целокупни грађевински фонд буде декарбонизован. Вид. Directive (EU) 2018/844 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 Amending Directive 2010/31/EU on the Energy Performance of Buildings and Directive 2012/27/EU on Energy Efficiency, *Official Journal of the European Union* L 156/75 of 19 June 2018.

²¹ Наиме, зелена градња смањује емисију угљен-диоксида за 30%, потрошњу воде за 40%, потрошњу електричне енергије за 50%, а количину отпада за чак 70%. Што се тиче економских разлога, ту се, првенствено, мисли на дугорочне уштеде које се остварују на

„Зелену“ градњу карактерише ефикасност у погледу употребе ресурса, као и одговорност у односу на животну средину и људско здравље, и то током целокупног животног циклуса грађевинског објекта.²² Из оваквог одређења, можемо закључити да постоји читав низ обележја захваљујући којима грађевински објекти постају „зелени“ (нпр. коришћење обновљивих извора енергије, ефикасна употреба енергије, воде и других ресурса, употреба материјала који су нетоксични и одрживи, изградња на локацијама које су еколошки прихватљиве, итд.).²³

Руководећи се првенствено еколошким разлозима, поједине земље су „зеленој“ градњи обезбедиле различите врсте подстицаја, који се у литератури означавају као екстерни подстицаји. Они могу бити финансијски и нефинансијски. Под финансијске подстицаје подводе се субвенције и олакшице на терену пореза и других дажбина (такса и накнада), а под нефинансијске различите погодности административног карактера, као што су бржи поступак добијања грађевинских дозвола, одговарајућа техничка подршка, итд.²⁴ Никако не треба изгубити из вида да би екстерни подстицаји били бесмислени да нема интерних подстицаја, тј. да нема оних погодности које проистичу из саме природе „зелене“ градње (нпр. ефикасна употреба ресурса, боља котираност на тржишту, већи степен друштвене прихватљивости).²⁵

Што се тиче ефективности подстицаја за „зелену“ градњу, поједина истраживања спроведена у САД-у су показала да су административне погодности, посебно оне које се састоје у бржем поступку издавања различитих дозвола, биле ефективније у подстицању „зелене“ градње од финансијских подстицаја. Међутим, резултати истраживања које је спроведено у Кини и Хонг Конгу акценат стављају на интерне подстицаје, тј. резултати тих истраживања су показали да кључну улогу приликом доношења одлуке

име мање потрошње ресурса (нпр. електричне енергије), на већу продајну цену таквих објеката, као и на већу стопу њиховог коришћења. Не треба занемарити ни њихове друштвене користи, које се огледају у побољшању радног и животног окружења тј. у позитивним ефектима по здравље и целокупно благостање људи који у њима живе. Вид. Андреја Тодоровић, Снежана Цолић, Андрија Поповић, „Еколошке иновације у служби одрживог развоја у Европској унији“, *Зборник радова са 11. међународног симпозијума о управљању природним ресурсима* (ур. Бојан Ђорђевић, Силвана Илић), Зајечар 2021, 125.

²² Shareena Ab. Azis Shazim, Ibrahim Sipan, Maimunah Sapri, „Property Tax Assessment Incentives for Green Building: A Review“, *Renewable and Sustainable Energy Reviews* Vol. 60/2016, 537.

²³ *Ibid.*; Elizabeth Brown, Harvey Sachs, Patrick Quinlan, Daniel Williams, *Tax Credits for Energy Efficiency and Green Buildings: Opportunities for State Action, Energy and Environmental Policy*, Report Number E021, American Council for an Energy-Efficient Economy, Washington, D.C. 2002, 3.

²⁴ Olanipekun Ayokunle Olubunmi, Paul Bo Xia, Martin Skitmore, „Green Building Incentives: A Review“, *Renewable and Sustainable Energy Reviews* Vol. 59/2016, 1613-1615.

²⁵ *Ibid.*, 1615-1617.

о куповини, односно изградњи „зелених“ објеката имају њихове еколошке предности, еколошка уверења, стицање, односно очување одговарајуће репутације и сл.²⁶

Подршка енергетски ефикасним објектима и објектима који користе обновљиве изворе енергије²⁷ није резервисана само за порез на имовину, већ се пружа и на терену других пореза, као што су порез на доходак, порез на добит, ПДВ, порез на електричну енергију,²⁸ итд. Пореске олакшице у оквиру пореза на имовину за енергетски ефикасне објекте обезбеђене су, примера ради, у Бугарској, Фландрији, као и у појединим државама у оквиру САД-а. Тако, у Бугарској постоји привремено пореско ослобођење за објекте који поседују одговарајуће „зелене“ сертификате о енергетским својствима зграде,²⁹ у Фландрији обвезник има право на умањење пореза на имовину у трајању од пет година у ситуацијама када се за најмање 75% објекта мења систем грејања и изолације,³⁰ док се у савезној држави Њу Јорк не опорезују „побољшања“, тј. увећања вредности резиденцијалних објеката до којих је дошло повећањем њихове енергетске ефикасности.³¹

САД и Шпанија су, с друге стране, примери земаља које на терену пореза на имовину фаворизују објекте који користе обновљиве изворе енергије. Тако, у Шпанији локалне самоуправе могу да умање пореску обавезу за чак 50% ако се ради о стамбеним објектима који користе соларну енергију.³² Пошто се ради о факултативној пореској олакшици, велики број локалних самоуправа се није определио за њено увођење, а оне које су то учиниле, углавном су се одлучивале за временски ограничен (од једне до три године)

²⁶ Осим тога што поједине студије доводе у питање њихову ефективност, екстерни подстицаји се критикују и због чињенице да је врло тешко одредити њихов оптимални ниво, као и због чињенице да се њихово остваривање везује за постојање одговарајућих зелених сертификата, чије добијање је релативно скупо и компликовано. Вид. *Ibid.*, 1617.

²⁷ Енергетски ефикасне зграде су зграде које троше минималну количину енергије уз обезбеђење потребних услова комфора, а енергија из обновљивих извора представља енергију из обновљивих нефосилних извора као што су енергија ветра, сунчевог зрачења, геотермална енергија, енергија подземних и површинских вода, биомаса и остало. Вид. чл. 2, ст. 1, тач. 25, 27 Правилника о енергетској ефикасности зграда, *Службени гласник РС*, бр. 61/11.

²⁸ S. Ab. Azis Shazim, I. Sipan, M. Sapri, 534-535.

²⁹ Catherine Collins, Anju Chopra, „Property Tax Incentives for Renewable Energy: Pervasive yet Idiosyncratic“, *Tax Analyst* October 2013, 205; S. Ab. Azis Shazim, I. Sipan, M. Sapri, 539.

³⁰ Fabio Tognetti, *Analysis of Existing Incentives in Europe for Heating Powered by Fossil Fuels and Renewable Sources*, European Environmental Bureau, Brussels 2020, 5.

³¹ S. Ab. Azis Shazim, I. Sipan, M. Sapri, 539-542.

³² Право на порески кредит условљено је добијањем одговарајућег административног одобрења, у смислу да инсталирани колектори морају да буду одобрени од стране надлежног тела. Вид. Milenka Villca-Pozo, Juan Pablo Gonzales-Bustos, „Tax Incentives to Modernize the Energy Efficiency of the Housing in the Spain“, *Energy Policy* Vol. 128/2019, 535.

порески кредит у распону од 15% до 50%.³³ У САД-у пореске олакшице су најчешће ограничене само на резиденцијалне објекте и углавном се манифестују тако да се од опорезивања, у целости или делимично, изузима део пореске основице, тј. увећање вредности резиденцијалног објекта до којег је дошло захваљујући инсталацији уређаја који користе обновљиве изворе енергије.³⁴ Много ређе се користе порески кредити.³⁵

Важно је нагласити да се у упоредном праву предвиђају пореске олакшице и за нерезиденцијалну имовину која користи обновљиве изворе енергије. Илустрације ради, неке савезне државе у оквиру САД-а, попут Конектиката, су прошириле пореске олакшице и за индустријску и комерцијалну имовину, а неке опет не прецизирају врсту непокретности која има право на олакшицу, већ само установљавају правило да произведена енергија мора бити намењена за потрошњу на лицу места. Међутим, у појединим државама пореска олакшица на терену пореза на имовину се признаје, под одређеним условима, и обвезницима који производе енергију из обновљивих извора, а која није намењена за потрошњу на лицу места, већ за даљу продају.³⁶ Примера ради, привилеговани порески третман имовине која се користи за производњу електричне енергије коришћењем обновљивих извора среће се у Финској, у којој су све ветроелектране подвргнуте специјалним правилима приликом вредновања пореске основице, као и у Белгији и Холандији, у којима су плаћања пореза на имовину ослобођене ветроелектране које се налазе на мору.³⁷

Као што видимо, „зелена“ градња се може привилеговати на терену пореза на имовину на различите начине. Пример пољског града Калиша, у којем је предвиђено пореско ослобођење у случају озелењивања кровова и фасада резиденцијалних објеката,³⁸ показује да јединице локалне самоуправе

³³ *Ibid.*, 534; Antonio Sánchez-Braza, Mafia del P. Pablo-Romero, „Evaluation of Property Tax Bonus to Promote Solar-Thermal Systems“, *Energy Policy* Vol. 67/2014, 833-834

³⁴ S. Ab. Azis Shazim, I. Sipan, M. Sapri, 539-542.

³⁵ C. Collins, A. Chopra, 206, 207, 213.

³⁶ Примера ради, такве олакшице предвиђене су у Монтани и Аризони. Вид. *Ibid.*, 212-213.

³⁷ Треба нагласити да су у Холандији ветроелектране које се налазе на мору ослобођене пореза на имовину само уколико су лоциране у одређеним зонама (12 миља од обале Холандије). Вид. *The Power of Nature – Taxation of Wind Power – 2020*, KPMG Law Advokatfirma AS, Copenhagen 2020, 22, 37, 72.

³⁸ Право на пореско ослобођење се примењује од почетка 2022. године у случајевима садње вишегодишњих биљака на крову (чиме се обезбеђује вишесезонска вегетација), или, пак, у случајевима озелењивања најмање једног зида виномом лозом чији су корени у земљи. Овим мерама се побољшава квалитет ваздуха и генерално квалитет живота, јер се ради о природним филтерима против загађивања, који истовремено регулишу температуру унутар објекта, апсорбују влагу, смањују буку, штите од топлоте и ветра. Не сме се занемарити ни њихова естетска функција. Вид. Kalisz, in Poland Waives Property Tax when Greening Roofs and Facades,

могу да буду прилично креативне у промовисању „зелене“ градње. Наравно, предуслов за то је да имају законско овлашћење да уводе пореске олакшице.

2.3. Утицај пореза на имовину на заустављање ширења урбаних подручја

Савремена друштва карактерише све веће ширење урбаних подручја, које резултира читавим низом нежељених ефеката по животну средину, као што су губитак отвореног простора који има еколошку, естетску и рекреативну вредност, уништавање природних станишта за биљни и животињски свет, повећано коришћење аутомобила, па самим тим и већи степен загађивања ваздуха, нарушавање способности земљишта да врши своје кључне еколошке функције, итд. Међутим, порез на имовину у савременим пореским системима није концепиран тако да се њиме интернализују наведене негативне еколошке екстерналије.³⁹

Питање које привлачи пажњу теоретичара јесте да ли порез на имовину може да има утицај на заустављање даљег ширења урбаних подручја. Спроведене емпијска истраживања су показала да порески инструменти, па и порез на имовину, сами по себи, не могу остварити жељене циљеве у погледу употребе земљишта, осим ако су повезани са неким другим инструментима планирања. Дакле, истраживања су показала да је утицај пореза сувише слаб да би се у довољној мери ограничило неконтролисано ширење градова и остварили још неки специфичнији циљеви, као што је обезбеђивање довољно зелених површина у урбаним подручјима.⁴⁰

3. ЕКОЛОШКА УЛОГА ПОРЕЗА НА ИМОВИНУ У СРБИЈИ

Код пореза на имовину српски законодавац је предвидео две врсте пореских олакшица: пореске кредите, који се везују искључиво за стамбене објекте, и пореска ослобођења, у чијој основи леже различити разлози, укључујући и еколошке. Њихово прописивање искључиво је у надлежности централне власти, тј. јединице локалне самоуправе у Србији не могу установљавати нове пореске олакшице, мимо оних предвиђених законом.

Еколошке предности органске пољопривреде српски законодавац није препознао ни на терену пореза на имовину, ни на терену других пореских

<https://www.themayor.eu/en/a/view/kalisz-in-poland-waives-property-tax-when-greening-roofs-and-facades-9272>, 23. март 2022. године.

³⁹ Штавише, порезом на имовину неће се моћи у потпуности надокнадити ни трошкови који настају изградњом нове инфраструктуре услед урбане експанзије. Вид. Nicola Brandt, *Greening the Property Tax*, OECD Working Papers on Fiscal Federalism, OECD Paris, 2014, 6-7.

⁴⁰ *Ibid.*, 9-10, 13.

облика.⁴¹ Генерално, еколошка улога пореза на имовину у Србији прилично је скромна, односно предвиђена су само два пореска ослобођења која су еколошки мотивисана. Тако, српски законодавац прописује привремено пореско ослобођење за шумско (и пољопривредно) земљиште које се поново приводи намени, и то у трајању од пет година, рачунајући од почетка привођења намени.⁴² Циљ овог пореског ослобођења јесте обезбеђивање економских и еколошких користи, односно стимулисање продуктивног коришћења земљишта, али и заштита животне средине. Ако се има у виду дефиниција шумског земљишта,⁴³ пореско ослобођење би се могло остварити за земљиште које је због својих природних особина подобно за гајење шума, као и за земљиште на коме се налазе објекти намењени газдовању шумама, дивљачи и остваривању општекорисних функција шума, а које се због предузимања одређених мера од стране обвезника поново приводи намени (нпр. подижу се нове шуме, стављају се у функцију објекти намењени остваривању општекорисних функција шума и сл.).⁴⁴ Ово пореско ослобођење се не примењује ако се шумско земљиште трајно даје другим лицима ради остваривања прихода.⁴⁵

У контексту пореских ослобођења у оквиру пореза на имовину може се поставити питање плаћања пореза на имовину на шумско земљиште у јавној својини.⁴⁶ Приликом решавања ове дилеме треба имати у виду да је у српском пореском праву порески објекат пореза на имовину и право коришће-

⁴¹ Goran Milošević, Mirko Kulić, Zvezdan Đurić, Olivera Đurić, „The Taxation of Agriculture in the Republic of Serbia as a Factor of Development of Organic Agriculture“, *Sustainability* 12/2020, 1-17.

⁴² Чл. 12, ст. 1, тач. 6 Закона о порезима на имовину – ЗПИ, *Службени гласник РС*, бр. 26/01, *Службени лист СРЈ*, бр. 42/02 – одлука СРС 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, 118/21.

⁴³ Шумско земљиште је земљиште на коме се гаји шума, земљиште на коме је због његових природних особина рационалније гајити шуме, као и земљиште на коме се налазе објекти намењени газдовању шумама, дивљачи и остваривању општекорисних функција шума и које не може да се користи у друге сврхе, осим у случајевима и под условима утврђеним Законом о шумама. Вид. Чл. 5, ст. 5 Закона о шумама.

⁴⁴ Вид. Ц. Цвјетковић (2015), 200.

⁴⁵ Трајним давањем другим лицима сматра се свако уступање непокретности другом лицу уз накнаду, које у току 12 месеци, непрекидно или са прекидима, траје дуже од 183 дана. Вид. Чл. 12, ст. 4-5 ЗПИ.

⁴⁶ Шуме и шумско земљиште могу да буду у свим облицима својине. Закон о јавној својини шуме и шумско земљиште у јавној својини третира као добра од општег интереса и истовремено прописује да су добра од општег интереса на којима постоји право јавне својине у својини Републике Србије, ако законом није другачије одређено. Јавну својину, поред права својине Републике Србије, чини и покрајинска и општинска, односно градска својина. Вид. чл. 2, 10, ст. 1, 6 Закона о јавној својини, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 88/13, 105/14, 104/16 – др. закон, 108/16, 113/17, 95/18, 153/20.

ња непокретности у јавној својини од стране имаоца права коришћења⁴⁷ и коришћење непокретности у јавној својини од стране корисника непокретности.⁴⁸ Међутим, од 1. јануара 2014. године, предвиђено је да се порез на имовину не плаћа на непокретности у јавној својини за које су обвезници директни и индиректни корисници буџетских средстава, корисници средстава организација за обавезно социјално осигурање и други корисници јавних средстава који су укључени у систем консолидованог рачуна трезора, осим јавних предузећа.⁴⁹ Дакле, од 1. јануара 2014. године јавна предузећа немају право на пореско ослобођење, осим уколико нису у питању непокретности за које је експлицитно установљено пореско ослобођење (нпр. за објекте који непосредно служе за обављање комуналних делатности). Оваквим решењем српски законодавац је желео да обезбеди једнакост у погледу услова пословања јавних предузећа и осталих привредних субјеката.⁵⁰ Видимо, дакле, да ће јавна предузећа за газдовањем шумама⁵¹ која се јављају у улози корисника непокретности у јавној својини бити обвезници пореза на имовину за шуме и шумско земљиште.

У оквиру пореза на имовину постоји још једно пореско ослобођење које има еколошку димензију – пореско ослобођење за водно земљиште и водне објекте који су уписани у регистар катастра водног добра, односно катастра водних објеката, осим на објекте за узгој риба (рибњаке).⁵² Ако се има у виду дефинисање водног земљишта као земљишта на коме стално или

⁴⁷ Носиоци права јавне својине су Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе. Градска општина има право коришћења на стварима у својини града у чијем је саставу. Месне заједнице и други облици месне самоуправе имају право коришћења на стварима у јавној својини локалне самоуправе. Установе и јавне агенције и друге организације (укључујући и Народну банку Србије), чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе, које немају статус државног органа и организације, органа аутономне покрајине, односно органа јединице локалне самоуправе или јавног предузећа, односно друштва капитала, имају право коришћења на стварима у јавној својини која су им пренета на коришћење. Вид. чл. 18 Закона о јавној својини.

⁴⁸ Под корисницима непокретности у јавној својини подразумевају се: државни органи и организације, органи и организације аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе који користе непокретности ради извршавања својих надлежности, јавна предузећа, друштва капитала чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе, као и њихова зависна друштва, на основу уговора закљученог на основу акта надлежног органа, а којим нису пренета у својину тог јавног предузећа, односно друштва. Вид. чл. 19 Закона о јавној својини.

⁴⁹ Чл. 12, ст. 1, тач. 1 ЗПИ.

⁵⁰ Ц. Цвјетковић (2015), 196.

⁵¹ Управљање шумама као природним богатством у надлежности је Републике Србије, која то управљање остварује преко Министарства, односно надлежног покрајинског органа, као и преко правних лица за газдовање шумама у државној својини и правних лица за газдовање шумама сопственика. Вид. чл. 69 Закона о шумама.

⁵² Чл. 12, ст. 1, тач. 7а ЗПИ.

повремено има воде, због чега се формирају посебни хидролошки, геоморфолошки и биолошки односи који се одражавају на акватични и приобални екосистем, као и чињеница да у намене водних објеката спадају и заштита водотока, сакупљање, одвођење и пречишћавање отпадних вода, као и заштита вода,⁵³ постаје јасно да су и еколошки разлози утицали на прописивање ове пореске олакшице.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Иако се порез на имовину, по правилу, не може квалификовати као еколошки порез, законодавци широм света неретко путем овог пореског облика фаворизују поједине видове коришћења непокретности који су прихватљиви са еколошке тачке гледишта. Међутим, претходно наведено никако не важи за сектор пољопривреде, што нам говори да су се законодавци приликом опорезивања пољопривредног земљишта руководили, првенствено, социјално-политичким и економским, а не еколошким циљевима. С друге стране, спроведена упоредноправна анализа је показала да су поједине земље препознале улогу коју шуме имају у заштити и унапређивању животне средине, па су тако на терену пореза на имовину за њих обезбедиле пореске олакшице, и то било за све категорије, било само за оне шуме које немају комерцијални карактер.

Иако не постоје докази о њиховој ефективности, поједине земље пружају подршку „зеленој“ градњи и путем олакшица на терену пореза на имовину. У томе, несумњиво, предњаче САД, док је њихово обезбеђивање у другим земљама мање-више спорадично.

Имајући у виду да је тренутно еколошка улога пореза на имовину у српском пореском праву прилично скромна, поставља се питање да ли има места за његово даље озелењивање. Ту се, превасходно, мисли на установљивање пореских олакшица за тзв. зелену градњу. Сматрамо да оне саме по себи не би могле довести до повећања градње објеката који су пријатељски настројени према животној средини, тим пре, јер порез на имовину не представља значајан издатак за пореске обвезнике, поготово за оне чија је економска снага таква да своја средства могу да уложе у куповину, односно градњу „зелених“ објеката. Дакле, тешко је замислити сценарио у којем би њихово увођење, без истовременог јачања материјалне основе целокупног друштва, али и примене других мера (нпр. обезбеђивање нефинансијских подстицаја, спровођење одговарајућих маркетиншких кампања и подизања нивоа еко-

⁵³ Чл. 8, ст. 1, чл. 18 Закона о водама, *Службени гласник РС*, бр. 30/10, 93/12, 101/16, 95/18, 95/18.

лошке свести), дало значајан допринос повећању обима „зелене“ градње, која је тренутно далеко од задовољавајућег нивоа.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Avci Alpertunga 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.
- Báliková Klára, Dobšínská Zuzana, Balážová Emilia, Valent Peter, Šálka Jaroslav, „Forest Land Tax Reductions – An Effective Payment for Forest Ecosystem Services in Slovakia?“, *Central European Forestry Journal* 4/2021.
- Bahrs Enno, „Proposals for More Efficient Subsidy System for Organic Farming: Potential Use of the Tax System within the European Union“, *Renewable Agriculture and Food System* 3/2004.
- Brandt Nicola, *Greening the Property Tax*, OECD Working Papers on Fiscal Federalism, OECD Paris, 2014.
- Brown Elisabeth, Sachs Harvey, Quinlan Patrick, Williams Daniel, *Tax Credits for Energy Efficiency and Green Buildings: Opportunities for State Action, Energy and Environmental Policy*, Report Number E021, American Council for an Energy-Efficient Economy, Washington, D.C. 2002.
- Villca–Pozo Milenka, Gonzales-Bustos Juan Pablo, „Tax Incentives to Modernize the Energy Efficiency of the Housing in the Spain“, *Energy Policy* Vol. 128/2019.
- Environmental Taxes-A Statistical Guide*, EUROSTAT: Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2013.
- Ziolo Magdalena, Bak Iwona, Cheba Katarzyna, „Environmental Taxes – How Public Policy Makers Can Use Them in the Decision-Making Process?“, *Procedia Computer Science* 159/2019.
- Илић Попов Гордана, *Еколошки инструменти*, Правни факултет у Београду, Београд 2000.
- Market-Based Instruments for Environmental Policy in Europe*, European Environmental Agency, Copenhagen 2005.
- Лазих Бранка, Шеремешки Срђан, „Значај органске производње хране у оквиру зелене економије“, *Глобализација, њау у свейу, нове тхехнолоије и њихов утицај на производњу хране* (ур. Лазаревић Ратко), Радови са научног скупа одржаног 26. јануара 2017. године, Београд 2017.
- Lynch John, Cain Michelle, Frame David, Pierrehumbert Raymond, „Agriculture’s Contribution to Climate Change and Role of Mitigation is Distinct From Predominantly Fossil CO₂ – Emitting Sectors“, *Frontiers in Sustainable Food Systems* February 2021.
- Miemiec Wiesława, „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.
- Milošević Goran, Kulić Mirko, Đurić Zvezdan, Đurić Olivera, „The Taxation of Agriculture in the Republic of Serbia as a Factor of Development of Organic Agriculture“, *Sustainability* 12/2020.

- Olubunmi Olanipekun Ayokunle, Xia Paul Bo, Skitmore Martin, „Green Building Incentives: A Review“, *Renewable and Sustainable Energy Reviews* Vol. 59/2016.
- 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.
- Sánchez-Braza Antonio, Pablo-Romero Mafia, „Evaluation of Property Tax Bonus to Promote Solar-Thermal Systems“, *Energy Policy* Vol. 67/2014.
- Shareena Ab. Azis Shazim, Sipan Ibrahim, Sapri Maimunah, „Property Tax Assessment Incentives for Green Building: A Review“, *Renewable and Sustainable Energy Reviews* Vol. 60/2016.
- 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.
- Taxation in Agriculture*, OECD – Committee for Agriculture, Paris 2019.
- Tiits Tambet, „Revaluation 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.
- The Power of Nature – Taxation of Wind Power – 2020, KPMG Law Advokatfirma AS, Copenhagen 2020.
- Tognetti Fabio, *Analysis of Existing Incentives in Europe for Heating Powered by Fossil Fuels and Renewable Sources*, European Environmental Bureau, Brussels 2020.
- Тодоровић Андреја, Цолић Снежана, Поповић Андрија, „Еколошке иновације у служби одрживог развоја у Европској унији“, *Зборник радова са II. међународног симпозијума о управљању природним ресурсима* (ур. Ђорђевић. Бојан, Илић Силвана), Зајечар 2021.
- Hulkó Gábor, Fehér Júlia, „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.
- Цвјетковић Цвјетана, „Улога посредних пореза у заштити животне средине, *Право и привреда* 7-9/2013.
- Цвјетковић Цвјетана, *Порез на имовину у сједишци*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, Београд 2015.
- Collins Catherine, Chopra Anju, „Property Tax Incentives for Renewable Energy: Pervasive yet Idiosyncratic“, *Tax Analyst* October 2013.

Закони

- 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, 118/21.
- Закон о шумама, *Службени гласник РС*, бр. 30/10, 93/12, 89/15, 95/18.
- Закон о водама, *Службени гласник РС*, бр. 30/10, 93/12, 101/16, 95/18 и 95/18 – др. закон.

Закон о јавној својини, *Службени њласник РС*, бр. 72/11, 88/13, 105/14, 104/16 – др. закон, 108/16, 113/17, 95/18, 153/20.

Закон о порезу на непокретности, *Службени њласник РС*, бр. 91/15.

Закон за даноците на имот, *Службени Весник на Република Македонија*, бр. 61/04, 92/07, 102/08, 35/11, 53/11, 84/12, 188/13, 154/15, 192/15, 23/16.

Закон о шумама, *Службени лист ЦГ*, бр. 74/10, 40/11, 47/15.

Правилник о енергетској ефикасности зграда, *Службени њласник РС*, бр. 61/11.

Uredba o varovalnih gozdovih in gozdovih s posebnim namenom, *Uradni list RS*, št. 88/05, 56/07, 29/09, 91/10, 1/13, 39/15, 191/20.

Directive (EU) 2018/844 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 Amending Directive 2010/31/EU on the Energy Performance of Buildings and Directive 2012/27/EU on Energy Efficiency, *Official Journal of the European Union* L 156/75 of 19 June 2018.

Интернет извори

Building Sector Emissions Hit Record High, but Low-Carbon Pandemic Recovery Can Help Transform Sector – UN Report, <https://www.unep.org/news-and-stories/press-release/building-sector-emissions-hit-record-high-low-carbon-pandemic>, 9. фебруар 2022. године.

Kalisz, in Poland Waives Property Tax when Greening Roofs and Facades, <https://www.themayor.eu/en/a/view/kalisz-in-poland-waives-property-tax-when-greening-roofs-and-facades-9272>, 23. март 2022. године.

Cvjetana M. Cvjetković Ivetić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
C.CvjetkovicIvetic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-0000-8099

The Role of Property Tax in Environmental Protection

Abstract: *In the paper the author considers the environmental characteristics of property tax. The aim of the paper is to present how this tax can be used in order to contribute to the protection of environment. Having in mind the fact that the ecological role of property tax in Serbia is quite modest, the author will try to answer whether there is room for further greening of the property tax by introducing new tax reliefs.*

Keywords: *property tax; greening the property tax; environmental role of property tax; taxation of green buildings; taxation of forests.*

Датум пријема рада: 19.10.2022.

Датум прихватања рада: 08.12.2022.

Иван Д. Милић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
I.Milic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-7916-5590

ПОЈЕДИНИ КАЗНЕНИ И КРИМИНОЛОШКИ АСПЕКТИ КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПРОТИВ ПРИВРЕДЕ¹

Сажетак: Кривичним законом Републике Србије прописана су кривична дела против привреде у посебној глави. Реч је о укупно 29 кривичних дела. Осим што се прописују Кривичним законом, кривична дела против привреде се прописују и другим законима. Аутор у овом раду указује на поједине казнене и криминолошке аспекте ових кривичних дела. На почетку рада се говори о казним делима у области привреде. Део рада посвећен је подацима о томе колико се кривична дела против привреде чине. Аутор указује и на одређене специфичности у погледу извршења казне затвора према осуђеним лицима из области кривичних дела против привреде.

Кључне речи: кривично дело, прекршај, привредни криминал, казна затвора.

УВОД

Кривична дела против привреде су дела која се често врше у пракси, посебно када је реч о пореској утаји. Иако се кривична дела против привреде прописују у посебној глави Кривичног законика², ова врста кривичних дела се прописује и другим законима. Реч је о многобројним кривичним

¹ Рад је написан у оквиру Пројекта „Сузбијање привредног криминала у Републици Србији – стање и перспективе“, који финансира Покрајински секретаријат за високо образовање и научноистраживачку делатност.

² 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.

делима. У актуелним прописима прописују се кривична дела из области привреде за која се може рећи да су класична дела – дела која су од давнина инкриминисана. Такође, се прописују и нова кривична дела, дела која су прописана имајући у виду измењене и савремене промене пре свега у области привреде. Не сме се заборавити ни на чињеницу да су поједина кривична дела претрпела одређене измене које су биле нужне с обзиром на привредни развој.

У области привреде постоји и велики број прописаних прекршаја и привредних преступа. Реч је о казним делима за које су прописане по правилу блаже санкције него за кривична дела, али се никако не може рећи да је реч о санкцијама које *незгодно* погађају учиниоца.

Када се говори о кривичним делима против привреде неопходно је пре свега да се види која су то све кривична дела која спадају у ову групу. Такође је потребно да се укратко укаже и на привредне преступе и прекршаје против привреде – то је неопходно како би се видело да ли се и тим казним делима сузбија *привредни криминал*. У том смислу се не сме заборавити на схватања у науци да у привредни криминалитет спадају кривична дела, привредни преступи и прекршаји у области привреде.

Када се говори о сузбијању криминалитета потребно је да се види колико се често одређена врста кривичних дела чини у пракси. Подаци о томе колико се кривична дела против привреде врше у пракси могуће је видети из званичних извештаја који се воде од стране надлежних органа.

У кривичном поступку окривљеном се изриче кривична санкција уколико се утврди да је учињено кривично дело и да је за то дело окривљени крив. Сврха кажњавања је свакако и генералана и специјална превенција. Међутим, када је реч о кривичним делима против привреде важно је видети да ли се према учиниоцима таквих кривичних дела може одузети имовина проистекла из кривичног дела.

Окривљени у кривичном поступку постаје осуђени када је правноснажном одлуком суда утврђено да је учинилац кривичног дела. Уколико је осуђен на казну затвора тада суд може одлучити да осуђени казну издржава у казненом заводу или у просторијама у којима станује. У том погледу значајно је видети да је постоје одређене специфичности у погледу извршења казне затвора према осуђеним лицима из области кривичних дела против привреде.

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.

1. КАЗНЕНА ДЕЛА У ОБЛАСТИ ПРИВРЕДЕ – ПРИВРЕДНИ КРИМИНАЛ

Иако се већ неколико година уназад говори о томе да ће се привредни преступи „укинути“, они и даље постоје као врста казnenих дела.³ Тако да у нашој држави и даље постоје три врсте казnenих дела, и то: кривична дела, привредни преступи и прекршаји. Да ли ће се одређено *дело* прописати као кривично дело, привредни преступ или прекршај треба да зависи од друштвене опасности. Међутим, понекад се о томе не води довољно рачуна приликом прописивања казnenих дела. Тако да одређено дело које би по друштвеној опасности требало да се пропише као кривично дело законодавац прописује као прекршај или као привредни преступ и обрнуто. Такође, неретко се дешава да једно те исто дело може да се квалификује: 1. као кривично дело или прекршај; 2. као кривично дело или привредни преступ; 3. као прекршај или привредни преступ; 4. као кривично дело, привредни преступ или прекршај. У том случају потребо је правилно квалификовати такво дело. Ако се открије такво дело постоји могућност да надлежни органи против учиниоца *дела* поднесу кривичну пријаву, пријаву за привредни преступ или прекршајну пријаву, тј. да поднесе захтев за покретање прекршајног поступка. Суштина је у томе да може да се покрене и води само један *казнени поступак* за једно дело, тј. да не могу да се покрену више казnenих поступака за једно дело. У том случају треба да се покрене и води казнени поступак за *најтеже* казнено дело.

У науци постоје дефиниције које под појмом *привредног криминалитета* подразумевају сва она понашања појединаца и група, којима се на било који начин напада привредни систем, а која су инкриминисана у форми кривичних дела, привредних преступа и прекршаја.⁴ Криминалитет у вези привреде или криминалитет у ширем смислу обухвата привредне преступе и привредне прекршаје предвиђене законским и подзаконским актима у различитим областима.⁵ Ако се прихвати овакво дефинисање привредног криминала онда би се могло рећи да се под привредним криминалитетом *смањују казнена дела у области привреде*.

У Кривичном закону једна глава посвећена је кривичним делима против привреде, али се кривична дела против привреде прописују и другим

³ О привредним преступима Вид. Емир Ћоровић, Иван Милић, Шта даље са привредним преступима и актуелним Законом о привредним преступима?, *Зборник радова: Услуге и услужна правила*, Крагујевац, 2016, 957-971.

⁴ Вид. Aleksandar Stevanović, Dragan Cvetković, Pojam i karakteristike privrednog kriminaliteta, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, бр. 1 /2019, 52-55.

⁵ Vesna Nikolić-Ristanović, Slobodanka Konstantinović-Vilić, *Kriminologija*, Beograd, 2018, 169.

законима. Када је реч о привредним преступима они се прописују само у области привредног и финансијског пословања. Основни извор којим се уређују привредни преступи је Закон о привредним преступима.⁶ Тим законом се прописује да је привредни преступ друштвено штетна повреда прописа о привредном или финансијском пословању која је проузроковала или је могла проузроковати теже последице и која је прописом надлежног органа одређена као привредни преступ⁷. Дакле, из саме дефиниције види се да се привредни преступи прописују само у одређеној области – привредног и финансијског пословања. Реч је о закону који је донет давне 1977. године у којем су застреле одредбе, контрадикторне данашњим казним поступцима, а поједине одредбе једноставно није могуће применити у пракси. Закон о привредним преступима један је од најстаријих закона који је још увек у примени у нашој земљи. Не треба ни набрајати шта се све у међувремену променило у нашем казном законодавству и колика је потреба усклађивања овог закона са тим променама. Ово се наравно нарочито односи на нови Кривични законик донет још 2005. и његове касније бројне измене, Законик о кривичном поступку, Закон о прекршајима и Закон о одговорности правних лица за кривична дела.⁸ Треба напоменути и то да се привредни преступи не прописују овим законом, већ се они прописују законима у области привредног и финансијског пословања. Правило је да за привредни преступ одговара правно лице и одговорно лице у правном лицу. На крају, прекршаји као врста казних дела се често чине у пракси, па тако и у области привреде.⁹ Основни извор прекршајног права је Закон о прекршајима¹⁰, али се њиме не прописују прекршаји, већ се прекршаји прописују прописима различите правне снаге – законом, уредбом, покрајинским и локалним одлукама.

⁶ Закон о привредним преступима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 4 од 14. јануара 1977, 36 од 15. јула 1977 – исправка, 14 од 22. марта 1985, 10 од 7. марта 1986 – пречишћен текст, 74 од 14. новембра 1987, 57 од 29. септембра 1989, 3 од 19. јануара 1990, „Службени лист СРЈ“, бр. 27 од 14. августа 1992, 16 од 7. априла 1993 – др. закон, 31 од 18. јуна 1993 – др. закон, 41 од 23. јула 1993 – др. закон, 50 од 26. августа 1993 – др. закон, 24 од 18. марта 1994, 28 од 21. јуна 1996, 64 од 23. новембра 2001, „Службени гласник РС“, број 101 од 21. новембра 2005 – др. Закон.

⁷ Чл. 2 ст. 1 Закона о привредним преступима.

⁸ Đorđe Đorđević, Privredni prestupi – zaboravljeni delikti našeg kaznenog prava, Privredna krivična dela / priredili Ivana Stevanović, Vladimir Čolović. – Beograd : Institut za kriminološka i sociološka istraživanja: Institut za uporedno pravo, 2017, 134-135.

⁹ Прекршаји су казна дела која се најчешће чине у пракси и у другим државама. Вид. Д. К., Медведев, Б. К., Малолетнев, Состав административного правонарушения: понятие, признаки юридического значение, *Донецкие чтения 2021: образование, наука, инновации, культура и вызовы современности: Материалы VI Международной научной конференции (Донецк, 26–28 октября 2021 г.)*. – Том 9: Юридические науки / под общей редакцией проф. С.В. Беспаловой. – Донецк: Изд-во ДонНУ, 2021, 55.

¹⁰ Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65 од 25. јула 2013, 13 од 19. фебруара 2016, 98 од 8. децембра 2016 – УС, 91 од 24. децембра 2019 – др. закон, 91 од 24. децембра 2019.

2. КРИВИЧНА ДЕЛА ПРОТИВ ПРИВРЕДЕ

Кривични законик Србије пролази, у последњем периоду, кроз динамичну фазу.¹¹ Кривично законодавство није више стабилна грана права каква је била још пре неколико деценија. Обично се као оправдање за то наводи сложеност савремених друштава као и нови облици криминалитета, што само делимично може да објасни ову појаву.¹²

Кривичним законом се прописују кривична дела против привреде. Она се прописују у посебној глави Кривичног законика – реч је о двадесет другој глави која носи назив кривична дела против привреде, а што се уређује од члана 223 закључно са чланом 245. Реч је о следећим кривичним делима: 1. Превара у обављању привредне делатности; 2. Превара у осигурању; 3. Проневера у обављању привредне делатности; 4. Злоупотреба поверења у обављању привредне делатности; 5. Пореска утаја; 6. Неуплаћивање пореза по одбитку; 7. Злоупотреба положаја одговорног лица; 8. Злоупотреба у вези са јавном набавком; 9. Злоупотреба у поступку приватизације; 10. Закључење рестриктивног споразума; 11. Примање мита у обављању привредне делатности; 12. Давање мита у обављању привредне делатности; 13. Проузроковање стечаја; 14. Проузроковање лажног стечаја; 15. Оштећење поверилаца; 16. Недозвољена производња; 17. Недозвољена трговина; 18. Кријумчарење; 19. Ономогућавање вршења контроле; 20. Неовлашћена употреба туђег пословног имена и друге посебне ознаке робе или услуга; 21. Нарушавање пословног угледа и кредитне способности; 22. Одавање пословне тајне; 23. Фалсификовање новца; 24. Фалсификовање хартија од вредности; 25. Фалсификовање и злоупотреба платних картица; 26. Фалсификовање знакова за вредност; 27. Фалсификовање знакова, односно државних жигова за обележавање робе, мерила и предмета од драгоцених метала; 28. Прављење, набављање и давање другом средстава за фалсификовање; 29. Прање новца.

Реч је о великом броју кривичних дела, али то никако не значи да су кривична дела против привреде прописана само у Кривичном закону. Тако се само примера ради Законом о пореском поступку и пореској администрацији¹³

¹¹ Dragana Kolarić, Pogled na Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika (krivična dela protiv privrede), *Privredna krivična dela* / priredili Ivana Stevanović, Vladimir Čolović. – Beograd : Institut za kriminološka i sociološka istraživanja: Institut za uporedno pravo, 2017, 36. Са правом у науци говори да се у Србији спроводи англоамериканизација домаћег кривичног права. Вид. Бранислав Ристивојевић, Истина као главна жртва англоамериканизације домаћег кривичног права: Дарвинов расад у српској шуми, *LV Савештовање Српској угружења за кривичноправну теорију и праксу*, Златибор, 2015, 1-24.

¹² Zoran Stojanović, Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva?, *Crimen* (IV) 2/2013, 120.

¹³ Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80 од 26. новембра 2002, 84 од 5. децембра 2002 – исправка, 23 од 13. марта 2003 – исправка,

прописују пореска кривична дела, и то: 1. Пореска превара у вези са порезом на додату вредност; 2. Угрожавање наплате пореза и пореске контроле; 3. Недозвољен промет акцизних производа; 4. Недозвољено складиштење робе.

У овом делу рада указали смо на наведена кривична дела пре свега из разлога да бисмо предочили да је реч о великом броју кривичних дела која су сврстана у групу дела против привреде. Поједина дела не треба по аутоматизму сматрати привредним кривичним делима.¹⁴ Такође, интересантно је и то да гледано историјски ова група кривичних дела је промењива категорија, тако да одређена кривична дела нестају или добијају сасвим други значај.¹⁵ Не сме се заборавити да се у овој области прописују и нова кривична дела. У теорији се сматра да је једна од карактеристика ове групе кривичних дела та што се она врше са умишљајем,¹⁶ као и да је често њихова објективна страна прибављена велика имовинска корист.¹⁷

3. УЧИНИОЦИ КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПРОТИВ ПРИВРЕДЕ – ДЕСКРИПТИВНИ ПОДАЦИ О КРИВИЧНИМ ДЕЛА ПРОТИВ ПРИВРЕДЕ

Учиниоци кривичних дела до пре неколико година у Србији су могла да буду само *физичка лица*. Међутим, 2008. године донет је Закон о одговорности правних лица за кривична дела¹⁸, којим се уводи кривична одговорност правних лица. Када је реч о физичким лицима могуће је предочити званичне податке о томе колико они чине кривична дела против привреде. Са друге стране, податке о томе колико правна лица чине кривична дела није могуће приказати из разлога што Републички завод за статистику не

70 од 10. јула 2003, 55 од 21. маја 2004, 61 од 18. јула 2005, 85 од 6. октобра 2005 – др. законик, 62 од 19. јула 2006 – др. закон, 61 од 30. јуна 2007, 20 од 19. марта 2009, 72 од 3. септембра 2009 – др. закон, 53 од 29. јула 2010, 101 од 30. децембра 2011, 2 од 13. јануара 2012 – исправка, 93 од 28. септембра 2012, 47 од 29. маја 2013, 108 од 6. децембра 2013, 68 од 3. јула 2014, 105 од 3. октобра 2014, 91 од 5. новембра 2015 – Аутентично тумачење, 112 од 30. децембра 2015, 15 од 25. фебруара 2016, 108 од 29. децембра 2016, 30 од 20. априла 2018, 95 од 8. децембра 2018, 86 од 6. децембра 2019, 144 од 27. новембра 2020, 96 од 8. октобра 2021.

¹⁴ Зоран Стојановић, Обрад Перић, *Кривично право – посебни део*, Београд, 2007, 168.

¹⁵ Janko Tahović, *Krivično pravo – posebni deo*, Beograd, 1955, 273.

¹⁶ *Уголовное право России. Особенная часть*: Учебник / Под ред. Ф.Р. Сундуrowa, М.В. Талан. Москва, 2012, 266.

¹⁷ *Уголовное право. Особенная часть*: Учебник. Издание второе исправленное и дополненное / Под ред. доктора юридических наук, профессора Л.В. Иногамовой-Хегай, доктора юридических наук, профессора А.И. Рарога, доктора юридических наук, профессора А.И. Чучаева. Москва, 2008, 234.

¹⁸ Закон о одговорности правних лица за кривична дела, *Службени гласник РС*, број 97 од 27. октобра 2008.

води податке о томе. Не сме се заборавити и то је примена овог закона у пракси незнатна.

Податке ћемо приказати на начин што ћемо направити дистинкцију између кривичних дела против привреде које чине пунолетни учиниоци и оних које чине малолетни учиниоци.

3.1. Број пријављених пунолетних учиниоца кривичних дела против привреде

Година	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Број пријављених кривичних дела	2479	2957	3221	3397	3347	3526	3333	2939	2767	2461	1814

Када се погледа ова табела види се да у току 2022¹⁹. године има најмање пријављених учиниоца кривичних дела против привреде. Неспорно је да у 2022. години постоји евидентан пад броја пријављених кривичних дела против привреде. Иако би се могло доћи до закључка да је вршење ових кривичних дела у *īагу*, ипак се ту јављају нека важна питања. Свакако се јавља питање узрока криминалитета – криминогених фактора. Узроци извршења криминалитета могу се објашњавати антрополошким, биолошким, психопатолошким, психолошким и социолошким.²⁰ Не постоји само један узрок вршења кривичних дела.²¹ Криминогени фактори објашњавају како поједине околности, које могу бити у најмању руку субјективне и објективне, утичу на нечије криминално понашање.²² Најопштије посматрано, под криминогеним факторима се подразумевају објективни и субјективни чиниоци коју делују у процесу настанка, формирања и коначне реализације криминалитета као масовне друштвене појаве и појединачног понашања. Криминогени фактори делују на генезу криминалитета, те се тај процес њиховог деловања у литератури назива криминогенеза.²³ С тим у вези, један од фактора смањења броја кривичних дела у области привреде је свакако епидемија заразне болести COVID-19. За време епидемије донети су много-

¹⁹ Извор: Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2019. – Пријаве, оптужења и осуде – Билтен, 665, Београд, 2020.; Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2020. – Пријаве, оптужења и осуде – Билтен, 677, Београд, 2021.

²⁰ Дарко Димовски, *Криминална еџиологија*, Ниш, 2019, 3.

²¹ *Криминологија*. Учебник для вузов / Под общей редакцией доктора юридических наук, профессора А. И. Долговой. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА–ИНФРА • М), 2001, 149.

²² Вид. Иван Милић, *Индивидуализација казне зајџвора – криминолошки, кривично-їравни и ѱенолошки асїекїї*, Нови Сад, 2017, 50. (докторска дисертација).

²³ Nikolić-Ristanović, Konstantinović-Vilić, *op.cit.*, 331-332.

бројни прописи којима су се ограничавала или ускраћивала одређена права. На пример, донети су прописи којима се ускраћивала слобода кретања, ограничавало привредно пословање, забрањивао рад привредних субјеката, итд.²⁴ Тако да се може рећи да је управо епидемија заразне болести, тј. мере које су биле прописане утицале на смањење вршења ових кривичних дела.²⁵

3.2. Број пријављених пунолетних учиниоца према кривичном делу

Видели смо да се Кривичним закоником прописује велики број кривичних дела против привреде, тако да је за боље, пре свега, криминолошко сагледавање ових кривичних дела важно да се види која кривична дела се најчешће чине у пракси.

Кривично дело	Укупан број у 2020.
Превара у обављању привредне делатности	23
Превара у осигурању	15
Проневера у обављању привредне делатности	74
Злоупотреба поверења у обављању привредне делатности	3
Пореска утаја	574
Неуплаћивање пореза по одбитку	20
Злоупотреба положаја одговорног лица	152
Злоупотреба у поступку приватизације	3
Злоупотреба у вези са јавном набавком	18
Закључење рестриктивног споразума	4
Примање мита у обављању привредне делатности	6
Давање мита у обављању привредне делатности	2
Проузроковање лажног стечаја	2
Проузроковање стечаја	3

²⁴ Вид. Иван Милић, О тзв. полицијском часу за време ванредног стања проглашеног због епидемије заразне болести COVID-19, *Зборник радова Правног факултета у Новом Сагу*, бр. 2/2020, 745–762.

²⁵ О томе колико је епидемија утицала на смањење стопе криминалитета у Републици Србији вид. Ивица Ђорђевић, Марко Филијовић, Последице пандемије КОВИДА 19 по економску безбедност грађана Републике Србије, *Национална научна конференција „Заразне болести као глобални безбедносни изазов Пандемија COVID-19: стварности и последице“*, Београд, 202. 130–131. О утицају епидемије на стопу криминалитета вид. И. М., Мацкевич, Е. В., Бочкарёва, Криминализация общества в период пандемии COVID-19, *Мониторинг и применение права*, № 3 (40) – 2021, 29–33; А. В. Майоров, А. А. Великий, Оттенок пандемии (COVID-19) в криминализации российского общества // *Правовой порядок: история, теория, практика*. — 2021. — № 1 (28), 82–83; В. А. Казакова, Криминальные аспекты коронавирусной пандемии // *Вестник Московской государственной юридической академии*. — 2020. — № 3 (836), 288–294.

Оштећење поверилаца	19
Недозвољена производња	46
Недозвољена трговина	189
Кријумчарење	13
Онемогућавање вршења контроле	7
Неовлашћена употреба туђег пословног имена и друге посебне ознаке робе или услуга	67
Нарушавање пословног угледа и кредитне способности	4
Фалсификовање новца	86
Фалсификовање хартија од вредности	8
Фалсификовање и злоупотреба платних картица	425
Фалсификовање знакова, односно државних жигова за обележавање робе, мерила и предмета од драгоцених метала	5
Фалсификовање знакова за вредност	2
Злоупотреба овлашћења у привреди	9
Издавање чека и коришћење платних картица без покрића	2
Обмањивање купаца	1
Прање новца	32

На основу података види се да је пореска утаја²⁶ кривично дело које се најчешће врши. Са друге стране, најређе (само једно дело) се чини кривично дело обмањивање купаца. Може се поставити питање да ли је пореска утаја кривично дело које се заиста најчешће *врши* или је дело које се најчешће *ошкрива*.²⁷ У том смислу не сме се изгубити из вида *начин* откривања кривичних дела и специјализацију надлежних органа у чијој је надлежности откривања одређених кривичних дела. Пореска утаја је кривично дело за чије откривање је по правилу потребан увид у одговарајућу *документацију*. Такође се не сме заборавити и то да откривање пореских кривичних дела и њихових извршилаца обавља и *Пореска полиција*. Дакле, постоји *специјализован орган* у чију надлежност је откривање дела и учиниоца једне врсте кривичних дела, што свакако утиче на *обим* откривања дела и учиниоца. Када се говори о томе колико се одређена кривична дела врше никако се не

²⁶ Најтежи облик недопуштене пореске евазије је пореска утаја, пореска дефраудација или утаја пореза и доприноса, односно избегавање плаћања пореза. Драган Јовашевић, Владимир Симовић, Пореска утаја – кривична одговорност и кажњивост у праву Републике Србије, *Зборник радова „Право и вредности“*, Источно Сарајево, 2019, 508.

²⁷ Одређени број извршених криминалних дјела у званичним евиденцијама не постоји. Ово су примијетили први творци криминалних статистика и назвали су ту појаву „тамна бројка криминалитета“. Драгана Вилић, Криминал-социјални ризик у савременом друштву, *Полиција*, бр. 13/2017, 92. О тамној бројци криминалитета вид. В. Ю. Арзамасов, Латентная преступность: понятие, неомогенная природа, превентивные меры, *Вестник ВГУ. Серия: Право*, № 1 (2022), 237-250.

сме заборавити на *тамну бројку* криминалитета. Сматра се да је тамна бројка главно обележје кривичних дела против привреде.²⁸

3.3. Број пријављених малолетних учиниоца кривичних дела против привреде

Година	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Број пријављених кривичних дела	14	18	18	4	5	13	14	17	9	10	9

У погледу малолетника чини се да се *не може* доћи до закључка да они у 2020.²⁹ години знатно мање чине кривична дела из области привреде. Сада се може поставити питање да ли је епидемија заразне болести COVID-19 утицала на вршење ових кривичних дела од стране малолетника? Тачније, да ли је могуће да је утицала на пунолетне учиниоце а да није утицала на малолетнике. Одговор се може наћи у томе које кривична дела из области привреде чине малолетници које се налази у следећој табели.

3.4. Број пријављених малолетника према кривичном делу

Кривично дело	Укупан број у 2020.
Фалсификовање новца	1
Фалсификовање и злоупотреба платних картица	5
Фалсификовање знакова за вредност	2
Обмањивање купаца	1

За разлику од пунолетних учиниоца кривичних дела који најчешће врше кривично дело пореске утаје, у току 2020. године ниједан малолетник није учинио то кривично дело. Ово је значајан показатељ да се вршење кривичних дела у области привреде разликују у погледу *узрасћа* учиниоца кривичног дела. Најчешће кривично дело из ове групе кривичних дела који врше малолетници је фалсификовање и злоупотреба платних картица. Такође, велики број кривичних дела из области привреде малолетници уопште не чине. Из ове табеле може се закључити да је овде реч о кривичним делима на које по правилу епидемија заразне болести COVID-19 није имала скоро никакав значај.

²⁸ Maja Badžak, *Gospodarski kriminalitet i njegov utjecaj na neizravne poreze u Bosni i Hercegovini, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, br. XXVII 2019, 164.

²⁹ Извор: Републички завод за статистику, Малолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2019. – Пријаве, оптужења и осуда -, Билтен 666, Београд, 2019; Републички завод за статистику, Малолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2020. – Пријаве, оптужења и осуда -, Билтен 666, Београд, 2021.

4. ОДУЗИМАЊЕ ИМОВИНЕ ПРОИСТЕКЛЕ ИЗ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Један од не само изузетно важних већ и неизоставних фактора адекватности државне реакције посебно код ове врсте криминалитета је ефикасно одузимање незаконито стечене имовинске користи.³⁰ Од 2013. године у Републици Србији на снази је Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела³¹ којим се уређују услови, поступак и органи надлежни за откривање, одузимање и управљање имовином физичких и правних лица проистеклом из кривичног дела. Мера одузимања имовине проистекле из кривичног дела јавља се као неопходно средство у рукама државне власти, да се нарастали степен присуства организованог криминала сузбије, као и да се одржи корак са свим развијенијим земљама света које већ увелико познају овакав или сличан механизам сузбијања најтежих облика криминала. Изградња ефикасног система спречавања најтежих облика криминала подразумева најпре нормативно и организационо добро решење, а онда и рад на што интензивнијем и ефикаснијем спровођењу донетих мера.³² У вези са темом овог рада желимо да видимо да ли се овај закон може применити и на кривична дела из области привреде. Одредбе овог закона између осталих примењују се за кривична дела организованог криминала и за *одређена* кривична дела против привреде. Дакле, законодавац је у погледу примене овог закона направио дистинкцију, јер се он, између осталог, примењује само на *одређена* кривична дела против привреде.

5. ИЗВРШЕЊЕ КАЗНЕ ЗАТВОРА

Уколико је учиниоцу кривичног дела из области привредног криминала изречена кривична санкција она се по правилу извршава када судска одлука којом је санкција изречена постане правноснажна и извршна. Уколико је осуђеном изречена казна затвора³³ која се извршава у просторијама

³⁰ Stanko Bejatović, *Privredna krivična dela i krivičnopravni instrumenti suprotstavljanja (stanje u Srbiji – adekvatnost ili ne?)*, *Privredna krivična dela* / priredili Ivana Stevanović, Vladimir Čolović. – Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja: Institut za uporedno pravo, 2017, 30.

³¹ Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, *Службени гласник РС*, бр. 32 од 8. априла 2013, 94 од 24. новембра 2016, 35 од 21. маја 2019.

³² Jelena Gluščević, Dragan Radoman, *Pravna priroda mere oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela*, *Vojno delo*, 3/2019, 145.

³³ Изрицање казне затвора је само могућност, јер суд уместо казне затвора ако су испуњени законом прописани услови може уместо казне затвора да изрекне другу казну или меру упозорења. Управо из разлога што постоји већи број прописаних санкција суд има

у којима осуђени станује (тзв. кућни затвор), осуђени издржава казну затвора управо у кућним условима. У погледу извршења казне затвора на овакав начин не постоје у прописима никакве специфичности у погледу осуђених лица из области кривичних дела против привреде.

Са друге стране, ако је осуђеном изречена казна затвора која се извршава у казненом заводу осуђени се упућује на издржавање казне у казнени завод према прописима којима се уређује извршење кривичних санкција. У погледу извршења казне затвора у казненом заводу постоје значајне разлике у погледу положаја осуђених лица. Положај зависи пре свега од тога у којем казненом заводу, одељењу и групи осуђени издржава казну затвора.

5. 1. Упућивање осуђеног на издржавање казне затвора

Уколико осуђени у време када треба да се упуту на издржавање казне затвора није у притвору, он се са слободе упућује на издржавање казне.³⁴ То се чини тако што се осуђеном писмено налаже да се одређеног дана у одређено време јави на издржавање казне затвора.³⁵ У који казнени завод ће се осуђени упутити на издржавање казне затвора зависи од неколико околности. Правило је да се осуђени упућује на издржавање казне затвора према правилима која прописује ЗИКС и подзаконски акти који су на основу њега донети.

Када је реч о осуђеном могуће је да се на њега у поступку извршења казне затвора примени и посебан закон – Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала³⁶. С тим у вези, уколико постоји могућност да се на осуђеног примени тај закон, онда се након што се донесе правноснажна осуђујућа пресуда води с још један поступак у којем се одлучује где ће осуђени да издржава казну затвора.

могућност да санкцију индивидуализује. Вид. Оксана Федоровна Сундуrowa, Социальный результат наказания в виде исправительных работ, *Казанские уголовно-процессуальные и криминалистические чтения: материалы Междунар. науч.-практ. конф. (Казань, 28 апр. 2022 г.): в 2 ч. / [редкол.: Ю. Н. Кулешов (отв. ред.) и др.] ; Казан. ин-т (фил.) ВГУЮ. – Казань: ЮрЭксПрактик, 2022. – Ч. 2, 300.*

³⁴ Вид. Ivan Milić, Упућивање осуђених на издржавање казне затвора и могућност одлагања извршења казне затвора, *Zbornik radova „Kriminalističko – kriminološka istraživanja – stanje i perspektive*, Banja Luka, 2015, 283-293.

³⁵ О упућивању осуђеника на издржавање казне затвора вид. чл. 49-56 Закона о извршењу кривичних санкција, *Службени листник РС*, број 55 од 23. маја 2014, 35 од 21. маја 2019. (у даљем тексту и ЗИКС).

³⁶ Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала, *Службени листник РС*, бр. 72 од 3. септембра 2009, 101 од 29. децембра 2010. (у даљем тексту и ЗКЗ).

5.1.1. Упућивање осуђеника према Закону о извршењу кривичних санкција

За осуђеника је од велике важности у којем казненом заводу ће издржавати казну затвора, јер од тога свакако зависи и његов положај за време издржавања казне затвора. Законом о извршењу кривичних санкција прописују се правила у погледу распоређивања осуђеног – у који казнени завод ће осуђени издржавати казну. По правилу, осуђени којем је изречена казна затвора до једне а изузетно до две године распоређује се у окружни затвор. Са друге стране, ако је осуђеном изречена казна затвора чије трајање прелази једну годину по правилу се распоређује у казнено-поправни завод.³⁷

5.1.2. Упућивање осуђеног на издржавање казне затвора према Закону о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала

Специфичности у погледу организованог криминала и других тешких кривичних дела постоје и када је реч о извршењу казне затвора. У Републици Србији 2009. године донет је Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала. Њиме се уређује извршење казне затвора не само према оним осуђеним лицима која су осуђена због кривичног дела која спадају у организовани криминал, већ и за друга тешка кривична дела. ЗКЗ може да се примени само према осуђеним лицима мушког пола. Такође, он може да се примени само на пунолетне осуђенике. Уколико се на осуђено лице примењује ЗКЗ то осуђено лице ће издржавати казну затвора у Посебном одељењу за издржавање казне затвора за кривична дела организованог криминала у казнено-поправном заводу затвореног типа са посебним обезбеђењем (у даљем тексту: Посебно одељење).³⁸

У вези са предметом овог рада поставља се питање да ли се и на осуђена лица из групе кривичних дела против привреде може применити овај закон. ЗКЗ у првом ставу првог члана прописује да се њиме уређује се поступак извршења казне затвора за кривична дела која се, у смислу Закона о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, сматрају кривичним делима организованог криминала, организација и надлежност државних органа у поступку извршења казне, положај осуђених и надзор над извршењем казне затвора.³⁹ Дакле, на осуђена лица може да се примени под одређеним условима Закон о извршењу казне затвора

³⁷ Вид. чл. 50 ЗИКС.

³⁸ Вид. Иван Милић, Упућивање најопаснијих осуђеника на издржавање казне затвора, *Гласник Адвокајске коморе Војводине*, бр. 3/2020, 312-346.

³⁹ Док се у другом ставу првог члана прописује да се овај закон може примењивати и на друга осуђена лица – лица која су осуђена због других тешких кривичних дела. Сасвим оправдано наводи професор Игњатовић да би било исправније да овај Закон носи наслов

за кривична дела организованог криминала – ако су остварени услови из првог члана ЗКЗ.

5.1.2.1. Упућивање осуђеног у Посебно одељење

Иако су учинила најтежа кривична дела осуђена лица се не упућују у Посебно одељење по аутоматизму, већ се након окончаног *йравноснажној йосйуйка* води још један поступак у којем се утврђује да ли ће осуђени бити упућен у посебно одељење. У том поступку треба да се утврди да ли на страни осуђеног постоји „опасност“ коју прописује ЗКЗ. Решење о упућивању осуђеног у Посебно одељење доноси председник суда, односно овлашћени судија. Не(постојање) опасности утврђује се на основу чињеница и доказа прикупљених у току кривичног поступка, из извештаја полиције и служби безбедности, као и мишљења јавног тужиоца. Против решења суда осуђени може изјавити жалбу у року од три дана од дана достављања решења. Жалба се подноси председнику Апелационог суда, преко првостепеног суда. Треба истаћи и то да осуђени који није био упућен на издржавање казне у Посебно одељење, може се накнадно распоредити у Посебно одељење, уколико се утврди да постоји околности које указују на *њејову ойасносй*.⁴⁰

5.1.2.2. Премештање осуђеника

Иако је осуђени упућен на издржавање казне затвора у Посебно одељење то не значи да ће у сваком случају у *целосйи* издржати казну затвора у њему. Боравак се преиспитује на сваке две године, при чему не постоје препреке за неограничено продужавање.⁴¹

Опет се цене околности које се тичу опасности, које су цењене и када је осуђени упућен у Посебно одељење. Председник суда, односно овлашћени судија испитује по службеној дужности да ли и даље постоје разлози за издржавање казне затвора у Посебном одељењу. Ако утврди да више не постоје околности које указују на опасност председник суда, односно овлашћени судија доноси решење којим се осуђеном обуставља издржавање казне у Посебном одељењу. Са друге стране, ако утврди да постоје околности које указују на опасност осуђеном ће суд решењем продужити издржавање казне затвора у Посебном одељењу. У том случају осуђени може изјавити жалбу у року од три дана од дана достављања решења. Жалба се подноси

„Закон о извршењу казне затвора за нарочито тешка кривична дела”. Ђорђе Ignjatović, Критичка анализа стања и тенденција у кривичном извршном праву Србије, *Crimen*, 2/2010, 191.

⁴⁰ Вид. чл. 14, 15, 16 и 17 ЗКЗ.

⁴¹ Sofija Nešić, Извршење казне затвора изрећене за кривична дела организованог криминалитета, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2/2022, 169.

председнику Апелационог суда, преко председника суда. Жалба не одлаже извршење решења.⁴²

5.1.2.3. Положај осуђеног у Посебном одељењу

Логично је да се положај осуђеника у Посебном одељењу знатно разликује у односу на положај осуђеника на који се примењује само ЗИКС.⁴³ Положај осуђеника се разликује у његовим правима и обавезама. На пример осуђени се, по правилу, смешта одвојено од других осуђених (чл. 29 ст. 1 ЗКЗ). Боравак на свежем ваздуху осуђених организује се у групама од највише пет осуђених (чл. 32 ст. 2 ЗКЗ). Садржај писама се надзире (чл. 35 ст. 1 ЗКЗ). Телефонски разговор, изузев разговора са браниоцем, се надзире и снима (чл. 36 ст. 5 ЗКЗ). Ток посете се аудио-визуелно надзире и снима, осим у случају посете браниоца, Заштитника грађана и представника међународних организација које се баве заштитом људских права, у складу са међународним уговором (чл. 37 ст. 3 ЗКЗ). Евидентно је да је осуђеник у неповољнијем положају уколико казну затвора издржава у Посебном одељењу.

ЗАКЉУЧАК

Кривична дела против привреде су дела која се често чине у пракси, док је посебно питање колико има неоткривених дела из ове области. Евидентно је и то да се вршење ових кривичних дела разликује од тога да ли их врше пунолетни учиниоци кривичних дела или малолетници. Неспорно је и то да је епидемија заразне болести COVID-19 имала утицај на вршење кривичних дела против привреде.

Кривичним законом је заиста прописан велики број кривичних дела из области привреде, али се она прописују и другим законима. Посебно је питање која све кривична дела која су прописана посебним законима могу да се *йодведу* под „дела против привреде“.

Законодавац је настојао да се и поједини закони које се могу применити само на одређену категорију учинилаца кривичних дела примењују и на учиниоце кривичних дела против привреде. Законодавац је сматрао да су и одређена кривична дела из области привреде специфична у одређеном казненм смислу и да из тог разлога треба прописати примену посебних закона.

Извршење казне има одређену сврху, а према Закону о извршењу кривичних санкција сврха извршења казне затвора је да осуђени током извршења

⁴² Вид. чл. 19 и 20 ЗКЗ.

⁴³ Вид. Здравко Грујић, Иван Милић, Права лица осуђених на казну затвора у кривичном извршном законодавству Републике Србије, *Зборник радова „Двадесетй йодина Дејйонской мировной сйоразума“*, Источно Сарајево, 2017, 820-828.

казне, применом одговарајућих програма поступања, усвоји друштвено прихватљиве вредности у циљу лакшег укључивања у услове живота после извршења казне како убудуће не би чинио кривична дела. Неспорно је да се извршење казне затвора јавља као изузетно важно питање.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Badžak Maja, Gospodarski kriminalitet i njegov utjecaj na neizravne poreze u Bosni i Hercegovini, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, br. XXVII 2019.
- Bejatović Stanko, Privredna krivična dela i krivičnopravni instrumenti suprotstavljanja (stanje u Srbiji – adekvatnost ili ne?), *Privredna krivična dela / priredili Ivana Stevanović, Vladimir Čolović*. – Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja: Institut za uporedno pravo, 2017.
- Вилић Драгана, Криминал-социјални ризик у савременом друштву, *Полиција*, бр. 13/2017.
- Gluščević Jelena, Radoman Dragan, Pravna priroda mere oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela, *Vojno delo*, 3/2019.
- Грујић Здравко, Милић Иван, Права лица осуђених на казну затвора у кривичном извршном законодавству Републике Србије, *Зборник радова „Двадесет година Дејтонској мировној сјоразума“*, Источно Сарајево, 2017.
- Димовски Дарко, *Криминална етиологија*, Ниш, 2019.
- Đorđević Đorđe, Privredni prestupi – zaboravljeni delikti našeg kaznenog prava, *Privredna krivična dela / priredili Ivana Stevanović, Vladimir Čolović*. – Beograd : Institut za kriminološka i sociološka istraživanja: Institut za uporedno pravo, 2017.
- Ђорђевић Ивица, Филијовић Марко, Последице пандемије КОВИДА 19 по економску безбедност грађана Републике Србије, *Национална научна конференција “Заразне болести као глобални безбедносни изазов Пандемија COVID-19: стварности и последице”*, Београд, 2022.
- Ignjatović Đorđe, Kritička analiza stanja i tendencija u krivičnom izvršnom pravu Srbije, *Crimen*, 2/2010.
- Јовашевић Драган, Симовић Владимир, Пореска утаја – кривична одговорност и кажњивост у праву Републике Србије, *Зборник радова „Право и врједности“*, Источно Сарајево, 2019.
- Kolarić Dragana, Pogled na Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika (krivična dela protiv privrede), *Privredna krivična dela / priredili Ivana Stevanović, Vladimir Čolović*. – Beograd : Institut za kriminološka i sociološka istraživanja: Institut za uporedno pravo, 2017.
- Милић Иван, *Индивидуализација казне затвора – криминолошки, кривичноправни и еколошки аспекти*, Нови Сад, 2017. (докторска дисертација).
- Милић Иван, О тзв. полицијском часу за време ванредног стања проглашеног због епидемије заразне болести COVID-19, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 2/2020.

- Милић Иван, Упућивање најопаснијих осуђеника на издржавање казне затвора, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 3/2020.
- Milić Ivan, Upućivanje osuđenih na izdržavanje kazne zatvora i mogućnost odlaganja izvršenja kazne zatvora, *Zbornik radova „Kriminalističko – kriminološka istraživanja – stanje i perspektive*, Banja Luka, 2015.
- Nešić Sofija, Izvršenje kazne zatvora izrečene za krivična dela organizovanog kriminaliteta, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2/2022.
- Nikolić-Ristanović Vesna, Konstantinović-Vilić Slobodanka, *Kriminologija*, Beograd, 2018.
- Ристивојевић Бранислав, Истина као главна жртва англоамериканизације домаћег кривичног права: Дарвинов расад у српској шуми, *LV Савейтовање Српској удружења за кривичноправну теорију и праксу*, Златибор, 2015.
- Stevanović Aleksandar, Cvetković Dragan, Pojam i karakteristike privrednog kriminaliteta, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1 /2019.
- Stojanović Zoran, Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva?, *Crimen* (IV) 2/2013.
- Стојановић Зоран, Перић Обрад, *Кривично право – посебни део*, Београд, 2007.
- Tahović Janko, *Krivično pravo – posebni deo*, Beograd, 1955.
- Ђоровић Емир, Милић Иван, Шта даље са привредним преступима и актуелним Законом о привредним преступима?, *Зборник радова: Услуге и услужна правила*, Крагујевац, 2016.

* * *

- Арзамасов В. Ю. Латентная преступность: понятие, неомогенная природа, превентивные меры, *Вестник ВГУ. Серия: Право*, № 1 (2022).
- Казакова, В. А. Криминальные аспекты коронавирусной пандемии // *Вестник Московского государственного лингвистического университета. Образование и педагогические науки*. — 2020. — № 3 (836).
- Майоров, А. В., Великий А. А., Оттенок пандемии (COVID-19) в криминализации российского общества // *Правопорядок: история, теория, практика*. — 2021. — 1 (28).
- Мацкевич И. М., Бочкарёва Е. В. Криминализация общества в период пандемии COVID-19, *Мониторинг правоприменения*, 3 (40) – 2021.
- Медведев Д. К., Малолетнев Б. К. *Состав административного правонарушения: понятие, признаки юридическое значение, Донецкие чтения 2021: образование, наука, инновации, культура и вызовы современности*: Материалы VI Международной научной конференции (Донецк, 26–28 октября 2021 г.). – Том 9: Юридические науки / под общей редакцией проф. С.В. Беспаловой. – Донецк: Изд-во ДонНУ, 2021.
- Сундуrowa Оксана Федоровна, Социальный результат наказания в виде исправительных работ, *Казанские уголовно-процессуальные и криминалистические чтения: материалы Междунар. науч-практ. конф. (Казань, 28 апр. 2022 г.): в 2 ч. / [редкол.: Ю. Н. Кулешов (отв. ред.) и др.] ; Казан. ин-т (фил.) ВГУЮ. – Казань: ЮрЭксПрактик, 2022. – Ч. 2.*

* * *

Криминологија. Учебник для вузов / Под общей редакцией доктора юридических наук, профессора А. И. Долговой. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА–ИНФРА • М), 2001.

Уголовное право России. Особенная часть: Учебник / Под ред. Ф.Р. Сундурова, М.В. Талан. Москва, 2012.

Уголовное право. Особенная часть: Учебник. Издание второе исправленное и дополненное / Под ред. доктора юридических наук, профессора Л.В. Иногамовой-Хегай, доктора юридических наук, профессора А.И. Рарога, доктора юридических наук, профессора А.И. Чучаева. Москва, 2008.

* * *

Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, број 55 од 23. маја 2014, 35 од 21. маја 2019.

Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала, *Службени гласник РС*, бр. 72 од 3. септембра 2009, 101 од 29. децембра 2010.

Закон о одговорности правних лица за кривична дела, *Службени гласник РС*, број 97 од 27. октобра 2008.

Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, *Службени гласник РС*, бр. 32 од 8. априла 2013, 94 од 24. новембра 2016, 35 од 21. маја 2019.

Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80 од 26. новембра 2002, 84 од 5. децембра 2002 – исправка, 23 од 13. марта 2003 – исправка, 70 од 10. јула 2003, 55 од 21. маја 2004, 61 од 18. јула 2005, 85 од 6. октобра 2005 – др. законик, 62 од 19. јула 2006 – др. закон, 61 од 30. јуна 2007, 20 од 19. марта 2009, 72 од 3. септембра 2009 – др. закон, 53 од 29. јула 2010, 101 од 30. децембра 2011, 2 од 13. јануара 2012 – исправка, 93 од 28. септембра 2012, 47 од 29. маја 2013, 108 од 6. децембра 2013, 68 од 3. јула 2014, 105 од 3. октобра 2014, 91 од 5. новембра 2015 – Аутентично тумачење, 112 од 30. децембра 2015, 15 од 25. фебруара 2016, 108 од 29. децембра 2016, 30 од 20. априла 2018, 95 од 8. децембра 2018, 86 од 6. децембра 2019, 144 од 27. новембра 2020, 96 од 8. октобра 2021.

Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65 од 25. јула 2013, 13 од 19. фебруара 2016, 98 од 8. децембра 2016 – УС, 91 од 24. децембра 2019 – др. закон, 91 од 24. децембра 2019.

Закон о привредним преступима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 4 од 14. јануара 1977, 36 од 15. јула 1977 – исправка, 14 од 22. марта 1985, 10 од 7. марта 1986 – пречишћен текст, 74 од 14. новембра 1987, 57 од 29. септембра 1989, 3 од 19. јануара 1990, «Службени лист СРЈ», бр. 27 од 14. августа 1992, 16 од 7. априла 1993 – др. закон, 31 од 18. јуна 1993 – др. закон, 41 од 23. јула 1993 – др. закон, 50 од 26. августа 1993 – др. закон, 24 од 18. марта 1994, 28 од 21. јуна 1996, 64 од 23. новембра 2001, «Службени гласник РС», број 101 од 21. новембра 2005 – др. Закон.

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.

* * *

Републички завод за статистику, Малолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2019. – Пријаве, оптужења и осуда -, Билтен 666, Београд, 2019; Републички завод за статистику, Малолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2020. – Пријаве, оптужења и осуда -, Билтен 666, Београд, 2021.

Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2019. – Пријаве, оптужења и осуде – Билтен, 665, Београд, 2020.; Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2020. – Пријаве, оптужења и осуде – Билтен, 677, Београд, 2021.

Иван Д. Милић
Новосадский университет
Юридический факультет
I.Milic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-7916-5590

Некоторые уголовные и криминологические аспекты уголовных правонарушений в сфере экономики

Резюме: Уголовный кодекс Республики Сербии предусматривает уголовные преступления против экономической деятельности в отдельной главе. Речь идет о 29 уголовных преступлениях. Уголовные преступления против экономической деятельности предусмотрены не только Уголовным кодексом, но и другими законами. В данной статье автор указывает на некоторые уголовные и криминологические аспекты данных преступлений. В начале работы рассматриваются уголовные правонарушения в сфере экономической деятельности. Часть работы посвящена данным о количестве преступлений против экономики, а также, автор указывает на некоторые особенности исполнения наказаний в виде лишения свободы для лиц, осужденных за преступления против экономики.

Ключевые слова: уголовное правонарушение, административное правонарушение, экономическое преступление, наказание в виде лишения свободы.

Ivan D. Milić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
I.Milic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-7916-5590

Some Penal and Criminological Aspects of Criminal Offences against Economic Interests

Abstract: *Criminal offences against economic interests are prescribed in the separate chapter of the Criminal Code of the Republic of Serbia. It is about 29 incriminations. Except that these offences are prescribed in the Criminal Code, such incriminations are prescribed and by the other laws. Author of this paper refers to certain penal and criminological aspects of the mentioned offences. At the beginning of paper there is a word about punishable acts in the field of economic interests. A chapter of work is dedicated to data on the frequency of occurrence of such offences. Author emphasizes certain specifics in regard to the enforcement of criminal sanctions against persons convicted for offences against economic interests.*

Keywords: *criminal offence, misdemeanor, economic crime, sentence of imprisonment.*

Датум пријема рада: 1.9.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 24.11.2022.

Датум прихватања рада: 13.12.2022.

Букашин Н. Стјанојловић
Универзитет у Београду
Правни факултет у Београду
vukasin.stanojlovic@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-9834-161X

*C.Th.9.17.5.1: Ut dolor in funeribus, non
pompa exequiarum nec ostentatio, videatur.¹*

НАКНАДА ПОГРЕБНИХ ТРОШКОВА У РИМСКОМ ПРАВУ

Сажетак: Свећа и морална дужност чланова породице, пре свега наследника, била је да сахрани покојника. Потребна церемонија и величина надгробног споменика одражавали су друштвени статус оставиоца; ипак, сахрана је имала двојаку улогу – да обезбеди миран прелазак душе у вечност и осигура мир потомцима. Чинећи правничке текстове, уочава се да је циљ праћења трошкова сахране било од великог значаја за потомство. Осим тога, закључујемо да су римски законодавци, адвокати и свештеници били посебно свесни његовог значаја. С тим у вези, прејор је издао *Edictum de sumptibus funerum*, којим је успановљена *actio funeraria*, како би се утврдило ко и под којим условима стиче право на накнаду трошкова сахране, али и како би се обезбедило да нико не буде сахрањен оштетом трошку. Циљ овог рада је да одговори на питања ко је имао обавезу и одговорност да организује сахрану и сноси њене трошкове, када и под којим условима је организатор могао да уштеди настали трошак, као и шта се сматрало трошковима сахране.

Резултати испитивања указују на следеће. Величина сахране и висина потребних трошкова зависили су од друштвеног статуса и бојастива покојника. Трошкови сахране подељени су на нужне, који обухватају трошкове без којих сахрана не би могла да се организује и приодне, које зависе од улога умрлог. Иако је било покушаја да се Улпијанова класификација на нужне и ододне трошкове прошири, чини се да то није био случај у пракси. Трошкови сахране углавном су се – уз неколико изузетак – покривали из заоставштине, а обавезу надокнаде учињених трошкова најчешће су сносила

¹ „Код погребна треба да се види жалост, а не парада и надметање.“

лица која су сахрањивала покојника. Из Цицеронових и Улпијанових текстов ва сазнајемо које су особе биле дужне да сахрањују покојника, односно покрију трошкове сахране. Важно је напоменути да испраживања показују да је од тренутка смрти до плаћања трошкова заоставштина била у режиму *hereditas iacens* и да је њоме управљао претор како би се осигурало да нико не буде сахрањен о њућем трошку.

Раг користи језичко, системско и историјско тумачење текстова D.11.7.12.4–6, D.11.7.13, D.11.7.14.3,4,6 и 10, D.11.7.21, Cic.Leg.2.48–49, као и историјски метод.

Кључне речи: Смрт у античком Риму. Римска сахрана. Погребни трошкови. Cicero. Ulpianus.

1. УВОД

Према римском схватању, како би се остварила идеја о загробни живот и продужење свог Ја у „оном“ свету, потребно је споровести низ обичаја и ритуала религијске, магијске и окултне природе. Смрт појединца је повод обреда сахране,² који треба да осигура сеобу душе покојника и њен спокој у хтонском свету. Такође, смрт поред утицаја на физичку егзистенцију преминулог, нарушава устаљени поредак и мобилише чланове друштва на колективну акцију. Како би се што пре успоставио мир и усталио нови поредак, чланови шире и уже заједнице, сходно емотивној и сродничкој блискости са умрлим, узимају учешће у организацији сахране. Јасно дефинисане улоге и понашање учесника погребне процесије, као и строг – формални карактер свих радњи, треба да зајамче одсуство грешака. Правилно извршавање свих традицијом предвиђених поступака гаранција је мирне транзицију

² У Риму су постојале две врсте сахрана – јавне, на које је гласник позивао народ и које су се звале *funus publicum* или *indictivum* и приватне – *funus tacitum* или *plebeium*; општи назив за сахрану био је *funera justa* или *exsequiae*. Према Хоуп „врхунац сахране“ представља полагање остатака у хумку. У античком Риму, тела су или спаљивана (кремирана) или закопавана (инхумирана) у зависности од друштвеног статуса и угледа покојника. Цицерон бележи да је пракса инхумације тела била својствена старим Римљанима, који су веровали да се на тај начин враћају мајци Земљи од које су потекли, те да је то један од разлога због кога је легендарни римски краљ Нума прописао инхумацију као обавезан начин сахрањивања. У истом делу, Цицерон пише о зачецима кремације код Римљана, те као пример наводи Корнелија Сулу, који је из страха од освете наредио да се његово тело након смрти спаи. М. Т. Cicero, *De Legibus*, II 56,

<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A2007.01.0030%3Abook%3D2%3Asection%3D56>, 14.2.2022; W. Smith, *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, Boston 1859, 558; V. M. Hope, *Roman Death – The Dying and the Dead in Ancient Rome*, London 2009, 80; R. Lanciani, *Pagan and Christian Rome*, Boston New York 1893, 188–189.

душе у вечност и брана да се дух не „повампири“³ или како су Римљани веровали, да душа не би немирно лутала кроз вечност.⁴

Осим што је смрт извор туге и nelaгоде, за чланове породице преминулог она је и материјални трошак. Развој правних норми којима су уређена питања погребних трошкова, њихове накнаде и круга лица која су дужна да их снесе, кретала су се општом линијом развитка римског права. Од Закона XII таблица можемо говорити о развоју тзв. погребних правних норми, али и сведочити о њиховој правној природи, као својеврсној и уникатној синтези обичаја, религије и права. Са појавом првих правника, обликовање правних правила сахрањивања и материјално-правних последица сахране прелази у надлежност државе и јуриспрудената, не губећи органске везе са религијом и обичајима из којих су потекли. Ослањајући се претежно⁵ на текст Јустинијанових Дигеста,⁶ настојаћемо да у наставку рада дамо одговор на питања шта за Римљане и римске правнике представљају трошкови сахране, ко је по њиховом мишљењу дужан да их сноси, као и да осветлимо поједине специфичне установе римског права које су створили претори и јуриспруденти како би уредили правне последице сахране.

2. ТРОШКОВИ САХРАНЕ

Римљани су окружење у којима доминирају смрт и лешеви сматрали изразито нечистим, те је било потребно – од момента упокојења до момента полагања тела или урне у гроб,⁷ спровести ритуале прочишћења чланова

³ Историчари и римски хроничари забележили су неколико примера познатих Римљана чија душа није нашла спокој у подземном свету, јер њихова сахрана није правилно спроведена. Тако на пример, Светоније бележи да је душа императора Калигуле терорисала заједницу, јер његово тело није спаљено до краја. Такође, пише да је Нерона прогањао Агрипинин дух, те да је покушао да га уз помоћ врачава умилостиви, а Тацит додаје да је њено тело у ноћи убиства спаљено без икаквих почати и да су јој касније робови подигли малену хумку на Мисенском путу. Г. С. Транквил, *Живот и нарави дванаест римских царева*, Београд 2019, 229 и 289; К. Тацит, *Анали*, Београд 1970, 341.

⁴ H. Lindsay, „Death-pollution and Funerals in the City of Rome, *Death and Disease in Ancient City* (ed. V. M. Hope, E. Marshall), London & New York 2000, 168.

⁵ О сахрањивању и накнади погребних трошкова пише и Паул. О погребним трошковима бележи XXI *De seplchris et lvgendis*: 11. *Martius id, quod in funus uxoris impondit, ex dote retinere potest*. I. Paulus, *Sententiae* (priređio i preveo A. Romac), Zagreb 1989, 74–75.

⁶ Седма глава једанаесте књиге Дигеста посвећена је трошковима сахрањивања и погребним прописима, под насловом *De religiosis et sumptibus funerum et ut funus ducere liceat*; састоји се од четрдесет и шест одломака.

⁷ Изложеност чланова породице преминулог нечистим силама обухватао је период жалости који је најчешће трајао девет дана. F. P. Retief, L. Cilliers, „Burial Customs and the Pollution of Death in Ancient Rome: Procedures and Paradoxes“, *Acta Theologica Supplementum* 7 Vol. 26 No. 2, Bloemfontein 2006, 129.

породице преминулог.⁸ Почевши од периода републике, становници Рима настоје да минимизују изложеност штетним и нечистим силама које са собом доноси смрт, тако што сијасет радњи које чине *exsequiam* поверавају професионалним погребницима (*libitinarii*⁹ / *funerarii*¹⁰) и њиховим робовима (*pollinctores*¹¹). Мимо погребника,¹² у посмртним ритуалима учествују и

⁸ E. J. Graham, *Death, Disposal and the Destitute: The Burial of the Urban Poor in Italy in the late Republic and Early Empire*, Ph.D. dissertation, Sheffield 2004, 54.

⁹ J. Bodel, „Dealing with the Dead: Undertakers, Executioners and Potter’s Fields in Ancient Rome“, *Death and Disease in Ancient City* (ed. V. M. Hope, E. Marshall), London & New York 2000, 135.

¹⁰ Либитинари се од времена царства називају фунерарији. *Ibid.*, 137.

¹¹ Улпијан цитира Лабеона који разматра могућност подношења тужбе против погребника уколико је његов роб приликом припремања тела за погреб опљачкао покојника D.14.3.5.8. *Ulpianus libro 28 ad edictum: Idem ait, si libitinarius servum pollinctorem habuerit isque mortuum spoliaverit, dandum in eum quasi institoriam actionem, quamvis et furti et iniuriarum actio competere.* [Каже (Лабеон) и да ако роб опљачка један од лешева које је требало да припреми за сахрану, одговараће (погребник) по тужби као да је реч о *actio institoria*, али и за крађу и увреду части.]. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 1.9.2022.

¹² Либитинари су били римски погребници и целати (*floggers et executioners*) који су добили име по гају / шумарку *lucus Libitinae*, у коме су живели, изван *Porta Esquilina*. Посебан пропис *lex Puteolana*, део тзв. *leges libitinae* уређивао је њихово место становања и забрањивао улазак у Рим, осим када је то било неопходно како би сакупили лешева или извршили казну: 1–7. *Oper(ae) quae at eam r(em) praeparat(ae) er(unt) ne intra turrem ubi hodie lucus est Libit(inae) habitent laventurve ab h(ora) I noctis, neve veniant in oppid(um) nisi mortui tollend(i) conlocand(i)ve aut supplic(ii) sumend(i) c(ausa), dum ita quis eor(um) veniat quotiens oppid(um) intrab(it) in oppid(o)ve erit ut pilleum color(ium) in capit(e) habeat, et dum ne quis eor(um) maior ann(or)um L minorve ann(or)um XX sit neve u[at]l(i)us neve luscus neve manc(us) neve clodus neve caec[us] neve stigmat(ibus) inscript(us) sit, et dum ne pauciores manceps oper(as) habeat quam XXXII*; иако су се бавили прикупљањем и сахрањивањем лешева, припрему тела – купање, облачење, помазивање уљем и мирисима вршили су робови – *pollinctores*. Док су боравили унутар зидина града, либитинари су морали да носе капе тамне боје како би их грађани лако уочили и заобишли. *Lucus Libitinae* – света шума и назив римских погребника, воде порекло од римске богиње сахрана – *Libitina* чије је уточиште било на Есквилину, а у чијем храму су се чувале и водиле књиге преминулих. *Lucus Libitinae* се налазио у близини великог јавног гробља, јужно од данашње *Stazione Termini*, које је било подељено на два дела: један за занатлије који су могли да приуште индивидуална гробна места и други за робове, просјаци, затворенике и сл, чија су тела бацана у отворене јаме / масовне гробнице зване *puticuli*. На том подручју откривено је приближно седамдесет пет оваквих јама из периода републике, димензија четири са четири метра и дубине десет метара. Археолози су установили да су у јаме поред људских одлагања и животињски остаци, а највећа откривена масовна гробница бројала је око 24.000 лешева. Хорације пише да је за време владавине Октавијана Августа Есквилин, од гробља за сиромашне и сметлишта, постао уређени цветни врт. J. Bodel, „Graveyards and Groves: A Study of the Lex Lucerina“, *American Journal of Ancient History* Vol. 11, Cambridge, Mass. 1994, 15; Г. С. Транквил, 293, фн. 496; W. Smith, 558; R. Lanciani, *Ancient Rome in the Light of Recent Discoveries*, Boston New York 1890, 64–65; J. Higgins, „Horace Satires 1.8: A Blast from the Past“, *New England Classical Journal*, 44 /3/8-2017, 139–140; *Lex Puteolana* 1–7, <https://www.ostia-antica.org/dict/topics/laurentina/presentation/laurentina-9.htm>, 1.9.2022.

друга лица, а међу њима: носачи покојника (*sandapilarii*), носачи лешева си-ромаха и криминалаца (*vespillones*), копачи гробова (*fassores*), потпаљивачи ломача (*ustores*), глумци (*sicinnis*) или трубачи и флаутисти (*siticipines et tibicipines*).¹³ Посебну улогу и значај имала је категорија лица означена као организатори погребне поворке¹⁴ (*praecon / dissignator*).¹⁵ Поред тога што је потребно платити погребнике, носаче или организатора сахране, треба учинити низ издатака који се односе на куповину гробног места,¹⁶ одела, уља и парфема којима се тело помазује, хране за гозбу која се том приликом морала уприличити или споменика. У зависности од друштвеног статуса и угледа покојника, висина погребних трошкова, тј. опремања и отпремања умрлог на пут без повратка, значајно је варијала.¹⁷ Иако је немогуће са сигурношћу рећи колико је коштала¹⁸ просечна римска сахрана,¹⁹ аутори попут

¹³ E. J. Graham, 53–54.

¹⁴ *Pompa* или погребна процесија одржавала се најчешће другог дана након смрти када би се леш износио из куће. H. Lindsay, 164.

¹⁵ Разлика између *libitinarii / funerarii* и *praecones / dissignatores* вероватно потиче од њихове специјализације за поједине професије: док су се *libitinarii / funerarii* бавили искључиво сахрањивањем и мртвима, *praecones / dissignatores* су обављали и друге друштвене функције – били су занатлије и редари у позориштима, вршили су лицитације имовине, а од времена Хадријана судили су атлетска такмичења (D.3.2.4.1). Смит их назива *dominus funeris*. Да је реч о професијама резервисаним за ниже друштвене слојеве најбоље сведочи *Lex Iulia Municipalis*: ... oporteat neve quis que(i) praeconium dissignationem libitinamve faciet dum eorum quid faciet in muni/cipio colonia praefectura IIvir(atum) IIIvir(atum) aliumve quem mag(istratum) petito neve capito neve gerito neve habeto / neve ibei senator neve decurio neve conscriptus esto neve sententiam dico qui eorum ex eis quei s(upra) s(criptei) s(unt) ... ; J. Bodel (2000), 139; W. Smith, 558; <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 1.9.2022.

¹⁶ Трошкови сахране су мањи уколико се имање, на коме се планира укуп, налази у власништву покојника. C. Osiek, „Roman and Christian Burial Practices and the Patronage of Women“, *Commemorating the Dead. Texts and Artifacts in Context. Studies of Roman, Jewish, and Christian Burials*. (ed. L. Brink, O. P. D. Green), Berlin 2008, 249.

¹⁷ Цицерон мисли супротно: *Maxime e natura est tolli fortunae discrimen in morte*. M. T. Cicero, *De Legibus*, II 59.

<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A2007.01.0030%3Abook%3D2%3Asection%3D59>, 25.2.2022.

¹⁸ Романиста Ричард Данкан-Џоунс изradio је опсежну студију погребних трошкова на територији некадашњих римских провинција у Африци и Италији. Тако на пример, цене погребна у Италији је поделио на шест категорија; у прву је сврстао цене најскупље забележених сахрана које су стајале од 500.000 до 100.000 сестерција, а у шесту најјефтиније – од 4.000 до 120 сестерција. Ема-Џејн Грејам сматра да наведени подаци могу бити оквирне смернице за сагледавање трошкова сахрана у античком Риму, јер се ни сам аутор није прецизно одредио да ли се наведене цене односе на трошкове споменика или свих пратећих елемената који чине сахрану. Duncan-Jones, „An Epigraphic Survey of Costs in Roman Italy“, *Papers of the British School at Rome* Vol. 33 (1965), London 1965, 199; E. J. Graham, 61.

¹⁹ Посебан трошак који још за живота лице може да има, а по свом карактеру припада трпшковима који су у директној вези са његовом сахраном, је трошак на име чланарине у погребном удружењу грађана које се генусним појмом означавало као *collegia*. У античком

Момзена²⁰ и Грејам²¹ износе претпоставку по којој је минимална цена сахране, на крају првог века нове ере, у Риму стајала 250 сестерција, тј. 62 ½ *denarii*. Закључак базирају на посебној државној помоћи – *funeraticum*,²² уведеној за *plebs urbanus*, у време владавине цара Нерве (96–98), која је додељивана као помоћ најсиромашнијима уколико присуствују сахранама угледних Римљана. Деграси²³ сматра да је реч о популистичкој мери, с обзиром на то да ју је већ након две године од увођења укинуо цар Трајан, те да иако су *de iure* сви имали право на њу, *de facto* су је добијали само грађани

Риму постојала су бројна удружења грађана, оснивана у различите сврхе, за које се данас сматра да представљају претечу правних лица. Посебан тип колегија представљале су тзв. *collegia funeraticia* / *collegia tenuiorum* чији су чланови претежно били *plebs urbanus*, ослобођеници, гладијатори и робови. Имајући у виду трошкове организовања просечне римске сахране и објективну бојазан нижих слојева друштва да након њихове смрти наследници неће бити у могућности да им уприличе достојанствену сахрану и да ће завршити у масовној гробници, особа би за живота приступала једном таквом удружењу и месечно, на име чланарине плаћала одређени износ (*stips menstrua*), док би за узврат чланови колегије преузимали на себе обавезу организације његове сахране. Погребне колегије су претежно добијале име по ритуалима или култовима које су поштовали њени чланови, а најдетаљнији опис структуре и функционисања једне такве организације потиче из 136. године и односи се на Сенатску одлуку о *Collegium de Diana et Antonius Lanuvium*. На основу овог натписа сазнајемо да су се чланови колегија редовно окупљали и тим приликама организовали гозбе и приносили жртве божанствима које су поштовали, као и да је новопридошли члан био у обавези да плати почетни улог у висини од 100 сестерција и да амфору доброг вина, а да је месечна чланарина (*stips menstrua*), износила 5 аса (1,25 сестерција); A. Romac (1983), 62; J. R. Patterson, „The Collegia and the Transformation of the Towns of Italy in the Second Century AD“, *L'Italie d'Auguste à Dioclétien. Actes du colloque international de Rome (25-28 mars 1992)* Rome: École Française de Rome, Rome 1994, 233–234; J. R. Patterson, „On the Margins of the City of Rome“, *Death and Disease in Ancient City* (ed. V. M. Hope, E. Marshall), London & New York 2000, 92; V. M. Hope, „Contempt and Respect. The Treatment of the Corpse in Ancient Rome“, *Death and Disease in Ancient City* (ed. V. M. Hope, E. Marshall), London & New York 2000, 107, 117 и 119; J. Bodel (2000), 129; A. Bendlin, „Associations, Funerals, Sociality, and Roman Law: The Collegium of Diana and Antinous in Lanuvium (CIL 14.2112) Reconsidered“, *Aposteldekret und antikes Vereinswesen*, Tübingen 2011, 213; I. N. Arnaoutoglou, „Roman Law and Collegia in Asia Minor“, *Revue internationale des droits de l'antiquité* no. 49/2002, Paris 2002, 32; I. Morris, *Death-ritual and Social Structure in Classical Antiquity*, Cambridge 1992, 44; E.-J. Graham, „Discarding the Destitute: Ancient and Modern Attitudes Towards Burial Practices and Memory Preservation Amongst the Lower Classes of Rome“, *TRAC 2005: Proceedings of the Fifteenth Annual Theoretical Roman Archaeology Conference* (ed. B. Croxford, H. Goodchild, J. Lucas, N. Ray), Oxford 2006, 45; P. J. du Plessis, C. Ando, K. Tuori, *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford 2016, 142; A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, 396.

²⁰ T. Mommsen, *Chronica Minora* 1, Berlin 1892, 164.

²¹ E.-J. Graham, 46–47.

²² *Funeraticum* се помиње у Дигестама на једном месту и то у одломку из Помпонијевог дела *Libro 15 ad Sabinum* (D.11.7.30).

²³ A. Degrassi, „Nerva funeraticum plebi urbanae instituit“, *Scritti vari di antichità* I, Roma 1962, 697–702.

који живе у Риму и који испуњавају услове за дотације жита. Са друге стране, познате су, на пример, цене надгробних споменика – споменици који би наручивали војници, а који се убрајају међу скупље, коштали су око 2% годишњег прихода, они које су куповали најсиромашнији стајали су од 50 до 60 сестерција, док постоји забележено да је у једном случају целокупна заоставштина утрошена на *sepulchrum*.²⁴

2.1. ULPIANUS

2.1.1. *Нужни трошкови сахране*

Читајући Улпијана (170-223/4. или 228),²⁵ извлачи се закључак о постојању две категорије погребних трошкова: једне које бисмо означили као „нужне“ и друге које ћемо за потребе овог рада ословити као „разумне / пригодне“. Као нужан трошак сахране Улпијан навод све активности и послове без којих се сахрана не би могла спровести. Као најважније, на првом месту, наводи трошкове ношења покојника и обезбеђивања гробног места,²⁶ јер цитирајући Лабео, реч је о нужном трошку прибављања парцеле, без кога ни нема сахране. Надаље, као битне Улпијан листира издатке учињене на име припреме ломаче за спаљивање тела, транспорта тела из удаљених места, чувања леша, израде споменика и куповине одеће.²⁷ Посебно је интересантна напомена овог правника да уз тело не треба сахрањивати украсе и сличне предмете, као што то чине непросвећени.²⁸

²⁴ R. P. Saller, B. D. Shaw, „Tombstones and Roman Family Relations in the Principate: Civilians, Soldiers and Slaves“, *Journal of Roman Studies* Vol. LXXIV 1984, 128, фн. 23.

²⁵ T. Honoré, *Ulpian. Pioneer of Human Rights* (second edition), Oxford 2002, 14, 35–36; A. Berger, 750; A. Romac, *Ulpian. Knjiga regula*, Zagreb 1987, 5–11.

²⁶ D.11.7.14.3.

²⁷ D.11.7.14.4.

²⁸ D.11.7.14.5. Конкретна одредба може навести на закључак да је Улпијан имао у виду погребну праксу припадника више класе, те да је реч о својеврсном елитистичком приступу сахранама и трошковима сахрањивања у Риму. Овакав став је упитан, тим пре што још Закон XII таблица забрањује разметање приликом организовања погребних процесија. Цицерон пише да је закон забрањивао сахрањивање злата са покојником, посипање мртвог мирисима и вином, велике венце или посуде са тамјаном, као и нарицање и гребање лица нарикача – што се сматрало непримерним, уз напомену да су такви обичаји били присутни и код богатих и код сиромашних слојева друштва. Такође, децемвири су по угледу на Солонове законе ограничили трошкове сахране на три мараме, пурпурну тунику и десет свирача; *de facto* ова ограничења нису била поштована, јер ни Цицерону ни његовим савременицима попут Секса Елија или Луција Ацилија нису била јасна. Вотсон сматра да су поменуте забране прописане као реакција на етрурску раскош која је владала у Риму након протеривања Тарквинијеваца. С тим у вези, можемо претпоставити да Улпијан парафразира одредбе старог цивилног права, а не да је по среди сведочанство о карактеру сахрана његовог периода. M. T. Cicero, *De Legibus*, II 59–60,

D.11.7.14: *Ulpianus libro 25 ad edictum: 3. Funeris causa sumptus factus videtur is demum, qui ideo fuit ut funus ducatur, sine quo funus duci non possit, ut puta si quid impensum est in elationem mortui: sed et si quid in locum fuerit erogatum, in quem mortuus inferretur, funeris causa videri impensum Labeo scribit, quia necessario locus paratur, in quo corpus conditur. 4. Impensa peregre mortui quae facta est ut corpus perferretur, funeris est, licet nondum homo funeretur: idemque et si quid ad corpus custodiendum vel etiam commendandum factum sit, vel si quid in marmor vel vestem collocandam.*²⁹ [3. Погребни трошкови су они без којих се сахрана не би могла спровести, на пример, трошак ношења леша: такође, ако постоји било какав трошак припреме гробног места, Лабео пише да се то сматра погребним трошком, јер је неопходно припремити место за сахрану тела. 4. Трошкови за транспорт тела кући, особе која је умрла у иностранству, спадају у погребне трошкове, и ако покојник још није сахрањен: исто важи и за издатке чувања тела или његово поверавање другима да га чувају или за постављање мермерног споменика или (куповину) одеће.]

Улпијанов навод да у нужне трошкове сахране спадају активност *sine quo funus duci non possit*, сведочи о непостојању *numerus clausus* радњи које Римљани сматрају деловима *potrae funebri*. Овако широка дефиниција трошкова оставља могућност и слободу свакоме да, сходно жељама породице или покојника, одлучи која радња ће бити део сахране, те самим тим представљати трошак за њеног организатора. Са друге стране, држимо да активности које Улпијан наводи нису пукe – илустративне природе, већ оне без којих би било апсурдно говорити о сахрани. Он кроз прописивање нужних трошкова сахране сведочи о њеним конститутивним елементима. Реч је о предусловима постојања обреда, те самим тим и могућности да се учињени издатак разматра у контексту погребних трошкова, с обзиром на то да без гробног места, тела, укопа / кремације и споменика ни не можемо говорити о сахрани. Улпијан, надовезујући се на ставове старијег колеге Лабeона, одређује објективне предуслове постојања сахране неког лица, без обзира на друштвени статус, ранг или личне аспирације покојника.

2.1.2. Пријодни ѡрошкови сахране

На трагу општости Улпијане дефиниције и непостојања ограничења у погледу тога шта се сматра издатком учињеним на име сахране неког лица, створена је категорија тзв. разумних или пригодних трошкова.³⁰ Реч је о

<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A2007.01.0030%3AAbok%3D2%3Asection%3D60>, 14.2.2022; А. Вотсон, *Правни ѡрансїланиї. Присїуї уїоредном ѡраву*, Београд 2010, 45.

²⁹ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 1.9.2022.

³⁰ D.11.7.14.6.

трошковима учињеним *ex bono et aequo*, који су варирали у зависности од конкретне индивидуе. Не можемо говорити о постојању објективног критеријума који би квалификовао одређени трошак као пригодан приликом сахране, већ је реч о крајње субјективном мерилу. Учињени издатак не цени се са аспекта просечног, разумног човека, већ варира од покојника до покојника. Раскошност сваке сахране у директној је вези са богатством покојника (тим пре што се трошкови сахране имају подмирити из заоставштине³¹) његовим угледом, рангом и статусом³² које је стекао за живота. Клоет наводи да као критеријум приликом одмеравања пригодних трошкова, у сваком конкретном случају, могу послужити узрок и време смрти, финансијска средства, као и природа и вредност заоставштине покојника.³³

D.11.7.12.5. *Ulpianus libro 25 ad edictum: Sumptus funeris arbitrantur pro facultatibus vel dignitate defuncti.*³⁴ [Погребни трошкови се процењују према богатству или (друштвеном) рангу покојника.]

D.11.7.14.6. *Ulpianus libro 25 ad edictum: ... Aequum autem accipitur ex dignitate eius qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide, ut neque plus imputetur sumptus nomine quam factum est neque tantum quantum factum est, si immodice factum est: deberet enim haberi ratio facultatum eius, in quem factum est, et ipsius rei, quae ultra modum sine causa consumitur. Quid ergo si ex voluntate testatoris impensum est? Sciendum est nec voluntatem sequendam, si res egrediatur iustam sumptus rationem, pro modo autem facultatum sumptum fieri.*³⁵ [Оно што је пригодно у конкретном случају подразумева се да зависи од (друштвеног) ранга особе која се сахрањује, околности, прилика и савесности, те тако не би требало наплатити више него што је стварно утрошено, нити би требало наплатити пун износ, ако је трошак био превелик: (претходно) је требало узети у обзир како средства лица на чији терет је издатак учињен, тако и имовину којом се неоправдано располагало. Али, шта ако је трошак био у складу са жељама оставиоца? Морамо бити свесни да се његовим жељама не треба повиновати, ако то доводи до неразумних трошкова, већ они треба да буду сразмерни његовој имовини.]

D.11.7.21. *Paulus libro 27 ad edictum: In patrem, cuius in potestate fuerit is cuius funus factum erit, competit funeraria actio pro dignitate et facultatibus.*³⁶ [Када је лице које је сахрањено било под очевом власти, против оца постоји тужба за трошкове сахране, (који се одмеравају) према његовом (друштвеном) статусу и богатству.]

³¹ D.11.7.45. *Maecianus libro octavo fideicommissorum: Impensa funeris semper ex hereditate deducitur...*

³² D.11.7.21.

³³ N. Cloete, „Some Remarks on the Nature of and Liability for Funeral Expenses in Roman Law“, *Journal for Juridical Science* Vol. 14 No. 2, Bloemfontein 1989, 58.

³⁴ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 2.9.2022.

³⁵ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 1.9.2022.

³⁶ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 1.9.2022.

Не препуштајући ствари случају и слободној оцени заједнице, јури-спруденти су се детаљно бавили овом категоријом трошкова, о чему сведочи следећи параграф Дигеста:

D.11.7.12. *Ulpianus libro 25 ad edictum: 5. Sumptus funeris arbitrantur pro facultatibus vel dignitate defuncti. 6. Praetor vel magistratus municipalis ad funus sumptum decernere debet, si quidem est pecunia in hereditate, ex pecunia: si non est, distrahere debet ea, quae tempore peritura sunt, quorum retentio onerat hereditatem: si minus, si quid auri argentique fuerit, distrahi aut pignerari iubebit, ut pecunia expediatur.*³⁷ [5. Погребни трошкови се процењују према имовнинском стању или достојанству покојника. 6. Претор или муниципални магистрат треба да одреде шта треба потрошити на сахрану; ако има новца у заоставштини, треба га искористити; ако га нема, треба продати ствари које се временом кваре, чије задржавање „оптерећује“ наслеђе, а ако ни тога нема, треба да нареди да се прода или заложи било какво злато или сребро, да би обезбедио новац.]

Потврда да се приликом одмеравања пригодних трошкова примењују субјективни критеријуми, сведочи текст из Дигеста из кога сазнајемо да организатор сахране може остати без права на накнаду трошкова уколико организује сахрану на начин који вређа успомену на покојника, тј. уколико није у складу са његовим богатством или друштвеним статусом:

D.11.7.14.10. *Ulpianus libro 25 ad edictum: Iudicem, qui de ea aequitate cognoscit, interdum sumptum omnino non debere admittere modicum factum, si forte in contumeliam defuncti hominis locupletis modicus factus sit: nam non debet huius rationem habere, cum contumeliam defuncto fecisse videatur ita eum funerando.*³⁸ [Судија који на основу правичности разматра таква давања, понекад би требало да одбије да размотри ниске трошкове, ако су, рецимо, они учињени ради увреде покојника, који је био богат човек; јер не би требало да разматра трошкове када се сматра да је особа увредила покојника сахрањивши га на такав начин.]

2.1.3. Претор и погребни трошкови

У тренутку смрти лица, претор или муниципали магистрат преузимају управу над његовом заоставштином,³⁹ како би се у првом реду подмирили трошкови сахране и при томе одредило шта све – у зависности од богатства и друштвеног статуса покојника, спада у тај издатак. Не би било исправно извести закључак о постојању директне управе претора или магистрата над

³⁷ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 13.2.2022.

³⁸ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 13.2.2022.

³⁹ N. Cloete, 60.

заоставштином покојника, већ њихову улогу треба посматрати као контролни – надзорни механизам који треба да осигура намирење учињених погребних трошкова. Следствено томе, уколико у заоставштини нема средстава за накнаду трошкова, претор ће најпре организатору сахране наредити да прода кварљиве ствари *quorum retentio onerat hereditatem*; надаље, претор је могао наредити продају или залагње драгоцености, али и како додаје Гај, наплатити потраживања од дужника и на тај начин обезбедити средства за сахрану.⁴⁰ Језичким тумачењем речи *iubebit* јасно је да претор не врши директну управу или продају ствари, већ администрира, даје наредбе и контролише читав процес накнаде трошкова сахране.⁴¹

D.11.7.12.6. *Ulpianus libro 25 ad edictum: Praetor vel magistratus municipalis ad funus sumptum decernere debet, si quidem est pecunia in hereditate, ex pecunia: si non est, distrahere debet ea, quae tempore peritura sunt, quorum retentio onerat hereditatem: si minus, si quid auri argentique fuerit, distrahi aut pignerari iubebit, ut pecunia expediatur.*⁴² [Претор или муниципални магистрат треба да одреде шта потрошити на сахрану; ако има новца у заоставштини, треба да га искористити; ако нема, треба да нареди продају кварљивих ствари чије чување оптерећује заоставштину, а ако ни тога нема, треба да нареди да се прода или заложи било какво злато или сребро, да би обезбедио новац.]

D.11.7.13. *Gaius libro 19 ad edictum provinciale: vel a debitoribus si facile exigi possit.*⁴³ [или да га (обезбеди) од (покојниковог) дужника, ако се (дуг) може лако наплатити.]

2.2. Macer

Емилије Мацер (прва половина III века)⁴⁴ пише да у трошкове сахране спада све утрошено у вези са третманом земних остатака покојника пре упока.⁴⁵ Такав став одудара од Улпијанове (претпостављене) поделе трошкова на нужне и пригодне. Клоет сматра да је Улпијаново виђење погребних трошкова прихватљивије и рационалније, имајући у виду природу учињених издатака, као и тужбу која је стајала на располагању организатору сахране

⁴⁰ D.11.7.13.

⁴¹ О постојању специјалних овлашћења претора у контексту расправљања трошкова сахране можемо говорити у још два случаја. У D.11.7.14. пр. *Ulpianus libro 25 ad edictum* стоји да је претор овлашћен да интервенише – осигура несметан пренос добара са преносиоца на купца, ако се било ко супротстави таквој трансакцији. Такође, у D.11.7.14.2. *Ulpianus libro 25 ad edictum* претор може наредити лицу да сахрани покојника, ако се још за његовог живота обавезао на то и за узврат примио накнаду.

⁴² <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 2.9.2022.

⁴³ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 2.9.2022.

⁴⁴ A. Berger, 570.

⁴⁵ D.11.7.37. пр.

за учињене трошкове.⁴⁶ Такође, у трошкове сахране Мацер убраја масти и уља за помазивање тела, куповину или закуп гробног места, наручивање саркофага и транспорт тела. Иако је издатак на име куповине споменика неспорна ставка за обојицу правника, Мацер наводи да је цар Хадријан прописао шта се сматра спомеником – који спада у трошак сахране, те да свака специјална жеља покојника у погледу структуре и величине споменика не може бити редован трошак сахрањивања.⁴⁷ Управо на основу тог навода, видимо да је за време владавине цара Хадријана (117-138), подела на нужне и пригодне трошкове била призната и заступљена и да ју је Улпијан прихватио у свом делу; са друге стране, Мацерово настојање да прошири круг нужних трошкова сахране чини се да није имало одјека у пракси. Треба напоменути да Квинт Цервидије Сцевола (друга половина II века)⁴⁸ у трошкове сахране додаје и гардеробу за облачење тела преминулог и бележи да постоји генерални друштвени консензус о томе да је реч о нужном трошку сахране.⁴⁹

3. ОБАВЕЗА САХРАЊИВАЊА ПОКОЈНИКА И НАКНАДЕ ТРОШКОВА САХРАНЕ

До одговора на питање ко може имати обавезу накнаде трошкова сахране у римском праву, можемо, уз претходно јасно дефинисање шта за римске правнике чини издатак на име сахрањивања умрлог, доћи посредно, тако што ћемо претходно осветлити теме које се односе на круг лица која имају обавезу сахране покојника, као и то из којих средстава се трошкови намирају.

Круг лица која имају обавезу сахране покојника је шаренолик и зависи од историјског момента у коме се посматрани друштвени сегмент анализира. *Leges regiae* и децемвирални закони не уређују ово питање, препуштајући их сфери *ius pontificale*. Да је реч о материји божанског права сведочи Цицерон, од кога сазнајемо како су свештеници третирали конкретну материју – његов савременик и конзул 95. године пре нове ере *Quintus Mucius Scaevola Pontifex*.⁵⁰

Cic. Leg. 2.48: ... *Quaeruntur enim qui adstringantur sacris. Heredum causa iustissima est; nulla est enim persona quae ad uicem eius qui e uita emigrarit propius accedat. Deinde qui morte testamentou eus tantundem capiat quantum omnes heredes: id quoque ordine; est enim, ad id quod propositum est, adcommodatum.*

⁴⁶ N. Cloete, 58.

⁴⁷ D.11.7.37.1.

⁴⁸ A. Berger, 691.

⁴⁹ D.11.7.46.2.

⁵⁰ A. Berger, 588.

*Tertio loco, si nemo sit heres, is qui de bonis, quae eius fuerint, quom moritur, usu ceperit plurimum possidendo. Quarto, si [qui] nemo sit qui ullam rem ceperit, de creditoribus eius qui plurimum seruet. ...*⁵¹ [Ко је дужан да обави свете обреде? Најправедније би било да то учине наследници; јер нема друге особе која би прикладније ступила у положај (преминулог). Онда следи онај кога је покојник одредио тестаментом (легатар), који често добија колико и наследници: шта више то је уобичајено; то је у складу са нормом. На трећем месту, ако нема наследника, је онај који добија узукапијом највећи део имовине покојника. Четврто, ако нема (наследника или легатара) који нешто добијају, обавеза је на повериоцима који добијају највећи део.]

Cic. Leg. 2.49: *Extrema illa persona est ut, si is qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit neminique eam soluerit, proinde habeatur quasi eam pecuniam ceperit.*⁵² [Последња особа (на коју може пасти обавеза да обави свете обреде), је дужник преминулог, ако није платио дуг, јер ће се сматрати као да је примио новац (легат) (у том износу).]

Сцевола је круг лица која имају обавезу обављања светих обреда, тј. сахране покојника⁵³ свео на, у првом реду, наследнике, затим легатара, узукапијента, повериоца и напослетку дужника *de cuiusa*. Треба указати на Цицеронову напомену, значајну са аспекта сагледавања развоја римског (понитификалног) права, да Сцеволини наводи нису у складу са нормама установљеним *ab antiquis*, према којима су обавезу обављања породичне *sacrae* имали: наследници, легатар који добија највећи део заоставштине или највећи покојников поверилац.⁵⁴

У коментару преторовог едикта, Улпијан наводи измењени круг лица која су дужна да сахране умрлог:

D.11.7.12.4. *Ulpianus libro 25 ad edictum: Funus autem eum facere oportet, quem decedens elegit: sed si non ille fecit, nullam esse huius rei poenam, nisi aliquid pro hoc emolumentum ei relictum est: tunc enim, si non paruerit voluntati defuncti, ab hoc repellitur. Sin autem de hac re defunctus non cavit, nec ulli delegatum id munus est, scriptos heredes ea res contingit: si nemo scriptus est, legitimos vel cognatos: quosque suo ordine quo succedunt.*⁵⁵ [Сахрану би требало да орга-

⁵¹ <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A2007.01.0030%3Abook%3D2%3Asection%3D48>, 26.2.2022.

⁵² <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A2007.01.0030%3Abook%3D2%3Asection%3D49>, 26.2.2022.

⁵³ J. Harries, „Roman Law Codes and the Roman Legal Tradition”, *Edinburgh Studies in Law* Vol. 3, *Beyond Dogmatics – Law and Society in the Roman World* (ed. J. W. Cairns, P. J. du Plessis), Edinburgh 2007, 91.

⁵⁴ <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A2007.01.0030%3Abook%3D2%3Asection%3D49>, 26.2.2022.

⁵⁵ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 26.2.2022.

низује лице које је покојник одредио: уколико то не учини, не сноси никакву казну, осим ако му је за то остављена корист; у том случају, ако не испуни жељу покојника, биће му одузета. Ако покојник није одредио ништа (о својој сахрани), нити је (организовање сахране) поверио некоме другом, онда (обавеза) пада на тестаментарне наследнике: ако нико није именован, онда пада на законске наследнике или когнате по наследном реду.]

Круг лица којима претор намеће обавезу сахрањивања преминулог наведен је, као и код Цицерона, супсидијарно. Уколико покојник није одредио лице које треба да га сахрани, обавеза пада на терет тестаментарних наследника. Надаље, уколико тестамент не постоји или тестатор није одредио лице које има обавезу да га сахрани, претор предвиђа да је то дужност законских наследника, тј. у крајњој истанци когната. Такође, Томас наводи да тело може сахранити било ко, уколико преминули нема наследника, или ако наследници одбију да сахране покојника или уколико покојник никоме није поверио тај задатак.⁵⁶

Из наведених норми сведочимо о дихотомији римског права и различитом приступу проблему из угла понтификалног и цивилног права. Наводећи круг лица која имају обавезу сахране покојника, било да мислимо на оне које листира Цицерон, или пак Улпијан, посредно извлачимо закључак ко заправо има дужност накнаде трошкова сахране;⁵⁷ списку треба додати: *bonorum possessor*;⁵⁸ патрон који од претора, супротно тестаменту, затражи *bonorum possessio*,⁵⁹ као и лице које сахрани покојника пре прихвата наслеђа, с тим да у том случају није *ex officio* постао наследник.⁶⁰ Као што смо већ напоменули, трошкови сахране се (углавном), намирују из заоставштине,⁶¹ али *de facto* њих подмирују лица која као универзални⁶² (или сингуларни) сукцесори ступају у права и обавезе покојника. У тренутку смрти оставиоца, претор врши „принудну“ управу над његовом заоставштином – исплаћује трошкове сахране и тек након тога *hereditas* додељује наследницима.⁶³ Околност да од тренутка смрти, па до сахране умрлог постоји својеврстан правни вакуум, те да се заоставштина суштински налази у режиму *hereditas iacens*, а да њом администрира претор, не противречи чињеници да након

⁵⁶ Ph. J. Thomas, „The Actio Funeraria“, *Ex Iusta Causa Traditum. Essays in Honour of Eric Pool* 2005 (11-1), *Fundamina editio specialis*, Pretoria 2005, 322.

⁵⁷ D.11.7.14.17. *Ulpianus libro 25 ad edictum: Datur autem haec actio adversus eos ad quos funus pertinet, ut puta adversus heredem bonorumve possessorem ceterosque successores.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ D.11.7.15.

⁶⁰ D.11.7.4. и D.11.7.14.8.

⁶¹ D.11.7.45.

⁶² P. J. du Plessis, C. Ando, K. Tuori, 467.

⁶³ P. J. du Plessis, *Borkowski's Textbook on Roman Law*, Oxford 2020, 234.

исплате трошкова сахране наследници добијају умањен износ заоставштине, тј. да посредно сnose трошкове сахране.⁶⁴

Одступање од правила да лица која сахрањују покојника уједно и плаћају трошкове сахране, постоји код оних које је оставилац задужио да га сахране, али и оних који сахрањују умрлог *quasi negotium*.⁶⁵ Било да је реч о професионалним погребницима,⁶⁶ мандатару⁶⁷, пријатељу⁶⁸ покојника или странцу, иако они организују спровод, за трошкове проистекле том приликом утужују, посредством посебне тужбе – *actio funeraria*⁶⁹ или *actio utilis*,⁷⁰ наследнике и регресирају се за износ учињених издатака. Дакле, без обзира на то што наследници директно не учествују у организацији сахране покојника, они су обавезни да надокнаде трошкове, па чак иако је умрли сахрањен мимо њихове воље,⁷¹ те би се могло рећи да је посреди својеврстан пример када *exceptio affirmat regulam*.

Трошкови сахране се (углавном) подмирују из заоставштине. Уколико је умрли био *colonus* или *inquilinus*, а није за живота наменио новац за сахрану, Помпоније каже да трошкове погребња треба намирити продајом његових ствари *invecta et illata*. Такође, из истог текста сазнајемо да се трошкови сахране намирују пре закупнине, с обзиром на то да ће се вишак новца од продаје ствари – након сахране лица, користити за подмирење неплаћене кирије.⁷² Надаље, Улпијан пише да уколико је тестватор оставио легат, али не и средства за своју сахрану, у том случају треба подмирити трошкове сахране из легата, јер је битније да се покојник не сахрањује о туђем трошку, него да легатар добије легат.⁷³ Са друге стране, ако купац купи ствар из заоставштине и постане њен власник, у том случају не треба допустити виндикацију ствари да би се њеном продајом намирио трошак сахране.⁷⁴ Шта више,

⁶⁴ Занимљиво је осврнути се на питање накнаде трошкова сахране у контексту *lex Falcidia*. Наиме, кварта – ¼ заоставштине која је морала припасти наследнику, процењивана је на основу вредности заоставштине у тренутку смрти оставиоца. Приликом обрачуна вредности заоставштине, из имовинске масе су изузимани: дугови, трошкови сахране и вредност робова ослобођених тестаментом; B. W. Frier, T.A.J. McGinn, *A Casebook on Roman Family Law*, New York 2004, 387; W. W. Buckland, *A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian*, Cambridge 1921, 338.

⁶⁵ D.11.7.14.9. и 16.

⁶⁶ Фн. 13.

⁶⁷ D.11.7.12.2.15.

⁶⁸ Осим у случају *funus ex pietate, misericordia, humanitate et affectione*; D.11.7.14.7. и 9.

⁶⁹ D.11.7.12.2; О настанку тужбе вид. В. Станојловић, „Настанак *actio funeraria*“, приступни рад, Београд 2022.

⁷⁰ D.11.7.14.15.

⁷¹ D.11.7.14.8. и 13.

⁷² D.11.7.14.1.

⁷³ *Ibid.* С тим у вези и D.11.7.12.3.

⁷⁴ D.11.7.14.1.

купац је био заштићен од виндикације и када је предмет купопродаје била легирана ствар; у таквој ситуацији, наследник је био дужан да обештети легатара, а уколико није у могућности да то учини, правници сматрају да је „боље“ да легатар остане без легата, него да купац претрпи штету.⁷⁵

4. ЗАКЉУЧАК

За старе Римљане, однос према смрти био је један од централних елемената друштвеног и верског живота, те отуда не чуди ни богата правничка активност у сфери погребних прописа. Однос према покојнику, правилно организована сахрана и доследно поштовање верских обичаја осигуравали су спокој, како души покојника, тако и његовим потомцима.

Сахрана као верски обред, али и друштвени догађај, подразумева партиципацију мноштва људи. Сви они удружени, било да је реч о члановима породице, организатору сахране, нарикачи или носачу леша, налазе се на истом задатку – осигурати мир покојника у вечности. Нужно, таква светковина изискује материјалне трошкове, чија је висина зависила од друштвеног угледа и статуса покојника. Немамо сачуване податке о цени просечне римске сахране, али постоје одређене процене, додуше спекулативне, да је она коштала 250 сестерција. Нешто поузданије податке имамо о цени надгробних споменика или ангажовања појединих пружалаца погребних професионалних услуга.

Трошковима сахране најдетаљније се бавио Улпијан, који их, надовезујући се на ставове Лабеопа, дели у две категорије – нужне и пригодне. Нужни су такви да без њих нема ни сахране; пригодни пак су такви да директно зависе од угледа, статуса и богатства покојника, те се као крајње субјективна категорија, њихово одмеравање вршило од лица до лица. Стиче се утисак да су други правници, пре свега Мацер, имали тенденцију да прошире категорију нужних трошкова, али нам не делује да је то заживело у пракси.

Када говоримо о другом аспектима погребних трошкова, тачније њиховој надокнади, посебно се истицала фигура претора који је привремено администрирао заоставштином, вршио њену процену и старао се да трошкови сахране буду подмирени. Тек након тога, заоставштина се додељивала наследицима.

Трошкови сахране су се доминантно подмиривали из заоставштине, што ће рећи, посредно су их сносила лица која као универзални (сингуларни) сукцесори ступају у имовинско-правне односе покојника. Круг лица

⁷⁵ *Ibid.*

која имају обавезу сахране покојника, али и накнаде трошкова сахране, по *ius pontificale*, били су: наследници, легатари, узукапијент, поверилац и дужник *de cuiusa*; а по *ius civile*: тестаментарни наследници, законски наследници, когнати, *bonorum possessor*, патрон који од претора затражи *bonorum possessio*, као и лице које сахрани покојника пре прихвата наслеђа. Све категорије лица, било по *ius civile*, било по *ius pontificale*, наведене су супсидијарно.

Од правила постоје изузеци: 1) одређене категорије лица сахрањивале су покојника, а да нису сносиле трошкове сахране: пре свега професионални погребници, затим мандатар, пријатељ покојника или треће лице; 2) ако је тестатор оставио легат, али не и средства за своју сахрану, трошкови су се намиривали из легата.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Arnaoutoglou, I. N., „Roman Law and Collegia in Asia Minor“, *Revue internationale des droits de l'antiquité* no. 49/2002, Paris 2002.
- Bendlin, A., „Associations, Funerals, Sociality, and Roman Law: The Collegium of Diana and Antinous in Lanuvium (CIL 14.2112) Reconsidered“, *Aposteldekret und antikes Vereinswesen*, Tübingen 2011.
- Berger, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953.
- Bodel, J., „Dealing with the Dead: Undertakers, Executioners and Potter's Fields in Ancient Rome“, *Death and Disease in Ancient City* (ed. V. M. Hope, E. Marshall), London & New York 2000.
- Bodel, J., „Graveyards and Groves: A Study of the Lex Lucerina“, *American Journal of Ancient History* Vol. 11, Cambridge, Mass. 1994.
- Buckland, W. W., *A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian*, Cambridge 1921.
- Вотсон, А., *Правни ѿрансѿланѿи. Присѿуѿ уѿоредном ѿраву*, Београд 2010.
- Graham, E. J., *Death, Disposal and the Destitute: The Burial of the Urban Poor in Italy in the Late Republic and Early Empire*, Ph.D. dissertation, Sheffield 2004.
- Graham, E.-J., „Discarding the Destitute: Ancient and Modern Attitudes Towards Burial Practices and Memory Preservation Amongst the Lower Classes of Rome“, *TRAC 2005: Proceedings of the Fifteenth Annual Theoretical Roman Archaeology Conference* (ed. B. Croxford, H. Goodchild, J. Lucas, N. Ray), Oxford 2006.
- Degrassi, A., „Nerva funeraticum plebi urbanae instituit“, *Scritti vari di antichità I*, Roma 1962.
- Du Plessis, P. J., Ando, C., Tuori, K., *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford 2016.
- Du Plessis, P. J., *Borkowski's Textbook on Roman Law*, Oxford 2020.
- Jones, Duncan., „An Epigraphic Survey of Costs in Roman Italy“, *Papers of the British School at Rome* Vol. 33 (1965), London 1965.
- Iustinianus, *Digesta*.

- Lanciani, R., *Ancient Rome in the Light of Recent Discoveries*, Boston New York 1890.
- Lanciani, R., *Pagan and Christian Rome*, Boston New York 1893.
- Lindsay, H., „Death-pollution and funerals in the City of Rome“, *Death and Disease in Ancient City* (ed. V. M. Hope, E. Marshall), London & New York 2000.
- Mommsen, T., *Chronica Minora* 1, Berlin 1892.
- Morris, I., *Death-ritual and Social Structure in Classical Antiquity*, Cambridge 1992.
- Osiek, A., „Roman and Christian Burial Practices and the Patronage of Women“, *Commemorating the Dead. Texts and Artifacts in Context. Studies of Roman, Jewish, and Christian Burials*. (ed. L. Brink, O. P. D. Green), Berlin 2008.
- Patterson, J. R., „The Collegia and the Transformation of the Towns of Italy in the Second Century AD“, *L'Italie d'Auguste à Dioclétien. Actes du colloque international de Rome* (25-28 mars 1992) Rome: *École Française de Rome*, Rome 1994.
- Patterson, J. R., „On the Margins of the City of Rome“, *Death and Disease in Ancient City* (ed. V. M. Hope, E. Marshall), London & New York 2000.
- Paulus, I., *Sententiae* (priredio i preveo A. Romac), Zagreb 1989.
- Retief, F. P., Cilliers, L., „Burial Customs and the Pollution of Death in Ancient Rome: Procedures and Paradoxes“, *Acta Theologica Supplementum* 7 Vol. 26 No. 2, Bloemfontein 2006.
- Romac, A., *Rječnik rimskog prava*, Zagreb 1983.
- Romac, A., *Ulpijan. Knjiga regula*, Zagreb 1987.
- Saller, R. P., Shaw, B. D., „Tombstones and Roman Family Relations in the Principate: Civilians, Soldiers and Slaves“, *Journal of Roman Studies* Vol. LXXIV 1984.
- Smith, W., *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, Boston 1859.
- Станојловић, В., „Настанак *actio funeraria*“, приступни рад, Београд 2022.
- Тацит, К., *Анали*, Београд 1970.
- Транквил, Г. С., *Живой и нарави дванаест римских царева*, Београд 2019.
- Theodosius, *Codex Theodosianus*.
- Thomas, Ph. J., „The Actio Funeraria“, *Ex Iusta Causa Traditum. Essays in Honour of Eric Pool* 2005 (11-1), *Fundamina editio specialis*, Pretoria 2005.
- Frier, B. W., McGinn, T.A.J., *A Casebook on Roman Family Law*, New York 2004.
- Harries, J., „Roman Law Codes and the Roman Legal Tradition“, *Edinburgh Studies in Law* Vol. 3, *Beyond Dogmatics – Law and Society in the Roman World* (ed. J. W. Cairns, P. J. du Plessis), Edinburgh 2007.
- Higgins, J., „Horace Satires 1.8: A Blast from the Past“, *New England Classical Journal*, 44/3/8-2017.
- Honoré, T., *Ulpian. Pioneer of Human Rights (second edition)*, Oxford 2002.
- Hope, V. M., *Roman Death – The Dying and the Dead in Ancient Rome*, London 2009.
- Hope, V. M., „Contempt and Respect. The Treatment of the Corpse in Ancient Rome“, *Death and Disease in Ancient City* (ed. V. M. Hope, E. Marshall), London & New York 2000.
- Cicero, M. T., *De Legibus*.
- Cloete, N., „Some Remarks on the Nature of and Liability for Funeral Expenses in Roman Law“, *Journal for Juridical Science* Vol. 14 No. 2, Bloemfontein 1989.

Vukašin N. Stanojlović
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
vukasin.stanojlovic@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-9834-161X

Reimbursement of Funeral Costs in Roman Law

Abstract: *The sacred and moral duty of family members, primarily heirs, was to bury the deceased. The funeral ceremony and the size of the funeral monument reflected the social status of the decedent; nonetheless the funeral itself had a dual role – to ensure a peaceful transition of the soul into eternity and to provide peace for the descendants. Reading the legal texts, it could easily be seen that the issue of funeral costs was at the high level of importance for the offspring. In addition, we can assert that the Roman legislators, lawyers and priests were particularly aware of its importance. In this regard, the praetor issued the Edictum de sumptibus funerum, establishing the actio funeraria, in order to determine who and under what conditions acquires the right of reimbursement of funeral costs, but also to ensure that no one is buried at someone else's expense. The aim of this paper is to answer the questions who had the liability and responsibility to organize the funeral and bear its costs, when and under what conditions could organizer sue for the incurred expense and what was considered as the funeral cost.*

Results indicate the following. The grandeur of the funeral and the amount of funeral expenses depended on the social status and wealth of the deceased. The costs of the funeral were divided into necessary, which cover expenses in the name of activities without funeral could not take place and convenient, which depend on the reputation of the defunctus. Although there have been attempts to expand Ulpian's classification into necessary and convenient expenses, this does not seem to have been the case at the outset. Funeral expenses were mostly – with a few exceptions, covered from the inheritance, and the obligation to reimburse the costs incurred was most often borne by the persons burying the deceased. From Cicero's and Ulpian's texts, we learn which persons were obliged to bury the deceased, i.e. cover funeral expenses. It is important to note that research shows that from the moment of death until the costs are paid, the inheritance is in the regime of hereditas iacens, and that it is administered by the praetor to ensure that no one is buried at someone else's expense.

The paper uses linguistic, historical and systematic interpretation of passages D.11.7.12.4–6, D.11.7.13, D.11.7.14.3,4,6 and 10, D.11.7.21, Cic.Leg.2.48–49, as well as historical method.

Keywords: *Death in Ancient Rome. – Roman Funeral. – Funeral Costs. – Cicero. – Ulpianus.*

Датум пријема рада: 04.11.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 04.11.2022.

Датум прихватања рада: 13.12.2022.

Александра Т. Појовић

Дирекција за грађевинско земљиште и изградњу Београда Ј.П.

a_aleksandra@yahoo.com

ORCID ID: 0000-0002-6512-1634

РАДНОПРАВНА ЗАШТИТА ДАДИЉА

Сажетак: *Делатност дадиље је специфична и високо сензитивна, с обзиром да обухвата чување и негу деце сагласно њиховом узрасту, бригу о физичком и психичком здрављу, безбедности, исхрани и хигијени, поштујући њихова права и персонални интеријер и дигнијетет. Ово је послова дадиље обухвата и бригу о дневном одмору деце, игри, забави, школским обавезама, слободним активностима, а може да обухвати и одвођење и довођење деце из школе, на рекреативним и додатним едукативним активностима уз конституирано праћење и унапређивање њихове физичке, емоционалне, интелектуалне и социјалне развоја. Едукација и васпитање деце су исто тако, значајан део делатности дадиље, као и подучавање животињим и социјалним вештинама, сагласно инструкцијама родитеља. Имајући у виду, особености и природу посла дадиље, намеће се потреба, да се прецизније утврди њихова радноправна заштита у праву Републике Србије. Стварањем прецизније законодавне оквира за обављање посла дадиље осигурила би се вишеструка корист: дадиље би добиле виши степен радноправне заштите, а родитељи и деца већу сигурност, јер би се омогућило да се о деци брину професионално особљена лица у адекватно уређеном простору, на прописани начин, под конституираним надзором и контролом надлежних институција над њиховим радом.*

Кључне речи: *радни однос, радноправна заштита, дадиља.*

УВОД

Разматрање радноправног статуса дадиља у праву Републике Србије има за циљ да анализира постојеће стање у регулативи и пракси Републике Србије и да утврди мере за унапређење природе, обима посла и радноправне заштите. Професионализација посла дадиље намеће се као потреба због

регулисања адекватног нивоа бриге и заштите деце од стране едукованих лица, а и у циљу обезбеђивања радноправне заштите извршилаца. Потреба за адекватно радноправно регулисање статуса дадиље посебно се идентификује у случају обављања послова у дому родитеља/старатеља деце у ком случају у пракси често се не примењују радноправне заштитне норме, ускраћује се или ограничава право на рад и друга права у вези са радом. Често у пракси услови рада запослених у домаћинству (укључујући и дадиље), зависе од добре воље послодавца, с обзиром да су саставни део сфере његовог приватног живота. Запослени у домаћинству послодавца суочавају се са бројним неправилностима у погледу трајања радног времена и постојања неплаћеног прековременог рада, непоштовања прописа из области безбедности и здравља на раду, односно из непоштовања прописа из области заштите приватности,¹ услед инсталираних система видео надзора.² Исто тако, често лица која обављају послове у домаћинству послодавца немају обезбеђену здравствену заштиту и друга права у случају болести, смањења или губитка радне способности и старости, материјално обезбеђење за време привремене незапослености, као и право на друге облике заштите. Запослени у домаћинству послодавца (попут великог броја запослених у другим делатностима) суочавају се и са бројним ризицима попут: несигурности запослења (опстанак радног ангажовања зависи од потреба домаћинства и престаје када порасту деца коју запослени чува); несигурности зарада и исплате недовољних зарада, а присутан је и ризик од експлицитног искључења из заштитног законодавства или уређивања нижег степена заштите.³

¹ Регулисање рада кућног помоћног особља (укључујући и дадиље) подразумева и јасну квантификацију различитих елемената који чине природу овог посла и самим тим утврђивање висине зараде, сагласно времену проведеном на раду, времену приправности и животних услова за лица којима је обезбеђено становање код послодавца. Потреба да се обезбеде достојанствени услови рада посебно се намеће код лица којима је обезбеђено становање код послодавца, с обзиром да се често у пракси не поштује њихово радно време, посебно ако су ангажовани на пример: да брину о бебама у току ноћи, да чувају децу са посебним потребама или да брину о деци у случају болести и прехлада. Jennifer N. Fish, *Domestic workers of the world unite! A global movement for dignity and human rights*, New York University press, New York 2017, 118.

² Видео надзор треба да се користи уз примену принципа транспарентности у његовој имплементацији у процесу рада са просторним и временским ограничењима, односно да се не употребљава у просторијама у којима се непосредно не спроводи процес рада и ван радног времена. Предраг Јовановић, Дарко Божић, „Право запосленог на приватност као сегмент безбедности и здравља на раду“ *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2018, 864.

³ Љубинка Ковачевић „Плаћени рад у домаћинству послодавца“ *Радно и социјално право*, XVII (2/2013), 88.

1. РАДНОПРАВНА ЗАШТИТА ДАДИЉА У ДОМАЋЕМ ПОЗИТИВНОМ ПРАВУ

Разматрање радноправне заштите предметне категорије лица првенствено подразумева дефинисање самог појма „дадиља“, међутим позитивно законодавство Републике Србије изричито не уређује његов правни опсег, а ни природу предметних послова. Послодавац у смислу Закона о раду може да буде домаће, односно страно физичко лице које запошљава, односно радно ангажује, једно или више лица.⁴ Самим тим, послодавац може да буде физичко лице када закључивањем уговора о раду запошљава једног или више запослених.⁵ Послодавци са својством физичког лица могу да закључе уговор о раду, уколико поседују способност за закључење уговора и за слободно располагање имовином. У улози послодавца може се наћи и физичко лице са својством предузетника или припадника слободне професије, који могу да учествују у поступку заснивања радног односа или да овласте друго лице. Физичко лице као субјект у поступку заснивања радног односа појављује се на пример, приликом заснивања радног односа за плаћени рад у домаћинству.⁶ Послодавац запослених у домаћинству може да буде не само физичко лице, већ и породица, тако да супружници могу да се појаве заједно у улози послодавца, а уколико се у овој улози јавља само један од њих, сагласно породичном законодавству за обавезе поводом ангажовања запосленог за рад у домаћинству одговарају заједно као солидарни дужници.⁷ Обављање послова дадиље посредно је нормативно регулисано Законом о раду Републике Србије, који предвиђа да радни однос може да се заснује за обављање послова кућног помоћног особља, који могу да обухвате и обављање послова дадиље.⁸ Самим тим, сагласно позитивном праву Републике Србије радни однос за обављање послова дадиље не може да се закључи са супружником, усвојоцем или усвојеником, крвним сродником у правој линији

⁴ Чл. 5, ст. 2 Закона о раду Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 – УС, 113/17, 95/18 – аутентично тумачење.

⁵ Бранко Лубарда, *Радно право – Расправа о достижанствима на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду Центар за издаваштво и информисање, Београд 2012, 15.

⁶ Љубинка Ковачевић, *Заснивање радног односа*, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд 2021, 426 и 427.

⁷ Зоран Ивошевић, *Радно право*, Правни факултет Универзитета Унион, ЈП Службени гласник, Београд 2009, 66.

⁸ Радно законодавство Републике Србије треба да се развија у смеру модернизовања појма послодавца, тако што ће обухватити и платформски рад (у пракси је присутно и пружање услуга чувања деце из даљине коришћењем комуникацијских апликација). Сенад Јашаревић, Горан Обрадовић, „Актuelност радног права Србије и нови изазови“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 92/2021, 50.

без обзира на степен сродства и у побочној линији до другог степена сродства и са тазбинским сродником до другог степена сродства. Уговором о раду којим се заснива радни однос за обављање послова дадиље може да се уговори исплата дела зараде и у натури (мора да буде новчано изражена), обезбеђивањем становања и исхране или само становања или исхране. Од посебног значаја је да се истакне да гарантовани минимум зараде који се обрачунава и исплаћује у новцу не може бити нижи од 50% од зараде запосленог, а прецизира се у уговору о раду. Уколико је зарада уговорена парцијално у новцу, а парцијално у натури, за време одсуствовања са рада уз накнаду зараде дадиљи се исплаћује накнада зараде у новцу.⁹

Покушаји да се одговори на бројна правна и практична питања везано за уређивање радног ангажовања дадиља учињени су нацртом Закона о радном ангажовању због повећаног обима посла у одређеним делатностима, који разматра радно ангажовање ван радног односа на одређеним пословима, услед повећаног обима посла послодавца, које је повременим карактера, укључујући и сезонске послове. Прецизније је дефинисан појам послодавца који је одређен као физичко лице које за личне потребе и потребе чланова свог породичног домаћинства или других лица о којима се стара ангажује лице на пословима чувања деце. Нацртом закона прописано је и ограничење у погледу трајања радног ангажовања, тако што је одређено, да послодавац може да ангажује лице на пословима помоћи у кући највише 120 радних дана у календарској години.¹⁰ И поред тога што предметни Нацрт закона уређује обављање послова чувања деце дефинисањем врсте радног ангажовања, задужења за порезе и доприносе, одређивањем радног времена, одмора, права на безбедност и здравље на раду, новчану накнаду за рад, као и друга права радно ангажованих лица и обавезе послодавца, због врсте ангажовања и дужине трајања истог, целисходније би било да се предметна материја подробније уреди посебним законом и пратећим подзаконским актима. Наиме, нацртом Закона о радном ангажовању због повећаног обима посла у одређеним делатностима послови чувања деце се идентификују као рад ван радног односа, повременим карактера, а у пракси код бројних послодаваца постоји потреба за континуираним пружањем ових услуга. С друге стране, Закон о раду пружа могућност за заснивање радног односа за обављање послова кућног помоћног особља,¹¹

⁹ Чл. 45 Закона о раду Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 – УС, 113/17, 95/18 – аутентично тумачење.

¹⁰ Чл. 1-5 Нацрта Закона о радном ангажовању због повећаног обима посла у одређеним делатностима <https://www.minrzs.gov.rs/sr/dokumenti/predlozi-i-nacrti/sektor-za-rad-i-zapostljavanje/javni-poziv-za-ucescenje-u-javnoj-raspravi-o-nacrtu-zakona-o-radnom-angazovanju-zbog-povecanog-obima-posla-u-odredjenim-delatnostima>, 25. август 2022. године.

¹¹ Плаћени рад у кући (*domestic work*) је растући сектор и у Европи (посебно атрактиван за мигранткиње) у ком се исто тако утврђују бројни сегменти у којима може да се оствари напредак у регулативи и пракси, попут омогућавања равнотеже између посла и приватног

али не даје одговоре на бројна правна и практична питања која се постављају приликом реализације послова чувања и бриге о деци. Самим тим, намеће се као неопходност изградња прецизнијег нормативног оквира, који ће одредити права и обавезе и послодавца и дадиље. Посебно имајући у виду, да заштита жена на раду и у вези са радом обухвата заштиту с обзиром на њихову психо – физичку конституцију, с аспекта еманципације и изједначавања са мушкарцима у остваривању људских права, као и из угла улоге жена у биолошкој репродукцији становништва.¹² Исто тако, потребно је да се обезбеди пуна практична примена флексибилних облика рада, применом концепта флексиурности,¹³ који подразумева флексибилност тржишта рада, организације рада и радних односа, усклађивање посла и приватног живота, сигурност запослења и социјалну заштиту.¹⁴

2. РАДНОПРАВНА ЗАШТИТА ДАДИЉА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

2.1. Радноправна заштита дадиља у Републици Хрватској

С циљем да нормативно регулише обављање послова дадиље, Република Хрватска донела је Закон о дадиљама у ком је прецизирано да се под појмом дадиља подразумева физичко лице које предметну делатност обавља као предузетник или је запослена код предузетника који обавља делатност дадиље и која је уписана у именик дадиља. Од посебног значаја је да се истакне да термини у предметном закону, који имају родно опредељење се подједнако односе на мушки и на женски род, тако да посао дадиље под једнаким условима могу да обављају и жене и мушкарци. Поред појма дадиља, прецизира се и појам помоћна дадиља, који обухвата физичко лице које је запослено код предузетника који обавља делатност дадиље и лично и непосредно пружа помоћ дадиљи у чувању и нези деце, а уписана је у именик помоћних дадиља.

Делатност дадиље обухвата чување, бригу и негу деце до узраста од 14 година у стамбеном простору у ком дадиља станује, пословном простору или стамбеном простору родитеља. Наиме, дадиља своју делатност може да

живота и промоције родне равноправности. Vera Pavlou, „Whose equality? Paid domestic work and EU gender equality law“, *European equality law review* 2020 (1), 46. <https://eprints.gla.ac.uk/219106/1/219106.pdf>, 01.септембар 2022.

¹² Предраг Јовановић, „Посебна радноправна заштита појединих категорија радника“ *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2015, 1460.

¹³ Сенад Јашаревић, „Флексибилизација рада – решење или заблуда“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2012, 191.

¹⁴ Roger Blanpain, *European labour law*, Wolters Kluwer Law & business, Fourteenth and revised edition, Alphen aan den Rijn 2013, 284.

обавља у стамбеном простору у ком станује, под условом да има доказ о коришћењу и да је надлежни орган утврдио да исти испуњава прописане услове. Делатност дадиље може да се обавља и у пословном простору за који дадиља има доказ о коришћењу и који мора да испуњава прописане техничко – функционалне услове,¹⁵ а може да се обавља и у стамбеном простору

¹⁵ Делатност дадиље може да се обавља само у стамбеном или пословном простору, који предузетник има у власништву, сувласништву, најму или закупу. Да би се обезбедио континуитет у пружању предметних услуга уговори о најму или закупу морају бити закључени у трајању од најмање три године од дана подношења захтева за утврђивање испуњавања услова. Уколико постоји намера да се делатност дадиље обавља у стамбеном простору, предузетник у поступку утврђивања испуњености услова мора да достави писану сагласност (оверену код јавног бележника) свих пунолетних чланова домаћинства. Исто тако, уколико се простор у ком се намерава да се обављају послови чувања, бриге и неге деце налазе у сувласништву у поступку утврђивања испуњености услова мора да достави писана сагласност за обављање делатности (оверена код јавног бележника) свих сувласника. Стамбени или пословни простор који се користи за обављање послова дадиље треба да испуни бројне техничко – функционалне услове да би омогућио несметан и безбедан боравак деце. Наиме, стамбени или пословни простор који се користи за обављање послова дадиље мора да има прилаз (по потреби и за децу која користе инвалидска колица), као и простор за игру односно боравак деце на отвореном, а који мора безбедним путем да буде повезан са стамбеним или пословним простором (уколико се у близини не налази парк или игралиште). У циљу заштите безбедности деце, стамбени или пословни простор морају да буду ограђени оградом чија висина износи најмање 1,20 m са вратима на којима деци није доступна квака, чиме се онемогућава да дете самостално напусти простор. Базени, фонтане или друге играчке у којима се стално налази одређена количина воде или други објекти који представљају потенцијалну опасност за децу, морају бити заштићени на начин да се онемогући самосталан приступ деци. Уколико стамбени или пословни простор има балкон, лођу или терасу, морају да буду ограђени оградом висине најмање 1,20 m без могућности да се деца попну на ограду, а уколико се ограда састоји од вертикалних шипки, размак између њих не сме да буде већи од 9 cm. Од посебног значаја је да се истакне да стамбени или пословни простор мора да буде редовно одржаван, уредан, чист, да поседује дневно светло, могућност природног проветравања, равномерно грејање, прикључак на електричну и телефонску мрежу, прикључак и инсталације за довод питке воде и одвод отпадних вода, а мора да поседује и апарат за гашење пожара, детектор дима и кутију за прву помоћ. У циљу остваривања безбедности деце у стамбеном, односно пословном простору морају да буду заштићене утичнице, електричне инсталације, места отворене ватре, отворена и грејна тела на плин. Исто тако, степенице морају да имају ограду односно рукохват по целој дужини и морају да буду ограђене у почетном и завршном делу. Средства за чишћење, лекови и други опасни предмети не смеју да буду доступни деци, а уколико се у стамбеном или пословном простору налази кућни љубимац који представља опасност за безбедност деце, мора да буде смештен у простор у ком деца немају приступ. Сва деца сагласно свом узрасту, предузетник који обавља делатност дадиље, као и дадиље односно помоћне дадиље које су запослене код предузетника који обавља делатност дадиље и чланови домаћинства предузетника, када се делатност дадиље обавља у стамбеном простору, морају бити упознати са својим обавезама у оквиру плана евакуације у случају пожара или других непогода. Стамбени или пословни простор мора да има обезбеђену просторију за: припрему хране (са неопходном кухињском опремом); дневни боравак; спавање; одржавање личне хигијене; пресвлачење, преобување и одлагање дечије гардеробе; боравак и игру. Стамбени или пословни простор у ком се обавља

родитеља детета, односно лица коме је на основу одлуке надлежног органа дете поверено на чување и одгајање. Важно је да се истакне да послови дадиље који се обављају у оквиру регистроване делатности у стамбеном простору родитеља, може да обавља само предузетник, самостално, личним радом, без помоћи другог лица. У циљу адекватне бриге о деци, прописано је ограничење да делатност дадиље не може да се врши у стамбеном простору у којем би због болести члана домаћинства или потребе за негом члана породице било угрожено здравље или други интереси детета. Исто тако, имајући у виду потребу да се обезбеди адекватан психо – социолошки развој детета, регулисано је и ограничење да дадиља не може да обавља предметне послове у свом стамбеном простору уколико су поремећени односи чланова домаћинства који ту живе. Испуњеност услова у погледу адекватности стамбеног простора по службеној дужности утврђује надлежни породични центар у поступку издавања решења о испуњавању услова за обављање делатности дадиље. Нормирано је ограничење да делатност дадиље не може да се обавља у стамбеном или пословном простору у ком се пружају услуге породичног смештаја или хранитељства.¹⁶

Делатност дадиље може да обавља предузетник који испуњава прописане услове или дадиља може да буде запослена код предузетника. Делатност дадиље може да се обавља у организационом облику предузетника, уколико је субјект уписан у регистар предузетника за обављање делатности дадиље, односно уписан у именик дадиља, те уколико има пословни или стамбени простор и захтевану опрему која испуњава услове за обављање делатности дадиље (предметни услов не мора да буде испуњен, уколико се делатност дадиље обавља у стамбеном простору родитеља). Посао дадиље може да обавља пословно способно лице, које поседује општу здравствену способност за рад што доказује потврдом овлашћене здравствене установе или специјалисте медицине рада у приватној пракси. Дадиља треба да има пребивалиште, односно одобрен боравак у Републици Хрватској и да познаје хрватски језик и латинично писмо (што се доказује дипломом или другом одговарајућом исправом надлежне образовне установе), осим уколико је у питању лице које је држављанин државе чланице Европске уније и државе уговорнице Уговора о Европском економском простору. Да би одређено лице обављало послове дадиље, потребно је да има најмање средњу стручну спрему, да је стручно оспособљено за обављање предметних послова, односно да је уписано у именик дадиља.

делатност дадиље мора бити опремљен и безбедним играчкама, да садржи и опрему за игру, као и намештај који је функционално пригодан за боравак, исхрану и спавање деце. Чл. 2-9 и чл. 13 *Pravilnika o uvjetima prostora, opremljenosti prostora odgovarajućom opremom i ostalim uvjetima za obavljanje djelatnosti dadilje*, *Narodne novine*, br. 74/13 i 27/20.

¹⁶ Чл. 3 – 5, чл. 11, чл. 12 и чл. 17 *Zakona o dadiljama Republike Hrvatske*, *Narodne novine*, br. 37/13 i 98/19.

С обзиром, да посао дадиље подразумева бригу о деци, разумљиве су сметње за обављање предметне делатности, које уколико су присутне онемогућавају кандидату да обавља посао дадиље. Наиме, посао дадиље може да обавља лице које није правноснажно осуђено и против кога се не води кривични поступак за кривична дела против живота и тела, против слободе и права човека и грађанина, против вредности заштићених међународним правом, против полне слободе и полног интегритета, против части и угледа, против брака, породице и омладине, против имовине и против здравља људи. Изречена прекршајна санкција за насиље у породици, односно сигурносна мера или заштитна мера забране обављања делатности правноснажном судском пресудом, решењем о прекршају или одлуком надлежног тела док та мера траје, односно мера за заштиту права и добробити детета, представљају сметње за обављање делатности дадиље. Послове помоћне дадиље може да обавља лице које испуњава све напред наведене услове (осим услова који се односи на стручно оспособљавање), код којег нису присутне напред наведене сметње и које је уписано у именик помоћних дадиља. Од посебног значаја да се истакне је и правило да када се чување, брига и нега деце обавља у стамбеном простору дадиље напред наведене сметње за обављање предметне делатности у погледу осуђиваности, покренутог кривичног поступка, прекршајне санкције за насиље у породици, односно сигурносне мере или заштитне мере забране обухватају и чланове домаћинства дадиље.

Од посебног значаја је да се истакне и дужност предузетника да закључи уговор о осигурању од одговорности за штету коју би детету, родитељу или трећим особама могао да проузрокује обављањем делатности дадиље (осигураници су дадиље и помоћне дадиље), који покрива општу и одговорност из делатности (професионалну одговорност), с тим да је прописана и најнижа осигурана свота, као и обавеза обнављања уговора о осигурању.¹⁷

Уколико се делатност дадиље обавља у стамбеном или пословном простору истовремено могу да се чувају највише шесторо деце до навршених 14 година живота, с тим да уколико је у питању стамбени простор у укупан број деце урачунавају се и деца предузетника до навршених десет година живота, а укупан број деце се умањује за једно дете ако предузетник има једно или двоје своје деце школског узраста до навршених десет година живота, односно за двоје деце ако има троје или више своје деце школског узраста до навршених десет година живота.

Обављање делатности дадиље ограничава се на бригу о највише једном детету млађем од годину дана, односно највише једном детету са сметњама у развоју (у којим случајевима се укупан број деце смањује за једно дете). С обзиром, на повећан ниво обавеза регулисано је и ограничење да се чување,

¹⁷ Чл. 7-10 и чл. 13 Закона о dadiljama Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 37/13 i 98/19.

брига и нега могу обављати за највише једно дете млађе од годину дана, које има сметње у развоју (у ком случају се укупан број деце смањује за двоје). Исто тако, не могу истовремено да се чувају дете млађе од годину дана и дете са сметњама у развоју. Од значаја за регулисање радноправне заштите дадиља је и могућност предузетника да повећа обим пословања и број деце које чува, уколико запосли једну или више дадиља или помоћних дадиља. Приликом обављања делатности дадиље у стамбеном простору родитеља може да се чува једно или више деце тих родитеља.

У циљу заштите физичког и психичког здравља детета и омогућавања адекватног социјално – едукативног развоја, дадиља приликом обављања послова у обавези је да примењује стечена знања и вештине, поштујући права детета, његов најбољи интерес, као и етичка и стручна начела и сагласно узрасту треба да: води бригу о здрављу и безбедности детета, о уравнотеженој, разноврсној и здравој исхрани и о хигијени, као и да му помаже приликом купања, облачења и исхране; води бригу о дневном одмору, игри, забави, школским обавезама, слободним активностима; одводи и доводи дете из школе, на рекреативне и додатне едукативне активности, као и да води бригу о временским, безбедносним и хигијенским условима у којима се дете непосредно налази. Сензитивност природе послова дадиље огледа се и у потреби да подучава дете животним и социјалним вештинама и да води бригу о његовом емоционалном, физичком, интелектуалном и социјалном развоју. Дадиља треба да прати инструкције и да поступа у складу са упутствима родитеља (осим уколико су супротни добробити детета), а потребно је и да остварује редовну комуникацију с њима о здравственом стању детета уз додатну обавезу да води евиденцију о променама здравственог стања детета, датој терапији лековима и посебном режиму исхране.

Међусобни односи везани за чување, бригу и негу детета између родитеља и предузетника уређују се писаним уговором, који мора да садржи њихове и податке о детету, по потреби и податке о посебној здравственој заштити детета, као и податке о простору и временском периоду у ком се пружа услуга. Предузетници који обављају послове дадиље у обавези су да сачине адресар деце које чувају, као и информацијске картице за хитне случајеве које поред основних садрже и податке о здравственим потешкоћама или посебним потребама, уколико их дете има, као и контакте за хитне случајеве.¹⁸

У циљу адекватног обављања послова дадиље од посебног значаја је њихова стручна оспособљеност, која се стиче завршавањем усвојеног програма оспособљавања,¹⁹ а надаље се стручно усавршавају учешћем на стручним семинарима, курсевима и стручним скуповима.

¹⁸ Чл. 15 и чл. 16, чл. 20 – 21 Zakona o dadiljama Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 37/13 i 98/19.

¹⁹ Након окончања програма стручне едукације дадиља је оспособљена самостално да: брине о здрављу и безбедности деце до 14 година живота; брине о емоционалном, телесном,

Надлежни породични центар доноси решење о испуњавању услова за обављање послова дадиље (против ког се може изјавити жалба министарству

интелектуалном и социјалном развоју детета; спроводи уравнотежену, разноврсну и здраву исхрану детета; одржава хигијену и облачи децу; организује игру, рекреацију и забаву детета; надзира школске обвезе и остале активности сагласно инструкцијама родитеља, као и да примењује правила безбедности и здравља на раду, заштите од пожара и пружања прве помоћи. Програм оспособљавања састоји се од теоријског дела и практичне наставе (у домовима за децу без родитељског старања, здравственим установама, образовно – васпитним установама и код других дадиља). Наставна целина која обрађује заштиту на раду и прву помоћ оспособљава дадиље, између осталог, да спроводе мере евакуације, да сузбијају панику и спасавају децу, рукују ручним апаратима за гашење пожара, брину о телесној безбедности и превенцији повреда код детета, да користе опрему за пружање прве помоћи при уганућу и прелому екстремитета, при опеклинама и смрзотинама, крварењу, убоду, угризу, као и технике оживљавања. У оквиру наставне целине која разматра организацију рада, дадиље се оспособљавају да организују предузетничко пословање обрадом процеса регистрације предузетничке делатности, вођења финансијске документације и књиговодства, а предмет едукације су и основи радног права, посебно заснивање и престанак радног односа, годишњи одмори, евиденција радника и зарада. Едукација дадиља обухвата и рад на њиховим комуникацијским вештинама, посебно приликом рада са децом са сметњама у развоју, уз разматрање улоге дадиље у поштовању достојанства детета у односу на његову узраст, религијске и културолошке обичаје породице, као и улоге дадиље у превенцији вршњачког насиља и промовисања ненасилног решавања сукоба између деце. Програм оспособљавања дадиља обухвата и проучавање: основних емоционалних, интелектуалних и психо – социјалних обележја; дечије развојне психологије; прихватљивог понашања, као и индикатора злостављања и занемаривања детета и поступања дадиља у таквим случајевима. Проучавањем основа предшколске и школске педагогије дадиље се едукују да брину о деци раног, предшколског и школског узраста, као и о деци са сметњама у развоју, односно са надареном и креативном децом. Програм оспособљавања садржи и основна начела заштите здравља детета и обухвата следеће целине: мере које дадиља треба да предузме у циљу заштите здравља детета; поступке дезинфекције и стерилизације; правила о складиштењу намирница и поступање са храном која се не конзумира одмах након припреме; прехранбене навике здравог детета и деце са поремећајем у исхрани због психо – социјалних потешкоћа; симптоме заразних и других болести код деце и поступање дадиље; облачење и нега детета према узрасту и индивидуалном развоју (мењање пелена, купање); планирање недељног јеловника, као и основе здраве исхране. Сегмент – активности детета има за циљ да оспособи дадиљу да користи игру као стимуланс за психо – физички и социјални развој детета, проучавањем различитих врста игара сагласно узрасту деце, физичке активности; обављање школских и других обвеза, као и безбедно коришћење савремених технологија. Након окончаног програма оспособљавања дадиља врши се завршна провера знања, која обухвата писмену или усмену проверу стручних садржаја који су неопходни за обављање послова дадиље и практичну проверу. Тач. I и II Одлуке о доношењу Програма оспособљивања за послове дадиље, *Narodne novine*, br. 89/2013. Из области заштите на раду, прве помоћи, организације рада, основа предшколске и школске педагогије, едукују се за посао дадиље и лица која имају завршен 1, 2, или 3 степен високог образовања учитељског, педагошког, психолошког, едукативно-реhabилитацијског смера, односно који имају завршене студије социјалне педагогије, логопедије, социјалног рада и сестринства. Тач. 1.1. Одлуке о дијелу програма оспособљивања за послове дадиље који су дужне похађати особе које имају завршену 1., 2. или 3. разину високог образовања смјера: учитељски, педагошки, психолошки, едукацијско-rehabилитацијски студиј, студиј социјалне педагогије, студиј логопедије, студиј социјалног рада и студиј сестринства, *Narodne novine*, br. 108/13, 111/13.

надлежном за социјалну политику у року од 15 дана од дана доставе решења) на основу поднетог захтева уз ког се примарно доставља: акт о упису предузетника у одговарајући регистар; решење надлежног органа о испуњавању просторних услова; решење о упису предузетника у именик дадиља; уговор о осигурању са овлашћеним осигуравајућим друштвом за случај одговорности за штету насталу обављањем делатности дадиље, као и доказ о праву коришћења пословног или стамбеног простора у ком се планира обављање делатности дадиље. Исто тако, испуњеност услова за обављање послова помоћне дадиље утврђује надлежни породични центар, а на основу достављене документације.²⁰ Јавни регистар лица која обављају делатност дадиље,²¹ води надлежни породични центар, као и именик дадиља и именик помоћних дадиља²² за подручје за које је надлежан. Предузетник који обавља делатност дадиље у обавези је да пријави сваку промену података који се евидентирају у регистар, породичном центру надлежном за вођење регистра у року 30 дана од дана настанка промене, ради њиховог евидентирања. По службеној

²⁰ Чл. 22 – 24 Zakona o dadiljama Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 37/13 i 98/19.

²¹ Регистар садржи следеће податке: регистарски број уписа; датум уписа; број и датум решења породичног центра о испуњавању услова за обављање делатности дадиље; основне податке о предузетнику (назив и седиште, матични број, ПИБ, адресу пословања, контакт податке); имена и презимена дадиља и помоћних дадиља које су запослене код предузетника, који обавља делатност дадиље, као и назив осигуравајућег друштва код ког је предузетник осигуран. Уколико је предузетнику од стране надлежних органа одобрено обављање делатности дадиље у стамбеном или пословном простору, регистар осим напред наведених података садржи и следеће податке из решења о испуњавању просторних услова за обављање делатности дадиље: ознаку стамбеног или пословног простора у ком му је одобрено обављање делатности дадиље; број и датум решења којим је утврђено да простор испуњава услове; највећи број деце за чије чување предметни стамбени или пословни простор испуњава услове и податак о томе да ли предметни пословни или стамбени простор испуњава услове за боравак теже покретне или деце у инвалидским количима. Чл. 4 Pravilnika o obliku, sadržaju i načinu vođenja registra osoba koje obavljaju djelatnost dadilje, te obliku, sadržaju i načinu vođenja imenika dadilja i imenika pomoćnih dadilja, *Narodne novine*, br. 96/13.

²² У јавни именик дадиља, односно именик помоћних дадиља (чији су подаци доступни преко интернет странице надлежног породичног центра) уписују се подаци о дадиљама, односно помоћним дадиљама, којима је надлежни породични центар на ком дадиља односно помоћна дадиља има пребивалиште или одобрен боравак издао решење о упису. Именик дадиља и именик помоћних дадиља садрже следеће податке: регистарски број уписа у именик дадиља, односно помоћних дадиља; датум уписа; број и датум решења породичног центра о упису у именик; податке о дадиљи, односно помоћној дадиљи: име, презиме, место и адреса становања, телефон, стручна спрема, датум завршетка стручног оспособљавања, језик који говори, подаци о стручном усавршавању, држављанству, а уколико је запослена код предузетника, назив и седиште предузетника, матични број и контакт податке. Чл. 10-12 Pravilnika o obliku, sadržaju i načinu vođenja registra osoba koje obavljaju djelatnost dadilje, te obliku, sadržaju i načinu vođenja imenika dadilja i imenika pomoćnih dadilja, *Narodne novine*, br. 96/13.

дужности надлежни породични центар ће обрисати из регистра предузетника након извршности решења којим је утврђено да је престао да испуњава неки од прописаних услова за обављање делатности, а донеће решење о брисању ако предузетнику буде изречена заштитна мера забране обављања делатности, док та мера траје, односно ако предузетник буде обрисан из привредног регистра или уколико обавести надлежни породични центар о престанку обављања делатности. Против решења надлежног породичног центра може се изјавити жалба министарству надлежном за социјалну политику у року од 15 дана од дана доставе решења.²³

Дадиља, односно помоћна дадиља подноси захтев за упис у именик дадиља, односно помоћних дадиља надлежном породичном центру и прилаже захтеване доказе о испуњености услова, за које није предвиђено да се прибављају по службеној дужности. Надлежни породични центар доноси решење и врши упис дадиље у именик дадиља, односно помоћне дадиље у именик помоћних дадиља у року од 30 дана од дана подношења захтева. Против напред наведеног решења може да се изјави жалба министарству надлежном за социјалну политику у року од 15 дана од дана доставе решења. Дадиља, односно помоћна дадиља биће обрисана из именика дадиља, односно помоћних дадиља на основу решења надлежног породичног центра о брисању, уколико престане да испуњава прописане услове, на лични захтев или услед смрти дадиље, односно помоћне дадиље. Регулисана је и обавеза пријаве промене података који се уписују у именик дадиља, односно помоћних дадиља у року од 30 дана од дана настанка промене, а ради уписа у именик дадиља, односно именик помоћних дадиља.²⁴

Јединице локалне и регионалне самоуправе учествују у суфинансирању делатности дадиље, путем различитих програма и подстицајних мера. Инспекцијски надзор над спровођењем позитивних прописа из предметне области врши министарство надлежно за социјалну политику, путем својих инспектора, као и Државни инспекторат и друге инспекције, сагласно овлашћењима утврђеним посебним прописима.²⁵ Стручни надзор могу да врше и запослени надлежних породичних центара, а дадиље и помоћне дадиље подлежу здравственом надзору, као посебној мери за спречавање и сузбијање заразних болести. Инспектори и овлашћена лица надлежних породичних

²³ Чл. Zakona o dadiljama Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 37/13 i 98/19.

²⁴ Чл. 28 – 30 и чл. 33-36 Zakona o dadiljama Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 37/13 i 98/19.

²⁵ Инспекцијски надзор над применом радних стандарда у погледу ове категорије лица је знатно отежан, имајући у виду да радно место запосленог може да буде и дом послодавца. Мила Петровић, „Безбедност и здравље на раду запослених у домаћинству послодавца са посебним освртом на стандарде Међународне организације рада“, *Радно и социјално право* бр. 2/2019, 278.

цента ра овлашћени су: да проверавају и утврђују идентитет лица која обављају делатност и послове дадиље и активности везане уз ову делатност; да врше увид у опште и појединачне акте, пословну документацију, пословне просторије, опрему и уређаје;²⁶ да врше непосредан увид у условима и начину рада лица која обављају делатност дадиље; контролишу стање опреме, објеката, пословних и других просторија, функционалност и квалитет средстава, уређаја и опреме.²⁷ Предузетник, дадиља и помоћна дадиља над којима се спроводи надзор у обавези су да сарађују са инспекторима и овлашћеним лицима, да омогуће вршење надзора, да им дају на увид захтевану документацију и да им пруже потребне информације. Уколико се приликом вршења надзора утврди да предузетник обавља делатност дадиље супротно важећој нормативи, инспектор или овлашћена особа ће решењем наложити отклањање утврђених недостатака и неправилности у одређеном року, који не може бити дужи од 60 дана. Међутим, уколико утврђени недостаци и неправилности не буду отклоњени у датом року, инспектор или овлашћена особа решењем ће забранити обављање делатности дадиље, односно рад дадиље док се исти не отклоне. Против напред наведеног решења није допуштена жалба, али може да се покрене управни спор. С друге стране, уколико утврђени недостаци и неправилности представљају претњу за здравље и живот деце и запослених, инспектор или овлашћено лице ће без одлагања решењем да забрани обављање делатности дадиље све док се не отклоне констатовани недостаци и неправилности. За поступање супротно Закону о дадиљама Хрватске прописане су прекршајне санкције.²⁸

²⁶ Надзор се врши у стамбеном или пословном простору у ком се обавља делатност дадиље, док се у родитељском дому врши само на позив или уз сагласност родитеља. Чл. 5 *Pravilnika o načinu provođenja nadzora nad obavljanjem djelatnosti dadilje*, *Narodne novine*, br. 96/13.

²⁷ Начин вршења надзора над спровођењем Закона о дадиљама и прописа донетих на основу овог закона регулисан је посебним правилником у ком је између осталог прецизирано да по својој природи надзор може да буде редован (одвија се по утврђеном годишњем плану и програму) или ванредан (врши се поводом оправданих поднесака грађана или пријава других заинтересованих правних или физичких лица). Након окончаног надзора инспектор, односно овлашћено лице сачињавају записник, који између осталог садржи и податке о усмено изреченим мерама. У року од 30 дана од дана спровођења надзора, инспектор решењем одређује мере и рокове за отклањање утврђених неправилности, а овлашћено лице по обављеном надзору сачињава извештај са приказом утврђеног стања и мерама и роковима за отклањање утврђених недостатака у стручном раду лица која обављају делатност и послове дадиље. Чл. 2-10 *Pravilnika o provođenju nadzora nad provedbom Zakona o dadiljama i propisa donesenih na temelju tog Zakona*, *Narodne novine*, br. 96/13.

²⁸ Чл. 37 – 43 *Zakona o dadiljama Republike Hrvatske*, *Narodne novine*, br. 37/13 i 98/19.

2.2. Радноправна заштита дадиља у Републици Северној Македонији

За разлику од Републике Хрватске која је донела посебан закон којим је регулисан статус дадиље у праву Републике Северне Македоније предметна материја регулисана је Законом о заштити деце.²⁹ Наиме, предметним законом прецизирано је да физичка лица могу да обављају одређене послове бриге и васпитања деце предшколског узраста као професионалну делатност у стамбеном простору родитеља или стамбеном простору физичког лица или у другом адекватном стамбеном, односно пословном простору који испуњава прописане услове. Свако физичко лице које самостално обавља послове из области бриге и васпитања деце као професионалну делатност мора да поседује важећу лиценцу за неговатеља и решење којим се утврђује опсег послова из ове делатности. Физичко лице самостално може да обавља као професионалну делатност за најмање два сата дневно послове из области бриге, боравка, неге и исхране деце од предшколског узраста до шест година живота за највише петоро деце, као и за децу са сметњама у развоју за максимално двоје деце узраста до десет година живота. Да би физичко лице могло самостално да обавља послове из делатности бриге и васпитања деце као професионалну делатност, потребно је да има најмање средњу стручну спрему и да поседује општу и посебну здравствену способност. Исто тако, потребно је да му није одузето вршење родитељског права, да му није одузета или ограничена пословна способност, да му није изречена казна правноснажном судском пресудом, којом је осуђено за кривично дело породичног насиља, одузимање малолетног лица, односно за небригу, злостављање или инцест, за кривично дело против полне слободе без обзира на изречену санкцију, а предметне послове не може да обавља ни лице код ког је у складу са законом утврђено дискриминаторско понашање. Прецизирање услова обављања послова бриге и васпитања деце предшколског узраста као професионалну делатност обухвата и регулисање да уколико се дете чува у стамбеном простору физичког лица или у другом адекватном стамбеном/ пословном простору, просторија у којој дете борави треба да има површину најмање 15 м². Просторије у којима се одвијају активности треба да буду међусобно функционално повезане, али одвојене од просторија које користи породица физичког лица које професионално обавља послове бриге и васпитања деце. Предметну делатност физичко лице не може да обавља у властитом дому, уколико има члана домаћинства који болује од неизлечиве заразне болести, који је зависник од алкохола, дроге или других психоделичних

²⁹ Закон за заштита на деца, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 23/13, 12/14, 44/14, 144/14, 10/15, 25/15, 150/15, 192/15, 27/16, 163/17, 21/18, 198/18 и *Службен весник на Република Северна Македонија*, бр. 104/19, 146/19, 275/19, 311/20, 294/21 и 150/22.

супстанци или уколико је одраслом члану породице одузето или ограничено родитељско право. У циљу смањења трошкова пословања два физичка лица могу удружено да обављају послове бриге и васпитања деце предшколског узраста у заједничким просторијама површине најмање 30 м², тако што свако сноси одговорност за обављање послова из свог делокруга пословања.³⁰ Физичко лице које самостално обавља послове бриге и васпитања деце као професионалну делатност, може у складу са посебним прописима да ангажује и волонтера, који треба да поседује и лиценцу за неговатеља о чему обавештава Министарство рада и социјалне политике Републике Северне Македоније.³¹

Захтев за обављање послова из области бриге и васпитања деце као професионалну делатност подноси се Министарству рада и социјалне политике Републике Северне Македоније. Након што утврди да су испуњени услови за обављање послова, надлежни министар у складу са мишљењем трочлане комисије, подносиоцу захтева издаје решење за обављање конкретних послова из делатности, а у даљем року од 15 дана од дана пријема решења физичко лице врши упис у Централни регистар Републике Северне Македоније.³² Против донетог решења може да се изјави жалба у другом

³⁰ Простор у ком се обавља делатност бриге и васпитања деце предшколског узраста као професионална делатност у властитом дому (домаће збрињавање деце), може да буде смештен у индивидуалном или колективном стамбеном објекту и да обухвата: прихват детета у дому физичког лица; престој, збрињавање и негу у зависности од узраста детета; обезбеђивање дневног одмора у зависности од узраста детета; обезбеђивање правилне и адекватне исхране детета; бригу за хигијену прехранбених производа за припрему obroka, просторије где се припрема храна, као и просторију где се деца крећу и бораве; бригу за безбедност детета и предавање детета родитељима/старатељима након окончања престоја. Простор за збрињавање деце између осталог, треба да буде уредан, чист, дезинфикован једном дневно и равномерно загрејан на температури од 20-22°C са природном дневном светлошћу. Опрема и намештај (столови, креветићи, ормарићи) за рад физичких лица који обављају домаће збрињавање деце треба да буду функционални, лако преносиви, стабилни, прилагођени узрасту деце и да омогућавају несметано кретање, исхрану и спавање. Потребно је да простор буде опремљен и комплетом за пружање прве помоћи, постељинама, пеленама и играчкама, које су у складу са психо – физичким карактеристикама, развојним могућностима и потребама детета, а потребно је и да испуњавају услове здравствене исправности. Чл. 2 -10 Правилник за поблиските услови, критериуми и начинот на вршење на одредени работи од дејноста згрижување и воспитание на деца од предучилишна возраст како професионална дејност на физички лица, *Службен весник на РМ*, бр. 62/13.

³¹ Чл. 84-87 Закон за заштита на деца, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 23/13, 12/14, 44/14, 144/14, 10/15, 25/15, 150/15, 192/15, 27/16, 163/17, 21/18, 198/18 и *Службен весник на Република Северна Македонија*, бр. 104/19, 146/19, 275/19, 311/20, 294/21 и 150/22.

³² Регистар физичких лица који самостално обављају одређене послове збрињавања и васпитања деце као професионалну делатност води се у прописаној форми и поред општих идентификационих садржи и податке о врсти услуга које се пружају, просторних услова, броју и датуму издавања лиценце, као и податке о продужетку, обнављању, односно одузимању исте. Чл. 6 Правилник за формата, содржината и начинот на водење на Централниот

степену Државној комисији за одлучивање у управни и поступак из радног односа.³³

Физичко лице са корисником услуга закључује уговор у писаној форми, којим уређује време, место, начин, врсту и накнаду за обављене услуге бриге и васпитања деце. Физичко лице одређене послове бриге и васпитања деце може да обавља само као основну делатност. Физичко лице које као професионалну делатност обавља послове бриге и васпитања деце одговара за штету коју лично изазове, односно за штету коју изазове ангажовани волонтер. Исто тако, приликом пружања услуга у обавези је да поштује личност корисника, његово достојанство и неповредивост личног и породичног живота, да чува као пословну тајну податке и информације личног и породичног карактера, као и да чува службену и професионалну тајну. Исто тако, физичко лице у обавези је да води евиденцију корисника и пружених услуга,³⁴ као и да доставља податке о свом раду (на захтев), као и годишњи извештај надлежном министарству. Решење о престанку обављања одређених послова из професионалне делатности бриге и васпитања деце престаје да важи уколико физичко лице умре, поднесе захтев за престанак обављања послова из предметне делатности или изгуби општу или посебну здравствену способност, односно ако му је правноснажним решењем надлежног суда одузета или ограничена пословна способност. Физичком лицу које професионално обавља послове бриге и васпитања деце одузима се решење за обављање одређених послова из делатности уколико: му је правноснажним решењем надлежног суда одузето вршење родитељског права; му је изречена казна правноснажном судском пресудом којом је осуђено за кривично дело насиље у породици, одузимање малолетног лица, небрига или злостављање малолетног лица или инцест, кривично дело против полних слобода без

регистар на установи за деца, Регистарот на јавните установи за деца основани од општината, општината во градот Скопје и градот Скопје, Регистарот на агенции за давање услуги за чување и нега на деца од предучилишна возраст, Регистарот на физички лица кои самостојно вршат одредени работи од дејноста згрижување и воспитание на деца како професионална дејност и Регистарот на детски градинки/центри за ран детски развој како организациони единици, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 61/13 и 158/16.

³³ Чл. 88 Закон за заштита на деца, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 23/13, 12/14, 44/14, 144/14, 10/15, 25/15, 150/15, 192/15, 27/16, 163/17, 21/18, 198/18 и *Службен весник на Република Северна Македонија*, бр. 104/19, 146/19, 275/19, 311/20, 294/21 и 150/22.

³⁴ Физичко лице које самостојно обавља одређене послове из делатности бриге и васпитања деце предшколске узрасти као професионалну делатност води евиденцију корисника услуга и евиденцију услуга које садрже: датум пружања услуга, име, презиме и пол корисника услуга, националност, држављанство, адресу, телефонски број, врсту и кратак опис услуге која му се пружа и број и датум закључења уговора о пружању услуга. Чл. 1-7 Правилник за формата, содржината и начинот на водење на евиденцијата на корисниците и дадените услуги од страна на физичко лице кое самостојно врши одредени работи од дејноста згрижување и воспитание на деца како професионална дејност, *Службен весник на РМ*, бр. 62/13.

обзира на изречену санкцију и код које је у складу са законом утврђено дискриминаторско понашање. Физичком лицу које професионално обавља послове бриге и васпитања деце одузима се решење за обављање истих и уколико не одстрани констатоване недостатке утврђене приликом вршења надзора над законитости рада, односно уколико послове не обавља лично или од стране компетентног ангажованог волонтера или уколико користи услуге других лица супротно решењу за обављање послова из предметне делатности. Надлежни министар доноси решење о престанку или одузимању решења за обављање одређених послова из делатности физичког лица, против ког може да се изјави жалба у другом степену Државној комисији за одлучивање у управни и поступак из радног односа. Физичко лице ком је издато решење за обављање одређених послова из делатности може привремено да престане да обавља послове због болести или из других оправданих разлога о чему мора одмах писмено да обавести надлежно министарство (о чему министар доноси решење), као и родитеље, односно старатеље деце.³⁵

Од посебног значаја за разматрање компетентности лица за обављање послова бриге и збрињавања деце је и питање ограничене могућности родитеља или старатеља да провере да ли је кандидат за обављање послова дадиле осуђиван за кривична дела против полне слободе извршених према малолетним лицима. Наиме, Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима³⁶ предвиђа да се о осуђеним лицима од стране Управе за извршење кривичних санкција води посебан регистар који садржи: име и презиме осуђеног; јединствени матични број грађана осуђеног; адресу пребивалишта; податке о запослењу осуђеног;³⁷ податке о значају за физичко препознавање осуђеног

³⁵ Чл. 89 – 91 Закон за заштита на деца, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 23/13, 12/14, 44/14, 144/14, 10/15, 25/15, 150/15, 192/15, 27/16, 163/17, 21/18, 198/18 и *Службен весник на Република Северна Македонија*, бр. 104/19, 146/19, 275/19, 311/20, 294/21 и 150/22.

³⁶ Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима примењује се на пунолетне учиниоце који су према малолетним лицима извршили следећа кривична дела: силовање; обљуба над немоћним лицем; обљуба са дететом; обљуба злоупотребом положаја; недозвољене полне радње; подвођење и омогућавање вршења полног односа; посредовање у вршењу проституције; приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију; навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама; искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу. Чл. 3 Закона о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима, *Службени гласник РС*, бр. 32/13.

³⁷ У Регистар лица осуђених за кривична дела против полне слободе извршена према малолетним лицима уписују се подаци о послодавцу осуђеног лица (назив, седиште и адреса, ПИБ и матични број), датум заснивања и престанка радног односа или другог облика радног ангажовања, као и подаци о радном месту или пословима које осуђени обавља. Чл.

и његове фотографије; ДНК профил осуђеног; податке о кривичном делу и казни на коју је осуђен; податке о правним последицама осуде, као и податке о спровођењу посебних мера. Предметни подаци могу се дати суду, јавном тужиоцу и полицији у вези са кривичним поступком који се води против лица о коме се води посебна евиденција, надлежној организационој јединици полиције, као и организационој јединици Управе за извршење кривичних санкција надлежној за третман и алтернативне санкције, а на образложен захтев и државном органу, предузећу, другој организацији или предузетнику, ако још трају правне последице осуде и ако за то постоји законски заснован оправдани интерес. Прописана је обавеза за државне и друге органи, правна лица или предузетнике који раде са малолетним лицима, да затраже податак да ли је лице које треба да заснује радни однос код њих, односно обавља послове са малолетним лицима, уписано у посебну евиденцију. У складу са међународним споразумом подаци из посебне евиденције могу се дати и иностраним државним органима.³⁸ У упоредном праву у циљу заштите деце и спречавања учиниоца кривичних дела против полне слободе извршених према малолетним лицима да поново изврше ова дела, прописани су јавни регистри, примера ради, правни систем Републике Северне Македоније уређује Регистар осуђених лица за кривична сексуалне злоупотребе малолетних лица и педофилију. У циљу обезбеђивања заштите безбедности и здравља деце прописано је да су подаци о осуђеним лицима који су унети у Регистар јавни и на тај начин доступни свим родитељима и старатељима, који претрагом могу да утврде да ли у њиховој околини живе лица која су осуђена за кривична дела повезана са сексуалном злоупотребом малолетних лица, педофилијом и трговином малолетног лица.³⁹

И у САД регулисан је транспарентан приступ дефинисаним подацима о статусу сексуалних преступника. Анализа криминалног рецидивизма сексуалних преступника у САД обухвата правне оквире који уређују регистрацију података, обавештавање јавности, јавни приступ регистру, доступност регистра путем интернета и активно обавештавање заједнице (примера ради: најављивањем ослобађања или доласка сексуалних преступника у локалним новинама).⁴⁰

4. Правилника о начину вођења посебне евиденције о лицима осуђеним за кривична дела против полне слободе извршена према малолетним лицима, *Службени гласник РС*, бр. 76/15.

³⁸ Чл. 13 и 14 Закона о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима, *Службени гласник РС*, бр. 32/13.

³⁹ Чл. 1, 2 Закона за Посебен регистар за лица осудени со правосилна пресуда за кривични дела за сексуална злоупотреба на малолетни лица и педофилија, *Службен весник на РМ*, бр. 11/12 и 112/14.

⁴⁰ J.J. Prescott, Jonah E. Rockoff, Do sex offender registration and notification laws affect criminal behavior? *Journal of Law and Economics*, 2011; 54 (1), стр. 165 и 166. <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1079&context=articles>, 01. септембар 2022. год.

Имајући у виду, елаборирану правну регулативу и чињеницу да сексуално насиље над децом изазива велику пажњу и забринутост јавности из којих произилазе и захтеви за измену законодавства у контексту строжег санкционисања сексуалних преступника и примену превентивних, безбедносних и казних мера уз повећан ниво транспарентности регистра.

ЗАКЉУЧАК

Унапређење радноправног статуса дадиља у праву Републике Србије првенствено подразумева нормативно дефинисање самог појма и уређивање природе и обима посла, доношењем посебног закона и пратећих подзаконских аката. Предлог да се усвоји посебан закон којим би било регулисано обављање делатности дадиље и да се донесу подзаконски акати који би ближе уредили предметну материју намеће се као примат, имајући у виду комплексност и значај делатности дадиље и потребе за адекватном радноправном заштитом извршилаца. Регулисање радноправне заштите дадиља првенствено подразумева прецизно дефинисање овог појма и одређивање да је дадиља физичко лице које је уписано у именик дадиља и које чување, исхрану, бригу, негу и васпитање деце до узраста од 14 година обавља као професионалну делатност у стамбеном или пословном простору који служи за обављање делатности дадиље или у стамбеном простору родитеља, а које лице предметну делатност обавља као предузетник или је запослено код предузетника који обавља предметну делатност. Поред појмовног и статусног одређивања помоћних дадиља, потребно је и да се прецизира да дадиље предметну делатност могу да обављају у организационом облику предузетника или да буду запослене код предузетника уз обавезан упис у прописани регистар, односно именик дадиља, односно помоћних дадиља. Потребно је одредити услове за обављање послова дадиље у погледу: пословне и здравствене способности, образовања и познавања језика, као и сметње које би онемогућавале лицу да обавља предметне послове уколико је правноснажно осуђено или се против њега води кривични поступак за дефинисани опсег кривичних дела, нема изречену безбедносну или заштитну меру забране обављања делатности, нема изречену санкцију за насиље у породици, односно није му одузето вршење родитељског права. Исто тако, потребно је да се установи регистар и именик дадиља и помоћних дадиља, као и услови за упис и брисање уписаних субјеката. Исто тако, имајући у виду, да извршење кривичних дела против полне слободе малолетних лица изазива интересовање и забринутост јавности, неопходно је рестриктивније да се регулишу превентивне мере и санкције преступницима, као и да се повећа транспарентност регистра лица осуђених за ова кривична дела.

С обзиром, да професионални послови дадиље могу да се обављају не само у родитељском дому, већ и у стамбеном простору дадиље или другом пословном простору, неопходно је да се прецизирају технички и функционални услови који исти морају да испуне, да би се обезбедио здрав и безбедан боравак деце. Неопходно је да се наметне обавеза осигурања од опште и професионалне одговорности за штету коју би детету, родитељу или трећем лицу могла да проузрокује дадиља обављањем делатности уз обавезу обнављања осигурања. Да би се обезбедио адекватан ниво неге и бриге о деци потребно је и да се одреди максималан број деце који могу да се чувају, а сагласно њиховом узрасту и психо – физичким способностима.

Посебна пажња треба да се посвети едукацији дадиља и да се усвоји посебан програм оспособљавања, који би минимално обухватао заштиту на раду, мере противпожарне заштите, руковање противпожарним апаратима, мере спашавања и евакуације деце и прву помоћ, укључујући основне поступке пружања прве помоћи, технике оживљавања, поступање у случају уганућа или прелома екстремитета, као и пружање помоћи у случају појаве крварења, промрзлина, убода или угриза. Програм оспособљавања дадиља треба да обухвати и комуникацијске вештине са децом сагласно њиховом узрасту и нивоу менталног развоја уз посебан сегмент едукације који би посвећен раду са децом са сметњама и потешкоћама у развоју. Дадиље треба да буду упознате и са основама професионалне тајне и обавезама поштовања моралних, религијских и културолошких начела породице код које су ангажоване, а морају да буду едуковане и да превенирају вршњачко насиље уз методе и технике ненасилног решавања сукоба између деце. Дадиље треба да науче и основе дечије психологије и предшколске и школске педагогије и методе рада са децом са потешкоћама у развоју, као и са надареном и креативном децом. Едукација дадиља треба да обухвати и хигијенско-епидемиолошке мере за заштиту здравља детета, као и упознавање са симптомима заразних и других болести деце, а програм оспособљавања треба да има за резултат способност дадиље да уочи промене у здравственом стању детета и да препозна симптоме патолошких стања и да благовремено и ефикасно поступа у процесу збрињавања детета и обавештавања родитеља. Нормативни оквир едукације дадиља требао би да обухвати и основе неге и бриге о деци (физиолошке потребе, одржавање личне хигијене), као и здраве исхране. С обзиром, да посао дадиље подразумева и бригу о активностима детета, намеће се као потреба да буде едукована да осмисли игре чије је извођење примерено узрасту и могућностима детета и које подстичу његов психо – физички и социјални развој уз безбедно и рационално коришћење савремене технологије. Неопходно је да дадиље буду упознате и са радноправном заштитом (заснивање и престанак раднога односа, зарада, годишњи одмори итд.), као и са основама предузетништва (регистрација предузетника, основе

књиговодства, вођење финансијске документације и др.). Исто тако, потребно је да буду компетентне за израду дневног, недељног, месечног и годишњег плана рада са децом, као и пословне документације попут збирних евиденција, као и адресара за свако појединачно дете, односно информативних картица за хитне случајеве. Поред теоријске, организовала би се и практична настава у установама социјалне заштите, здравственим установама, васпитно – образовним установама и другим релевантним институцијама. Након окончања програма оспособљавања дадиља, вршила би се усмена, писмена и практична провера стечених знања и вештина. Да би се обезбедило компетентно и ефикасно обављање послова дадиље неопходно је и нормативно регулисање вршења стручног, здравственог и инспекцијског надзора над њиховим радом.

Регулисање радноправног статуса дадиља треба да омогући и већи ниво заштите извршилаца од „рада на црно“, мобинга, дискриминације, повреде личног интегритета, неплаћеног прековременог рада, непоштовања прописа из области безбедности и здравља на раду, односно из области заштите приватности и да обезбеди достојанствено обављање дефинисаних послова.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Бранко Лубарда, *Радно људско – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалоју*, Правни факултет Универзитета у Београду Центар за издаваштво и информисање, Београд 2012.
- Vera Pavlou, „Whose equality? Paid domestic work and EU gender equality law“, *European equality law review* 2020 (1), 36-46. <https://eprints.gla.ac.uk/219106/1/219106.pdf>, 01. септембар 2022. год.
- Зоран Ивошевић, *Радно људско*, Правни факултет Универзитета Унион, ЈП Службени гласник, Београд 2009.
- Љубинка Ковачевић „Плаћени рад у домаћинству послодавца“, *Радно и социјално људско* XVII 2/2013, 75–103. Љубинка Ковачевић, *Заснивање радног односа*, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд 2021.
- Мила Петровић, „Безбедност и здравље на раду запослених у домаћинству послодавца са посебним освртом на стандарде Међународне организације рада“, *Радно и социјално људско* 2/2019, 267-286.
- Предраг Јовановић, „Посебна радноправна заштита појединих категорија радника“ *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2015, 1459–1486.
- Предраг Јовановић, Дарко Божић, „Право запосленог на приватност као сегмент безбедности и здравља на раду“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2018, 855-868.
- Сенад Јашаревић, „Флексибилизација рада – решење или заблуда“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2012, 173–192.
- Сенад Јашаревић, Горан Обрадовић, „Актуелност радног права Србије и нови изазови“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 92/2021, 35-57.

- Roger Blanpain, *European labour law*, Wolters Kluwer Law & business, Fourteenth and revised edition, Alphen aan den Rijn 2013.
- J.J. Prescott, Jonah E. Rockoff, Do sex offender registration and notification laws affect criminal behavior? *Journal of Law and Economics* 2011; 54 (1), 161-206. <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1079&context=articles>, 01. септембар 2022. год.
- Jennifer N. Fish, *Domestic workers of the world unite! A global movement for dignity and human rights*, New York University press, New York 2017.
- Zakon o dadiljama Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 37/13 i 98/19.
- Закон за заштита на деца, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 23/13, 12/14, 44/14, 144/14, 10/15, 25/15, 150/15, 192/15, 27/16, 163/17, 21/18, 198/18 и *Службен весник на Република Северна Македонија* бр. 104/19, 146/19, 275/19, 311/20, 294/21 и 150/22.
- Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободe према малолетним лицима, *Службени гласник РС*, бр. 32/13.
- Закон за Посебен регистар за лица осудени со правосилна пресуда за кривични дела за сексуална злоупотреба на малолетни лица и педофилија, *Службен весник на РМ*, бр. 11/12 и 112/14.
- Закон о раду Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 – УС, 113/17, 95/18 – аутентично тумачење.
- Правилник о начину вођења посебне евиденције о лицима осуђеним за кривична дела против полне слободe извршена према малолетним лицима, *Службени гласник РС*, бр. 76/15.
- Pravilnik o načinu provođenja nadzora nad obavljanjem djelatnosti dadilje, *Narodne novine*, br. 96/13.
- Pravilnik o uvjetima prostora, opremljenosti prostora odgovarajućom opremom i ostalim uvjetima za obavljanje djelatnosti dadilje, *Narodne novine*, br. 74/13 i 27/20.
- Pravilnik o obliku, sadržaju i načinu vođenja registra osoba koje obavljaju djelatnost dadilje, te obliku, sadržaju i načinu vođenja imenika dadilja i imenika pomoćnih dadilja, *Narodne novine*, br. 96/13.
- Pravilnik o provođenju nadzora nad provedbom Zakona o dadiljama i propisa donesenih na temelju tog Zakona, *Narodne novine*, br. 96/13.
- Правилник за поблиските услови, критериуми и начинот на вршење на одредени работи од дејноста згрижување и воспитание на деца од предучилишна возраст како професионална дејност на физички лица, *Службен весник на РМ*, бр. 62/13.
- Правилник за формата, содржината и начинот на водење на евиденцијата на корисниците и дадените услуги од страна на физичко лице кое самостојно врши одредени работи од дејноста згрижување и воспитание на деца како професионална дејност, *Службен весник на РМ*, бр. 62/13.
- Правилник за формата, содржината и начинот на водење на Централниот регистар на установи за деца, Регистарот на јавните установи за деца основани од општината, општината во градот Скопје и градот Скопје, Регистарот на агенции за давање услуги за чување и нега на деца од предучилишна возраст, Регистарот на физички лица кои самостојно вршат одредени работи

од дејноста згрижување и воспитание на деца како професионална дејност и Регистарот на детски градинки/центри за ран детски развој како организациони единици, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 61/13 и 158/16.

Odluka o donošenju Programa osposobljavanja za poslove dadilje, *Narodne novine*, br. 89/2013.

Odluka o dijelu programa osposobljavanja za poslove dadilje koji su dužne pohađati osobe koje imaju završenu 1., 2. ili 3. razinu visokog obrazovanja smjera: učiteljski, pedagoški, psihološki, edukacijsko-rehabilitacijski studij, studij socijalne pedagogije, studij logopedije, studij socijalnog rada i studij sestrinstva, *Narodne novine*, br. 108/13, 111/13.

Нацрт Закона о радном ангажовању због повећаног обима посла у одређеним делатностима, <https://www.minrzs.gov.rs/sr/dokumenti/predlozi-i-nacrti/sektor-za-rad-i-zapostljavanje/javni-poziv-za-ucisce-u-javnoj-raspravi-o-nacrtu-zakona-o-radnom-angazovanju-zbog-povecanog-obima-posla-u-odredjenim-delatnostima>, 25. август 2022. године

Aleksandra T. Popović
Belgrade Land Development Public Agency
a_aleksandra@yahoo.com
ORCID ID: 0000-0002-6512-1634

Labor Protection of Nannies

Abstract: *Nannies work is specific and highly sensitive, considering that it includes keeping and caring for children according to their age, taking care of physical and psychological health, safety, nutrition and hygiene, respecting their rights, personal integrity and dignity. The nannies job description includes taking care of children's daily rest, play, entertainment, school duties, free activities, and may also include taking children to and from school, on recreational and additional educational activities, with continuous monitoring and improvement of their physical, emotional, intellectual and social development. Education and upbringing of children is also an important segment of the nannies activity, as well as teaching life and social skills, according to the parents instructions. Bearing in mind the peculiarities and nature of the job of a nanny, there is a need to more precisely determine their labor protection in the law of the Republic of Serbia. By creating a more precise legislative framework for the performance of nannies, multiple benefits would be achieved: nannies would receive a higher degree of labor law protection, and parents and children would have greater security, because it would be possible for children to be cared for by professionally qualified persons in an adequately arranged space, in the prescribed manner under the continuous supervision and control of competent institutions over their work.*

Keywords: *employment relationship, labor law protection, nanny.*

Датум пријема рада: 05.09.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 23.09.2022.

Датум прихватања рада: 08.12.2022.

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ
АУТОРЕ

Босилка Чубриловић Стаменић

Универзитет у Бањалуци

Правни факултет

bosiljka.cubrilovic-stamenic@pf.unibl.org

ORCID ID: 0000-0001-6830-8990

КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА ИНСТИТУТА FLOATING CHARGE И СЛИЧНИХ ВРСТА РЕГИСТРОВАНЕ ЗАЛОГЕ НА ЗБИРУ ПОКРЕТНИХ СТВАРИ У РЕПУБЛИЦИ ХРВАТСКОЈ И РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Сажетак: У чланку се анализира флотирајуће (лебдеће, оквирно) заложно право у системима која припадају англосаксонском праву, као и његови еквиваленти у европско-континентално правном поретку. Аутор размајра елементарне одреднице препознаје као заједничке за институцију floating charge (лебдеће заложно право) и његове еквиваленте у уредном праву: конституисање, предмет, субјекти, правно дејство *inter partes*, правно дејство уписа у регистар, првенствени ред и намирење, указујући на њихове особености. На крају се украјко даје приказ посвојеће регулативе система обезбеђења израживања на покретним стварима у Републици Србији, те елаборира питање оправданости евентуалној нормирања институција лебдеће zaloге у српском законодавству. У закључку се констатира да садашњи правни оквир zaloге на покретним стварима у праву Републике Србије не само да умногоме задовољава економске интересе пословне заједнице, него је и у духу наше (заложно)правне традиције.

Кључне ријечи: Заложно право. – Покретне ствари. – Регистрована zaloга. -Floating charge. – Лебдеће заложно право.

УВОД

Средства обезбеђења потраживања представљају правне инструменте чији је основни циљ заштита права повјериоца у ситуацији када дужник не

може, односно не жели да измири своју обавезу из уговорног односа. То су субјективна грађанска права, личне или стварне природе, а која за циљ имају задовољење интереса повјериоца, тако што ће му омогућити намирење његовог потраживања. Конституисање обезбјеђења је само право повјериоца, не и његова обавеза, иако данас оно, скоро па неизоставно, прати главно право (право потраживања према дужнику). Средства обезбјеђења омогућују повјериоцу да се издигне изнад нивоа необезбјеђених, хирограферних повјерилаца, стварајући му, потенцијално краћи пут за намирење потраживања.

Захтјеви модерног правног промета намећу потребу за еластичнијим и флексибилнијим средствима обезбјеђења која ће, с једне стране, олакшати положај дужника и омогућити му да искориштава економски потенцијал заложене ствари ради лакше отплате дуга, а с друге стране, пружити довољну гаранцију намирења повјериоцевог потраживања. Овдје се првенствено имају у виду покретне ствари, јер се код непокретности заложно право ефикасно остварује уписом у регистар непокретности, док предмет залогa остаје у државини дужника. У том циљу, савремено заложно право за покретне ствари уводи нека атипична средства обезбјеђења као што је регистрована (бездржавинска) залога. *Differentia specifica* овог облика заложног права огледа се у заснивању стварног права на покретним стварима дужника, а да при том дужник има могућност да ствари користи, односно да исте остану у његовој непосредној државини. Дакле, предмет залогa остаје у рукама дужника, он треба да води рачуна о интересима повјериоца, истовремено диспонирајући са заложеним стварима у свом редовном пословању.

1. ОДРЕЂЕЊЕ ПРЕДМЕТА ИСТРАЖИВАЊА

Предмет истраживања овог рада је *floating charge*¹ (лебдеће заложно право), институт енглеског, прецедентног права. *Floating charge* је средство обезбјеђења потраживања којим повјерилац успоставља обезбјеђење на садашњој и будућој имовини друштва. Институт *floating charge* је један од института тзв. реалног обезбјеђења потраживања, на основу кога повјерилац ради обезбјеђења потраживања стиче одређено стварно право (право намирења) на имовини дужника. Ријеч је о бездржавинском средству обезбјеђења, али не искључиво на покретним стварима. Предмет оптерећења је садашња и будућа имовина друштва, односно покретне и непокретне ствари, права и поједина нематеријална добра. Суштинска карактеристика *floating charge-a*

¹ *Floating* и *fixed charge* представљају појавне облике института *equitable charge* (право намирења повјериоца на одређеној дужниковој имовини). *Fixed* обухвата имовину у вријеме када је *charge* настао. Конституисањем *fixed charge-a* дужник не може располагати имовином на којој постоји право намирења без сагласности повјериоца.

огледа се у томе да терети садашњу и будућу имовину друштва, која је промјенљивог карактера. Истовремено, друштво задржава могућност да у оквиру редовног пословања располаже оптерећним добрима све до тренутка кристализације (*crystallization*) када *floating charge* мијења своју природу и модификује се у *fixed charge*. Кристализација представља наступање уговором или законом одређених догађаја који *floating* претварају у *fixed charge*. Све до тренутка кристализације ово оквирно средство обезбјеђења само „лебди“ над свом садашњом и будућом имовином дужника, након чега „пада“ на сву имовину затечену на одређеном простору чиме престаје дужничково право располагања. У случају да наступи кристализација, повјерилац ће преузети контролу над имовином друштва и одлучити о намирењу потраживања. Предности које *floating charge* разликују од сличних института се огледају у сљедећем: предмет обезбјеђења је садашња и будућа имовина, затим, то је имовина која се мијења у оквиру редовног пословања и на концу, друштво може са том имовином пословати све док не наступи неки од догађаја који јој одузимају то право, а који су предвиђени уговором или законом [в. одлуку *Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd.* (1903) 2 Ch. 284].

Floating charge одликује неколико специфичности: оно је свеобухватно средство обезбјеђења потраживања јер обухвата цјелокупну садашњу и будућу имовину дужника на одређеном простору; оно је садашње средство обезбјеђења које тренутно утиче на сву имовину компаније која буде укључена у њу и отворено средство обезбјеђења јер дужник има могућност располагања založenom имовином у оквиру редовног пословања.² Шире посматрано, ријеч је о регистрованом заложном праву код којег предаја ствари у државину бива замјењена уписом заложног права у одређени регистар.

2. УПОРЕДНОПРАВНА СТУДИЈА ЕНГЛЕСКОГ ИНСТИТУТА *FLOATING CHARGE* И ЛЕБДЕЋЕГ ЗАЛОЖНОПРАВНОГ ОСИГУРАЊА У ХРВАТСКОМ ПРАВУ

2.1. Уводна разматрања

У овом дијелу рада извршена је компарација института којим се залаже садашња и будућа имовина у два дијаметрално различита правна система. Основ за анализу је енглеско право, гдје је *floating charge* изворно и настао. Као представника европско-континенталног система анализирали смо право Републике Хрватске – РХ из најмање два разлога: 1. РХ је као и Република

² Категорију „отворено обезбјеђење“ у домаћу правну науку уводи доц. др Ненад Тешић у монографији Регистрована залога из 2007. године. Вид. Тешић Ненад, *Регистрована залога*, Београд 2007, 107.

Србија припада континенталном систему, па је било занимљиво да видимо како је овај „правни трансплант прихваћен у новом тијелу“ и 2. РХ је једина земља из региона, дакле из реда земаља које су улазиле у састав претходне државе и чији правни системи су се заснивали у великој мјери на истим вриједностима, а која је у своје законодавство експлицитно увела овај институт. Као критеријуми за упоредну анализу узете су елементарне одреднице препознате у институтима *floating charge*-а и лебдећем založнoправном осигурању, и то: конституисање, предмет, субјекти, правно дејство *inter partes*, правно дејство уписа у регистар, првенствени ред и намирење.

У Енглеској је још од XVI вијека постојало правило да нема залог без предаје заложене ствари у руке повјериоца. Залагање покретних ствари без предаје државине у форми преноса својине ради обезбјеђења потраживања, односно фидуцијарни пренос својине, омогућен је *Bills of Sale Act 1878 (Amendment Act 1882)*. Пораст броја привредних друштава са ограниченом одговорношћу у XIX вијеку био је пропраћен повећаним отпором банака да им одобре кредите без истовременог обезбјеђења потраживања. Опрема, постројења и складишне залихе у роби били су највреднија имовина привредних друштава, те су се ове ствари наметнуле као подобне за обезбјеђење потраживања примјеном института *mortgage* или *charge*. Како *floating charge* припада *equity* систему, његова обиљежја су највећим дијелом формирана у судској пракси, заснованој на прецедентима. Ипак, дијелимично правна регулација *floating charge*-а улази и у надлежност законодавца (*Companies Act*³ из 1985/89. и *Insolvency Act*⁴ из 1986).

Од свих земаља региона, једино је законодавац у РХ сматрао оправданим стварање нормативног оквира за регулисање института лебдеће залогe. Хрватски правни теоретичари на ово гледају као на једну од малобројних ситуација гдје је учињен подстицај реформама које су у складу са захтјевима пословне заједнице. Вјерује се да је прекретницу у развоју овог института изазвао случај из раних 2000-их⁵ у којем суд није препознао залог у надзамјењивом складишном робом јер није била засебно чувана и обиљежена.⁶

³ *Companies Act*. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/6/contents> – CA, 26. 5. 2022.

⁴ *Insolvency Act*. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents>, 26. 5. 2022.

⁵ Трговачки суд у Бјеловару, Р-542/01, 11. 9. 2001, наведено према: Миајло Дика, „Генерички одређене покретне ствари као предмет založнoправног и фидуцијарног осигурања“, *Хрватска правна ревија* 2-4/2002, 119.

⁶ Према тада важећем хрватском праву, предмет založнoг права могла је бити само она ствар која је појединачно одређена, тј. ствар која је довољно одређена на начин да се разликује од свих осталих ствари тако да се може сматрати засебним ентитетом. У том смислу и генеричка ствар може бити предмет залогe, али само ако је та ствар одређена, индивидуализована у односу на друге ствари истога рода, односно ако је издвојена из рода на начин да је постала појединачна ствар. У складу с тим, одређена количина генеричких

Случај је занимљив због тога што хрватско право, како је то суд навео у образложењу одлуке, не препознаје институт залогe инвентара, робе на складишту или новца на рачуну, којима залогодавац може слободно располагати, уз дужност обнављања, при чему се предметом залогe сматра инвентар, роба или новац који се затекну кад се затражи остварење заложног права. Ово је уједно био и подстицај законодавцу за увођење института лебдећег заложноправног осигурања у хрватски правни систем. Заложно право на укупности свих покретних ствари, а посредством тога и на свим покретним стварима у саставу те укупности, регулисано је чл. 6, ст. 1, т. 2 и чл. 38 *Zakona o upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima*.⁷ Овим законом је, не само уведен нови облик заложног права, већ је ријешено и питање публицитетне функције заложног права без предаје ствари у државину. Иницијална идеја за увођење института лебдећег заложног права је потекла из потребе за проналажењем рјешења које би истовремено помирило супростављене интересе заложног повјериоца (предлагач осигурања), заложног дужника (противник осигурања) и трећих заинтересованих лица. С једне стране, било је потребно омогућити искориштавање вриједности заложених генеричких ствари, односно омогућити дужнику да их отуђује и то без дозволе повјериоца, уз истовремену могућност да треће савјесно лице без терета стекне својину на покретним стварима. С друге стране, потребно је водити рачуна о интересима повјериоца да одржи и сачува вриједност предмета осигурања, те му пружити извјесност у погледу његовог мјеста у првенственом реду, у случају да дође до принудног намирења потраживања. Дакле, интенција законодавца била је креирање таквог средства обезбојеђења потраживања које ће омогућити дужнику несметано пословање с покретним стварима које су у режиму заложног права, што није било могуће остварити кроз концепт судског и јавнобилежничког осигурања.

ствари може бити предмет заложног права, али у том случају ту количину треба посебно издвојити од остале количине таквих ствари, треба је посебно означити јер се само тако може индивидуализовати предмет заложног права. Ако се количина генерички одређене ствари која се залаже не издвоји од остале количине такве ствари, већ се само назначи да се залаже генерички одређена ствар одређене количине и врсте смјештена на одређеном простору, у којему постоје веће количине исте генеричке ствари од оне која се залаже, објект залога није довољно одређен. У том случају не ради се о појединачно одређеној ствари која може бити предмет заложног права и на тако одређеној ствари заложно право не може се ни засновати.

⁷ *Zakon o upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima* – Закон о Уписнику, *Narodne novine* 121/05.

2.2. Конституисање

Енглеско право разликује двије етапе настанка уговорног стварноправног средства обезбјеђења потраживања.⁸ Прва етапа је *attachment*, односно околности које треба да се испуне да би средство обезбјеђења потраживања постало пуноважно *inter partes*, а друга етапа је *perfection*, о којем се говори када је потребно предузети радње да би средство обезбјеђења потраживања производило правно дејство *erga omnes*. Дакле, за прву етапу је карактеристично да средство обезбјеђења потраживања производи облигационоправно дејство, док у другој производи стварноправно дејство.

Да би *floating charge* настао, потребно је да се испуни неколико претпоставки. Као прво, потребно је да постоји уговор о обезбјеђењу потраживања који се уписује у Регистар оптерећења имовине привредног друштва, као и у Регистар привредних друштава (*Companies Registry*). Примјерак уговора се похрањује у Регистар оптерећења имовине привредног друштва (*registration* или *filing*) према његовом сједишту (Sec. 411(1) и (2) СА 1985 и sec. 101 СА 1989), с тим да непоштовање ових прописа не утиче на правну ваљаност *floating charge*, нити на ред првенства, али је ипак за кршење ове обавезе предвиђена новчана казна. Регистар оптерећења имовине привредног друштва остварује публицитетну функцију, па је трећим лицима загарантовано право да изврше увид у његов садржај. Од овог, важнији је упис у Регистар привредних друштава. Сваки уговор о *floating charge*-у, друштво или повјерилац чије се потраживање обезбјеђује, треба да упише у року од 21 дан од настанка, у супротном *floating charge* неће производити правно дејство према стечајном управнику, ликвидатору односно извршном повјериоцу Sec. 859A(4) СА. Како дејства уписа наступају моментом закључења уговора, обезбјеђење је од тренутка закључења уговора па до тренутка регистрације невидљиво за трећа савјесна лица. Оваква правна регулатива се истиче као један од највећих недостатака система обезбјеђења потраживања у енглеском праву. Међутим препоруке Правне комисије (*The Law Commission*) иду ка томе да се уклони формално временско ограничење за регистрацију, тако да неће бити периода „невидљивости“ између закључења уговора и његове публикације у регистру.⁹ Ако не наступи чињеница уписа, *floating charge* нема правно дејство према трећим лицима, али без обзира на то и даље производи правно дејство *inter partes*.

Правни основ за конституисање добровољног заложног права на укупности покретних ствари у хрватском праву је заложни уговор (уговор о залози). Уговором о залози дужник (противник осигурања) обавезује се

⁸ Edita Čulinović-Herc, „Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika“, *Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci* 1998, 119.

⁹ 1.6, 2.17, 3.78 Company Security Interests 2005, A Consultative Report.

повјериоцу (предлагачу осигурања) да трпи да се споразумно утврђено повјериочево потраживање обезбиједи тим што ће се на укупности покретних ствари које се налазе у или на одређеном простору основати заложно право уписом у *Upisnik sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima* – Уписник. Уговор о залози је битни елемент садржаја споразума о осигурању који уговорне стране склапају пред судом у поступку обезбјеђења потраживања. Споразум о осигурању се у поступку обликује у судски записник о споразуму странака (чл. 301 ОЗ), у којем се констатује постојање потраживања предлагача осигурања и вријеме доспјећа, те сагласност страна да се изврши упис заложног права на покретним стварима противника осигурања. Записник о споразуму странака има снагу судског поравнања. Поред уговора о залози, формализованог у судски записник о споразуму странака, као *iustus titulus*-а, за конституисање лебдећег заложног права потребно је и да постоји *modus acquirendi*. У овом случају упис у Уписник представља начин оснивања заложног права, а правно дејство оснивања лебдећег заложног права на укупности ствари наступа довршењем чина уписа.

2.3. Предмет

Флотирајућим заложним правом може се оптеретити цјелокупна имовина дужника или поједини саставни дијелови његове имовине, непокретне и покретне ствари, потраживања, ауторска и сродна права, *goodwil* и сл. Предмет *floating charge*-а је збир ствари и права (*universitas iuris*). Имовина којом се обезбјеђује потраживање мора да буде у својини дужника или дужник треба да на њој има одређено право (*interest*) које га овлашћује да на тој имовини конституише стварноправно обезбјеђење потраживања (у овом случају довољно је само да се ствар налази у његовој државини). Уговор о обезбјеђењу потраживања који се односи на будућу имовину је тзв. непотпуно осигурање (*inchoate security*), које се дефинитивно обликује тек када дужник стекне будућу имовину. Од тог момента, обезбјеђење потраживања постаје ваљано међу странкама, али своје правно дејство производи *ex tunc*, од тренутка склапања уговора. Иницијално је *common law* систем признавао искључиво пренос стварних права на садашњој имовини, али у пракси се појавила потреба да се обезбјеђење потраживања протегне и на будућу имовину. Ово је посебно изражено у ситуацијама када дужник обавља привредну дјелатност, те му се највећи дио имовине налази у стварима чији се састав непрекидно мијења. До прекретнице је дошло у одлуци *Holroyd v. Marshall* (1862), 10 HLC 191 којом је призната клаузула о накнадно стеченој имовини, те је залагање будуће имовине постало прихваћено у *equity* систему. Нова ствар која уђе у имовину дужника сматра се оптерећеном од тренутка када ју

је дужник стекао, али се приоритетна права нису утврђивала према тренутку стицања, већ према тренутку у којем је уговор о обезбјеђењу потраживања производио дејство међу странкама (*attachment*). Клаузулом о накнадно стеченој имовини ријешено је питање простирања обезбјеђења потраживања на новостеченим стварима, али се она није могла адекватно примјенити на предмете намјењене продаји, чији се састав мијења. Стога је слједећи корак био усмјерен ка признању овлашћења дужнику да у оквиру редовног пословања слободно располаже заложеним предметом. Овакав став је заузет у одлуци *In Re Panama*¹⁰ према којој је цјелокупно предузеће (*whole undertaking – present and future*) сматрано предметом обезбјеђења потраживања, а да је при томе дужник могао слободно располагати заложеним предметом, све до подношења приједлога за отварање стечајног поступка.¹¹ У овом случају, уговорно обезбјеђење потраживања обухвата и приходе стечене продајом оптерећеног добра, под условом да се могу препознати, идентификовати (*indentifiable*).

Када говоримо о хрватском праву, према Закону о Уписнику, лебдеће заложно право је могуће засновати ради обезбјеђења новчаног потраживања, ако је довољно одређено или одредиво, али и новчане противриједности неновчаног потраживања (чл. 38, ст. 1). Новим концептом редефинисане су границе залагања у односу на објекат заложног права. Оно се оснива на укупности свих покретних ствари (покретности) или само на покретним стварима одређене врсте (одређене врсте робе, залиха, погонског материјала, резервних дијелова, намјештаја, опреме и сл.) које се налазе у или на одређеном простору (складишту, погону или другим пословним просторијима). Предмет лебдећег заложног права представља дио дужникове имовине, то је, дакле, имовинска цјелина унутар његове имовине која је промјенљивог састава и није правно одвојена од остале имовине заложног дужника. Покретне ствари које су у саставу укупности, оптерећене су тим истим заложним правом, али се суштински ништа не мијења у њиховом правном режиму. То што се оне јављају као предмет лебдећег заложног права не утиче на право својине над покретностима, нити на заложна и друга стварна права на њима. Такође, оптерећење ствари лебдећом залогом не утиче ни на државину ствари, јер заложно право на укупности не овлашћује свог

¹⁰ *In Re Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Co.* (1870), наведено према Силиу (Sealy, L. S., *Cases and Materials in Company Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 568). Иако се у енглеском праву овај случај наводи као генеза института *floating charge*, тај се појам ипак експлицитно не спомиње у наведеној пресуди и као такав није постојао све до пресуде *In re Colonial Trusts Corporation* (1880) 15 Ch.D. 465, at p. 472 (per Jessel M.R.). Sir George Jessel MR је први употребио појам *floating charge* да би означио институт који је супротан *fixed charge*-у (Curtis, G. F., „The Theory of the Floating Charge“, *The University of Toronto Law Journal* 4(1)/1941, 132).

¹¹ E. Čulinović-Herc (1998), 78-80.

титулара на државину,¹² нити би он могао тражити пренос ствари из састава те укупности. Према Gavelli¹³ (Гавела) лебдеће založno право има два нивоа постојања. На једном нивоу је „(...) *neka određena ukupnost pokretnina (imovinska cjelina, univestas rerum); a na drugoj su to – pojedinačne pokretnine u sastavu te ukupnosti*“. Састав те укупности покретних ствари је промјењив (варијабилан), јер ствари улазе и излазе из ње (с обзиром на то да је zaloжни дужник овлашћен располагати са њима), а да то не утиче ни на идентитет те укупности, нити на zaloжно право које њу терети. Оно правно дејствује над промјењивим саставом те укупности оптерећујући сваку појединачну ствар која уђе у састав те укупности. *Argumentum a contrario* свака покретна ствар која изађе из састава те укупности самим тим престаје бити оптерећена лебдећим zaloжним правом. На овом мјесту примјећујемо одступање лебдећег zaloжноправног осигурања од његовог узора, енглеског *floating charge*-а. Приликом „правне трансплантације“ није сасвим испоштована доктрина *floating charge*-а јер по њој, zaloжно право постоји на укупности, на начин да „лебди“ над свим покретним стварима све док су у њеном саставу, али не производи правна дејства све до момента кристализације. У праву РХ је пронађено другачије рјешење, по коме zaloжно право које буде основано на укупности ствари, одмах уједно постоји и на свакој појединој ствари у саставу те укупности. У контексту предмета лебдећег zaloжног права, намеће се и питање правног режима припадака zaloжених ствари. Узевши у обзир опште правило садржано у чл. 298, ст. 4 ЗВ, лебдеће zaloжноправно осигурање простирало би се и на припатке покретне ствари, ако није другачије уговорено.¹⁴ На сличан се начин рјешава питање простирања zaloжног права на стварима које су настале прерадом или мијешањем ствари на којима је засновано лебдеће zaloжно право. Ако су уговорне стране као предмет лебдеће залог уговориле сировине које се налазе у одређеном простору, али не и производе настале њиховом прерадом, потребно је да се та чињеница у уговору посебно нагласи, у супротном ће се лебдећа залога простирати на свим стварима – и сировинама и производима који се налазе унутар уговором означеног простора.¹⁵

¹² Вид. чл. 321, ст. 4 *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* – 3B, *Narodne novine* 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.

¹³ Nikola Gavella *et al*, *Stvarno pravo*. Svezak drugi. II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb 2007, 283-284.

¹⁴ Супротно – Hano Ernst, „Underregulation, overregulation, and misregulation of security interests in Croatian Law“, *New Perspectives of South East European Private Law* 2012, 32-50.

¹⁵ Edita Čulinović-Herc, „Lebdeće založnoправно osiguranje (I.)“, *Pravo i porezi* 5/2007, 7.

2.4. Субјекти

Floating charge у енглеском праву има ограничења на дужничкој страни. То је средство обезбјеђења потраживања резервисано искључиво за обезбјеђење потраживања повјериоца према друштвима капитала (*incorporated companies*), док су друштва лица (*partnerships*) и физичка лица искључени. Околност да је у енглеском праву већина привредних друштава основана у облику друштва капитала, придаје овом институту већи значај, иако је његово поље примјене сужено. У доктрини има схватања да би и физичка лица могла на својој имовини основати *floating charge*. Тај став *de lege ferenda* заступа и професор Diamond¹⁶ (Дајмонд) али са ограничењем на физичка лица која се баве пословном дјелатношћу. На страни повјериоца нема ограничења, иако се у правилу као заложни повјериоци појављују најчешће банке.

Специфичност уређења овог института у РХ огледа се у нормирању субјеката на чијим се стварима оснива лебдећа залога према коме заложни дужник може бити било које физичко или правно лице. Супротно енглеском законодавству којим су правна лица примарно нормирана као субјекти лебдећег заложноправног односа, те се у улози заложног дужника не може наћи физичко лице, у законодавству РХ је допуштена ова могућност. Међутим, ако узмемо у обзир да дужник има овлашћење да отуђује и надомјешта ствари које представљају предмет лебдеће залоге, јасно је да ће по природи ствари заложни дужник бити трговац (предузетник, обртник).

2.5. Правно дејство *inter partes*

Правно дејство *floating charge*-а се разликује зависно од тога да ли је ријеч о времену прије или након кристализације. Кристализација је тренутак у времену према којем се одређује ред првенства. Она представља наступање уговором или законом одређених догађаја који *floating* претварају у *fixed charge*. Међу релевантним разлозима истичу се: отуђење битног дијела инвентара, спровођење извршења на имовини дужника, престанак пословања и сл. Кристализација у правилу обухвата цјелокупну заложену имовину, осим ако није шта друго уговорено. Наступањем кристализације повјерилац може предузети радње принудног намирења обезбјеђеног потраживања, може узети заложену имовину у државину, продати је или покренути поступак ради издавања *foreclosure* [судски поступак којим се утврђује да је престало дужничково право на откуп имовине (*equity of redemption*), као и да је повјерилац изабрао ствари као начин намирења дуга¹⁷]. *De lege ferenda* приједлози иду у смијеру да се кристализација замјени регистрацијом, те

¹⁶ Aubrey L. Diamond, *A Review of Security Interest in Property*, London 1989, 86.

¹⁷ Roy M. Goode, *Commercial law*, London, 1982, 751.

би вријеме регистрације било одлучујуће приликом процјене приоритетних права.¹⁸ Сва средства обезбјеђења потраживања која су настала прије кристализације приоритетна у односу на *floating charge*. Прије кристализације повјериоцу припада само оквирно založno право на имовини која је одређена по врсти, а која се непрекидно мијења. Наступањем кристализације дефинитивно се врши консолидација имовине којом је обезбјеђено потраживање. Прије кристализације zaloжни дужник је овлашћен слободно располагати стварима у оквиру свог редовног пословања. Уговарањем *floating charge*-а није издвојена имовина која ће служити као обезбјеђење, тако да повјерилац нема право сљедовања у односу на ствари којима дужник располаже у оквиру редовног пословања. Међутим, повјерилац има могућност да након кристализације захтијева повраћај ствари којима је дужник располагао изван овог оквира. Ранији случајеви, укључујући *In Re Panama* подржавају став да тзв. трговачка моћ (*trading power*), која прати конституисање *floating charge*-а, омогућава правном лицу да располаже zaloженом имовином само ако је такво располагање у оквиру редовног тока пословања. И послови који излазе ван оквира редовног пословања су, у правилу, допуштени, ако су *intra vires*, дакле ако нису супротни циљу оснивачког акта правног лица. Јасно, ако неко правно лице престане обављати дјелатност, престаје и *trading power* јер правно лице више нема редован ток пословања. Другим ријечима, *floating* се модификује у *fixed charge*.

Титулар лебдећег zaloжног права има правни положај какав иначе припада титулару регистрованог zaloжног права. Он нема право, нити стварну могућност на државину укупности ствари, али такође нема право на државину појединачних ствари које су у саставу те укупности. Zaloжни повјерилац не може убирати и присвајати плодове и друге користи од ствари, нити има право да их употребљава на било какав начин, а одредбе уговора које би га на то овластиле би у том погледу биле апсолутно ништаве. У односу на класично, нормирањем лебдећег zaloжног права у РХ уведена је и једна значајна новина која се односи на укидање забране реалне суброгације, односно одступање од начела неодвојивости zaloжног права према коме се zaloжно право не може одвојити од залоге коју оптерећује (чл. 299, ст. 1 ЗВ). Реална суброгација произилази из чл. 38, ст. 4 и 5 Закона о Уписнику, који предвиђа да је противник осигурања, односно дужник овлашћен отуђивати zaloжене покретне ствари, те да zaloжно право на тим стварима престаје њиховом предајом трећем лицу или њиховим одношењем из или са одређеног простора. С друге стране, ако у споразуму странака није друго одређено, противник осигурања има обавезу да уредно надомјести отуђене или однесене покретне ствари. У случају да заступници друштва – zaloжног дужника

¹⁸ A. L. Diamond (1989), 85.

располажу предметом заложног права прекорачујући дјелатност друштва (*ultra vires*), повјерилац је овлашћен да активира принудно намирење обезбјеђеног потраживања.

2.6. Правно дејство уписа у регистар и првенствени ред

Оно по чему се правни системи појединих земаља разликују је питање, одређује ли се моментом уписа и првенствени ред између повјерилаца који на истој ствари имају право намирења свог потраживања или се првенствени ред уређује примјеном неких других критеријума који нису видљиви из регистра?

За разлику од система код којих се првенствени ред утврђује искључиво на темељу времена уписа, тзв. системи пуне конститутивности (као што су нпр. српско и хрватско право), у Енглеској се првенствени ред утврђује примјеном критеријума који произилазе из чињенице да постоје двије врсте стварних права (права стечена по *common law vs. equity*-y). Упис *floating charge*-а има публицитетну функцију, представља обавјештење трећим лицима да је на дужниковој имовини конституисано заложноправно обезбјеђење. Вријеме уписа није критеријум по коме се одређује првенствени ред. Првенствени ред повјериоца који је стекао *floating charge* оцјењује се према околностима које нису видљиве из регистра, тј. према времену кристализације. Када говоримо о првенственом реду између *floating charge* и осталих уговорних средстава обезбјеђења потраживања, јавља се дилема у погледу дејства клаузуле о забрани оснивања нових средстава обезбјеђења на предметима који су обухваћени *floating charge*-ом (*negative pledge clause*). Питање је, има ли ова клаузула ствароправно дејство (*equitable restriction*) или је само облигационоправне природе? До одговора на ово питање долазимо на основу дејства које производи упис *floating charge* у регистар. О томе постоје два становишта. Према првом становишту – *constructive notice*, упис *floating charge* у регистар представља обавјештење трећим лицима (*notice to the world*) о томе да постоји обезбјеђење потраживања и да их правно обавезује. То је обавјештење о постојању и садржају уговора о *floating charge*-y, као и ограничењима који проистичу из њега. Према овом схватању клаузула о забрани накнадног залагања произвођила би стварноправно дејство према трећим лицима, јер се сматра да трећа лица знају за све податке (*inferred knowledge*), за које се, примјеном стандарда просјечно савјесног лица, може очекивати да ће их претраживати. Према другом схватању, обавеза претраживања регистра односи се само на трговце, те *negative pledge clause* не би имала правно дејство према трећим лицима (нетрговцима). Уношењем ове клаузуле, повјериоци који имају *floating charge* настоје да умање значај правила према којем средства обезбјеђења потраживања која захватају посебну

имовину имају предност над средствима обезбјеђења која захватају цјелокупну имовину, ако су настала до тренутка кристализације. С друге стране, ред првенства између повјериоца који имају *floating charge* реализује се према правилу *prior tempore, potior iure*. Ако посебно средство обезбјеђења настане након кристализације, оно се намирује након намирења потраживања осигураног путем *floating charge*. У Енглеској, циљ регистрације није успостављање првенственог реда између заложних повјериоца, већ се сматра да је главна сврха регистрације публикација, тј. пружање јавних информација о задужености правног лица.

Правно дејство оснивања лебдећег заложног права на укупности ствари у праву РХ наступа самим окончањем поступка уписа у Уписник. Уписом повјерилац – предлагач осигурања стиче заложно право на оној укупности покретних ствари противника осигурања која су за предмет тог заложног права одредили предлагач и противник осигурања у судском записнику о споразуму странака, а суд навео у свом рјешењу о осигурању. Тако основано заложно право терети сваку поједину покретну ствар која уђе у састав те укупности, све док она не изађе из тог састава. Које ће покретне ствари бити у саставу те укупности, како ће у њу улазити и како излазити, зависиће од начина како је та укупност одређена. Ако је одређена, нпр. као роба одређене врсте која је у складишту дужника, тада ће у састав те укупности улазити свака појединачна покретна ствар која је у својини дужника. Правно дејство које производи уношење поједине покретне ствари у то складиште, манифестује се на начин да ће она бити оптерећена заложним правом које терети укупност ствари. Потраживање које је обезбјеђено заложним правом на укупности ствари има код намирења из вриједности сваке поједине покретне ствари која је у саставу укупности, оно мјесто првенства које је заложно право на укупности добило уписом у Уписник заложног права на укупности ствари, без обзира када је поједина ствар ушла у састав те укупности.

2.7. Намирење

У поступку принудног намирења потраживања, повјерилац у енглеском праву има различите начине принудне реализације: узимање ствари у државину, продаја, *foreclosure* те именовање *receiver*-а. У Енглеској постоје слабија и јача стварна права, те се то разликовање манифестује и у поступцима принудног намирења. Јача стварна права, *mortgage*, односно *legal mortgage*, пружају већу слободу и мање је изражена потреба за судском интервенцијом, док с друге стране, стварноправни институти обезбјеђења потраживања који свој коријен налазе у *equity* систему захтијевају већу судску интервенцију.¹⁹

¹⁹ Е. Čulinović-Herc (1998), 270.

Принудно намирење *floating charge*-а се остварује кроз институт *receiver-ship*-а. Овлашћење повјериоца да именује *receiver*-а настаје с кристализацијом. У том моменту повјерилац постаје титулар оптерећене имовине а престаје дужничко право располагања заложеним стварима. Међутим, повјерилац своје право на намирење из имовине остварује посредством трећег лица, *administrative receiver*-а. Именовањем, *receiver* постаје законски заступник компаније, иако је постављен од повјериоца и у његовом интересу, те с тога компанија није овлашћена опозвати *receiver*-а, иако је он њен заступник.²⁰ Његова главна обавеза је да се брине о уновчењу имовине и намирењу повјериоца, те је у ту сврху овлашћен узети ствари у државину и продати их. Поред овога, *receiver* је овлашћен узети нови кредит (с новим обезбјеђењем потраживања), основати компанију-кћерку и отуђити имовину.

Један он начина уновчења имовине предузећа је и продаја предузећа по *going concern* вриједности (продаја компаније као уходане, као такве). *Receiver* ће се одлучити за овај вид намирења када постоје реални изгледи за финансијски опоравак компаније. На овај начин се подиже укупна вриједност компаније, што погодује намирењу обезбјеђених повјерилаца. Када *receiver* процијени да продаја компаније по *going concern* вриједности није цијелисходна или могућа, он у том случају распродаје имовину компаније *on break-down basis*, ствар по ствар. *Receiver* има ингеренције да самостално одлучи на који начин ће продати имовину компаније. Његова аутономија иде тако далеко да и када постоје објективни услови за варијанту по *going concern* вриједности, он се може одређити за *on break-down basis* начин. Потребно је нагласити да се приликом намирења, потраживања из *mortgage*-а или *fixed charge*, ако су настале прије кристализације, намирују прије потраживања из *floating charge*-а.

Право заложног повјериоца на намиривање из вриједности укупности покретних ствари која је оптерећена лебдећим заложним правом, остварује се реализацијом поступка извршења, који ће на приједлог повјериоца (предлагач обезбјеђења), а на основу извршне исправе (записник о обезбјеђењу који има снагу извршне судске нагодбе) одредити и спровести суд. Закон о Уписнику не прописује неки посебан начин принудне реализације, с обзиром на то да се у функционалном смислу лебдеће заложно право ослања на судско и јавнобилежничко заложно право, које се такође принудно остварује у поступку извршења. Једини спецификум Закона о Уписнику у овом домену је норма којом је одређено да се предметом лебдећег заложног права сматрају све покретне ствари које се приликом пленидбеног пописа затекну на простору који је одређен уговором. Након што донесе рјешење о извршењу суд ће пописати у пленидбени записник све покретне ствари

²⁰ David Milman, "Receivers as Agents", *The Modern Law Review* 44/1981, 666.

које се налазе на простору који је одређен уговором, па након што буду заплењене и процјењене, провешће се даље радње извршења, укључујући продају и намирење. При заснивању лебдећег заложног права не спроводи се попис ствари због могућности заложног дужника да истим располаже, те се с тога покретне ствари пописују тек у фази извршења. Приликом пописа, пописаће се све покретне ствари које се налазе у одређеном простору, а ако су заложене само покретне ствари одређене врсте, пописаће се све покретне ствари те врсте. Приликом намирења, ред првенства заложног права на заплењеним и уновченим покретним стварима, рачуна се према времену када је уписом у Уписник било основано лебдеће заложно право на укупности у чијем саставу су биле и те покретне ствари.²¹

* * *

На основу свега наведеног, примјећујемо да лебдеће заложноправно осигурање и *floating charge* имају значајне разлике. Хрватска лебдећа залога је ограничена искључиво на покретне ствари, те су непокретности искључене из ове форме залагања, за разлику од енглеског *floating charge*-а који за предмет може да има покретне, непокретне ствари и нематеријална добра. Обим заложених ствари је искључиво детерминисан примјеном просторног критеријума. Ако и само ако је роба напустила назначени објекат (простор), лебдеће заложно право престаје. Што се тиче субјектата заложноправног односа, круг лица који се могу наћи на дужничкој страни је значајно шири у РХ. У енглеском праву постоје ограничења на дужничкој страни. *Floating charge* је средство обезбјеђења потраживања резервисано искључиво за обезбјеђење потраживања повјериоца према друштвима капитала (*incorporated companies*), док су друштва лица (*partnerships*) и физичка лица искључена. За разлику од овог рјешења, у хрватском праву заложни дужник може бити било које физичко или правно лице. Међутим, ако узмемо у обзир да дужник има овлашћење да отуђује и надомјешта ствари (из складишта) које представљају предмет лебдеће залоге, јасно је да ће по природи ствари заложни дужник бити трговац (обртник). Дејство уписа у регистар се, такође, значајно разликује. У хрватском праву је прихваћен систем пуне конститутивности, а у енглеском праву се првенствени ред утврђује примјеном критеријума који произилазе из чињенице да постоје двије врсте стварних права (права стечена по *common law vs. equity*-у). Упис *floating charge*-а има публицитетну функцију, али се не узима као критеријум по којем се одређује првенствени ред. Првенствени ред повјериоца који је стекао *floating charge*

²¹ Gavella *et al.* (2007), 290; Edita Čulinović-Herc, „Zalaganje pokretnih stvari određenih po rodu prema Zakonu o upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (1991) 2/2006, 674 и даље.

оцјењује се према времену кристализације. Иако се као главна предност института *floating charge* истиче његова еластичност, ипак нису занемариви његови недостаци. Сматрамо да је концепт кристализације која је мјеродавна за одређење првенственог реда можда и највећи проблем овог отвореног средства обезбјеђења потраживања јер њено наступање није увијек транспарентно и видљиво за све заинтересоване стране.

На крају овог дијела можемо закључити да су институти *floating charge* и лебдеће zaloжноправно осигурање далеко ближи по самом називу, него по кључним карактеристикама. Такође закључујемо да је овај правни трансплант у великој мјери одступио од свог енглеског узора, као и то да је zaloжноправни систем РХ морао бити значајно модификован у неколико праваца (редефинисањем концепта ствари и предмета, односно објекта zaloжног права, одступањем од начела неодвојивости и специјалности zaloжног права), да би прихватио институт лебдећег zaloжноправног осигурања.

3. ОБЕЗБЈЕЂЕЊЕ НА ПОКРЕТНИМ СТВАРИМА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

У правном систему Републике Србије на zaloжно право се традиционално гледа као на јединствен институт, с тим да јединственост тог института не значи и његову једноврсноост. Један од критеријума подјеле zaloжног права представља предмет залогa, према којем се залогa дијеле на залогу на непокретностима (хипотека), залогу на покретним стварима и залогу на правима. Када говоримо о залагању покретних ствари с циљем обезбјеђења потраживања, право Републике Србије познаје државинска и бездржавинска средства обезбјеђења. Залогa која настаје предајом ствари у државину залогпримца (ручна залогa) нормирана је Законом о облигационим односима,²² а бездржавинска (регистрована) залогa је уређена Законом о zaloжном праву на покретним стварима уписаним у регистар.²³

Бездржавинска залогa у праву Републике Србије је продукт новијег времена, а настала је под утицајем међународних организација.²⁴ Регистровану, бездржавинску залогу дефинишемо као zaloжно право на покретним

²² Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, 31/93, *Службени лист Србије и Црне Горе*, 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник Републике Србије*, 18/2020.

²³ Закон о zaloжном праву на покретним стварима и правима уписаним у Регистар – ЗорЗ, *Службени гласник Републике Србије*, 57/2003, 61/2005, 64/2006 – испр., 99/2011 – др. закон 31/2019.

²⁴ Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбјеђење и учвршћење импрживања*, Београд 2015, 173-178; Danica Popov, „Zaloga na pokretnim stvarima upisanim u registar u pravu Republike Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2009.

стварима и правима које настају уписом у посебан регистар и које подразумева да власник (*secured provider*) заложене покретне ствари (*encumbered assets*) остаје њен држалац и после је заснивања регистроване залог. Дакле, регистрована залога је заложно право које настаје уписом у Регистар заложног права на покретним стварима и правима – Регистар залог, а који се води при Агенцији за привредне регистре – АПР. Упис у Регистар залог има конститутивно дејство. Предмет бездржавинске залог могу бити како постојеће, индивидуално одређене, генеричне и збирне ствари (чл. 9 ЗоРЗ) тако и будуће покретне ствари (чл. 13 ЗоРЗ) у односу на које власник предмета залог има право располагања. Напуштањем принципа обавезне предаје оптерећеног добра, заложити се могу покретне ствари одређене по врсти (генеричне ствари), ако је уговором о залози одређена количина или број и начин на који се могу разликовати од других ствари исте врсте. Дакле, предмет залог не мора да буде сасвим одређен али треба да буде одредив, што је у одређеној мјери у складу са начелом специјалности. Регистрована залога за предмет може да има и збир покретних ствари (*inventory*), који се налази на одређеном мјесту, укључујући и инвентар који чине покретне ствари које су намијењене продаји или давању у закуп, као и сировине и материјал који се користе при обављању дјелатности (чл. 9, ст. 3 ЗоРЗ). Према томе, код залагања збира покретних ствари потребно је да се на одређени начин спецификује тај збир ствари, врстом или мјестом на којем се исте налазе. Није довољно да предмет залог буде описан на генералан начин, нпр. сва опрема, већ се за упис залог захтијева детаљан опис. Заложно право се по самом закону проширује на све покретне ствари које постану саставни дио збира покретних ствари после је заснивања залог, ако су у својини залогодавца (чл. 9, ст. 4 ЗоРЗ). Када је предмет заложног права роба намијењена продаји, залогодавац је овлашћен да располаже предметом залог у оквиру редовне дјелатности, а прибавилац ће у овом случају стећи својину неоптерећену заложним правом (чл. 23, ст. 6 ЗоРЗ). Дакле, регистрована залога се може конституисати не само као затворено обезбјеђење, гдје у случају располагања заложно право слиједи предмет залог, него и као тзв. отворено обезбјеђење, код кога дужник располаже предметом залог тако да купац стиче својину неоптерећену заложним правом.²⁵ Када је обезбјеђење отворено, предмет залог је промјениве садржине па се у овом случају одступа од начела одређености залог. Код отвореног обезбјеђења потребно је водити рачуна о маргини покрића, односно о очувању вриједности залог довољне за обезбјеђење потраживања. Ово се најчешће чини уговором о залози путем клаузуле на основу које се уговара обавеза залогодавца да вриједност

²⁵ Nenad Tešić, „Обезбеђење на покретним стварима и потраживањима (Република Србија)“, *Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu* – Књига II, 2010, 218-243.

збира одржава на одређеном нивоу, те ако та вриједност падне испод уговореног нивоа, обезбјеђено потраживање се сматра доспјелим, тако да заложни повјерилац може одмах да покрене поступак намирења.

Када се као предмет залогe јавља будућа ствар (*after acquired property*), дакле, она која још увијек не постоји или постоји али није у имовини залогодаваца, заложно право настаје тек када залогодавац стекне право својине на предмету залогe. Ако овај одложни услов наступи, сматра се да је залогa постојала од самог почетка. Пошто се регистрација заложног права на будућој ствари може тражити и прије него што је залогодавац прибави у својину, *ratio legis* ове одредбе огледа се у томе да заложни повјерилац стиче право првенства и прије настанка заложног права, дакле, од момента регистрације. Залагање будуће ствари је посебно значајно због омогућавања да предмет залогe буде флукутабилан збир ствари, тако да залогa престаје на стварима које „изађу“ из тог збира али аутоматски обухвата ствари које „уђу“ у тај збир.²⁶ Регистрована залогa се стиче на основу уговора о залози, уписом у Регистар залогe, под условом да је залогодавац био овлашћен да заложити предмет залогe. Дакле, потребно је да је залогодавац овлашћен да заснује залогу на предмету који се оптерећује, да је уговор о залози пуноважан (*iustus titulus*) и да се заложно право упише у Регистар залогe (*modus acquirendi*).²⁷ Треба напоменути и то да, српско оправо не познаје разлику између *attachment* и *perfection*, као што је то случај у англоамеричком праву.²⁸ Упис у Регистар залогe има вишеструк значај. Повјерилац уписом стиче заложно право (конститутивна функција), трећа лица од тог тренутка не могу истицати чињеницу да нису знала за залогу (публицитетна функција), а ред првенства, у случају да је исти предмет залогe заложен већем броју повјерилаца, рачуна се према времену пријема захтјева за упис заложног права у Регистар залогe, тако да има и приоритетну функцију.

У српском праву није прихваћен фидуцијарни пренос права својине, као средства обезбјеђења потраживања, што је случај у праву РХ. Право Републике Србије, такође, не познаје ни залагање имовине у форми лебдећег обезбјеђења. Између српске регистроване залогe и енглеског *floating charge*-a постоји врло мало сличности. Прва сличност огледа се у сегменту регистрације, јер се оба правна инструмента уписују у регистар (Регистар залогe, односно Регистар привредних друштава). Међутим, правна природа оваквог уписа се изузетно разликује. Код *floating charge*-a дејства обезбјеђења према трећим лицима наступају тек са кристализацијом, а првенствени ред повјериоца оцјењује се према околностима које нису видљиве из регистра,

²⁶ Д. Хибер, М. Живковић (2015), 184.

²⁷ *Ibidem*, 189.

²⁸ N. Tešić (2010), 228.

тј. према времену кристализације. Није занемарљива чињеница да уписани *floating charge* ужива првенство у намирењу само у односу на касније уписани *floating charge*, али не и у односу на касније успостављени *fixed charge*. *Floating charge* могу конституисати искључиво компаније, односно друштва капитала, за разлику од регистроване залоге коју могу успоставити сва правна и физичка лица. Енглеским *floating charge*-ом може се оптеретити цјелокупна имовина дужника, непокретне и покретне ствари, потраживања, ауторска и сродна права, пословни углед и друго (*universitas iuris*).

У праву Републике Србије није прихваћено генерално обезбјеђење на имовини заложног дужника. Начело специјалности је у великој мјери очувано, иако и код овог правила постоји изузетак који се огледа у могућности да се заложи будућа ствар или збир покретних ствари, попут робе у одређеном складишту или инвентара који служи за обављање привредне дјелатности. Изузетак се састоји управо у томе што залога не постоји на свакој појединачно одређеној ствари која потпада под збир ствари него на збиру као таквом, а састав тог збира временом може да варира (поједине ствари улазе, односно излазе из збира ствари). Међутим, и у овој ситуацији, управо из разлога што није дозвољено залагање цјелокупне имовине, предмет залогe треба да буде у довољној мјери одређен (па тако нпр. не може да се заложи сва имовина дужника или сва садашња и будућа роба). Овдје можемо повући другу паралелу са енглеским *floating charge*-ом, у том смислу што залога постоји на флукутабилном збиру ствари који се фиксира тек у фази реализације залогe, али се од ње ипак разликује по томе што у српском праву постоје границе оптерећеног добра (примјеном критеријума врсте или мјеста на којем се ствари налазе), као својеврстан оквир у којем повјерилац има право првенственог намирења.²⁹

Тенденције да се домаће право модификује у смијеру у коме су се кретала законодавства већине транзиционих земаља, попут Мађарске, Словачке, Бугарске, Румуније и др. примјетно је кроз дјеловање Европске банка за обнову и развој – EBRD. Наиме, EBRD је понудила Модел закон о обезбјеђењу потраживања – Модел-закон³⁰ који представља компилацију рјешења енглеског *floating charge*-а и америчког *security interest*-а. Модел-закон је требао да послужи као узор при изради националних прописа, али није био у довољној мјери прилагођен континенталној правној традицији. Модел-закон предвиђа могућност обезбјеђења потраживања на цјелокупној имовини дужника примјеном института *enterprise charge*. Овај институт је подрврста *charge*-а (јединственог права обезбјеђења потраживања) Модел-законa. Између

²⁹ Nenad Tešić, „О предмету založnog prava“, *Pravni život* 2003/10, 115-130.

³⁰ *Model Law on Secured Transactions*. 1994. European Bank for Reconstruction and Development. <https://www.ebrd.com/news/publications/guides/model-law-on-secured-transactions.html>, последњи приступ 25. 6. 2022.

концепта *enterprise charge* и *floating charge* постоје извјесне сличности и разлике. Тако рецимо, имовина којом се потраживање обезбјеђује односи се на целокупну имовину којом друштво послује, а обухвата и будућу имовину. Дакле, обезбјеђење потраживања може оптеретити једну или више ствари или права, а предмет се може одредити појединачно (*specific charge*) или уопштено (*classs charge*). У овом другом случају, ради се о обезбјеђењу потраживања на збиру ствари. Када говоримо о залагању будуће ствари, разликују се ствари које још не постоје и ствари које постоје али у моменту закључења уговора о залози не припадају залогодавцу (чл. 5.8 и 5.9). Смисао ове одредбе је стицање приоритетног реда (вид. чл. 6.8 у вези са чл. 6.7.1 Модел-закона). Даље, као и код *floating charge*-а, повјерилац који има *enterprise charge* има стварно право намирења на имовини дужника прије повјерилаца чија потраживања нису обезбјеђена (вид. чл. 1, чл. 22 о чл. 31 Модел-закона). Када говоримо о субјектима, на дужничкој страни је ограничен круг на правна лица која обављају привредну дјелатност, што одговара схватању енглеског права да заложни дужник може бити само привредно друштво (*company*) али не и *partnership*. Сличност између *enterprise charge* и *floating charge* огледа се и у томе што се уговор, као правни основ стицања заложног права, треба регистровати (чл. 8 Модел-закона), с тим да је дејство регистрације различито. Док енглеско право раздваја постизање дејства *erga omnes* од реда првенства, па је за одређење првог мјеродавна регистрација, а за другог кристализација, према Модел-закону оба дејства се постижу регистрацијом, те је овим отклоњен можда и највећи недостатак *floating charge*-а. Разлика између ова два института постоји и у забрани располагања оптерећеном имовином. Наиме, док према енглеском праву дужник губи право располагања наступањем кристализације, према Модел-закону дужник губи ово овлашћење када не плати дуг по доспјелости (чл. 22.1). У сврху публицитета, повјерилац је у обавези да дужнику достави обавјештење о извршењу (чл. 22.2 Модел-закона) и да га у року од 7 дана путем забиљежбе упише у регистар. Ово је значајна разлика у односу на *floating charge* код које се трећа лица могу упознати са кристализацијом тек забиљежбом именовања *receivera*.

На крају још једном наглашавано да се законодавац у Републици Србији није определијелио за увођење овог института, него на еластичније нормирање предмета регистроване залогe на основу кога се као објекат заложног права може појавити, у првом реду, флукутирајући збир покретних ствари намјењених продаји, над којим постоји право располагања у оквиру редовне дјелатности од стране залогодавца и будућа ствар. На овај начин се у великој мјери остварује сврха постојања *floating charge*-а, без да се у потпуности пробија начело специјалности.

ЗАКЉУЧАК

Захтјеви модерног правног промета намећу потребу за еластичнијим и флексибилнијим средствима обезбјеђења која ће, с једне стране, олакшати положај дужника и омогућити му да искориштава економски потенцијал заложене ствари ради лакше отплате дуга, а с друге стране пружити довољну гаранцију намирења повјериоачевог потраживања. У сврху постизања овог економског циља у упоредном праву се употребљавају различити правни инструменти. Најчешће је ријеч о бездржавинској (регистрованој) залози и њеним еквивалентима у упоредном праву, код којих предаја у државину бива замијењена уписом заложног права у одређени регистар. Специфичност овог облика заложног права огледа се заснивању стварног права на покретним стварима дужника, а да при том дужник има могућност да исте ствари користи, односно да исте остану у његовој непосредној државини.

На основу извршене упоредне студије правних института у енглеском, хрватском али и српском праву јасно се види да се круг објеката који служе за потребе обезбјеђења потраживања значајно проширио. Правац реформе система обезбјеђења потраживања ишао је у смјеру довођења у функцију што већег броја предмета који имају имовинску вриједност. Тим је битно проширена лепеза, првенствено покретних ствари које могу бити објекти осигурања. У систему англосаксонског права прихваћен је изузетно либералан приступ, па се тако *floating charge*-ом може заложити садашња и будућа имовина компаније, што укључује покретне и непокретне ствари, права и читав низ нематеријалних добара. При оцјени појма *floating charge* треба имати на уму да је то институт који је настао као посљедица покушаја да се заобиђу неки од традиционалних *common law* постулата. Афирмацијом овог института настојало се удовољити потребама финансирања привредне дјелатности. Међутим, ни континентална правна традиција није остала имуна на реформу и захтјеве да се у значајној мјери изађе у сусрет подстицању привредних активности. У раду смо компаративно анализирали правни институт лебдећег заложноправног осигурања, који је свом енглеском узору (*floating charge*-у), како смо закључили, далеко ближи по самом називу него по карактеристикама.

Што се тиче права Републике Србије, сматрамо да постојећа регулатива залог на покретним стварима умногоме задовољава економске интересе пословне заједнице. Као прво, увођење бездржавинске залог у правни систем представља значајан корак ка унапређењу cjелокупног система заложног права. Настанком бездржавинске залог дужник више није у обавези да изврши предају предмета залог повјериоцу, већ је у могућности да настави са (економским) коришћењем својих покретних ствари. С друге стране, положај заложног повјериоца је утолико бољи, јер се ослобађа трошкова чувања

предмета залогe. Један од разлога настанка регистроване залогe јесте и недостатак публицитета ручне залогe. С појавом Регистра залогe, тачније вођења евиденције о залози на покретним стварима, остварује се публицитетна функција, тј. осигурава се положај како повјериоца и свих трећих лица, којима је омогућен увид у податке о имовини дужника која је оптерећена залогом. Надаље, омогућавањем да се као предмет регистроване залогe може појавити: а) *inventory*, односно флукутирајући збир покретних ствари намјењених продаји, над којим постоји право располагања у оквиру редовне дјелатности од стране залогодавца и б) будућа ствар, остварује се у великој мјери сврха постојања *floating charge*-а, без да се у потпуности пробија начело специјалности. Дакле, на овај начин је створен изузетак који је правнополитички оправдан, а који ипак није обесмислио постојање начела специјалности.

Из свих наведених разлога, става смо да домаће законодавство треба да остане при постојећем уређењу бездржавинске залогe као и начела специјалности заложног права, због свих предности за уговорне стране и трећа савјесна лица, а што је и у духу наше (заложно)правне традиције.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ:

- Curtis, G. F. (1941) „The Theory of the Floating Charge“, *The University of Toronto Law Journal* 4 (1).
- Čulinović-Herc, E. (1998) *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika*, Rijeka.
- Čulinović-Herc, E. (2006) „Zalaganje pokretnih stvari određenih po rodu prema Zakonu o upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (1991) 2/27.
- Čulinović-Herc, E. (2007) „Lebdeće založnopravno osiguranje (I)“, *Pravo i porezi* 5.
- Čulinović-Herc, E. (2007) „Lebdeće založnopravno osiguranje (II)“, *Pravo i porezi* 5.
- Čulinović-Herc, E. (Supplement 1998) „Dobrovoljno osiguranje tražbina na pokretnim stvarima bez predaje u posjed prema ovršnom zakonu – pravni okvir i primjena“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci* (1991) 19.
- Diamond, A. L. (1989) *A Review of Security Interest in Property*. London.
- Dika, M. (2002) „Generički određene pokretne stvari kao predmet založnopravnog i fiducijarnog osiguranja“, *Hrvatska pravna revija* 2-4.
- Ernst, H. (2012) „Underregulation, overregulation, and misregulation of security interests in Croatian Law“, *New Perspectives of South East European Private Law*.
- Gavella et al. (2007) *Stvarno pravo*. Svezak drugi. II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje. Zagreb.
- Goode, R. M. (1982) *Commercial law*, London.
- Milman, D. (1981) Receivers as Agents, *The Modern Law Review* 44.

- Popov, D. (2009) „Zaloga na pokretnim stvarima upisanim u registar u pravu Republike Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2.
- Sealy, L. S. (1971) *Cases and Materials in Company Law*, Cambridge.
- Tešić, N. (2003) „O predmetu založnog prava“, *Pravni život* 10.
- Tešić, N. (2010) „Obezbeđenje na pokretnim stvarima i potraživanjima (Republika Srbija)“, *Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu – Knjiga II*.
- Worthington, S. (1994) „Floating Charges—An Alternative Theory“, *Cambridge Law Journal* 53(1).
- Тешић Н. (2007) *Рејисџирована zaloга*, Београд 2007.
- Тешић Н. (2020) „О извршности извода из регистра zaloга“, Вук Радовић (ур.) *Усклађивање њословној љрава Србије са љравом Евројске уније*.
- Хибер, Д., Живковић, М. (2015). *Обезбеђење и учвршћење љојљраживања*. Књига прва. Београд.
- Companies Act. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/6/contents>, последњи приступ 26. 5. 2022.
- Insolvency Act. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents>, последњи приступ 26. 5. 2022.
- Zakon o upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima, *Narodne novine* 121/05.
- Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, *Narodne novine* 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.
- Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima i pravima upisanim u Registar. *Службени љласник Рејљублике Србије*, 57/2003, 61/2005, 64/2006 – испр., 99/2011 – др. закон 31/2019.
- Zakon o obligационим односима. *Службени лисљ СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лисљ СРЈ*, 31/93, *Службени лисљ Србије и Црне Горе*, 1/2003 – Уставна повеља и *Службени љласник Рејљублике Србије*, 18/2020.
- Model Law on Secured Transactions*. 1994. European Bank for Reconstruction and Development. <https://www.ebrd.com/news/publications/guides/model-law-on-secured-transactions.html>, последњи приступ 25. 6. 2022.

Bosiljka Čubrilović Stamenić
University of Banja Luka
Faculty of Law
bosiljka.cubrilovic-stamenic@pf.unibl.org
ORCID ID: 0000-0001-6830-8990

Should a Floating Charge be Introduced in the Judiciary of the Republic of Serbia?

Abstract: *The article analyses the floating charge in Anglo-Saxon law systems and its equivalents in the European-continental legal order. In addition, the author examines the elementary determinants recognized as common to the institute of a floating charge and its equivalents in comparative: constitution, object, subjects, legal effect inter partes, the legal effect of registration, priority order, and settlement, underlining their particularities, underlining their particularities. Finally, the author provides a brief overview of the current regulation of the movable property guarantee system in the Republic of Serbia, and the question of justifying a possible standardization of the institute of the floating charge in Serbian legislation is examined. The author concludes that the current legal framework of the pledge of movable property in the law of the Republic of Serbia not only satisfies the economic interests of the business community but is also in line with the spirit of its (pledge)legal tradition.*

Keywords: *Pledge. – Movable things. – Registered pledge. – Floating charge.*

Датум пријема рада: 19.10.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 15.12.2022.

Датум прихватања рада: 15.12.2022.

Tomislav B. Dagen
Josip Juraj Strossmayer University of Osijek
The Academy of Arts and Culture
tdagen@net.hr
ORCID ID: 0000-0002-0652-2403

LEGAL CHALLENGES OF THE CROATIAN LEGISLATURE WITH REGARD TO THE HATE SPEECH AND COMMITTING CERTAIN CRIMINAL OFFENSES

Abstract: *A man's perennial desire and the struggle for freedom of speech, and freedom of expression, will experience the paradigm and reality in today's time, despite the evolutionary development of such desire and struggle about power and the legislator who will eventually articulate these desires. Freedom of expression is the highest human, social and humanistic evolutionary value in a liberal democracy in which an individual or group of people can convey their views, thoughts, and criticisms to other people, groups, and the governing structure. Unfortunately, freedom of expression in the 1920s began to demonstrate the dysfunction and anomalies of such values in public, media space, especially through electronic media, electronic publications, and modern electronic platforms, which are accessible by many people. In concrete terms, and considering the Croatian reality(ies) and experience with the above-mentioned phenomenon, it is indisputable that we are witnessing the abuse or misunderstanding of the limits of freedom of expression due to extensive interpretation or misunderstanding of democracy, radicalizes and abuses freedom of expression. The emergence of abuse of freedom of expression results in hate speech and the commission of certain crimes (public incitement to terrorism, terrorism, public incitement to violence, and hatred). Thus, we can say that there is a(n) (in)direct link between the freedom of expression provided for in Articles 9 and 10(1) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and other constitutional and legal provisions of the Republic of Croatia. The abuse of the exercise of these rights results in the commission of certain criminal offenses. Although hate speech and the radicalization of the media space through new electronic platforms have disavowed freedom of speech and opinion, it has also*

raised the question of the sufficiency of the existing legislative framework and the need for a new legislative response (example of Austrian counter-terrorism measures) with which, as a new form of legal struggle, these phenomena would be prevented and sanctioned. All of the above poses a legal challenge to existing constitutional provisions and the legislative framework in Croatia. Having this in mind, should Croatian legislators follow the example of the Austrian legislator and respond to abuses and violations of freedom of expression? Recognizing the above phenomena and connections between the abuse of freedom of expression with the commission of certain criminal offenses, the author uses scientific analysis and comparative method to examine the legal challenges and/or the strength of the Croatian legislative framework and asks whether there are perhaps new legal mechanisms that should be a response to these phenomena to further strengthen and protect the of freedom of expression.

Keywords: *hate speech, freedom of expression, public incitement to terrorism, terrorism, incitement to violence and hatred.*

1. INTRODUCTORY REMARKS

Unfortunate events in modern European and Croatian history in the form of terrorist attacks and/or criminal acts, which are the product and ultimate goal of public radical statements and hate speech, represent and place upon the legislators of each country the demand for sustainability and effectiveness of the operation of the legislative framework and legal-security system, which should and could recognize such facts, sanction them, and at the same time provide security and freedom of expression to all citizens. Freedom of expression as one of the fundamental human rights and the value of a democratic society, as well as the state and liberal democracy, is beginning to be re-examined, i.e., it is determined where the aforementioned rights end, and where hate speech and the commission of certain criminal acts begin. The awareness of the fact that freedom of expression is not absolute, but that it can also be limited, poses the legal and judicial challenge of interpreting such limitations for the constitutional and legislative order of each country.¹ The emergence of modern electronic media, electronic platforms as new forms of the media landscape and media activity through which both personal and public political views of governments, groups, and individuals are broadcast, represents an unlimited “battlefield” in which, through the so-called freedom of

¹ It can also be seen in earlier European legal sources that the freedom of expression is not absolute. Thus, the French Declaration on Human and Civil Rights from 1789 stipulates in Article 11 that every citizen can speak, write and print freely, but is responsible for abuses of this freedom as determined by law. See more in: European Union Agency for Fundamental Rights, <https://fra.europa.eu/en/law-reference/declaration-human-and-civic-rights-26-august-1789-0>

expression, the anomaly or abuse of such freedom is transmitted in the form of hate speech.

Through media (public) radicalization or abuse of freedom of expression in public gatherings, public places, religious buildings, or via electronic media, dissenters, people of different views, positions, different religions, public policies, the government, the opposition, and everything that is set as the very “target” of the attack, and ultimately the State, are attacked. Therefore, we can rightly ask, in the elaboration of this paper and research, whether the freedom of expression prescribed by Articles 9 and 10, paragraph 1 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms² (ECHR) is abused by radical statements, the radicalization of public statements by individuals, groups of people, the radicalization of the media space from which hate speech will emerge as a form of public communication aimed at a larger number of people and, consequently, the commission of certain criminal acts (public incitement to violence and hatred, incitement to terrorism, committing a terrorist act and causing disorder).

In light of the aforementioned, as well as unpleasant events in the modern Croatian history, in recent public statements by individuals and groups a possible connection between the abuse of freedom of expression, i.e. hate speech, and the commission of certain criminal acts appears. Therefore, there are authors who notice certain links or causalities between the aforementioned phenomena (freedom of speech, hate speech, and committing criminal acts). Thus, in his paper and research, Piazza poses a question or states a rhetorical thought; “Does hate speech – rhetoric that targets, vilifies, or is intended to intimidate minorities and other groups in society – fuel domestic terrorism?”³ Also, in their paper, Scharwachter and Muller specify the causality between hate speech and the commission of certain criminal acts, specifically terrorist acts, in such a way that through a statistical methodology for measurement, testing, and visualization, i.e. scientific methods, they conclude about the systematic connection of the above.⁴

Although hate speech and the radicalization of the media space through new electronic platforms have disavowed freedom of speech and opinion, they have also imposed on the legislator the question of the sufficiency of the existing legislative framework or the creation of a new one (example of the Austrian anti-terrorism law) with which, as a new form of legal struggle, the aforementioned would

² European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, Rome 1950.

³ James A. Piazza, “Politician hate speech and domestic terrorism”, *International Interactions Empirical and Theoretical Research in International Relations*, Routledge, Taylor&Francis Group, Volume 46, 2020 – Issue 3, pp. 431-455.

⁴ Erik Scharwachter, Emanuel Muller, “Does terrorism trigger online hate speech? On the association of events and time series”, *Annals of applied statistics* 14 (3) 2020, pp. 1285.-1303.

be prevented and sanctioned. Due to the everyday examples of abuse of social networks and appearances in public and media spaces with hate speech, the connection of the mentioned phenomenon with the final product of such action can be noticed, which is the commission of certain criminal acts. All of the above poses a legal challenge to the strength of the existing legal provisions for the Croatian legislative framework, or should the Croatian legislator follow the example of the Austrian anti-terrorism law and respond to abuses of freedom of expression? In this particular case, the question is how to find the right balance between the fight against hate speech, as a result of which certain criminal acts are committed, and the protection of freedom of expression.⁵

2.CROATIAN CASE STUDY – EXCEPTION OR INDICATION OF FREQUENCY?

The thesis of this paper and research is based primarily on the author's review of two *case studies* that had and have resonance in the Croatian media space, and which we take as examples of abuse of freedom of expression and lack of prevention in procedures of abuse of freedom of expression and, as a result, of the criminal acts committed. To better understand where freedom of expression ends, and where the commission of certain criminal acts begins, perhaps we should start from the subjective justification of such behavior, even though criminal acts resulting from the abuse of freedom of expression should not be justified. We can look for subjective justification in the relatively young Croatian democracy and the lack of democratic experience of all stakeholders in the media space, as well as in the everyday life of every citizen of the Republic of Croatia.⁶ The aforementioned could be seen as mitigating circumstances, but only in a subjective sense, while an objective understanding and reconsideration of such occurrences require a decisive response from the rule of law in sanctioning occurrences of excesses and/or abuse of freedom of expression with the ultimate consequence of hate speech and, consequently, the commission of criminal acts, public incitement to terrorism, terrorism, public incitement to violence and hatred.⁷

⁵ For more on finding a balance between freedom and security and the fight against terrorism, see Christina Binder, "Liberty versus security? A human rights perspective in times of terrorism", *Anuario Español de derecho internacional*/ vol. 34/ 2018., pp. 575.-595.

⁶ With regard to thirty years of Croatian statehood, Marko Poljak, Jelena Hadžić and Maša Martinić explained in their paper in more detail the abuse of the expression of thoughts through hate speech and its increase in the Croatian media: "Govor mržnje u hrvatskom medijskom prostoru", *In Medias Res*, Časopis filozofije medija, Vol. 9, No. 17, 2020, pp. 2709-2744.

⁷ The abuse of the freedom of expression most often turns into hate speech, which analogously results in the commission of criminal acts. For more on hate speech, see the paper and research conducted by Vesna Alaburić, "Ograničavanje govora mržnje u demokratskom društvu:

The first case refers to the event from 12 October 2020 in Zagreb, when a shooting from a firearm took place on St. Mark's Square in front of the building of the Government of the Republic of Croatia (Ban's Court), in which a police officer was wounded.⁸ The use of firearms against security personnel of the Government of the Republic of Croatia building is characterized as the commission of the criminal offense of terrorism under Article 97, paragraph 1, item 1 of the Criminal Code of the Republic of Croatia.⁹ The significance of the committed criminal act for the context of this paper lies in that it happened as a result of the perpetrator's earlier actions via social networks (Facebook) where he expressed his views, and inappropriate attitudes, and spread hate speech such as "If I were on of them, if I were to take down the Serbs."¹⁰ From such an example, we can clearly and

teorijski, zakonodavni i praktički aspekti", *Hrvatska pravna revija*, – part I and II, *Hrvatska pravna revija*, 2003.

⁸ The media headlined the unpleasant event in front of the Government building of the Republic of Croatia in the following way; "A 22-year-old man from Kutina on St. Mark's Square! Before the shooting, he posted on Facebook", daily press *Novi list*, 12 October 2020. <https://www.novolist.hr/novosti/hrvatska/na-markovu-trgu-pucao-22-godisnja-iz-kutine-prije-pucnjave-se-oglasio-na-facebooku-evo-sto-je-napisao/>, as well as "Details on the shocking morning: a burst of shots fired at the Government building, then they turned towards the Parliament...", daily press *Jutarnji list*, 12 October 2020, <https://www.jutarnji.hr/vijesti/crna-kronika/detalji-sokantnog-jutra-rafalno-pucao-po-zgradi-vlade-pa-se-okrenuo-prema-saboru-15024629>.

⁹ The aforementioned unfortunate event was characterized as the commission of a criminal act of terrorism, which is evident from the Decision of the County State Attorney's Office in Zagreb on the dismissal of the criminal complaint against a Croatian citizen (1998) for the criminal act of terrorism from Article 97, paragraph 1, point 1 of the Penal Code (the criminal charge was rejected because the perpetrator of the said crime committed suicide after committing it, author's comment). See more about the Decision in the Press Release of the County State Attorney's Office in Zagreb from 22 July 2020, <https://dorh.hr/hr/priopcenja/zupanijsko-drzavno-odvjetnistvo-u-zagrebu-doneseno-rjesenje-o-odbacaju-kaznene-prijave>

¹⁰ Due to the sensitivity of the case and the fact that it has activated the entire security apparatus in the Republic of Croatia, which is confirmed by the fact that the said matter is exclusively discussed at closed sessions of the Parliamentary Committee for Internal Affairs and National Security, the same parliamentary body issued two reports on the aforementioned case on 2 February 2022; 1. Report of the Committee for Internal Affairs and National Security from the discussion on the reports of the Ministry of the Interior, the Security Intelligence Agency and the State Attorney's Office of the Republic of Croatia on the attack on Ban's Court (classified information/closed to the public), 2. Report of the Committee for Internal Affairs and National Security from the discussion on the Report of the Ministry of Internal Affairs on arrests due to posts on social networks (classified information/closed to the public). From the aforementioned two reports, even though they are closed and classified, it is evident that the security services connect the posts on social networks of the perpetrator of the criminal offense and the act of the criminal offense. For more on the aforementioned reports, see the website of the Parliament of the Republic of Croatia, <https://www.sabor.hr/hr/radna-tijela/odbor-za-unutarnju-politiku-i-nacionalnu-sigurnost-10-saziv-hrvatskoga-sabora>.

The author of this paper took the quote from the portal of the daily newspaper *Jutarnji list*, published on 12 October 2020 under the title "What did the attacker post on his Facebook: "If I were on of them, if I were to take down the Serbs..."", <https://www.jutarnji.hr/vijesti/hrvatska/sto-je->

unequivocally find causality, i.e. first we notice the abuse of freedom of expression through the use of social networks characterized as hate speech, and consequently, we have the act of committing the crime of terrorism. In light of the above, the Prime Minister of the Republic of Croatia Andrej Plenković connects hate speech and the commission of a terrorist act in such a way that after the session of the Parliamentary Committee for Internal Affairs and National Security he declared; “The attack on Ban’s Court was unprecedented, we need to create an atmosphere in society that will reduce hate speech.”¹¹

Due to the complexity of the mentioned case (security issue), the author of this research does not assume possible further actions that would result from it, he raises the question of the responsibility of all those who encouraged the perpetrator of the criminal act by “liking” his posts on the mentioned social network and thereby encouraging hate speech, terrorism and (un)consciously a terrorist act committed by the perpetrator. We can consider the above as a(n) (in)direct abuse of freedom of expression.

Another example that confirms the thesis of this research and the paper (causality of abuse of freedom of expression and the commission of criminal acts, incitement to terrorism, a commission of a terrorist act, incitement to violence and hatred) also received considerable attention in the Croatian media because the defendants committed the crime of incitement to terrorism through public speech and publicly accessible Internet platforms.¹² In this specific case, citing the announcement of the County State Attorney’s Office in Zagreb from 1 April 2022, the defendants committed the following; “The first defendant is accused of taking part in unannounced public protests held to oppose the decisions of the

napadac-objavljivao-na-svom-facebooku-da-sam-jedan-od-njih-da-skidam-srbe-15024691. Since this is a security issue, the Facebook page of the perpetrator is no longer visible on the aforementioned social network, and the author of this paper, as previously stated, downloaded the hate speech that the perpetrator sent via the same network from one of the most visited portals in the Republic of Croatia.

¹¹ Prime Minister Andrej Plenković stated in detail after the session of the Parliamentary Committee for Internal Affairs and National Security on 2 February 2022 that there is a direct connection or causality between the abuse of freedom of expression and the commission of a criminal act of terrorism. For more on the statement, see the website of the Government of the Republic of Croatia from 2 February 2022, <https://vlada.gov.hr/vijesti/napad-na-banske-dvore-slucaj-bez-presedana-treba-stvoriti-ozracje-u-drustvu-koje-ce-smanjiti-govor-mrznje/33836>

¹² The aforementioned case caused a great media response due to the fact that the words spoken publicly during the protest against the measures to suppress the COVID-19 virus pandemic were characterized precisely as an abuse of freedom of expression, which led to the commission of the criminal offense of incitement to terrorism. For more on the media response, see the website of the daily newspaper Jutarnji list; <https://www.jutarnji.hr/vijesti/hrvatska/policija-se-oglasila-oprivođenju-franciskovica-i-kovacevica-evo-za-sto-ih-tocno-terete-15128709>, kao i dnevnog tiska Večernji list; <https://www.vecernji.hr/vijesti/policija-u-pet-zupanija-istrazuje-ljude-koje-se-sumnjici-na-poticanje-na-terorizam-1544471>

National Civil Protection Headquarters, introduced to suppress the pandemic of the infectious disease Covid 19, to realize his illegal activity, from November 13, 2021, to 1 December 2021, in several cities in the Republic of Croatia.

He is accused of making videos of these protests which were publicly displayed on social networks, in which he called on the citizens of the Republic of Croatia, as well as those outside the country, to mobilize and attack the physical integrity of the members of the governing state structures, to occupy public buildings and use other violent methods to remove the democratically elected government in the Republic of Croatia and to ignore the means of public communication. These videos were published on the Internet. The second defendant is accused of having, together with the first defendant, participated in an unannounced public gathering on 28 November 2021 where dissatisfied with the work of the state authorities, they called on citizens to mobilize and attack the physical integrity of the members of the governing structures, to occupy public buildings and use other violent methods to remove the democratically elected government in the Republic of Croatia, and to ignore the means of public communication. The first and the third defendant are accused of acting according to a prior agreement from 16 December 2021 to 22 December 2021 in Zagreb and Zadar with the aim to seriously disrupt the basic constitutional, political, economic, and social structures, and to realize their illegal actions. The first defendant is accused of having, during his pre-trial detention and exercising his right to phone conversation with his wife, namely the third defendant, publicly called on citizens to violently demolish constitutional, political, economic, and social structures in the Republic of Croatia. The third defendant is accused of recording the aforementioned speeches, editing them, and publishing them on an Internet platform”.¹³ Due to their abuse of freedom of expression, the defendants are accused of having committed criminal acts of public incitement to terrorism from Article 99, together with Article 97, paragraph 1, points 2 and 4 of the Penal Code, as well as Article 52 and Article 51 of the Penal Code.¹⁴

Considering the two cases in the Croatian media and legal environment, we can see the operation of the rule of law in terms of preventing and possibly sanctioning (for the second case we cannot talk about sanctioning because it has not yet been legally concluded, author's comment) the abuse of freedom of expression, which ends in the commission of certain criminal acts.

¹³ The County State Attorney's Office in Zagreb – Supplement to the announcements of 4 December 2021 and 31 January 2022 – An indictment was filed against three defendants for public incitement to terrorism. For more on the announcement, see the official website of the State Attorney's Office of the Republic of Croatia, <https://dorh.hr/hr/priopcenja/zupanijsko-drzavno-od-vjetnistvo-u-zagrebu-dopuna-priopcenja-od-4-prosinca-2021-i-31>

¹⁴ Ibid

3. THEORETICAL DEFINITION OF LEGAL MECHANISMS FOR PREVENTING AND SANCTIONING ABUSE OF FREEDOM OF EXPRESSION

In terms of the legal theoretical study of legal mechanisms that will protect freedom of expression, and at the same time sanction instances of abuse of freedom, we must primarily start from the assumption that nowadays it is a well-known fact that freedom of thought and expression represent the most important principle of democratic values, the rule of law and all other values on which Western European associations and modern democratic societies rest.¹⁵ According to the above, the Republic of Croatia will demonstrate its aspiration to belong to Western European political and legal values and protect freedom of expression at the beginning of the path towards acquiring its statehood through the provisions of the Christmas Constitution of 22 December 1990. Specifically, the provisions of Article 38 of the Constitution will clearly and unequivocally guarantee freedom of thought and expression, and will also include freedom of the press and other means of communication, freedom of speech and public performance, and the free establishment of all public communication institutions. The aforementioned freedoms will not be absolute and therefore the Constitution will state a provision or mechanism that would limit the said freedom in its absolute sense and its abuse by prohibiting and punishing any incitement to war or the use of violence, to national, racial or religious hatred or any form of intolerance.¹⁶

Furthermore, by implementing the foreign policy goals of belonging to Western European democratic values, the Republic of Croatia, through the Law on the Ratification of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, will additionally strengthen the aforementioned constitutional provisions in the field of freedom of opinion and expression, and the provisions of Articles 9 and 10 will confirm that “Everyone has the right to freedom of thought, conscience, and religion; this right includes freedom to change one’s religion or belief and freedom to, either alone or in community with others, manifest one’s religion or belief in public or private, in worship, teaching, practice, and rites. The freedom to profess one’s religion or belief is subject only to those

¹⁵ The importance and connection of freedom of expression with democratic societies and democratic values can be seen in the paper of prof. Ashutosh Bhagwata (Professor of Law, UC Davis School of Law. B.A. 1986 Yale University. J.D. 1990 The University of Chicago) who, taking the example of the United States of America, states: “Why do we protect freedom of speech? While many alternative theories of free speech have advanced over the years, in the United States the leading response was that we value freedom of speech because it is an essential element of democratic self-governance.” For more on the paper, see Ashutosh Bhagwata, “Free Speech Without Democracy”, *University of California, Davis, Law Review* [Vol. 49:59], 1 November 2015, pp. 62.

¹⁶ Article 38 and 39 of the Constitution of the Republic of Croatia, “Official Gazette”, No. 56/1990, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14

restrictions prescribed by law and which are necessary in a democratic society for public safety, to protect public order, health or morals or to protect the rights and freedom of others”, as well as “Everyone has the right to freedom of expression. This right includes freedom of opinion and freedom to receive and impart information and ideas without interference from public authorities and regardless of frontiers. This article does not prevent states from requiring the licensing of radio broadcasting, television, or cinematographic companies. The exercise of these freedoms, which entails duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions, or penalties which are prescribed by law and are necessary for a democratic society, in the interest of national security, territorial integrity, or public safety, to prevent disorder or crime, to protect health or morals, to protect the reputation or rights of others, to prevent the disclosure of information received in confidence or to maintain the authority and impartiality of the judiciary”.¹⁷ The aforementioned constitutional and European legal provisions which have been transposed into national legislation clearly state that freedom of expression is not absolute, but that there are certain circumstances that “justifiably” limit that freedom, protecting both general (national) interests, and the interests of other people, i.e. the individual. In further legal theoretical elaboration, we also list the primary laws that regulate freedom of expression, but through media as a means of addressing a large number of people. In this sense, the Media Act, which embodies Western European and democratic ideas, represents, along with the Electronic Media Act, a *condicio sine qua non* of a democratic reflection of a democratic and legally regulated state in which freedom of expression truly exists. Namely, according to the Media Act, Article 3, paragraph 2, in addition to the media freedoms listed, especially freedom of the media which includes freedom of expression and opinion as well as the respect for human personality, privacy and dignity, the abuse of such freedoms is clearly described in paragraph 3 of the same article, which reads as follows: “Freedom of the media may be limited only to the extent necessary in a democratic society in the interest of national security, territorial integrity or public order and peace, prevention of disorder or criminal acts, protection of health and morals, protection of the reputation or rights of others, prevention of disclosure of confidential information to preserve the authority and impartiality of the judiciary only in the manner prescribed by law.”¹⁸

Similarity to the aforementioned provisions can also be seen in the Article 14, paragraph 1 of the Electronic Media Act which stipulates that audio and/or audiovisual media services that threaten the constitutional order and national security and publicly incite the commission of the crime of terrorism from Article

¹⁷ Law on Ratification of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Protocol No. 1, 4, 6, 7 and 11 with the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of the Republic of Croatia, “Official Gazette”, No. 18/1997.

¹⁸ The Media Act of the Republic of Croatia, “Official Gazette”, No. 59/04., 84/11., 81/13.

99 of the Penal Code are prohibited (»Official Gazette«, No. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18 and 126/19), as well as paragraph 2 which stipulates that in audio and/or audiovisual media services it is forbidden to encourage and spread hatred or discrimination on the basis of race, ethnicity, skin color, gender, language, religion, political or other belief, national or social origin, property status, union membership, education, social position, marital or family status, age, state of health, disability, genetic heritage, gender identity, expression or sexual orientation and antisemitism and xenophobia, ideas of fascist, Nazi, communist and other totalitarian regimes.¹⁹ From the aforementioned provisions, and if we take into account the previously mentioned criminal acts, we see that all the mentioned perpetrators of criminal acts used electronic media to incite and spread hatred or discrimination based on racial or ethnic affiliation, as well as to incite disorder and overthrow the legitimately elected government. The criminal acts committed by the perpetrators, which we mentioned earlier in this paper, are subject to the provisions of Article 94, paragraph 2 of the same act, which stipulates that providers of electronic publications are obliged, by Article 14 of this act, to take all measures to prevent the publication of content that incites violence or hatred, and criminal acts of terrorism from Article 99 of the Penal Code and criminal offenses related to racism and xenophobia from Article 125 of the Penal Code.²⁰ Following the presented legal provisions, the umbrella law that sanctions deviations in freedom of expression, i.e. abuse of freedom of expression in the Croatian legal context is the already mentioned Penal Code. Article 99 of the aforementioned law (Public incitement to terrorism) stipulates that anyone who publicly presents ideas that directly or indirectly encourage the commission of a criminal offense from Article 97, Article 98, Article 137, Article 216, paragraphs 1 to 3, Article 219, Article 223, Article 224, Article 352 to Article 355 of this act shall be imprisoned from one to ten years. The aforementioned provision of the Act, if we study it in the context of the case²¹ from this paper, fully covers the mentioned abuse of freedom of expression and the prevention of the actions of both the police and the State Attorney's Office, to prevent the commission of a criminal offense from Article 97 of the same act.²²

¹⁹ The Electronic Media Act of the Republic of Croatia, "Official Gazette", No. 111/21.

²⁰ Penal Code of the Republic of Croatia, "Official Gazette", No. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19 and 84/21, consolidated text

²¹ See note 13

²² Terrorism – "Whoever, with intent to seriously intimidate a population, compel a government or an international organization to perform or abstain from doing an act, seriously destabilize or destroy the fundamental constitutional, political, economic or social structures of a state or an international organization, commits one of the following acts that can seriously harm the state or an international organization. 1. attacks upon a person's life which may cause death, 2. attacks upon the physical integrity of a person, 3. kidnapping or hostage taking, 4. causing extensive destruction to a government or public facility, a transport system, an infrastructure facility, including

In addition to public incitement to terrorism and the very criminal offense of terrorism, abuse of freedom of expression can also be seen through the provisions of Article 325, paragraphs 1, 2 and 3, where the previously mentioned criminal offenses are brought under the aforementioned provisions, "Whoever, through the press, radio, television, computer system or network, at a public meeting or otherwise publicly incites or makes available leaflets, images or other materials that call for violence or hatred directed towards a group of people or a member of a group because of their racial, religious, national or ethnic affiliation, origin, skin color, sex, sexual orientation, gender identity, disability or any other characteristics, shall be punished by imprisonment of up to three years. The penalty from paragraph 1 of this article shall be imposed on anyone who publicly approves, denies, or significantly minimizes the criminal act of genocide, the crime of aggression, crime against humanity or war crime, directed towards a group of people or a member of a group because of their racial, religious, national or ethnic affiliation, origin or skin color, in a manner suitable to incite violence or hatred against such a group or members of such a group. The perpetrator shall be punished for the attempted criminal offense referred to in paragraphs 1 and 2 of this article." Hence, we see that the Penal Code has tools with which it can prevent and sanction hate speech, especially when hate speech transforms into extreme form which becomes dangerous for the state, the government, society, and all citizens.²³

Furthermore, following the cited provisions of the Penal Code, it can be seen that there is a legislator's response to the occurrence of hate speech, which in its intensity can lead to the commission of the aforementioned criminal offenses (let's take the examples that we cited earlier in this paper, author's comment). The question arises whether these provisions are sufficient considering the amount of hatred (religiously and nationally motivated hatred, xenophobic and other acts towards national minorities and other religious groups) in the media and everyday life, from which we see that the criminal acts of terrorism, incitement to terrorism and incitement to violence and hatred nevertheless arise.²⁴

an information system, a fixed platform located on the continental shelf, a public place or private property likely to endanger human life or result in major economic loss, 5. seizure of aircraft, ships, or other means of public or goods transport, 6. manufacture, possession, acquisition, transport, supply, or use of weapons, explosives, or of nuclear, biological or chemical weapons, as well as research into, and development of, biological and chemical weapons, shall be punishable by imprisonment from three to fifteen years

Penal Code of the Republic of Croatia, "Official Gazette", No. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21, consolidated text

²³ Ibid, Penal Code of the Republic of Croatia, "Official Gazette", No. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21, consolidated text

²⁴ In their paper and research on where the freedom of expression ends and hate speech begins, Maja Munivrana Vajda and Andrea Šurina Marton state that "although Croatian criminal legislation, with minor deviations, is compatible with modern European sources, in theory and

4. AUSTRIAN ANTI-TERRORISM LEGISLATIVE PACKAGE – ESTABLISHING BALANCE BETWEEN LEGISLATION AND FREEDOM OF EXPRESSION

The event that took place in Vienna on 2 November 2020, in which four people were killed and fifteen were wounded by an armed male person, will pose numerous political, security, and ultimately legal challenges to the Republic of Austria to prevent the repetition of the above events in the future.²⁵ The aforementioned terrorist act will be a *case study* or a legal/political milestone in the Austrian fight against terrorism and the suppression of hate speech, since the legislative initiative of the Ministry of Justice aimed at fighting terrorism will be launched only one month after the terrorist act was committed.²⁶ The set of amendments to the existing laws will essentially relate to, *nota bene*, as the media and associations for the protection of human rights have called it, the fight against “political Islam”. Namely, the new measures would be aimed at “potential threats” to the Austrian social order and people, as well as political Islam, and their goal is to make a significant contribution to the prevention of extremist and Isla-

practice a number of problems and controversial issues can be observed”, and thus we clearly and unequivocally see a possible legal, i.e. statutory *maxim* that can be implemented in cases of hate speech and its sanctioning. For more on the paper, see Maja Munivrana Vajda and Andrea Šurina Marton, “Gdje prestaju granice slobode izražavanja, a počinje govor mržnje? Analiza hrvatskog zakonodavstva i prakse u svjetlu europskih pravnih standarda”, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu* (Zagreb), Vol. 23, No. 2/2016, pp. 444.

In the theoretical elaborations of the definition of the concept of incitement to commit a criminal offense and the frequency of the commission of criminal offenses resulting from hate speech, specifically the criminal offense from Article 325 of the Penal Code, at a public forum held under the auspices of the Faculty of Law of the University of Zagreb and the Lawyers’ Club of the City of Zagreb, full professor Davor Derenčinović raised the question of the elaboration of the characteristics of the mentioned criminal offense and stated the following thesis; “If it is understandable to criminalize incitement to violence, to me it is extremely questionable what it means to incite another to hatred. It has nothing to do with inciting a criminal act, but with inciting negative feelings towards other people and groups”. For more on the Forum, see [https://www.pravo.unizg.hr/images/50018419/212%20Surina%20Marton%20Munivrana%20Vajda%20travanj%20L\(1\).pdf](https://www.pravo.unizg.hr/images/50018419/212%20Surina%20Marton%20Munivrana%20Vajda%20travanj%20L(1).pdf)

²⁵ The media around the world reported on the unpleasant terrorist act, and it was clearly stated in all of them that it was a terrorist act committed by sympathizers of the Islamic State. For more on the details of the terrorist attack on Vienna, see: Vienna attack: arrests made after four killed in ‘Islamist terror’ shooting, *The Guardian*, 3 November 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/nov/03/vienna-terror-attack-isis-sympathiser-blamed-for-shooting-that-left-dead>

²⁶ On 22 December 2020, the Ministry of Justice sent a set of amendments to the existing laws to the Austrian parliament in response to the committed terrorist act. For more on the proposal, see the website of Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort; https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?ResultFunctionToken=b06c8e5a-9b35-4150-b75f-912b498bd-83b&Position=1&SkipToDocumentPage=True&Abfrage=Begut&Titel=&Einbringer=&DatumBegutachtungsfrist=&ImRisSeitVonDatum=&ImRisSeitBisDatum=&ImRisSeit=Undefined&ResultPageSize=100&Suchworte=terror&Dokumentnummer=BEGUT_COO_2026_100_2_1817793

mist-motivated attacks in Austria”.²⁷ Such announcement, as well as the official initiative to amend the law, will cause a reaction from the public and certain legal circles who will state that it is not in accordance with international and European human rights standards on freedom of religion, expression and association, although it is completely understandable that the protection of national security, public safety, public order, and the protection of the rights and freedom of others, are considered legitimate goals that can justify restrictions on non-absolute rights such as freedom of religion and freedom of expression.²⁸

In formal legal terms, the merits of the legislative fight against terrorism referred to amendments to the Penal Code of the Republic of Austria, by introducing new “religiously motivated” criminal offences, i.e. criminal offenses described in Chapter 247b of the Penal Code under the heading *Religiously Motivated Extremist Association* (Religiös motivierte extremistische Verbindung) which read: “(1) A person who founds or is a leader in a religiously motivated extremist association shall be punished by imprisonment if he or another participant has committed or contributed to a serious illegal act in which a religiously motivated extremist orientation is clearly manifested, for which a sentence of up to two years is prescribed; (2) Whoever participates in such an association with the intention of promoting the commission of religiously motivated extremist acts, or supports them with significant means or in another significant way, is subject to the condition from paragraph 1 of imprisonment for up to one year or a fine of up to 720 daily wages; (3) A religiously motivated extremist association is one that continuously and illegally tries to replace the essential elements of the democratic, constitutional fundamental order of the republic with an exclusively religiously based social and state order by enforcing laws, regulations or preventing other sovereign decisions or usurp religiously based sovereign rights or try to enforce such rights.”²⁹ In addition to media and scientific criticism of the adopted amendments to the Penal Code³⁰, the article of the Penal Code undoubtedly, namely

²⁷ The introduction of the terminology and the so-called criminal offense of “political Islam” will cause a deep and general reaction from the media, non-governmental organizations for human rights and other groups that deal with the issue of human rights. For more on this topic, see website of the daily newspaper Večernji list from 11 November 2020, under the heading: “Austria adopted measures against terrorism: Registers, closures, mosques, bracelets...”, [vecernji.hr/vijesti/austrija-donijela-mjere-protiv-politickog-islama-registri-zatvaranje-dzamija-narukvice-1445307](https://www.vecernji.hr/vijesti/austrija-donijela-mjere-protiv-politickog-islama-registri-zatvaranje-dzamija-narukvice-1445307).

²⁸ For more on the reaction and comments on the legislative initiative regarding the draft anti-terrorism law, see the comments of the European Center for Not-for-Profit-Law – <https://ecn1.org/news/austria-anti-terrorism-draft-law-not-line-human-rights-standards-fundamental-rights>

²⁹ Federal Law Gazette for the Republic of Austria, No. 159/2021 from 27 July 2021 (BUNDESGESETZBLATT FÜR DIE REPUBLIK ÖSTERREICH, Ausgegeben am 27. Juli 2021), <https://www.ris.bka.gv.at/eli/bgbl/I/2021/159>

³⁰ Amnesty International Österreich, Dokumentations- und Beratungsstelle Islamfeindlichkeit und Antimuslimischer Rassismus Epicenter.Works European Center For Not-For-Profit Law Stichting European Network Against Racism Koalition gegen Antimuslimischen Rassismus ZARA

de facto and *de iure*, shows that, when it comes to freedom of expression and the application of the provisions of Article 10, paragraph 2 of the ECHR, the Austrian legislator considers that such measures are necessary and proportionate to the legitimate goal pursued, which is *de facto* national security, public security, security of public order and the protection of the rights and freedoms of other legitimate goals that are limited by hate speech which would result from the commission of the aforementioned criminal acts.³¹ Therefore, and in order to take the Austrian case as an example of the action of the Croatian legislator, it should be emphasized that, judging by the reasons for passing the aforementioned amendments to the law, in the Austrian example one can also talk about the establishment of the necessary balance between the citizens' and society's need for security and the freedom of speech or expression, that is limited in its extreme form, i.e. characterized as illegal, that is, the full application of Article 18, paragraph 3 and Article 20, paragraph 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights comes into force.³²

5. CONCLUDING REMARKS

Establishing social balance by choosing the lesser of two evils, as in the era of the Roman Republic, with the interpretation and implementation of Cicero's *maxim Salus populi suprema lex* (the safety of people is the supreme law), and by recognizing the fact that security restrictions on freedom of expression are established for the sake of people's safety, should represent the starting point from which to search for the best *modus operandi* between freedom of expression and limiting it. In this sense, the author of this paper believes that the Croatian legislator should start from the following as a guideline for future actions on how to respond to hate speech and the commission of certain criminal acts, and how to establish a balance between legislative action and freedom of expression;

Zivilcourage und Anti-Rassismus-Arbeit signed a joint statement in which they state that the draft law on the fight against terrorism in the Republic of Austria does not comply with basic human rights standards. For more on the statement, see <https://www.enar-eu.org/joint-statement-anti-terrorism-bill-not-in-line-with-basic-human-rights/>

³¹ The importance of the adoption of a set of laws against terrorism by the Republic of Austria is also stated by the U.S. Department of State United States of America in its Annual Report on Terrorism in 2020, December 2021/ https://www.state.gov/wp-content/uploads/2021/07/Country_Reports_on_Terrorism_2020.pdf

³² Article 18, paragraph 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights, which was adopted by the General Assembly of the United Nations on 16 December 1966, and which entered into force on 3 January 1976, stipulates that the "Freedom of religion or belief can be subject only to those restrictions prescribed by law and which are necessary for the protection of public safety, order, health, morals or the fundamental rights and freedoms of others." Article 20, paragraph 2, stipulates that; The law prohibits any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence.

- a) theoretical interpretations of Michael Ignatieff, who in his book “The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror” claims that in case of real danger, if political authorities intend to enact laws restricting certain rights, they must be verified by the court and the free media.³³ Therefore, taking into consideration Cicero’s *maxim* as well as Ignatieff’s theoretical concepts, the final reflection on the fact that the Croatian legislation should act in accordance with the Austrian and the very concept of the anti-terrorist fight is that the legislator should still pass certain laws and measures in emergency situations in the way that Jeremy Waldron states in his political theories and thoughts. He states that in emergencies, reducing freedom usually means strengthening the power of the state, so that such power can be used in the fight against terrorism. However, Waldron points out that this enhanced power can be used for other things, therefore, “reducing freedom could also reduce security against the same state,” even as it increases security against terrorism.³⁴ and from
- b) the formal legal framework prescribed by the Regulation of the European Parliament and the Council of the European Union of 29 April 2021 on the fight against the spread of terrorist content on the Internet, which states in its introductory part: “Regulatory measures to combat the spread of terrorist content on the Internet should be complemented by Member States’ strategies to combat terrorism, including strengthening media literacy and critical thinking, developing alternative arguments and counter-arguments, and other initiatives to reduce the impact of and exposure to terrorist content online, as well as investment in social work, initiatives for de-radicalization and cooperation with affected communities to achieve permanent prevention of radicalization in society. The fight against terrorist content on the Internet, which is part of the broader problem of illegal content on the Internet, requires a combination of legislative, non-legislative, and voluntary measures based on cooperation between competent authorities and hosting service providers, in a way that fully respects fundamental rights”. Precisely, the aforementioned Regulation of the European Parliament and the Council of the European Union should be a guidance or a starting point for questioning in which direction should freedom of speech go, and how to combat against abuse of such freedom.³⁵

³³ Michael Ignatieff, *The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror*, Princeton University Press, 2005, pp. 2.

³⁴ Jeremy Waldron, “Security and Liberty: The Image of Balance”, *Journal of Political Philosophy*, Vol. 11, No. 2, 2003, pp. 193.

³⁵ Regulation of the European Parliament and the Council of the European Union of 29 April 2021 on the fight against the spread of terrorist content on the Internet, Official Journal of the European Union L 172/79, 17 May 2021.

Hence, freedom of expression as one of the principles of a democratic society in its evolutionary development has to be re-examined. Also, the boundaries where freedom of expression ends and hate speech begins, moreover, where the commission of certain criminal acts begins, are being determined. The author of the paper re-examines this boundary in the sense that he sees the abuse of hate speech in the conviction of certain criminal offenses. The reason for the author's standpoint is primarily the abuse of such freedom by individuals, certain groups (political, religious) who used such freedom as an (in)direct means, tool or weapon to achieve a specific goal, i.e. causing a certain amount of damage by harmful action towards an individual, a specific group, as well as the state, which manifests itself as the commission of certain criminal acts. Preventing the abuse of freedom of expression, and ultimately, as a result, the commission of certain criminal acts (e.g. terrorism) is an eternal struggle of finding a balance between freedom of expression and limiting it. Limiting freedom, according to Cicero's *maxim Salus populi suprema lex* can only be a starting point for determining the limits of freedom of expression or a partial prevention from reaching the ultimate goal resulting from the abuse of freedom of expression. By comparing the Croatian legal fight against the abuse of freedom of expression and the Austrian model in the form of anti-terrorist measures, which includes amendments to the Penal Code, the author of this paper applied, as stated in the previous article of this paper, parts of the Austrian modality, as well as the full implementation of the Regulation of the European Parliament and the Council of the European Union on the fight against the spread of terrorist content on the Internet. The Regulation provides the states with the tools, mechanisms and guidelines to find a balance between freedom of expression and limiting it, such as strengthening media literacy and critical thinking, developing alternative argumentation and counter-argumentation, strengthening media literacy and critical thinking, developing alternative argumentation and counter-argumentation.

REFERENCES

Books and articles

- Alaburić, Vesna: *Ograničavanje govora mržnje u demokratskom društvu: teorijski, zakonodavni i praktički aspekti*, Hrvatska pravna revija, – part I and II, Hrvatska pravna revija, 2003.
- Bhagwata, Ashutosh, *Free Speech Without Democracy*, University of California, Davis, Law Review [Vol. 49:59], 1 November 2015.
- Binder, Christina, *Liberty versus security? A human rights perspective in times of terrorism*, Anuario Español de derecho internacional/ Vol. 34/ 2018.
- Scharwachter, Erik, Muller, Emanuel, *Does terrorism trigger online hate speech? On the association of events and time series*, Annals of applied statistics 14 (3) 2020
- Ignatieff, Michael, *The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror*, Princeton University Press, 2005.

- Munivrana Vajda, Maja, Šurina Marton, Andrea, *Gdje prestaju granice slobode izražavanja, a počinje govor mržnje? Analiza hrvatskog zakonodavstva i prakse u svjetlu europskih pravnih standarda*, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb), Vol. 23, No. 2/2016.
- Piazza, A. James, *Politician hate speech and domestic terrorism*, International Interactions Empirical and Theoretical Research in International Relations, Routledge, Taylor&Francis Group, Volume 46, 2020 – Issue 3,
- Poljak, Marko, Hadžić, Jelena, Martinić, Maša, *Govor mržnje u hrvatskom medijskom prostoru*, In Medias Res, Časopis filozofije medija, Vol. 9, No. 17, 2020.

Laws, Reports and other international regulations

- European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, Rome 1950.
- Report of the Parliamentary Committee for Internal Affairs and National Security from the discussion on the reports of the Ministry of the Interior dated 2 February 2022.
- Report of the Committee for Internal Affairs and National Security from the discussion on the Report of the Ministry of Internal Affairs on arrests due to posts on social networks (classified information/closed to the public) dated 2 February 2022.
- Penal Code of the Republic of Croatia, "Official Gazette", No. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21, consolidated text
- Press Release of the County State Attorney's Office in Zagreb from 22 July 2020
- Federal Law Gazette for the Republic of Austria, No. 159/2021 BUNDESGESETZ-BLATT FÜR DIE REPUBLIK ÖSTERREICH
- UN – International Covenant on Civil and Political Rights
- The Constitution of the Republic of Croatia, "Official Gazette", No. 56/1990, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.
- Regulation of the European Parliament and the Council of the European Union of 29 April 2021 on the fight against the spread of terrorist content on the Internet, Official Journal of the European Union L 172/79, 17 May 2021.
- The Electronic Media Act of the Republic of Croatia, "Official Gazette", No. 111/21.
- The Media Act of the Republic of Croatia, "Official Gazette", No. 59/04, 84/11, 81/13.
- Law on Ratification of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Protocol No. 1, 4, 6, 7 and 11 with the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of the Republic of Croatia, "Official Gazette", No. 18/1997.

Websites

- European Union Agency for Fundamental Rights, <https://fra.europa.eu/en/law-reference/declaration-human-and-civic-rights-26-august-1789-0>
- Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort; <https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?ResultFunctionToken=b06c8e5a-9b35-4150-b75f-912b498bd-83b&Position=1&SkipToDocumentPage=True&Abfrage=Begut&Titel=&Einbringer=&DatumBegutachtungsfrist=&ImRisSeitVonDatum=&ImRisSeitBisDatum=&ImRisSeit=Undefined&ResultPageSize=100>

- European Center for Not-for-Profit Law – <https://ecnl.org/news/austria-anti-terrorism-draft-law-not-line-human-rights-standards-fundamental-rights>
- Public forum held under the auspices of the Faculty of Law of the University of Zagreb and the Lawyers' Club of the City of Zagreb, presentation by full professor Davor Derenčinović, [https://www.pravo.unizg.hr/images/50018419/212%20Surina%20Marton%20Munivrana%20Vajda%20travanj%20L\(1\).pdf](https://www.pravo.unizg.hr/images/50018419/212%20Surina%20Marton%20Munivrana%20Vajda%20travanj%20L(1).pdf)
- Jutarnji list; <https://www.jutarnji.hr/vijesti/hrvatska/sto-je-napadac-objavljivao-na-svom-facebooku-da-sam-jedan-od-njih-da-skidam-srbe-15024691>
- Jutarnji list; <https://www.jutarnji.hr/vijesti/hrvatska/policija-se-oglasila-o-privodenju-franciskovica-i-kovacevica-evo-za-sto-ih-tocno-terete-15128709>
- Jutarnji list, 12 October 2020, <https://www.jutarnji.hr/vijesti/crna-kronika/detalji-sokantnog-jutra-rafalno-pucao-po-zgradi-vlade-pa-se-okrenuo-prema-saboru-15024629>
- Novi list, 12 October 2020, <https://www.novolist.hr/novosti/hrvatska/na-markovutrgu-pucao-22-godisnja-iz-kutine-prije-pucnjave-se-oglasio-na-facebooku-evo-sto-je-napisao>
- Press Release of the County State Attorney's Office in Zagreb from 22 July 2020, <https://dorh.hr/hr/priopcenja/zupanijsko-drzavno-odvjetnistvo-u-zagrebu-doneseno-rjesenje-o-odbacaju-kaznene-prijave>
- Parliament of the Republic of Croatia, <https://www.sabor.hr/hr/radna-tijela/odbor-za-unutarnju-politiku-i-nacionalnu-sigurnost-10-saziv-hrvatskoga-sabora>
- U.S. Department of State United States of America, Annual Report on Terrorism in 2020, December 2021 / https://www.state.gov/wp-content/uploads/2021/07/Country_Reports_on_Terrorism_2020.pdf
- Večernji list od 11. studenog 2020. godine, „Austrija donijela mjere protiv terorizma: Registri, zatvaranja, džamije, narukvice...“, [vecernji.hr/vijesti/austrija-donijela-mjere-protiv-politickog-islama-registri-zatvaranje-dzamiya-narukvice-1445307](https://www.vecernji.hr/vijesti/austrija-donijela-mjere-protiv-politickog-islama-registri-zatvaranje-dzamiya-narukvice-1445307)
- Večernji list; <https://www.vecernji.hr/vijesti/policija-u-pet-zupanija-istrazuje-ljude-ko-je-se-sumnjici-na-poticanje-na-terorizam-1544471>
- Government of the Republic of Croatia from 2 February 2022, <https://vlada.gov.hr/vijesti/napad-na-banske-dvore-slucaj-bez-presedana-treba-stvoriti-ozracje-u-drustvu-koje-ce-smanjiti-govor-mrznje/33836>
- Joint statement on the fight against terrorism of 20 July 2021 signed by Amnesty International Österreich, Dokumentations- und Beratungsstelle Islamfeindlichkeit und Antimuslimischer Rassismus Epicenter, Works European Center For Not-For-Profit Law Stichting European Network Against Racism Koalition gegen Antimuslimischen Rassismus ZARA Zivilcourage und Anti-Rassismus-Arbeit/ <https://www.enar-eu.org/joint-statement-anti-terrorism-bill-not-in-line-with-basic-human-rights/>
- Vienna attack: arrests made after four killed in 'Islamist terror' shooting, The Guardian, 3 November 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/nov/03/vienna-terror-attack-isis-sympathiser-blamed-for-shooting-that-left-dead>
- The County State Attorney's Office in Zagreb – Supplement to the announcements of 4 December 2021 and 31 January 2022 – An indictment was filed against three defendants for public incitement to terrorism. For more on the announcement, see the official website of the State Attorney's Office of the Republic of Croatia, <https://dorh.hr/hr/priopcenja/zupanijsko-drzavno-odvjetnistvo-u-zagrebu-dopuna-priopcenja-od-4-prosinca-2021-i-31>

Томислав Б. Дајен

Универзитет Јосипа Јурја Штросмајера у Осиеку

Академија за умјетност и културу у Осиеку

tdagen@net.hr

ORCID ID: 0000-0002-0652-2403

Правни изазови хрватског законодавца на појаву говора мржње и чињења појединих кривичних дела

Сажетак: Вишевековна човекова жеља и борба за слободом говора, слободом изражавања, ујркос чињеници еволуцијској развоја ипакве жеље и борбе у односу на власи и самој законодавца који ће временом законодавно артикулисати наведене жеље, доживеће ипарадиуму и сиварности ипакве жеље и борбе у данашњем времену. Управо је слобода изражавања највиша људска, друштвена и хуманистичка еволуцијска вредност и инстинктивна либералне демократије у којима човек, појединац или група људи може остварити слободу изражавања, размишљања и критике према другим људима, групама, као и самој владајућој структури. Нажалост, инстинктивна слобода изражавања двадесетих година 21. века почео је приказивати дисфункцију и аномалије таквих вредности у јавном, медијском простору, нарочито кроз електронске медије, електронске публикације, ипакве савремених електронских платформи, а које су као ипакве видљиве или ујуте већем броју људи. У конкретном смислу, а следећајући хрватску(е) сиварност(и) и искуство са наведеним, неоспорно је да постоји злоупотреба или погрешно схватање граница слобода изражавања којим се због екстензивног тумачења или погрешног схватања демократије радикализује и злоупотреба слобода изражавања. Злоупотреба слобода изражавања резултираће говором мржње и чињењем појединих кривичних дела (јавно подстицање на тероризам, тероризам, јавно подстицање на насиље и мржњу). Тиме можемо рећи да постоји (ин)директна веза између слобода изражавања прописане члановима 9 и 10 став 1 Европске конвенције за заштити људских права и основних слобода и осталих уставних и законских одредаба Републике Хрватске. Злоупотребе наведених права и инстинктивна доводи до чињења појединих кривичних дела. Иако су говор мржње и сама радикализација медијског простора ипакве нових електронских платформи дезавуисали слободу говора и мишљења, ипак је и наметнуло законодавцу питање да ли је постојећи законодавни оквир довољан или је потребно стварање новој (пример аустријских противтерористичких мера) у смислу превенције, али и кажњавања ових појава. Управо све наведено савља пред хрватски уставноправни и законодавни

оквир правни изазов снаге јосијојећих усјавних одредби и законодавној окви-
ра. Имајући то на уму, да ли хрватски законодавац треба да следи пример
аустријској законодавца и одговори на злоупотребе и прекорачења слободе
изражавања? Увиђајући наведене повезаности између злоупотребе слободе
изражавања и чињења јојединих кривичних дела, аутор научном анализом
и компаративним методом преиспитује правне изазове и/или снагу хрват-
ској законодавној оквира те јосијавља питање јосијоје ли можда нови прав-
ни механизми који би требали да буду одговор на наведене јојаве како би се
инспирисали слободе изражавања годатно ојачао и заштитио.

Кључне речи: говор мржње, слобода изражавања, јавно јосијицање
на тероризам, тероризам, јосијицање на насиље и мржњу.

Датум пријема рада: 3.10.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 4.11.2022.

Датум прихватања рада: 13.12.2022.

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 Мунђан (1991–1997),
проф. др Милијан Поповић (1998–2003), проф. др Родољуб Етински (2004–2006),
проф. др Драгиша Дракић (2006–2013), проф. др Слободан Орловић (2013–2022).

Чланови Уредништва:

Проф. др Љубомир Стајић, prof. dr Damjan Korošec (Словенија),
prof. dr Wilhelm Brauner (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),
prof. dr Ándrás Téglési (Мађарска), проф. др Татјана Бугарски,
проф. др Гордана Дракић, проф. др Атила Дудаш, проф. др Бојан Тубић.

Менаџер часописа

Др Лука Батуран

Секретаријат Уредништва

др Урош Станковић, др Наташа Рајић, др Сандра Самарцић,
др Ратко Радошевић, др Илија Јованов, др Владан Мирковић,
Слобода Мидоровић, Оливера Јокић.

Компјутерска обрада текста

Владимир Ватић, „Графит”

Штампа:

„Футура”, Нови Сад
Тираж: 100 примерака

2022

