ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ

NOVI SAD FACULTY OF LAW SERBIA

ЗБОРНИК РАДОВА

COLLECTED PAPERS

LVIII

1/2024

НОВИ САД 2024

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ЗБОРНИК РАДОВА

За издавача
Проф. др Татјана Бугарски
декан 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

LVIII 1 (2024)

НОВИ САД, 2024.

ЗРПФНС, година LVIII Нови Сад, бр. 1 (2024)

УДК 3 ISSN 0550-2179 eISSN 2406-1255

САДРЖАЈ
TABLE OF CONTENTS

Драган Л. Милков, Ратко С. Радошевић
Одложно дејство тужбе у управном спору 1

Гордана Б. Ковачек Станић, Сандра О. Самарџић
Сурогат материнство пред изазовима данашњице 27

Раденка М. Цветић, Слобода Д. Мидоровић
Препреке за остваривање права на деобу сувласничке заједнице 47

Татјана Д. Бугарски, Милана М. Писарић
Права окривљеног лица у кривичном поступку и прекогранична сарадња . . . 73

Слободан П. Орловић
Елементи покрајинске аутономије: право на уређивање органа, финансије, акте и заштиту 97

Јелена Ђ. Видић, Милица С. Ковачевић
О појединим питањима завештајног наслеђивања у српском праву – *de lege ferenda* (II део) 119

Сандра С. Фишер Шобот
Одређивање минималних и фиксних цена у даљој продаји у вертикалним споразумима у праву конкуренције Европске уније 143

Саша С. Кнежевић, Марко С. Трајковић, Драгиша С. Дракић
Основни постулати правде, правичности и консенсуално одлучивање у кривичном поступку 163

Dragana M. Ćorić
A Dispute about Gender-sensitive Language in Serbian Law 181

Иван Д. Милић, Здравко В. Грујић
Право осуђених лица на посете чланова породице и остваривање контаката ван завода 203

Јован Д. Вујичић
Од субјективних ка објективним захтевима у погледу саобразности робе у потрошачком праву ЕУ 223

Sanda S. Ćorac, Aleksandar T. Antić
Procedure in Litigation for Protection against Unlawful Termination of Employment . 249

Николина Б. Мишчевић, Сања М. Савчић
О правном субјективитету вештачке интелигенције 267

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ

Alexandra Löwy, Karin Rakova
Substantive and Procedural Aspects of Disinheritance under the Slovak Law 289

Сиīаева Ташьяна Адамовна
Концепция Белорусского транспортного права 307

Милана В. Ранковић
Међународно приватно право Црне Горе и Србије у области наслеђивања и остваривање хармоније у одлучивању 327

Оригиналан научни рад 3.077.2:342.924
doi:10.5937/zrpfns58-49359

Драган Л. Милков
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Milkov@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-8302-5163

Ратко С. Радошевић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
R.Radosevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5011-0748

ОДЛОЖНО ДЕЈСТВО ТУЖБЕ У УПРАВНОМ СПОРУ*

Сажетак: *Предмет рада је одложно дејство тужбе у управном спору, у упоредном и домаћем праву. Упоредно право обухвата немачко и аустријско, с обзиром на то да је и наша судска контрола управе најближа германском систему. У објашњењу нашег права, најпре се полази од историјског прегледа. Најважнији део рада посвећен је важећем правном нормирању одложног дејства тужбе у домаћем праву. Резултат истраживања, које уз правне норме обухвата и теоријска објашњења и судску праксу, показује начелно различит приступ питању одложног дејства тужбе. Начелно другачији приступ доводи до различите улоге суда у пружању ове привремене правне заштите странкама. Без обзира, међутим, на облик у којем се јавља, питање одложног дејства тужбе увек је повезано са одмеравањем ангажованих интереса и покушајем да се између њих успостави равнотежа.*

Кључне речи: *извршење управног акта, одлагање извршења управног акта, управни спор, тужба у управном спору, одложно дејство тужбе.*

---

* Рад је настао као резултат истраживања у 2023. години у оквиру Пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

1. УВОД

Смисао управног спора огледа се у контроли законитости управних аката. Успешно окончан управни спор, из угла странке, доводи до поништавања незаконитог управног акта. То би требало да значи да се отклањају и све последице које је управни акт до тада произвео. У појединим случајевима, оне могу да се отклоне без већих потешкоћа. Успостављање оног стања које је постојало и пре доношења управног акта у неким другим случајевима није тако једноставно, а можда више није ни изводљиво. Настанак овог проблема, наизглед, лако би могло да спречи одложно дејство тужбе, којом се управни спор покреће.

Одлагање извршења управног акта све док се његова законитост не провери дефинитивно, у управном спору, несумњиво би заштитило интересе странке. Управни акт, међутим, не служи само интересу странке – он се доноси и ради заштите јавног интереса. Наизглед лако решење овог проблема одједном постаје сложеније и захтева нешто детаљнији приступ, који би уважио и једну и другу интересну сферу, захваћену донетим управним актом.

У трагању за објашњењем, кренућемо од упоредног права, у материји управног спора нама најближег – немачког и аустријског. Затим ћемо видети на који начин је ово питање било уређено у нашем ранијем праву. На крају, у најважнијем делу, истраживање ће бити усмерено ка важећем домаћем праву. Резултат би требало да покаже начелно различит приступ питању одложног дејства тужбе, условљен, између осталог, и оним што јој претходи у управном поступку. Начелно другачији приступ условљава и различиту улогу суда у пружању ове привремене правне заштите странкама, али увек, без обзира на облик у којем се јавља, повезану са одмеравањем ангажованих интереса и покушајем да се између њих успостави равнотежа.

2. О УТИЦАЈУ УПРАВНОГ СПОРА НА ИЗВРШЕЊЕ УПРАВНОГ АКТА

Сваки управни акт производи одређено правно дејство. Зато се и доноси – како би се њиме уредило понашање странке, њена права и обавезе. У том смислу, управни акт обавезује странку и она мора да усклади своје понашање са његовом садржином.[1] То, међутим, не значи да су његови правни ефекти увек идентични. Доношењем управног акта странка понекад стиче право да се понаша на одређени начин, а понекад јој се одређено понашање намеће, као обавезно. И док коришћење датог права редовно зависи од воље

[1] Драган Милков, *Управно право II: управна делатност*, Нови Сад 2017, 43.

странке, код испуњења обавеза странка нема избор: наметнута обавеза мора да се изврши – ако не добровољно, онда принудним путем.[2]

Извршивост управног акта логична је последица његове правне природе. Управни акт је акт ауторитативног карактера, акт власти, заповест заснована на закону, која мора да се спроведе и онда када странка то не жели.[3] Идеја извршивости управног акта лежи у принудном обезбеђењу у њему садржане примарне диспозиције. Појединачно правило понашања утврђено управним актом мора да се оствари, а ако то не буде учињено добровољно, управа има на располагању принудна средства, ради постизања истог ефекта.[4]

Извршивост управног акта испољава се, у основи, у томе што се органи управе сами старају о његовом извршењу. Захваљујући тој особини, није потребно да се претходно обраћају суду, ради добијања извршног наслова.[5] Доношењем управног акта, неопходан извршни наслов органи управе прибављају сами.[6] Извршна снага управног акта, другим речима, произлази из њега самог и потиче од његовог доносиоца.[7]

Извршење је, дакле, поступак усаглашавања чињеничног стања са диспозитивом управног акта и то принудним радњама органа управе.[8] Извршењем се изрека управног акта принудно спроводи у живот, пошто је странка пропустила да то учини добровољно.[9] По природи ствари, принудно извршење долази у обзир једино онда када се управним актом намећу одређене обавезе. Призната права, напротив, уживају се слободно, не „извршавају“ се употребом државне силе.[10] Тако и јесте, све док се дејство управног акта, уобичајено, задржава на једној странци. Онога тренутка, међутим, када странка коришћењем датог овлашћења угрози права или правне интересе неког другог лица, уобичајени појам извршења постаће споран. Постаће „тесан“ и добиће, у том другачијем контексту, понекад у теорији, понекад у судској пракси, а понекад и у самом законодавству, нешто шири смисао.

Вратимо се, за сада, ономе што није спорно. Процесно својство извршности управни акт може да стекне у различитим моментима. Одговор на питање када управни акт постаје извршан зависи од начина на који је у

---

[2] Ратко Радошевић, *Правна природа управног уговора* (докторска дисертација), Нови Сад 2018, 175.

[3] *Ibid*.

[4] Драган Милков, *Појам управног акта* (докторска дисертација), Нови Сад 1983, 137.

[5] *Ibid.*, 124-125. По овом обележју, једна велика група француских аутора управни акт назива „извршивом одлуком“. (*Ibid.*, 129)

[6] Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2011, 517.

[7] Ivo Krbek, *Upravni akt*, Zagreb 1957, 50.

[8] Д. Милков (2017), 268.

[9] I. Krbek (1957), 49.

[10] Zoran R. Tomić, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, Beograd 2012, 450, fn. 315.

управним стварима уређена правна заштита странке. Зависи првенствено од тога која правна средства могу да се употребе против управног акта и њиховог дејства. Уколико је оно суспензивно, онда могућност коришћења правног средства одлаже наступање извршности управног акта и његово принудно извршење.

У сложеном механизму правне заштите странке и управни спор, условно речено, игра улогу специфичног „правног средства“.[11] Питање суспензивног дејства није стога искључиво питање правних средстава у управном поступку. Оно се поставља и у вези са тужбом којом се покреће управни спор. И њој, поједностављено гледано, за почетак, може да се призна суспензивно дејство – али и не мора, јер је могуће и то да управни спор на извршење управног акта нема непосредан утицај.

Извршење управног акта пре окончаног управног спора објашњава се претпоставком његове законитости и природом основне делатности управе.[12] Истиче се и то да је овакво решење инспирисано начелом поделе власти, како би се обезбедило несметано одвијање управне и судске власти у њиховим међусобним односима.[13] Са друге стране, оправдања има и за одлагање извршења, с обзиром на тешкоће које могу да настану онда када управни акт, након судске провере, буде поништен – онда када треба да се отклоне и његове последице, како би се успоставило оно стање које је постојало пре његовог доношења, односно извршења.[14] Зато се поједностављеној, црно-белој слици, која се заснива на начелном нормативном опредељењу за или против одложног дејства тужбе у управном спору, уобичајено додају и одређене нијансе: прописано правило прате и извесна одступања, у циљу постизања боље равнотеже између укључених и супротстављених интереса.[15]

Одлагање извршења управног акта облик је привремене правне заштите у управном спору. Њоме се, до доношења дефинитивне судске одлуке и решења спора, обезбеђује и одржава постојеће стање. Привремена правна заштита прати и употпуњава ону крајњу, дефинитивну: то је правна заштита која се остварује онда када је још увек суштински делотворна, пре него

---

[11] Ратко С. Радошевић, „Реформа управног спора: нови покушај – стари проблеми“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)*, 3/2020, 1114.

[12] Д. Милков (2017), 24.

[13] Ратко Марковић, *Управно право: општи део*, Београд 2002, 534.

[14] Mirko Perović, *Teorijski i praktični komentar Zakona o upravnim sporovima*, Beograd 1966, 173-174; Славољуб Поповић, „Дејство тужбе на извршење аката против којих је покренут управни спор“, *Анали Правног факултета у Београду*, 3/1954, 281.

[15] „С обзиром на истовремену важност заштите интереса странака и јавног интереса, приликом регулисања питања одлагања извршења управног акта у управном спору морају се тражити решења која омогућавају равнотежу између ове две врсте интереса.“ (Зоран Лончар, „Одлагање извршења управног акта у управном спору“, *Зборник радова ПФНС*, 2/2012, 240)

што се странка нађе пред свршеним чином и суочи са непоправљивим штетним последицама.[16]

3. ОДЛОЖНО ДЕЈСТВО ТУЖБЕ У НЕМАЧКОМ И АУСТРИЈСКОМ УПРАВНОМ СПОРУ

У германском систему судске контроле управе правна заштита странака има посебно важну улогу. Сврха управног спора огледа се у заштити субјективних јавних права, у духу јужнонемачког схватања, које је напослетку превагнуло над пруским, преузетим из француског права, о објективној контроли управе. Цео управни спор установа је правне заштите, она је основа на којој се граде остали управносудски институти. На њој су изграђена и доста детаљна правила о одложном дејству тужбе, која су у систему заснованом на идеји потпуне и делотворне правне заштите странака добила значајно место.

3.1. Одложно дејство тужбе у немачком управном спору

По правилу, тужба у немачком управном спору има одложно дејство. Да будемо тачнији и прецизнији, одложно дејство има тужба за побијање управног акта (*Anfechtungsklage*).[17] Њоме се, као тужбом конститутивног карактера, од суда захтева да донети управни акт, позитиван, а редовно и обавезујући, стави ван снаге. У односу на остале врсте тужби, питање одложног дејства није релевантно, због другачијег и специфичног предмета спора. У осталим управним споровима, који се покрећу тужбом за осуду на издавање управног акта (*Verpflichtungsklage*), општом тужбом за осуду на чинидбу (*allgemeine Leistungsklage*), тужбом за утврђење (*Feststellungsklage*)

[16] Karl-Peter Sommermann, *Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Speyer 1994, 59.

[17] Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (*BGBl.* I S. 686), die zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (*BGBl.* 2023 I Nr. 409) geändert worden ist, § 80, Abs. 1, S. 1. С обзиром на то да у немачком праву уз управне судове опште надлежности постоје и специјализовани, социјални и финансијски, изложено правило захтева и додатно појашњење. Исто правило важи и у поступку пред социјалним судовима. (Sozialgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 1975 [*BGBl.* I S. 2535], das zuletzt durch Artikel 16a des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 [*BGBl.* 2023 I Nr. 408] geändert worden ist, § 86a, Abs. 1) У поступку пред финансијским судовима, међутим, оно не важи, јер тужба начелно нема суспензивно дејство. (Finanzgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. März 2001 [*BGBl.* I S. 442, 2262; 2002 I S. 679], die zuletzt durch Artikel 27 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 [*BGBl.* 2023 I Nr. 411] geändert worden ist, § 69, Abs. 1)

и захтевом за контролу правних прописа, привремена правна заштита остварује се у другом облику – одређивањем привремених мера.[18]

У складу са постављеним правилом, одложно дејство тужбе за побијање управног акта наступа по самом закону.[19] Иако се понекад последице суспензивног ефекта теоријски протежу и на наступање самог дејства управног акта, према теорији извршивости, нарочито заступљеној у судској пракси, сматра се да оне погађају једино његово извршење. Све док одложно дејство траје, органи управе не смеју да спроведу управни акт. Појму извршења, међутим, не придаје се тако уско значење, које би га искључиво свело на употребу принуде: одложно дејство захвата било коју даљу последицу управног акта, а то значи да ни странка привремено не сме да користи оно што јој је управним актом дато.[20] Основ за шире схватање извршења даје и Закон о управним судовима, у којем се изричито наглашава како суспензиван ефекат не погађа само конститутивне и декларативне управне акте, већ и оне са двоструким правним дејством.[21] Такво дејство, двоструко, имају овлашћујући управни акти који истовремено оптерећују неко треће лице.[22]

У неколико случајева, изузетно, тужба за побијање управног акта нема одложно дејство. Оно изостаје пре свега онда када се тужбом оспоравају управни акти у материји јавних дажбина и трошкова, или хитне наредбе и мере полицијских службеника. Одложног дејства нема ни у другим случајевима који су посебно прописани неким савезним законом или законом поједине земље, када је у питању њено право. Непосредно извршење, у јавном интересу или претежном интересу једног од учесника, може, коначно, да нареди и орган управе – онај који је донео управни акт или онај који одлучује о приговору.[23]

Посебан интерес, који налаже непосредно извршење управног акта, мора да се образложи, у писаном облику, осим онда када се доносе хитне

---

[18] Ратко С. Радошевић, „Немачко управно судство: основи једног система“, *Зборник радова ПФНС*, 3/2023, 753-756.

[19] K. P. Sommermann, 60.

[20] Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, München 2015, 652-653.

[21] VwGO, § 80, Abs. 1, S. 2.

[22] Carl Hermann Ule, *Verwaltungsprozessrecht*, München und Berlin 1966, 244.

[23] VwGO, § 80, Abs. 2. Под управним актима у материји јавних дажбина, у смислу Закона о управним судовима, мисли се на оне који нису у надлежности поменутих финансијских судова. Случајеви у којима савезним законом или законом поједине земље може да се пропише одступање од суспензивног дејства нарочито се тичу тужби трећих лица против управних аката у материји улагања и отварања радних места, као и управних аката који за предмет имају одобравање пројеката у области савезних саобраћајница и мобилних мрежа. Поједине земље могу да пропишу и то да правни лекови немају одложно дејство уколико су усмерени против мера које се доносе у управном извршењу, које та земља спроводи по савезном праву.

мере у јавном интересу, а нарочито због непосредне опасности по живот, здравље или имовину.[24] Могућност непосредног извршења има велики значај за органе управе, јер би без ње странке могле да паралишу њихову делатност.[25] Сматра се да одлука о непосредном извршењу није самосталан управни акт: она је саставни део главног управног акта, споредна одлука која једино уређује његово извршење.[26]

У набројаним случајевима, у којима тужба за побијање управног акта нема одложно дејство, привремена судска заштита заправо и долази до пуног изражаја. Управни суд, онај који је надлежан и за главни предмет спора, може тада да одложи извршење управног акта, у целини или делимично: може да нареди одложно дејство, онда када је оно по закону искључено, или да га поново успостави, онда када је орган управе донео одлуку о непосредном извршењу. Захтев за одлагање извршења дозвољен је и пре подношења тужбе, а поновно успостављање одложног дејства може да се орочи или услови полагањем обезбеђења, односно неким другим налогом. Закључак о овом облику привремене правне заштите управни суд може увек да измени или поништи, док одлуке у хитним случајевима доноси председник већа. Уколико је пак у време доношења одлуке управни акт већ извршен, управни суд може да нареди да се изазване последице пониште, односно отклоне.[27] Против закључка којим се одлучује о привременој судској заштити може да се изјави жалба вишем управном суду.[28]

За одлучивање о одлагању извршења управног акта непосредно нису прописани никакви критеријуми. Од немачких аутора сазнајемо да управни судови одлучују тако што опсежно одмеравају и оцењују заступљене интересе: проверавају да ли интерес странке, који се састоји у привременом

[24] VwGO, § 80, Abs. 3.

[25] K. P. Sommermann, 61.

[26] S. Detterbeck, 655.

[27] VwGO, § 80, Abs. 5, 7-8. Уколико се тужбом оспоравају управни акти у материји јавних дажбина и трошкова, онда је захтев који се упућује управном суду дозвољен само под условом да је захтев истог карактера, за одлагање извршења, претходно, у целини или делимично, одбио орган управе. Овај додатни услов, међутим, не важи онда када извршење прети, као ни онда када орган управе о захтеву није мериторно одлучио у примереном року, без навођења довољно разлога за то. (VwGO, § 80, Abs. 6) У случајевима у којима тужба за побијање управног акта нема одложно дејство, Законом о управним судовима прописана је могућност да и орган управе, онај који је донео управни акт или онај који одлучује о приговору, одложи извршење, уколико неким савезним законом није одређено другачије. (VwGO, § 80, Abs. 4)

[28] VwGO, § 146, Abs. 1, 4. Жалба против судских одлука које нису пресуде, у складу са општим правилима, има одложно дејство само онда када је њен предмет утврђење мера за одржавање реда током поступка или средстава принуде. Суд или председник већа, чија се одлука оспорава, могу и иначе да одреде да извршење оспорене одлуке привремено треба да се одложи. (VwGO, § 149, Abs. 1)

одлагању извршења управног акта, односи превагу над јавним интересом, који захтева супротно. Одређену улогу, уз одмеравање интереса, имају и изгледи странке за успех у главном поступку: ако је оспорени управни акт очигледно незаконит, онда он није у јавном интересу, а за превагу приватног интереса сматра се да је начелно довољна и озбиљна сумња у законитост управног акта. О одмеравању интереса, али овај пут међусобно оних појединачних, тј. ужих, управни судови морају да воде рачуна и код привремене правне заштите у односу на управне акте са поменутим двоструким правним дејством.[29]

Одложно дејство тужбе за побијање окончава се правноснажношћу управног акта или, ако је тужба одбијена у првом степену, три месеца након истека законског рока за образложење правног средства против те одлуке. То важи и онда када је орган управе одложио извршење, односно онда када је управни суд наредио или поново успоставио одложно дејство, осим ако је орган управе извршење одложио до правноснажности. На захтев, суд који одлучује о правним средствима може да нареди да се одложно дејство настави.[30]

Овим су објашњена правила која о одложном дејству тужбе важе у немачком управном спору, која је још Волф описао као правно компликована, али дата у духу правне државе.[31] Да бисмо их заокружили и сагледали у целини, неопходна је још једна напомена: она се не примењују само на тужбу за побијање управног акта, него и на приговор.[32] Изјављивањем приговора покреће се претходни поступак, који је процесна претпоставка за подношење тужбе у управном спору, уређена Законом о управним судовима, иако суштински део управног поступка, онај који бисмо ми назвали другостепеним.[33] Попут тужбе за побијање управног акта и приговор начелно има одложно дејство, а у оним изузетним случајевима, када није тако, релевантна опет постају изложена правила о привременој правној заштити.

---

[29] K. P. Sommermann, 62-64. Уколико неко треће лице уложи правно средство против управног акта који је за странку овлашћујући, орган управе (онај који је доносилац управног акта или онај који одлучује о приговору) има две врсте овлашћења. На захтев странке, прво, орган управе може да нареди непосредно извршење. На захтев трећег лица, међутим, онда када правно средство нема одложно дејство, може да одложи извршење и донесе привремена мера за обезбеђење његових права. Непосредно извршење орган управе може да нареди и у нешто другачијој ситуацији: на захтев трећег лица, онда када је странка оспорила за њу обавезујући управни акт, који истовремено садржи и неко овлашћење за то треће лице. Управни суд, на захтев, све ове мере може да измени или поништи, а може и сам да их донесе, при чему се сходно примењују већ изложена правила о привременој судској заштити. (VwGO, § 80a)

[30] VwGO, § 80b, Abs. 1-2.

[31] Hans J. Wolff, *Verwaltungsrecht III (Ordnungs- und Leistungsrecht, Verfahrens- und Prozessrecht)*, München und Berlin 1967, 297.

[32] VwGO, § 80, Abs. 1, S. 1.

[33] Р. С. Радошевић (2023), 761-762.

3.2. Одложно дејство тужбе у аустријском управном спору

Ако правну заштиту странке и у аустријском праву желимо да сагледамо целовито, онда, на почетку, морамо да поменемо велику реформу из 2012. године. Реформа је, сажето објашњено, довела до увођења двостепеног управног судства уместо традиционалног, једностепеног, истовремено захватајући и управни поступак, укидањем жалбе. Аустрија је тако двостепени управни поступак заменила двостепеним управним спором, а тежиште правне заштите странака пренето је са виших органа управе на управне судове.[34]

Ова основна промена, у наставку, чини се неизбежно, утицала је и на извршење управног акта. До реформе, одложно дејсто начелно је имала жалба у управном поступку, али не и тужба у управном спору. Подношење тужбе, по правилу, није стајало на путу извршења управног акта. Изузетно, наравно, органи управе могли су да искључе одложно дејство жалбе, а Управни суд, тада један једини, могао је обрнуто – да га додели тужби.[35] Реформа је са собом донела оснивање већег броја првостепених управних судова, који су ступили на место укинуте више управне инстанце, уз идеју да и судски поступак, из угла странке која тражи правну заштиту, у што већој мери личи на поступак пред органима управе.[36] Уведено је стога и другачије, супротно правило: жалбе у управном поступку више нема, али благовремено поднета и дозвољена тужба у управном спору има одложно дејство.[37]

Иако у аустријском управном спору, за разлику од немачког, нема више врста тужби, извесно појашњење о одложном дејству ипак је потребно. Одредба којом се тужби начелно признаје одложно дејство обухвата једино оне случајеве у којима је предмет управног спора одлука органа управе – управни акт.[38] Насупрот томе, ако се тужбом оспорава законитост вршења непо-

---

[34] Ратко С. Радошевић, „Аустријско управно судство: реформа и нова парадигма“, *Зборник радова ПФНС*, 4/2022, 1112.

[35] Ludwig K. Adamovich, Bernd-Christian Funk, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-New York 1987, 279.

[36] Peter Chvosta, „Die ‚Jahrhundert-Reform‘ der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich – ein ‚neues Zeitalter‘ auch für die Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern der jungen Demokratie in Europa?“, in: *Reformen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern der jungen Demokratie* (Hrsg. Agnieszka Krawczyk), Warszawa 2022, 30.

[37] Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG), *BGBl*. I Nr. 33/2013 i. d. F. *BGBl*. I Nr. 88/2023, § 13, Abs. 1. Жалба у управном поступку данас постоји једино у оним управним стварима које спадају у сопствени делокруг општине. Она и даље има одложно дејство, које орган управе, под прописаним условима, може да искључи. (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 [AVG], *BGBl*. Nr. 51/1991 i. d. F. *BGBl*. I Nr. 88/2023, §§ 63-64)

[38] VwGVG, § 13, Abs. 1 i. V. m. Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), *BGBl*. Nr. 1/1930 i. d. F. *BGBl*. I Nr. 222/2022, Art. 130, Abs. 1, Z. 1. У материји јавних дажбина, у којој управне спорове, у оквиру своје надлежности, решава Савезни финансијски суд, као специјализова-

средне власти заповедања и принуде, онда тужба нема такво дејство, све док га суд не призна, под прописаним условима, на захтев тужиоца.[39]

За правила која даље следе, слично као и у немачком праву, могли бисмо да кажемо како су правно компликована. Сложености и овде доприноси постојање претходног поступка, који се води пред туженим органом управе. Разлика је, међутим, у томе што се претходни поступак у аустријском праву води након подношења тужбе, а не као процесна претпоставка, пре тога. Претходно одлучујући, орган управе може да одбаци или одбије тужбу, али и да оспорени управни акт стави ван снаге или измени. Уколико странка није задовољна ни том одлуком, може да захтева да се њена тужба преда управном суду, до чега свакако долази и онда када орган управе одустане од доношења претходне одлуке. Захтеву за предају тужбе исто се приписује одложно дејство. Оно се, тачније, ослања на одложно дејство саме тужбе: постоји онда када такво дејство има и тужба, по закону, а орган управе га није искључио. У обрнутој ситуацији, када тужба по закону нема одложно дејство, потребно је да га орган управе посебно додели.[40]

Да искључи одложно дејство тужбе, орган управе може уколико је, на основу одмеравања јавног интереса и интереса странака, неопходно хитно, превремено извршење оспореног управног акта или коришћење њиме датог овлашћења, због опасности од одлагања. Одложно дејство тада нема ни тужба против такве одлуке, а управни суд треба да реши о њој одмах и без даљег поступања.[41] Навођење овлашћења датог оспореним управним актом могло би да нам укаже на то да се одложно дејство и у аустријском праву сагледава шире, а не искључиво у контексту принудног извршења.

Када поступак дође у фазу која се одвија пред управним судом, одложно дејство тужбе такође може да се искључи, под истим условима под којима је то могао да учини и орган управе, у претходном поступку. Одлуку о томе, овај пут, доноси управни суд, у форми закључка. На захтев странке може и да је стави ван снаге или измени, исто као и све оне одлуке које је у вези са одлагањем извршења претходно донео орган управе. Разлог за ову накнадну интервенцију управног суда првенствено се састоји у томе што другачије оцењује испуњеност претпоставки за искључење

ни управни суд, важи обрнуто правило: подношење тужбе не задржава принудну наплату. (Bundesgesetz über allgemeine Bestimmungen und das Verfahren für die von den Abgabenbehörden des Bundes, der Länder und Gemeinden verwalteten Abgaben [Bundesabgabenordnung – BAO], *BGBl*. Nr. 194/1961 i. d. F. *BGBl*. I Nr. 201/2023, § 254)

[39] VwGVG, § 22, Abs. 1 i. V. m. B-VG, Art. 130, Abs. 1, Z. 2.

[40] VwGVG, §§ 14-15.

[41] VwGVG, § 13, Abs. 2, 4. Одлуку о искључењу одложног дејства, по службеној дужности или на захтев странке, орган управе може да стави ван снаге или да је измени, ако се чињенично стање тако промени да би његова поновна оцена за последицу могла да има другачију одлуку. (VwGVG, § 13, Abs. 3)

одложног дејства, али до истих последица може да доведе и њихова битна промена.[42]

Против закључка управног суда, ако се прихвати то да он нема карактер одлуке којом се само управља поступком, може да се употреби ревизија, као ванредно правно средство о којем одлучује Врховни управни суд. Ревизија, по правилу, нема суспензивно дејство, а може да се употреби, наравно, само ако је и иначе дозвољена, под прописаним општим условима.[43]

За крај, поменимо и то да ово сложено правно нормирање одложног дејства тужбе и његовог искључења прати један изузетак. Он се везује за управноказнене (прекршајне) ствари, које су у аустријском праву подведене под управноправни режим. У њима, сасвим кратко и једноставно, важи следеће правило: одложно дејство тужбе не може да се искључи.[44]

4. ОДЛОЖНО ДЕЈСТВО ТУЖБЕ У ДОМАЋЕМ УПРАВНОМ СПОРУ

И судска контрола управе у нашој земљи данас се уобичајено сврстава у германски систем. Сличности свакако има, нарочито у односу на његову аустријску варијанту и то ону традиционалну, која је постојала пре спроведене реформе. Начин на који је уређено одлагање извршења управног акта у домаћем управном спору у основи одговара ономе што је до спроведених промена важило и у аустријском праву. Данашње право, међутим, успоставља начелно другачији приступ овом питању. У нашем управном спору, за разлику од немачког и аустријског, тужба, по правилу, нема суспензивно дејство.

Уколико се и домаће право сагледа историјски, разлика ће још више доћи до изражаја (чак и на нивоу прихваћеног система, јер је у почетном периоду и код нас био заступљен француски). У нашем управном спору, по ранијим прописима, привремена судска заштита у облику одлагања извршења управног акта, условно речено, није ни постојала. Истина, до одлагања извршења, због покренутог управног спора, могло је да дође, али одлуку о томе није доносио суд – него орган управе. Овлашћење суда да одлучује о одлагању извршења управног акта успостављено је тек важећим Законом о управним споровима, из 2009. године.

---

[42] VwGVG, § 22, Abs. 2-3. Накнадно могу да се преиспитају и претпоставке за додељивање одложног дејства тужби која га по закону нема – јер се њоме оспорава вршење непосредне власти заповедања и принуде.

[43] B-VG, Art. 133, Abs. 4, 9 i. V. m. Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG), *BGBl*. Nr. 10/1985 i. d. F. *BGBl*. I Nr. 88/2023, §§ 25a, 30.

[44] VwGVG, § 41.

4.1. Историјски преглед

Могућност одлагања извршења управног акта, против којег је поднета тужба у управном спору, по први пут прописана је Законом о Државном савету и управним судовима из 1922. године.[45] По молби тужиоца, управна власт могла је да одложи извршење управног акта до коначног судског решења, ако то допушта јавни интерес или ако би извршење донело молиоцу штету, која се не би дала поправити. Управни суд имао је у том случају дужност да тај предмет одмах узме у поступак. Сматрало се да управна власт о одлагању извршења одлучује на основу слободне оцене, тако да против те одлуке није могао да се води управни спор.[46]

У наведеним одредбама, како је писао Лазо М. Костић, налазио се низ нејасних и нерегулисаних питања. Налазила се и једна очита грешка, јер се јавни интерес од штете коју би претрпео молилац одвајао везником „или“ уместо да буде спојен везником „и“, који би указивао на то да је за одлагање извршења неопходна испуњеност оба услова. Из непрецизног термина „управна власт“ није могао да се изведе јасан закључак о томе који би орган био надлежан за одлагање извршења, нити, у наставку, ко би о томе евентуално решавао у вишем степену.[47]

Постављени образац одлучивања о одлагању извршења управног акта задржан је и после Другог светског рата, упркос променама које је управни спор иначе доживео. О одлагању извршења и даље је одлучивао орган управе. Овога пута, међутим, прецизније смо сазнали о којем се тачно органу ради: првобитно, у складу са одредбама из 1952. и 1965. године, био је то онај орган који је надлежан да нареди извршење оспореног акта, а према каснијим одредбама, из 1977. и 1996. године, орган чији се акт извршава, односно орган надлежан за извршење, ако је у питању акт организације која није овлашћена за извршење. О захтеву тужиоца одлучивало се у року од три дана од дана пријема. Извршење се одлагало до доношења судске одлуке (испрва је употребљен израз „коначне“, касније „правноснажне“), ако би тужиоцу нанело штету која би се тешко могла поправити, под даљим условом да одлагање није противно јавном интересу, нити би се њиме нанела већа ненакнадива штета противној странци. Ако је то јавни интерес дозвољавао, надлежан орган могао је да одложи извршење оспореног акта и из других разлога.[48]

---

[45] Вук Цуцић, „Поступак решавања управних спорова“, у: *150 година управног спора у Србији (1869-2019)*, Зборник радова (ур. Вук Цуцић), Београд 2019, 168.

[46] Боривоје Ј. Франтловић, *Коментар Закона о Државном савету и управним судовима*, Београд 1935, 71-72.

[47] Лазо М. Костић, *Административно право*, Сабрана дела, Други том, Београд 2000, 713-715.

[48] Вид. Закон о управним споровима, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 23/52, чл. 16; Закон о управним споровима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 21/65, чл. 17; Закон о управним споровима,

Различита законска терминологија, употребљена у овим случајевима, навела је многе ауторе на закључак о постојању две врсте одлагања: обавезном и факултативном. Формулација „одложиће извршење“, у првом случају, указивала је нашим ауторима на обавезност одлагања, које у другом случају, када се извршење „може одложити“, више није било. Одлагање извршења, у том другом случају, постало је само могућност за надлежни орган, дискрециона, коју је могао да искористи чак и онда када то тужилац није захтевао.[49] Нешто каснији осврт на ове ставове довешће у питање њихову оправданост и саму поделу, која се искључиво изводи из законске формулације, без увиђања чињенице да се и код „обавезног“ и код „факултативног“ одлагања извршења ради о условима чије испуњење подједнако зависи од процене надлежног органа.[50]

4.2. Важеће право

У време доношења важећег Закона о управним споровима, образац по којем одлуку о одлагању извршења управног акта доноси орган управе оцењен је као крајње неделотворан.[51] Та констатација, уз потребу да се и у овој материји примене европски правни стандарди, послужила је као мотив за другачије правно нормирање.[52] По први пут, важећим Законом, овлашћење да одлучује о одлагању извршења добио је Управни суд. Ову основну промену пратила је још једна новина: могућност да се судска одлука о одлагању извршења донесе и пре покретања управног спора.

За одредбе о одложном дејству тужбе, гледано у целини, упркос покушају њиховог прецизирања, Костићева опаска о низу нејасно уређених питања

Службени лист СФРЈ, бр. 4/77, *Службени лист СРЈ*, бр. 27/92, 31/93 и 24/94, чл. 17; Закон о управним споровима, *Службени лист СРЈ*, бр. 49/96, чл. 16.

[49] Вид. Ivo Krbek, *Pravo jugoslavenske javne uprave: III knjiga, funkcioniranje i upravni spor*, Zagreb 1962, 289-290; M. Perović, 175, 179; Р. Марковић, 534-535.

[50] З. Лончар, 251-252.

[51] Предлог Закона о управним споровима, *https://www.srbija.gov.rs/prikaz/101854*, 22, 29. новембар 2023. „[О]сновни недостатак ранијег законског решења огледао се у чињеници да о захтеву за одлагање извршења није одлучивао суд који води управни спор, већ орган управе који је био надлежан за извршење управног акта. Таквим законским решењем странка се, након што је заштиту својих права и правних интереса од незаконитог деловања органа управе затражила пред судом у управном спору, са захтевом за одлагање извршења поново враћала пред управну власт, која се о њеном праву или обавези утврђеној управним актом већ изјаснила и то по правилу, чак у два степена. Као резултат оваквог законског решења, у пракси смо имали изузетно ретку појаву одлагања извршења управних аката против којих је био покренут управни спор. Она се углавном односила само на двостраначке предмете из управних поступака покренутих по захтеву странке, из разлога што код њих није у већој мери ангажован јавни интерес[.]“ (З. Лончар, 252)

[52] Вид. З. Лончар, 241-243.

могла би и данас да се искористи. У њиховом објашњењу, кренимо ипак редом, од постављеног правила. У систему у којем се управни акти доносе у формално обликованом управном поступку, укључујући и онај другостепени, по изјављеној жалби, начелно одложног дејства, правило је да тужба не одлаже извршење управног акта против којег је поднета.[53]

Изузетак од постављеног правила омогућава Управном суду да на захтев тужиоца одложи извршење коначног управног акта којим је мериторно одлучено у управној ствари, до доношења судске одлуке. Одлагање је могуће под следећим условима: ако би извршење нанело тужиоцу штету која би се тешко могла надокнадити, а одлагање није противно јавном интересу, нити би се одлагањем нанела већа или ненадокнадива штета противној странци, односно заинтересованом лицу.[54]

Захтев за одлагање извршења може да се поднесе истовремено са тужбом, или накнадно, све до доношења одлуке у главној ствари.[55] Неопходно је да буде повезан са тужбеним захтевом и појединачним правним актом који је предмет управног спора. То је првенствено управни акт, али би, под прописаним условима, то могли да буду и неки други појединачни правни акти, на које се примењују одредбе о управним актима, а то значи и оне о одлагању извршења.[56] Из судске праксе сазнајемо да се захтев за одлагање извршења, који је поднет накнадно, након доношења судске одлуке, одбацује. До одбацивања, због недозвољености, долази и онда када се захтев односи на одлуку која не ужива управносудску заштиту.[57]

Изричито није прописано, ни сада, као ни раније, да ли и сам захтев за одлагање извршења има одложно дејство, тако да у нашој теорији постоје различити одговори на ово питање. Било је аутора који су сматрали да оно може да се прихвати, као мера која је несумњиво у интересу тужиоца.[58] Исправнији став, који, чини се, више одговара датом контексту, указује на супротно: захтев, сам по себи, нема одложно дејство – на одлагање извршења управног акта утиче тек судска одлука.[59] Спорно питање је и оно о подносиоцу захтева, с обзиром на то да тужилац у управном спору, у неким случајевима, може да буде и надлежни државни орган. Одговор на њега, међутим, тешко је дати одвојено, без целовитог сагледавања онога што се одлаже и услова за то.

---

[53] Закон о управним споровима (ЗУС), *Службени гласник РС*, бр. 111/2009, чл. 23, ст. 1.

[54] ЗУС, чл. 23, ст. 2.

[55] Стево Ђурановић, „Одлагање извршења управног акта од стране Суда“, *Билтен*, Врховни касациони суд, 3/2011, 393.

[56] ЗУС, чл. 3.

[57] Решење Управног суда, бр. I-1 У 6029/15 од 19.07.2017. године; Решење Управног суда, бр. 2 Уо.7/11 од 22.02.2011. године.

[58] С. Поповић, 284.

[59] Z. R. Tomić, 459.

По захтеву тужиоца, одлаже се извршење коначног управног акта којим је мериторно одлучено у управној ствари. На први поглед, ова законска формулација одаје утисак минуциозног и прецизног регулисања. Први поглед, међутим, вара. Наизглед детаљно и јасно правно нормирање донело је са собом више проблема, него одговора. Дилеме се, сажето посматрано, односе на три кључна и повезана питања: коначности управног акта, мериторности одлучивања у управним стварима и појма извршења.

Тужба, видели смо, не одлаже извршење управног акта против којег је поднета. А поднета је против коначног управног акта – оног који је донет у другом степену, или првостепеног, ако жалба у управном поступку није дозвољена.[60] У наставку овог логичког низа и захтев за одлагање извршења односи се на коначан управни акт, уз додатно ограничење, јер је неопходно да њиме буде мериторно одлучено у управној ствари.

Мериторност одлучивања требало би да нам укаже на подобност једног управног акта за извршење, првенствено оно принудно, чије сврставање у контекст одлагања не би требало да буде спорно.[61] Подобан за извршење је онај управни акт чија садржина може да се реализује принудним путем, а то би требало да буде позитиван управни акт, обавезујућег карактера. Код првостепених управних аката, који су истовремено и коначни, то је за сада довољно. Код другостепених није, јер код њих мериторно одлучивање може да добије двоструки смисао. Први је мериторна одлука о жалби, њеној основаности, одбијању или усвајању. Мериторност потребна за извршење захтева ипак нешто више од тога. На њу наилазимо тек на следећем кораку: онда када другостепени орган, након претходног усвајања жалбе, измени првостепену одлуку, односно другачије реши управну ствар.

Мериторна је, другим речима, у смислу принудног извршења, она одлука која даје извршни наслов. Другостепена одлука то уобичајено није. Ако се још једном подсетимо законске норме, по којој се одлаже извршење коначног управног акта, онда језички, строго гледано, делује да у редовним ситуацијама, у којима извршност првостепеног управног акта наступа зато што је одбијена жалба, захтев за одлагање извршења није ни дозвољен. Овако строга последица била би супротна смислу привремене судске заштите у управном спору, коју би у великој мери обесмислила.

Свестан овог проблема или не, Управни суд у својој пракси није заузео тако уско гледиште. Најпре нам потврђује то да се другостепеним управним актима о одбијању жалбе управна ствар не решава мериторно – решава се

[60] ЗУС, чл. 14.

[61] „Питање извршења не појављује се код сваког управног акта, већ само код оних аката код којих има шта да се извршује.“ (Bogdan Majstorović, *Zakon o upravnim sporovima sa stručnim komentarom*, Beograd 1952, 65)

једино онда када се првостепена одлука мења.[62] Та првостепена одлука, иако није непосредно предмет управног спора, јер тужба није поднета против ње, ипак може да буде предмет захтева за одлагање извршења. Више примера из праксе указује на то да Управни суд разматра основаност захтева за одлагање извршења првостепене одлуке, иако је тужба поднета против другостепене, сматрајући га дозвољеним. Тиме заправо првостепеној одлуци додељује својство коначног управног акта којим је мериторно решена управна ствар.[63] У нешто другачијем виду, ако закључимо на основу супротности, Управни суд нам то и изричито саопштава:

> „Како се, у конкретном случају, захтев за одлагање извршења односи на решење другостепеног органа, којим је одбијена жалба тужиоца, а не на решење првостепеног органа, које представља коначни управни акт којим је мериторно одлучено у овој управној ствари, по оцени овог суда, захтев за одлагање извршења није дозвољен.“[64]

Изложена судска пракса, у корист дозвољености привремене судске заштите, а не против ње, оправдана је и једино смислена. Супротна би била израз крутог формализма и вештачког одвајања одлука које се доносе у управним стварима. И првостепена и другостепена одлука део су једне целине, једне управне ствари, једног управноправног односа. Оне су само различите фазе и кораци у његовом уређењу. Када се прођу, управна ствар је коначно решена, оном одлуком, посматрано из угла извршења, која има извршиву садржину. Не одлаже се извршење коначног решења, него извршног, али од оног момента од којег је то решење, посматрано из угла процесне могућности оспоравања, постало коначно.

Законска формулација о мериторној одлуци изричито нам не говори ни о томе да ли се појам извршења своди искључиво на принудно извршење обавезујућих управних аката, или би и њега требало да проширимо тако да обухвати било које поступање по управном акту, чак и оном овлашћујућем. У нашој теорији заступљено је баш такво, шире схватање.[65] Слично немачком

---

[62] Решење Управног суда, бр. 14 У 672/11 од 21.01.2011. године; Решење Управног суда, бр. III-2 У. 842/13 од 22.01.2013. године.

[63] Решење Управног суда, бр. II-1 У. 15478/18 од 07.09.2018. године; Пресуда Управног суда, бр. III-3 У. 22568/10 од 30.03.2012. године. „[У] највећем броју случајева нема једнакости између оспореног акта који се тужбом оспорава и акта чије се одлагање захтева. Ово је за последицу, у поступању суда, имало велики број налога за уређење захтева за одлагање, или пак одбачаја захтева, јер је у захтеву означен акт којим није мериторно одлучено у управној ствари.“ (С. Ђурановић, 393)

[64] Решење Управног суда, бр. 24 У 4764/15 од 07.04.2015. године.

[65] Упор. Z. R. Tomić, 455; Ljubodrag Pljakić, „Odložno dejstvo tužbe i održavanje usmene rasprave u upravnom sporu“, *Pravni život*, 10/2012, 231.

учењу о управним актима са двоструким правним дејством, оно узима у обзир ситуације у којима овлашћујући управни акт, повољан за странку, истовремено погађа правне интересе неког трећег лица.[66]

Извршење управног акта, а тиме и одложно дејство, заиста се првенствено сагледавају кроз принудну реализацију. Ако имамо у виду везу између поступка управног извршења и управног спора, онда је то и логично. То ипак не значи да појам извршења једног акта нужно мора да се схвати на тај начин. И сам Закон о управним споровима садржи појам извршења пресуде, који је специфичан и нема везе са принудом. Истина, норме о одложном дејству тужбе у управном спору полазе од онога што је у управним стварима уобичајено – од постојања једне странке која слободно користи своја права, а обавезе извршава под претњом принуде. Када се та слика промени, укључењем још једне странке, супротних интереса, онда и привремена судска заштита добија другачији смисао. Можда би таквој ситуацији, уместо одложног дејства тужбе, више одговарале класичне привремене мере, али оне, према ставу наших аутора, нису предвиђене.[67] Исто важи и за нашу судску праксу, у којој се чак наглашава и то да привремене мере нису примерене правној природи управног спора.[68] Уколико се све то прихвати, укључујући и шире схватање о извршењу управног акта, зарад што потпуније и делотворније судске заштите, потребно би било да се поведе рачуна о још неким, са тим повезаним питањима – попут оног о значењу одложног дејства жалбе у управном поступку и судског извршења појединих управних аката – без чега проблем не може да се сагледа и реши у целини.

Појам извршења, нарочито онај ширег обима, чини се, за сада, омогућава и надлежном државном органу, као тужиоцу у управном спору, да поднесе захтев за одлагање. Било је у нашој теорији аутора који су то и тврдили.[69] Они, међутим, нису узели у обзир први услов за одлагање извршења: наношење тужиоцу штете која би тешко могла да се надокнади. Овај услов, од којег зависи основаност захтева, истовремено легитимише и његовог подносиоца, у смислу потребе за пружањем привремене судске заштите. Онда када управни спор покреће надлежни јавни тужилац, због повреде закона на штету јавног интереса, она би се у том облику тешко конструисала. Приписује се, претпостављамо из тог разлога, једино надлежном правобранилаштву.[70]

О појму штете на овом месту не би могло да се каже ништа специфично – она се схвата на уобичајени начин и обухвата како имовинску тако и

[66] Z. R. Tomić, 455.
[67] Z. R. Tomić, 452-453; З. Лончар, 256-257.
[68] Вид. Z. R. Tomić, 464-465.
[69] B. Majstorović, 65.
[70] Z. R. Tomić, 455.

неимовинску.[71] Карактер штете и то да ли би она тешко могла да се надокнади, Управни суд процењује у сваком конкретном случају. Да би захтев био основан, тужилац треба да учини извесним наступање штете, а не само могућим.[72] Од тужиоца се тражи да одређено наведе чињенице и околности због којих се захтева одлагање, да поднесе доказе који несумњиво указују на настанак штете која би тешко могла да се надокнади, или то бар чине вероватним. У чему би се та штета конкретно састојала, такође мора прецизно да се наведе.[73]

Уз наношење штете тужиоцу која би тешко могла да се надокнади, за одлагање извршења прописана су још два услова, кумулативно.[74] Она воде рачуна и о другим ангажованим интересима, а не само тужиочевом. Интерес тужиоца одмерава се са јавним интересом и интересом противне странке, односно заинтересованог лица: одлагање извршења, које тужилац жели, не сме да буде противно јавном интересу, нити да противној странци, односно заинтересованом лицу, нанесе већу или ненадокнадиву штету. Управни суд, дакле, мора да одмери и упореди могуће штетне последице, дајући тиме конкретну садржину овим неодређеним појмовима, а код јавног интереса могло би да се каже и то да врши процену која је иначе карактеристична за органе управе.[75]

Противна странка у односу на тужиоца, у управном спору, требало би да буде тужени орган – доносилац оспореног управног акта.[76] Он, међутим, нема неки свој, посебан интерес, који би могао да буде повређен одлагањем извршења. Он штити јавни интерес, вршећи управну делатност и доносећи управни акт. Тиме што одлагање извршења не сме да буде противно јавном интересу заштићен је и „његов интерес“. Једино логично, било би зато да

---

[71] Z. R. Tomić, 456; M. Perović, 176.

[72] Решење Управног суда, бр. 6 У. 6990/12 од 03.07.2012. године; Решење Управног суда, бр. 15 Уо. 10/17 од 23.02.2017. године.

[73] Решење Управног суда, бр. 23 Уо. 26/16 од 19.05.2016. године; Решење Управног суда, бр. 18 Уо. 36/16 од 19.07.2016. године; Решење Управног суда, бр. 20 Уо 37/16 од 15.07.2016. године; Решење Управног суда, бр. II-1 У. 15478/18 од 07.09.2018. године. У једној одлуци, Управни суд је одбио захтев зато што тужилац није доказао штету која би тешко могла да се надокнади, закључујући да тиме нису испуњени процесноправни услови за одлагање извршења. Логика Суда, дакле, била је да одбије захтев, мериторно, зато што нису испуњене процесноправне претпоставке. (Решење Управног суда, бр. 10 Уо. 57/16 од 24.08.2016. године)

[74] Решење Управног суда, бр. II-2 5 У. бр. 4524/12 од 12.04.2012. године; Решење Управног суда, бр. 6 У. 6990/12 од 03.07.2012. године.

[75] „При оцени питања да ли појам ‚јавног интереса‘ претставља појам дискреционе оцене или не изгледа нам да се не може дати један категоричан одговор. Мора се поћи од чињенице да појам ‚јавног интереса‘ нема исто значење у свима правним прописима у којима је примењен. Није искључено да ће појам ‚јавног интереса‘ у извесним правним прописима претстављати дискрециону оцену, а у другим правно везану оцену.“ (С. Поповић, 286)

[76] ЗУС, чл. 12.

противна странка није она из управног спора, него она из управне ствари, двостраначке или вишестраначке, а то је мишљење и Управног суда.[77]

Када је тужиочев захтев основан, извршење се одлаже до доношења судске одлуке. У судске одлуке спадају пресуда и решење. Пресуда је главна одлука, а решење се, по правилу, доноси онда када се одлучује о процесним питањима.[78] У случају да решење донесе судија појединац, трајање одлагање извршења постаје спорно, јер против решења може да се изјави приговор, тако да донета одлука није правноснажна.[79] Стога би за трајање одлагања извршења, чини се, меродавна судска одлука требало да буде тек она о поднетом приговору.[80]

Исти, кумулативно прописани услови, засновани на одмеравању ангажованих интереса и поређењу штетних последица, требало би да важе и онда када странка из управног поступка, пре подношења тужбе, тражи од Управног суда одлагање извршења управног акта: у случају хитности; онда када је изјављена жалба која по закону нема одложно дејство, а поступак по жалби није окончан.[81] У овој, не сасвим јасној одредби, ради се, тако бар делује, о два одвојена случаја. У првом, услови за подношење тужбе требало би да су већ испуњени, али странка, због хитности, на то не може да чека. У другом, услови за покретање управног спора нису ни испуњени, јер је у току другостепени поступак, по жалби, која нема одложно дејство.[82]

[77] „Наношење штете противној странци, као трећи кумулативно прописан услов је, у конкретном случају искључен, јер се ради о једностраначком управном спору у којем противна странка, односно заинтересовано лице ни не постоји, будући да се не ради о управној ствари у којој учествују две или више странака са супротним интересима.“ (Решење Управног суда, бр. 20 Уо 37/16 од 15.07.2016. године) Грешка је у томе што се управни спор означава као једностраначки. Он то није, јер је странка у управном спору увек и тужени орган. Једностраначка је управна ствар, а то је, у контексту одлагања извршења и штете коју би претрпела противна странка, једино релевантно.

[78] ЗУС, чл. 40, ст. 1, чл. 25, 26 и 32.

[79] ЗУС, чл. 27, ст. 1.

[80] У судској пракси, истина, наилазимо на то да Управни суд, зато што је одбацио тужбу, није ни одлучивао о захтеву за одлагање извршења. (Решење Управног суда, бр. 16 У 8318/12 од 27.06.2012. године; Решење Управног суда, бр. 17 У 8319/12 од 27.06.2012. године) „У поступању суда, ово првенствено значи да тужба мора бити уредна, благовремена и допуштена и да се по њој може поступати а тек након оцене општих процесних претпоставки за вођење управног спора, се може ценити захтев за одлагање у смислу његове уредности и основаности.“ (С. Ђурановић, 393) То, међутим, не мора увек да буде тако. Разлози за одбацивање тужбе могу да се утврде и касније, након што је одлука о захтеву за одлагање извршења већ донета.

[81] ЗУС, чл. 23, ст. 3.

[82] О два случаја говоре и наши аутори. (Вид. Драган Милков, *Управно право III: контрола управе*, Нови Сад 2019, 89; З. Лончар, 254-255; Z. R. Tomić, 457) У судској пракси став се не износи доследно. У неким одлукама, када је затражено одлагање извршења током трајања другостепеног управног поступка, Управни суд је ценио искључиво могућност настанка штете и јавни интерес – у том случају није узимао у обзир хитност. (Решење

Проблем одлагања извршења, у случају када жалба нема такво дејство, настаје онда када се дође до јавног интереса, као услова. Ако пођемо од тога да жалба нема одложно дејство баш због јавног интереса, онда цео овај случај, на први поглед, почиње да изгледа противречно. У таквим ситуацијама, први утисак нам говори о томе да се одлагање извршења увек противи јавном интересу, а на примеру пореских обавеза, у више одлука, Управни суд нам то и потврђује.[83] Било је, међутим, и супротне праксе, у којој Управни суд и овде одмерава интересе, не закључујући по аутоматизму. Резултат ове различите праксе је Правни став, који би подједнако могао да се примени и на друге материје:

> „Одлагање извршења решења којим је пореском обвезнику наложено плаћање пореске обавезе није увек противно јавном интересу.“[84]

На проблем наилазимо и онда када се запитамо до када траје одлагање извршења, које је затражено пре подношења тужбе. За разлику од одлагања које следи након покретања управног спора, Законом није прецизирано, а међу нашим ауторима има различитих ставова. Према једном мишљењу, одложно дејство требало би да траје до правноснажности управног акта.[85] Другачији став каже да ову правну празнину треба да тумачимо уже, тако да се одлагање извршења поклапа са трајањем другостепеног управног поступка.[86] Ако случај хитности прихватимо као посебан и самосталан случај, онда би тумачење у корист правноснажности могло да буде логично. Но у другом случају, када је изјављена жалба која нема одложно дејство, на који се изнети ставови изгледа и односе, устаљена пракса Управног суда показује да се извршење управног акта одлаже до доношења другостепене одлуке.[87]

Управног суда, бр. 23 Уо. 26/16 од 19.05.2016. године; Решење Управног суда, бр. 20 Уо 37/16 од 15.07.2016. године; Решење Управног суда, бр. 20 Уо 9/2017 од 22.02.2017. године; Решење Управног суда, бр. 15 Уо. 10/17 од 23.02.2017. године; Решење Управног суда, бр. 6 Уо 23/17 од 13.04.2017. године) У неким другим одлукама, међутим, Суд је ове случајеве помешао, третирајући заправо хитност као још један услов који странка, која води другостепени управни поступак, мора да докаже, или бар учини вероватним. (Решење Управног суда, бр. 10 Уо. 31/16 од 29.06.2016. године; Решење Управног суда, бр. 18 Уо. 36/16 од 19.07.2016. године; Решење Управног суда, бр. 14 Уо. 40/16 од 15.07.2016. године; Решење Управног суда, бр. 19 Уо. 8/17 од 17.02.2017. године)

[83] Образложење Суда је једноставно: одлагање извршења било би противно јавном интересу, зато што порези представљају јавни приход који су обвезници дужни да плаћају. (Решење Управног суда, бр. III-7 Уо. 103/16 од 18.11.2016. године; Решење Управног суда, бр. III-4 Уо. 25/17 од 21.04.2017. године; Решење Управног суда, бр. 2 Уо 65/17 од 10.10.2017. године)

[84] Управни суд, *Билтен судске праксе*, бр. 8/2019, 143-146.

[85] Lj. Pljakić, 233; Z. R. Tomić, 457.

[86] З. Лончар, 255.

[87] Решење Управног суда, бр. I-21 Уо 75/14 од 31.10.2014. године; Решење Управног суда, бр. 20 Уо 9/2017 од 22.02.2017. године; Решење Управног суда, бр. 6 Уо 23/17 од 13.04.2017. године; Решење Управног суда, бр. 22 Уо 43/17 од 09.06.2017. године; Решење

О захтеву за одлагање извршења управног акта, без обзира на то да ли се подноси пре или после тужбе, Управни суд одлучује решењем, хитно: најкасније у року од пет дана од дана пријема.[88] Одлука о захтеву за одлагање извршења, при томе, не би требало да прејудицира одлуку о главној ствари.[89] Целисходно би било, према савету Славољуба Поповића, да се такав предмет узме у поступак одмах, иако никаква хитност у решавању главне ствари није прописана.[90]

На крају, напоменимо и то да у Закону о управним споровима није прописано ни правно средство против решења о одлагању извршења.[91] Жалбе у управном спору свакако нема. Приговор, као специфично правно средство, није дозвољен, ни примерен, јер овде одлучује судско веће, а не судија појединац.[92] Према изричитом ставу судске праксе, нису дозвољена ни ванредна правна средства.[93] Непостојање правне заштите странке оцењује се

Управног суда, бр. III-3 Уо. 58/17 од 31.08.2017. године; Решење Управног суда, бр. 23 Уо. 62/17 од 15.09.2017. године. Извесна опрезност, ипак је потребна. Наиме, из судске одлуке сазнајемо до када је извршење одложено, али немамо поуздан увид у то шта је странка захтевала. У образложењу појединих одлука, пише како је странка предложила да се извршење одложи до окончања поступка по жалби. Из других одлука, међутим, не сазнајемо ништа о томе да ли је странка прецизирала свој захтев у том погледу. Међу доступним одлукама, наишли смо и на оне у којима је странка захтевала да се извршење одложи до доношења судске одлуке, али је њен захтев одбијен, тако да нам нису много помогле.

[88] ЗУС, чл. 23, ст. 4. Зоран Томић наглашава то да Управни суд може, али не мора да одложи извршење, из чега закључује да је у питању његова дискрециона оцена. (Z. R. Tomić, 105) У пракси Управног суда наилазимо и на случајеве у којима о захтеву за одлагање извршења није ни одлучено, јер је пресудом тужба усвојена, акт поништен, а предмет враћен туженом органу. До тога свакако није дошло у кратком року, који је прописан за одлучивање о захтеву за одлагање извршења. (Пресуда Управног суда, бр. II-1 У.15795/21 од 03.02.2022. године) Дешавало се и то да Управни суд одлучи о захтеву, али не посебним решењем, него у пресуди којом одбија тужбу. Опет, наравно, не у року који је прописан. (Пресуда Управног суда, бр. III-3 У. 22568/10 од 30.03.2012. године)

[89] С. Ђурановић, 394.

[90] С. Поповић, 288.

[91] З. Лончар, 256; Z. R. Tomić, 458; Lj. Pljakić, 230; С. Ђурановић, 396.

[92] Решење Управног суда, бр. 27 Ув. 181/20 од 15.09.2022 године.

[93] „[Р]ешењем које доноси применом члана 23. Закона о управним споровима, одлучујући о захтеву странке за одлагање извршења управног акта, Управни суд не одлучује по тужби којом је покренут управни спор и предмету тог спора, односно не одлучује о законитости управног акта који се тужбом оспорава. Стога, према ставу Врховног касационог суда, одлука Управног суда донета у примени члана 23. Закона о управним споровима не представља правноснажну одлуку Управног суда из члана 49. став 1. Закона о управним споровима чије преиспитивање странка може тражити пред Врховним касационим судом подношењем захтева за преиспитивање судске одлуке као ванредног правног средства.“ (Решење Врховног касационог суда, бр. Узп 10/10 од 13.05.2010. године) „[Р]ешењем које се доноси применом члана 23. Закона о управним споровима, одлучујући о захтеву странке за одлагање извршења управног акта, Управни суд не одлучује по тужби којом је покренут управни спор и предмету тог спора односно не одлучује о законитости управног акта који

стога као највећи недостатак у новом правном режиму одложног дејства тужбе.[94]

5. ЗАКЉУЧАК

У односу на правну заштиту странке, управни спор, условно речено, показује обележја једног редовног „правног средства“. Сасвим је зато логично да се запитамо какво је дејство тужбе на извршење управног акта, који је предмет управног спора. Различита права нуде нам и различите одговоре: понекад се, поједностављено гледано, тужби признаје одложно дејство, а понекад не. Начелно нормативно опредељење за одложно дејство тужбе, или против њега, прате и одређена одступања, без којих би равнотежа између ангажованих интереса – страначког и јавног – била нарушена.

Као облик привремене правне заштите странке, одложно дејство тужбе има велики значај у земљама германског система судске контроле управе, нама најближег. Одложно дејство тужбе начелно је прописано и у Немачкој и у Аустрији. Привремена правна заштита странке обезбеђена је тиме самим законом, непосредно, без потребе за судском интервенцијом. До потребе за истинском привременом судском заштитом долази заправо само онда када тужба, изузетно, нема одложно дејство.

У нашем праву, приступ је обрнут: тужба, по правилу, нема одложно дејство. Привремена судска заштита, строго гледано, дуго није ни постојала, иако је у вези са управним спором могло да дође до одлагања извршења управног акта – али не одлуком суда, него саме управе. Могућност да се извршење управног акта одложи судском одлуком уведена је тек важећим правом, уз једно проширење, по којем такав захтев, у прописаним случајевима, може да се поднесе чак и пре покретања управног спора.

Наизглед детаљно и прецизно правно нормирање одложног дејства тужбе није дало одговор на сва питања. Напротив, створило је неке нове проблеме, а законска формулација, када би се следила дословно, језички, ограничила би привремену судску заштиту и ускратила је у оним случајевима који се јављају редовно. Пракса Управног суда показује нам ипак нешто шири приступ и шире тумачење, које више одговара суштини привремене судске заштите. Слично је и са теоријским ставовима, укључујући и оне о ширем сагледавању појма извршења у односу на оно што је уобичајено.

се тужбом оспорава. Стога, по налажењу суда, одлука Управног суда донета сагласно одредби члана 23. Закона о управним споровима не представља правноснажну одлуку Управног суда из члана 56. наведеног Закона, којом је завршен поступак чије се понављање тражи.“ (Решење Управног суда, бр. II-9 Уп 47/22 од 3.11.2022. године)

[94] З. Лончар, 256.

Правно нормирање одложног дејства тужбе не може да се сагледа у потпуности уколико се у обзир не узме и оно што претходи управном спору. У нашем праву, управном спору редовно претходи другостепени управни поступак, а жалба у управном поступку има одложно дејство. У немачком и аустријском праву, тежиште правне заштите странака пренето је на управне судове, а тиме и она привремена, у облику одложног дејства тужбе.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Литература

Ђурановић Стево, „Одлагање извршења управног акта од стране Суда“, *Билтен*, Врховни касациони суд, 3/2011.

Костић М. Лазо, *Административно право*, Сабрана дела, Други том, Београд 2000.

Krbek Ivo, *Upravni akt*, Zagreb 1957.

Krbek Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave: III knjiga, funkcioniranje i upravni spor*, Zagreb 1962.

Лончар Зоран, „Одлагање извршења управног акта у управном спору“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2012.

Majstorović Bogdan, *Zakon o upravnim sporovima sa stručnim komentarom*, Beograd 1952.

Марковић Ратко, *Управно право: општи део*, Београд 2002.

Милков Драган, *Појам управног акта* (докторска дисертација), Нови Сад 1983.

Милков Драган, *Управно право II: управна делатност*, Нови Сад 2017.

Милков Драган, *Управно право III: контрола управе*, Нови Сад 2019.

Perović Mirko, *Teorijski i praktični komentar Zakona o upravnim sporovima*, Beograd 1966.

Pljakić Ljubodrag, „Odložno dejstvo tužbe i održavanje usmene rasprave u upravnom sporu“, *Pravni život*, 10/2012.

Поповић Славољуб, „Дејство тужбе на извршење аката против којих је покренут управни спор“, *Анали Правног факултета у Београду*, 3/1954.

Радошевић Ратко, *Правна природа управног уговора* (докторска дисертација), Нови Сад 2018.

Радошевић С. Ратко, „Реформа управног спора: нови покушај – стари проблеми“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2020.

Радошевић С. Ратко, „Аустријско управно судство: реформа и нова парадигма“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2022.

Радошевић С. Ратко, „Немачко управно судство: основи једног система“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2023.

Tomić R. Zoran, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, Beograd 2012.

Франтловић Ј. Боривоје, *Коментар Закона о Државном савету и управним судовима*, Београд 1935.

Цуцић Вук, „Поступак решавања управних спорова“, у: *150 година управног спора у Србији (1869-2019)*, Зборник радова (ур. Вук Цуцић), Београд 2019.
Adamovich K. Ludwig, Funk Bernd-Christian, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-New York 1987.
Chvosta Peter, „Die 'Jahrhundert-Reform' der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich – ein 'neues Zeitalter' auch für die Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern der jungen Demokratie in Europa?“, in: *Reformen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern der jungen Demokratie* (Hrsg. Agnieszka Krawczyk), Warszawa 2022.
Detterbeck Steffen, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, München 2015.
Maurer Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2011.
Sommermann Karl-Peter, *Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Speyer 1994.
Ule Carl Hermann, *Verwaltungsprozessrecht*, München und Berlin 1966.
Wolff J. Hans, *Verwaltungsrecht III (Ordnungs- und Leistungsrecht, Verfahrens- und Prozessrecht)*, München und Berlin 1967.

Извори права

Закон о управним споровима, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 23/52.
Закон о управним споровима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 21/65.
Закон о управним споровима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 4/77, *Службени лист СРЈ*, бр. 27/92, 31/93 и 24/94.
Закон о управним споровима, *Службени лист СРЈ*, бр. 49/96.
Закон о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 111/2009.
Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), *BGBl*. Nr. 1/1930 i. d. F. *BGBl*. I Nr. 222/2022.
Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), *BGBl*. Nr. 51/1991 i. d. F. *BGBl*. I Nr. 88/2023.
Bundesgesetz über allgemeine Bestimmungen und das Verfahren für die von den Abgabenbehörden des Bundes, der Länder und Gemeinden verwalteten Abgaben (Bundesabgabenordnung – BAO), *BGBl*. Nr. 194/1961 i. d. F. *BGBl*. I Nr. 201/2023.
Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG), *BGBl*. I Nr. 33/2013 i. d. F. *BGBl*. I Nr. 88/2023.
Finanzgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. März 2001 (*BGBl*. I S. 442, 2262; 2002 I S. 679), die zuletzt durch Artikel 27 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (*BGBl*. 2023 I Nr. 411) geändert worden ist.
Sozialgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 1975 (*BGBl*. I S. 2535), das zuletzt durch Artikel 16a des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (*BGBl*. 2023 I Nr. 408) geändert worden ist.
Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG), *BGBl*. Nr. 10/1985 i. d. F. *BGBl*. I Nr. 88/2023.
Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (*BGBl*. I S. 686), die zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (*BGBl*. 2023 I Nr. 409) geändert worden ist.

Судска пракса

Пресуда Управног суда, бр. III-3 У. 22568/10 од 30.03.2012. године.
Пресуда Управног суда, бр. II-1 У.15795/21 од 03.02.2022. године.
Решење Врховног касационог суда, бр. Узп 10/10 од 13.05.2010. године.
Решење Управног суда, бр. 14 У 672/11 од 21.01.2011. године.
Решење Управног суда, бр. 2 Уо.7/11 од 22.02.2011. године.
Решење Управног суда, бр. II-2 5 У. бр. 4524/12 од 12.04.2012. године.
Решење Управног суда, бр. 16 У 8318/12 од 27.06.2012. године.
Решење Управног суда, бр. 17 У 8319/12 од 27.06.2012. године.
Решење Управног суда, бр. 6 У. 6990/12 од 03.07.2012. године.
Решење Управног суда, бр. III-2 У. 842/13 од 22.01.2013. године.
Решење Управног суда, бр. I-21 Уо 75/14 од 31.10.2014. године.
Решење Управног суда, бр. 24 У 4764/15 од 07.04.2015. године.
Решење Управног суда, бр. 23 Уо. 26/16 од 19.05.2016. године.
Решење Управног суда, бр. 10 Уо. 31/16 од 29.06.2016. године.
Решење Управног суда, бр. 14 Уо. 40/16 од 15.07.2016. године.
Решење Управног суда, бр. 20 Уо 37/16 од 15.07.2016. године.
Решење Управног суда, бр. 18 Уо. 36/16 од 19.07.2016. године.
Решење Управног суда, бр. 10 Уо. 57/16 од 24.08.2016. године.
Решење Управног суда, бр. III-7 Уо. 103/16 од 18.11.2016. године.
Решење Управног суда, бр. 19 Уо. 8/17 од 17.02.2017. године.
Решење Управног суда, бр. 20 Уо 9/2017 од 22.02.2017. године.
Решење Управног суда, бр. 15 Уо. 10/17 од 23.02.2017. године.
Решење Управног суда, бр. 6 Уо 23/17 од 13.04.2017. године.
Решење Управног суда, бр. III-4 Уо. 25/17 од 21.04.2017. године.
Решење Управног суда, бр. 22 Уо 43/17 од 09.06.2017. године.
Решење Управног суда, бр. I-1 У 6029/15 од 19.07.2017. године.
Решење Управног суда, бр. III-3 Уо. 58/17 од 31.08.2017. године.
Решење Управног суда, бр. 23 Уо.62/17 од 15.09.2017. године.
Решење Управног суда, бр. 2 Уо 65/17 од 10.10.2017. године.
Решење Управног суда, бр. II-1 У.15478/18 од 07.09.2018. године.
Решење Управног суда, бр. 27 Ув. 181/20 од 15.09.2022. године.
Решење Управног суда, бр. II-9 Уп 47/22 од 3.11.2022. године.
Управни суд, *Билтен судске праксе*, бр. 8/2019.

Остали извори

Предлог Закона о управним споровима, *https://www.srbija.gov.rs/prikaz/101854*, 29. новембар 2023. године.

Dragan L. Milkov
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Milkov@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-8302-5163

Ratko S. Radošević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
R.Radosevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5011-0748

Suspensive Effect of Claim in Administrative Dispute

Abstract: *The subject of this paper is the suspensive effect of a claim in an administrative dispute – in comparative and domestic law. Comparative law analysis includes German and Austrian law, having in mind that Serbian judicial control of administration is the closest to their systems. In the explanation of domestic law, we first start from a historical review. The central part of the paper deals with the valid legal regulations in domestic law. The results of the research, which, in addition to legal norms, also includes theoretical explanations and court practice, show a fundamentally different approach to this issue. Different approach leads to a different role of the court in providing this provisional legal protection to the parties. Regardless, however, of the form in which it appears, the question of suspensive effect of a claim in an administrative dispute is always connected with weighing the engaged interests and trying to establish some balance between them.*

Keywords: *enforceability of administrative act, suspending the enforcement of administrative act, administrative dispute, claim in administrative dispute, suspensive effect of claim in administrative dispute.*

Датум пријема рада: 21.02.2024.
Датум прихватања рада: 13.05.2024.

Оригиналан научни рад 347.61/.64:616-089.888.11
doi:10.5937/zrpfns58-49040

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

СУРОГАТ МАТЕРИНСТВО ПРЕД ИЗАЗОВИМА ДАНАШЊИЦЕ*

Сажетак: *СуроГат материнство представља можда и најстарији облик асистиране репродукције, али истовремено и најспорнији вид репродукције о којем је у овом тренутку постизање било каквог консензуса на међународном нивоу готово немогуће. У последњих неколико година, пракса суроГат материнства сусрела се са озбиљним препрекама и изазовима, попут пандемије вируса COVID-19, али и ратним дејствима на територији Украјине, где је суроГат материнство, до скоро, било изузетно заступљено. Као последица тога, али и чињенице да су нека законодавства значајно пооштрила своје прописе, индустрија суроГат материнства брзо се прилагођавала и тражила алтернативне начине како би несметано наставила да се одвија. Тако су почеле да се стварају тзв. репромреже, које подразумевају глобалну мрежу репродукције које се састоји од неколико различитих локација, међусобно више или мање повезаних и које захтевају одговоре на бројна питања како би се заштитили сви учесници овог поступка.*

Кључне речи: *суроГат материнство, медицински асистирана репродукција, репромреже.*

---

* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ у 2023. години.

1. УВОД

Сурогат материнство данас представља глобалну појаву, која је присутна на свим континентима, док су последице овог феномена на неки начин присутне у готово свим државама. Другим речима, парови, али и појединци који у сурогат материнству виде једино решење за добијање потомства, користе ову могућност или у својој држави (уколико је дозвољена) или оним државама где је сурогат материнство изричито или прећутно дозвољено. На самом почетку, не улазећи у дискусију о оправданости сурогат материнства, неопходно је прихватити неминовност постојања ове праксе. Сама чињеница да неке државе изричито забрањују овај поступак, као што је то случај са законодавством Србије, није довољан разлог да ово питање изостане из сталне и озбиљне стручне дискусије и анализе, односно да остане без конкретних предлога како поступити у датим ситуацијама, будући да нам данашње прилике говоре да ова пракса опстаје без обзира на препреке са којима се сусреће.

Иако се сурогација углавном везује за новије, савремено доба, сурогат материнство је вероватно поступак који се најдуже користи у случају неплодности који датира још од најстаријих времена. Сам појам сурогат материнство, потиче од латинске речи *surrogatus* што значи замена, односно особа која је одређена да поступа у име неког другог лица. Како год дефинисали сурогацију, њена основна идеја јесте рађање детета са циљем да се оно преда другом пару, који не може да има деце и који је наручио трудноћу.[1] То је поступак у ком једна жена носи и рађа дете, са намером да га преда пару са којим је закључила уговор и који имају намеру да се старају о том детету.

Постоје два облика сурогат материнства, један је када жена рађа дете које је и генетски њено („парцијална", генетска сурогација), а други када сурогат мајка само носи и рађа дете, а дете води генетско порекло од брачног пара који жели дете, или је оплођена јајна ћелија треће жене (донора), или је дониран ембрион („пуна", „тотална", гестацијска сурогација). У овим случајевима у зачећу и рађању детета учествују две жене, док у последњем случају постоји и трећа жена која ће одгајати дете. Посматрано са биолошке стране проблема, термин сурогат материнство није адекватан у ситуацији када је гестациаска мајка уједно и генетска. Наиме, очигледно је да је управо жена која је зачела, носила и родила дете генетска, биолошка мајка, а никако не представља замену за мајку. По правилу ће се о детету старати неплодни брачни пар а не природна мајка, те се са аспекта тог брачног пара

[1] Gordana Kovaček Stanić, Biomedicinski potpomognuto začeće i rođenje deteta: surogat materinstvo u uporednom evropskom pravu i Srbiji, *Stanovništvo*, No. 1, 2013b, 2.

може говорити да је жена која је родила дете заменила у зачећу и рођењу детета жену која ће одгајати дете. У случају када жена носи и рађа дете које генетски потиче од жене која жели дете, термин сурогат материнство више одговара, јер жена која носи дете замењује генетску мајку у функцији ношења и рађања.[2]

Историјски гледано постојали су закони и обичаји који су дозвољавали једној жени да изнесе трудноћу уместо неплодне жене, чиме се избегавао развод, као неизбежна последица бракова без деце. Податке о некој врсти сурогације налазимо још у Хамурабијевом законику из 18. века пре нове ере, али није непозната ни прича о Авраму и Сари и слушкињи Агари, која се помиње у Старом завету[3].

Ради се о поступку који, на одређени начин, представља најстарији вид асистиране репродукције и данас представља део глобалног репродуктивног тржишта које се у последњих неколико деценија развило у милионску индустрију, што је последично, сасвим разумљиво, изазвало интересовање бројних научника, истраживача, феминисткиња, етичара, политичара и ставило ову праксу у оквире јавног дискурса испуњеног дијаметрално супротним ставовима. Од момента настанка, овај поступак изазивао је негодовање многих држава, толико, да је сурогат материнство посматрано као поступак који уводи још један облик нелегитимне породице.[4] Разлог свакако лежи и у чињеници да је сурогат материнство можда најспорнији аранжман асистиране репродукције, јер укључује дуготрајно учешће више лица. Другим речима, поред намераваних родитеља, у поступак је укључена и трећа особа која износи трудноћу за њих, често у замену за новац. Управо ова могућност плаћања сурогат мајке, коју предвиђају поједина законодавства, представља једну линију критике овог поступка, истичући да на овај начин долази до комерцијализације и комодификације сурогат мајки и деце, док ништа мање нису заступљени ни приговори који се односе на опасност од потенцијалне експлоатације сурогат мајки. Веома често се могу чути и критике на рачун сурогат материнства као поступка који занемарује пренаталне психолошке утицаје на фетус, чиме се практично негира природна веза која се развија између сурогат мајке и детета.[5] Трудноћа и рађање детета

[2] *Ibid*.

[3] Gordana Kovaček Stanić, „State Regulation of Surrogate Motherhood: Liberal or Restrictive Approach“, *International Journal of Jurisprudence of the Family*, Vol. 4, 2013a.; Гордана Ковачек Станић, „Породично-правни аспекти сурогат материнства”, *Правни живот,* 2001, Но. 9, 491-507.; Стефан Самарџић, „Кривичноправни аспекти асистиране репродукције у Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2013, 494.

[4] Richard F. Storrow, The Phantom Children of the Republic: International Surrogacy and the New Illegitimacy, *Journal of Gender, Social Policy & The Law*, No. 20, 2012, 593.

[5] Више видети у: Anika König, „Reproductive Entanglements in Times of War: Transnational Gestational Surrogacy in Ukraine and Beyond“, *Medical Anthropology*, Vol. 42, No. 5, 2023, 482.

доводе до настајања емоционалних веза између мајке и детета, које се чини неприродно, па чак и нехумано раскидати.[6]

Чини се да ниједан поступак не изазива толико опречних ставова и толико отпора ка изналажењу минималне сагласности у погледу регулисања овог питања на наднационалном нивоу, будући да највећи проблеми у вези са сурогацијом настају управо у случајевима прекограничне сурогације, а који могу довести до ситуације да дете остане без родитеља и држављанства, ако земља из које намеравани родитељи потичуи у коју желе да се врате не дозвољава сурогат материнство. Репродуктивни туризам је одавно постао феномен који не само да се не доводи у негативну конотацију, него се чини да прећутно представља пожељан метод како би се заобишла и избегла потреба да се позабавимо проблемима, односно питањима која неумитно стоје пред нама.

2. ОБЛИЦИ СУРОГАТ МАТЕРИНСТВА

Значајно је напоменути да термин „сурогација“, односно „сурогат материнство“ не описује једну специфичну врсту поступка, већ неколицину различитих облика који са својим специфичностима чине да је достизање извесног консензуса о овом питању готово немогуће.

Наиме, имајући у виду различите критеријуме, можемо разликовати говорити о неколико подела сурогат материнства. Најпре, с обзиром на то да ли је сурогат мајка уједно и генетска мајка детета, можемо говорити о два облика сурогат материнства. Први, у којем жена која носи и рађа дете није генетска мајка детета, већ је коришћена јајна ћелија намераване мајке или је употребљена донирана јајна ћелија, назива се *пуна* или *гестацијска* сурогација. Наиме, сама идеја сурогације лежи у потреби да неко друго дете носи и роди, јер намеравана мајка из различитих медицинских разлога, није у стању да изнесе трудноћу или да се породи. Други облик сурогације, који се назива и *парцијална*, *генетска*[7] или *традиционална*[8] сурогација, представља поступак у којем је коришћена јајна ћелија сурогат мајке, те је она уједно и генетска мајка детета.

Поред поделе према критеријуму порекла јајне ћелије, сурогат материнство може и да се подели према критеријуму односа сурогат мајке и жене која намерава да се стара о детету. У том смислу, можемо говорити о сродничкој

[6] G. Kovaček Stanić (2013b), 16.

[7] G. Kovaček Stanić (2013b), 3.

[8] Michael Wells-Greco, *The Status of Children arising from inter-country surrogacy arrangements*, Eleven International Publishing, Hague, 2016, 37.

сурогацији (где је сурогат мајка у сродству са намераваним родитељима), затим о пријатељској сурогацији и на крају, можда и најзаступљенији облик јесте где између сурогат мајке и намераване мајке не постоји никаква претходна повезаност. [9]

На крају, могуће је извршити и поделу с обзиром на то да ли је дозвољено плаћање сурогат мајке или је дозвољено надокнадити само разумне трошкове које сурогат мајка може имати за време трудноће, односно порођаја. У складу са тим, можемо говорити о *комерцијалној*[10] и *алтруистичкој* сурогацији. Већина правних система која дозвољавају сурогацију, забрањују комерцијалну сурогацију, сматрајући да се на тај начин отклањају приговори сурогације, као поступку који подразумева купопродају деце.

3. УПОРЕДНА РЕГУЛАТИВА СУРОГАТ МАТЕРИНСТВА

Приступ овом питању се дијаметрално разликује међу државама. Иако се не могу повући у потпуности јасне границе у погледу начина регулисања овог питања, могли бисмо рећи да у једну групу улазе државе које изричито забрањују сурогацију, у другу групу спадају она законодавства које толеришу овај поступак, док се у трећој групи налазе државе које имају пермисиван став према сурогат материнству. Поред различитих приступа које имају национална законодавства, постојали су и покушаји да се ово питање на одређени начин регулише и на међународном нивоу, односно путем доношења конвенција које би на мање или више прецизан начин регулисале макар основна, фундаментална питања у случајевима прекограничне сурогације.

Специјална комисија Хашке конференције за међународно приватно право о практичној примени Конвенције о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења је у Извештају од 2010. године је истакла да је приметан пораст броја случајева прекограничне сурогације и изразила забринутост у погледу неизвесног статуса ове деце. Комисија је тада била става да је примена Конвенције о међународном усвојењу неприкладна у

[9] G. Kovaček Stanić (2013b), 3.

[10] Стална канцеларија Хашке конференције је у документу из 2014. године појам „комерцијална сурогација“ – који је коришћен у документу из 2012. године, заменила термином „сурогација за профит“, због замерки које су биле упућене од стране удружења намераваних родитеља, који су сматрали увредљивим коришћење одреднице „комерцијална“. Међутим, с обзиром на то да је овај појам и даље у употреби у већини правних система, као и у литератури, за потребе овог истраживања, одлучили смо се и даље користимо наведени, устаљени термин; вид. “The desirability and feasibility of further work on the Parentage/Surrogacy Project”, Prel. Doc. No 3B of March 2014, https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf , 14.11.2023.

случајевима прекограничне сурогације, те да је потребна даља анализа овог питања, нарочито са аспекта међународног приватног права.[11]

Сви ови покушаји, међутим, били су у практично без било каквог успеха. Приликом последњег расправљања о предлогу у оквиру Савета Европе, није постигнут чак ни консензус у погледу тога да ли сурогат материнство треба да буде комерцијално или искључиво алтруистично.[12] Иако сви досадашњи предложени механизми нису имали за циљ постизање унификације правила о сукобу закона, већ изградњу система који би садржао правно обавезујуће минималне стандарде, односно успостављање оквира за сарадњу између различитих националних јурисдикција које су повезане поступком сурогације, чини се да је доминантан ипак био недостатак међународне воље за било каквим договором.

Међутим, поједини теоретичари истичу да не постоји ургентна потреба за регулисањем прекограничне сурогације на наднационалном нивоу, већ да предност треба дати усвојењу, као поступку који на најбољи начин штити интересе деце, а не поступку признања стране судске одлуке, односно исправе којом се доказује статус родитеља.[13] Другим речима, прилагођавање поступка усвојења аранжманима сурогат материнства морало би бити главни фокус правне реформе.[14] Међутим, аналогија са поступком усвојења није у потпуности адекватна. Пре свега зато што усвојитељи ни у ком случају нису генетски повезани са дететом, односно најчешће се ради о потпуним странцима.

Државе које изричито забрањују сурогацију су, између осталих, на пример: Француска, Немачка, Шпанија, Италија и Швајцарска. У ову групу улази и Србија, јер Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи из 2017, године изричито забрањује сурогат материнство.[15] Са друге стране државе попут Велике Британије, Украјине, Грчке, Израела, Грузије, Северне Македоније, а од недавно и Португала, дозвољавају сурогат материнство, наравно, под различитим условима.

Тако на пример, Велика Британија и Португал изричито забрањују комерцијалну сурогацију, чиме је могућност извођења овог поступка значајно умањена, будући да се на тај начин значајно дестимулишу сурогат мајке.

---

[11] Special Commission on the practical operation of the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption (17-25 June 2010), p. 4. https://assets.hcch.net/docs/2ed33240-387f-4270-a418-d7de4ca0e464.pdf , 11.12.2023.

[12] Committee on Social Affairs, *Health and Sustainable Development, Children's rights related to surrogacy*, Doc. 14140 Report, 23 September 2016. https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23015&lang=en# , 11.12.2023.

[13] Chris Thomale, „State of play of cross-border surrogacy arrangements – is there a case for regulatory intervention by the EU?", *Journal of Private International Law*, 13(2), 2017, 465.

[14] *Ibid.*

[15] Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи, *Сл. гласник* 40/2017, чл. 49, ст.1, а 18.

Оно што је заправо правило (или би макар требало да буде) јесте да на одлуку о томе који облик сурогат материнства ће бити дозвољен, у великој мери утиче култура, историја и религија одређеног поднебља. Управо то јесте пример са Израелом, где је комерцијално сурогат материнство дозвољено, али не у циљу постизања слободног тржишта, већ због чињенице да алтруистична сурогација неће заживети имајући у виду да је сродничка сурогација забрањена, те би много мањи број жена пристало да буду сурогат мајке, без одређене новчане компензације.[16]

Поред различитих правила у погледу врсте сурогације, различити су и приступи држава у погледу ко ће се сматрати родитељем у моменту рођења детета. Намеравани родитељи добијају статус правних родитеља на неколико начина: по самом закону којим се регулише сурогат материнство, на основу уговор о сурогацији, те на основу судске одлуке у поступку који се води после рођења детета. У Калифорнији, на пример, намеравани родитељи се сматрају родитељима од рођења детета. У Грчкој је потребно да уговор о сурогацији буде одобрен од стране надлежног органа, те ће се родитељима сматрати намеравани родитељи од рођења, с тим да сурогат мајка, уколико је истовремено и генетска мајка, може то да оспори у року од 6 месеци од рођења детета.[17] Португал је првобитно предвидео исто правило, али је затим њихов Уставни суд прогласио овакву одредбу неуставном, истичући да сурогат мајка мора имати могућност да се предомисли, иако је уговор одобрен пре рођења детета од стране Савета за медицински асистирану репродукцију.[18] У Израелу се детету додељује социјални радник који ће бити старатељ детета док намеравани родитељи не добију судску одлуку којом им се додељује статус родитеља.[19] У Великој Британији се сурогат мајка увек сматра мајком детета, а да би намеравани родитељи добили статус родитеља морају да поднесу захтев у року од шест месеци од рођења детета уз испуњење услова које закон прописује.[20] У два случаја сурогат материнства Европски суд за људска права је одлучивао је о законитости (не) успостављања родитељског статуса. Може се приметити да је чињеница биолошког порекла детета утицала на став суда о доношењу одлуке о томе. У предмету

[16] Claire Fenton-Glynn, Jens M. Scherpe, „Surrogacy in a Globalised World: Comparative Analysis and Thoughts on Regulation“, *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, [eds. Jens M. Scherpe, Claire Fenton-Glynn and Terry Kaan], Intersentia, 2019, 521.

[17] Eleni Zervogianni, „Surrogacy in Greece”, *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, [eds. Jens M. Scherpe, Claire Fenton-Glynn and Terry Kaan], Intersentia, 2019, 149, 152.

[18] Rute Teixeira Pedro, „Surrogacy in Portugal”, in: *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, [eds. Jens M. Scherpe, Claire Fenton-Glynn and Terry Kaan], Intersentia, 2019, 233-238.

[19] Rhona Shuz, „Surrogacy in Israel”, in: *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, [eds. Jens M. Scherpe, Claire Fenton-Glynn and Terry Kaan], Intersentia, 2019, 172.

[20] Claire Fenton-Glynn, „Surrogacy in England and Wales”, in: *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, [eds. Jens M. Scherpe, Claire Fenton-Glynn and Terry Kaan], Intersentia, 2019, 125.

Менесон (Mennesson) против Француске, биолошко порекло је била једна од чињеница за мишљење да је дошло до повреде члана 8 Европске конвенције о људским правима, јер однос између родитеља и детета није успостављен између детета и његовог биолошког оца који је био део пара наручилаца. У предмету Парадизо и Кампанели (Paradiso and Campanelli) против Италије недостатак биолошког порекла била је једна од чињеница, између осталог (а која је заправо преовладала) приликом формирања мишљења суда да није било повреде члана 8, иако однос детета и родитеља није успостављен између лица која су наручили дете и детета.[21]

Пракса сурогат материнства, међутим, у највећем броју случајева изазива проблеме када се ради о прекограничној сурогацији.[22] Пре свега зато што за разлику од вантелесне оплодње, која је медицинска процедура, сурогат материнство представља правни процес.

Наиме, парови (или појединци), у настојању да под сваку цену добију дете, одлазе у државе где је сурогација дозвољена и на тај начин заобилазе прописе државе из које потичу. Међутим, заобилажење рестриктивних, домаћих закона ствара нарочите проблеме управо у случају сурогације. Много је лакше открити пар који је у иностранство отишао како би пронашао и добио дете уз помоћ сурогат мајке, јер овај поступак подразумева и рођење детета у иностранству, а које намеравани родитељи желе да одведу у државу одакле они потичу. Потпуно је друга ситуација у случајевима где је у иностранству обављен поступак вантелесне оплодње, односно коришћење донираних репродуктивних ћелија или поступак преимлантационе генетске дијагностике, а где ће дете коначно бити рођено у држави одакле лица и потичу, те се не може лако утврдити да ли су лица у иностранству обавила неки поступак који је иначе, у њиховој држави забрањен. Ангажовање сурогат мајке у иностранству може бити веома компликовано за намераване родитеље у погледу одвођења детета у државу одакле они потичу, из разлога што, уколико њихова држава забрањује сурогацију, родитељска права намераваних родитеља им, веома често, не могу бити призната. [23] Поред тога, намеравани родитељи тешко могу бити признати као правни родитељи уколико држава порекла познаје правило према којем се мајком детета сматра само жена која је дете родила, односно у овом случају, сурогат мајка.[24]

---

[21] Више о томе у: Gordana Kovaček Stanić, „The child's right to know their biological origin in comparative European law: consequences for parentage law"; *Global Reflections on Children's Rights and the Law. 30 Years After the Convention on the Rights of the Child,* Ed. E. Marrus, P. Laufer-Ukeles, London, Routledge, 2021, стр. 205-207.

[22] Yehezkel Margalit, „From Baby M to Baby M(anji): Regulating International Surrogacy Agreements", *Journal of Law and Policy*, No. 24, 2015, 51.

[23] G. Kovaček Stanić (2013b), 37.

[24] *Ibid.*

Занимљиво је овде поменути и тренутну ситуацију у Италији у вези са сурогат материнством. Наиме, судска пракса у Италији у последњих неколико година, суочила се са великим бројем парова који су добијали децу уз помоћ ангажовања сурогат мајки у иностранству. С обзиром на кривичноправну регулативу, ови случајеви нису могли бити санкционисани, иако су постојали покушаји подвођења под кривично дело *Промена стања* из члана 567, став 2 италијанског Кривичног законика[25], а које чини „ко у изради извода из матичне књиге рођених измени породични статус новорођенчета, лажним уверењима, лажним доказима или другим неистинама", за које је запрећена казна затвора од 5 до 15 година. Наиме, поставило се питање да ли се радња навођења имена биолошке мајке, а не жене која је дете родила, у изводу из матичне књиге рођених новорођенчета, може подвести под радњу наведеног кривичног дела. Став италијанске доктрине, међутим, ипак није био спреман да прихвати овакву конструкцију. Ово је потврђено и у судској пракси, одлуком суда из Милана из 2014., где је закључено да препис страног извода из матичне књиге рођених није конститутивног карактера, већ представља само објављивање стања које је утврђено у иностранству.[26] Са друге стране, двојица супружника су оглашена кривим за кривично дело из члана 495. Кривичног законика Италије, који предвиђа кривично дело давања лажне изјаве о свом или туђем идентитету, статусу или другим личним својствима пред државним органима. Наиме, у односу на предмет нашег истраживања, лажна изјава се заправо састоји у сакривању информације о начину рођења детета, што би као консеквенцу могло имати одбијање признавања исправе која је издата у иностранству, будући да је такав поступак супротан јавном поретку Италије. У овој одлуци, суд је истакао и да препознаје снажну жељу за добијањем потомства, али да та жеља не може бити задовољена по сваку цену, односно на штету нерођеног детета.

Италија је у решавању овог питања, отишла корак даље, односно предузела је неоубичајен корак, а заправо се ради о томе да је предложена измена Закона бр. 40 из 2004. о медицински потпомогнутој оплодњи, на начин да се, поред забране сурогат материнства у Италији, забрањује италијанским држављанима да овај поступак предузимају и у иностранству.

---

[25] Codice penale, testo aggiornato con le modifiche introdotte dal DL 4/2022 convertito con modificazioni dalla legge 28 marzo 2022, n. 25 (in G.U. 28/03/2022, n 73). https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/ita/1930/codice_penale_html/Codice_Penale_-_edizione_aprile_2022.pdf , 7.12.2023.

[26] Више о разлозима за увођење оваквог кривичног дела видети у: CAMERA DEI DEPUTATI — PROPOSTA DI LEGGE, N. 887, Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano, 15 febbraio 2023. https://documenti.camera.it/leg19/pdl/pdf/leg.19.pdl.camera.887.19PDL0024310.pdf , 7.12.2023.

Наиме Доњи дом италијанског парламента усвојио је нацрт закона којим би било која форма организовања, спровођења или рекламирања сурогат материнства могла постати кажњива за италијанске држављане и у случају да ово дело учине у иностранству.[27] Нови закон, предлаже казну затвора у распону од три месеца до две године и кумулативно новчану казну од чак 600.000 до милион евра, за оне који прибегну сурогат материнству у иностранству, па чак и у земљама у којима је то легално.

4. ИЗАЗОВИ И БУДУЋНОСТ СУРОГАТ МАТЕРИНСТВА

Сурогација је врло специфичан, а могло би се рећи и захтеван облик репродукције, како на микро нивоу, а нарочито на макро нивоу односно у случају прекограничне сурогације. Пракса прекограничне сурогације у последњих неколико година, суочила се са великим бројем потешкоћа, што је довело до промена у регулативама појединих држава које су своја либерална законодавства значајно пооштравала чинећи на тај начин праксу сурогације теже доступном. Током 2010. године, Индија је, уз Непал и Тајланд, представљала идеално одредиште за све парове који су настојали да дете добију уз помоћ сурогат мајке. Ове државе су привлачиле будуће родитеље најпре због трошкова који су били значајно нижи него у неким другим државама, попут Калифорније. Међутим, после извесног периода, у овим државама дошло је до промене регулативе, те је тако Индија најпре забранила комерцијалну сурогацију, као облик сурогације који је у највећој мери допринео популарности овог одредишта. Након тога, као резултат политичког притиска, сурогација је забрањена истополним партнерима 2012., а од 2016. постала је недоступна и свим страним држављанима. Са друге стране, и Тајланд је почео да се у јавности помиње у негативном светлу, нарочито након неколико спорних случајева, од којих се свакако издваја случај 'Бебе Геми', детета са Дауновим синдромом, кога су намеравани родитељи оставили на Тајланду док су његову сестру близнакињу, која није била погођена овим стањем, одвели са собом.[28] Поред наведеног, готово у исто време, међународну пажњу привукао је и случај о тзв. „фабрици беба", када је мушкарац из Јапана наводно ангажовао више сурогат мајки истовремено, што је резултирало рођењем 13 деце у року од само неколико недеља, односно месеци.[29] Након наведених

[27] *Ibid.*

[28] Више видети у: Andrea Whittaker, „From 'Mung Ming' to 'Baby Gammy': A local history of assisted reproduction in Thailand", *Reproductive Biomedicine & Society Online*, Vol. 2, 2016, 71–78.

[29] Alex Horton, Japanese Millionaire Dubbed the "Baby Factory" Dad Just Won Custody of 13 Surrogate Children. The Washington Post. 20 February 2018. https://www.washingtonpost.com/

случајева, Тајланд је брзо реаговао и, попут Индије, забранио сурогат материнство за намераване родитеље који су инострани држављани. У приближно исто време, Украјина је, са друге стране, значајно либерализовала своје прописе у области сурогације, а на исти начин, популарност је стекла и Грузија. Иако нема поузданих бројева, нема сумње да је у последњих неколико година украјинско тржиште сурогат материнства постало једно од највећих те врсте у свету.

Са новом регулативом, Украјина је једна од ретких земаља у свету чије „законодавство у суштини признаје пар који је наручио процес сурогат материнства као законске родитеље детета“ и где намеравани родитељи не морају да пролазе кроз дуге правне процедуре како би постали законити родитељи. Трошкови сурогат материнства у Украјини значајно су нижи у односу на САД, што је чини далеко бољом дестинацијом чак и за будуће родитеље који долазе из држава где су такви аранжмани дозвољени и доступни, али далеко скупљи. Потражња за сурогат материнством је континуирано расла до 2019, а процењује се да се до почетка пандемије у Украјини годишње рађало до 2000 деце.

У оваквим околностима, континуираног раста, репродуктивни заплети, представљају неминовност и долазе са широким спектром изазова, од сукоба интереса између различитих учесника у овом поступку до глобалних неједнакости, сукоба националних законских прописа и још много тога. У ситуацији кризе, такви изазови и проблеми постају још доминантнији, додатно откривајући и погоршавајући већ постојећу рањивост сурогат мајки, намераваних родитеља и деце која се рађају у таквим аранжманима. Криза изазвана пандемијом COVID-19, а нарочито криза изазвана руско-украјинским ратом који је почео у фебруару 2022, и те како представљају примере који су у први план истакли бројне недостатке, али и озбиљне проблеме са којим се суочава сурогат материнство.

Пандемија COVID-19 била је први велики поремећај који није био регионално ограничен, али је утицао на читаву индустрију сурогат материнства широм света, доводећи је скоро до заустављања. Ипак, сурогат мајке које су у време избијања пандемије биле у другом стању биле су приморане да наставе трудноћу, док су са друге стране ограничења путовања онемогућила намераваним родитељима да дођу по децу која су се рађала. Међутим, због своје велике флексибилности и прилагодљивости, глобална индустрија сурогат материнства брзо је превазишла ове поремећаје и повратила се након неколико месеци када су пронађени начини да се заобиђу ограничења пандемије и путовања су поново постала могућа.

---

news/worldviews/wp/2018/02/20/japanese-millionaire-dubbed-the-baby-factory-dad-just-won-custody-of-13-surrogate-children/ 23.12.2023.

Није требало дуго да међународни медији почну да извештавају о ефектима рата на аранжмане сурогат материнства, међутим, осим неколико изузетака постојала је и наставља да влада изузетна тишина у медијима у вези са сурогат мајкама који носе децу за странце. Иако су будућу родитељи упозоравани да заобилазе Украјину у циљу ангажовања сурогат мајки, поједине агенције су и даље промовисале ову праксу. Широм света, намеравани родитељи су били изузетно забринути за судбину своје, још нерођене, или тек рођене деце и сурогат мајки. Многи су настојали да изведу сурогат мајке и њихове породице из земље, не само током, већ и након трудноће. Сурогат мајке, међутим, нису увек желеле да напусте земљу, што је такође довело до сукоба са намераваним родитељима. Агенције су, са друге стране, морале да одлуче како да се изборе са овом ванредном ситуацијом и у том смислу бирале су различите начине, при чему је неко особље агенције бежало из земље и остављало трудне сурогат мајке за собом, док су други премештали сурогат мајке у безбедније делове Украјине или чак у суседне земље, као нпр. у Пољску. Коначно, други су опет, инсистирали да сурогат мајке остану тамо где јесу, док су уверавали намераване родитеље да су сурогат мајке и бебе безбедне и да се о њима добро брине.

Како би обесхрабрила намераване родитеље да одлазе у Украјину, влада Велике Британије је чак укинула хитан поступак добијања пасоша за децу која се рађају уз помоћ сурогат мајке. [30] Поред наведеног, поједини украјински посланици су безуспешно покушали да забране сурогат материнство за стране родитеље током периода тамошњег ванредног стања.[31]

Поред тога, на самом почетку рата, у покушају да пронађу одговарајућа решење за све актере у свом аранжману, бројне агенције су своје операције преселиле у друге источноевропске земље, посебно у Грузију која је са друге стране најавила забрану сурогат материнство за стране држављане од 2024., будући да је постала преплављена захтевима за ангажовање сурогат мајки.[32]

4.1. Репромреже

Ова хетерогеност у пракси сурогат материнство у кризним временима, као и неједнакост у законски регулативама појединих држава, на глобалном

[30] Kelly Blaxall, Concerning shifts in the shrinking world of global surrogacy, *BioNews* 1208, 25 September 2023, https://www.progress.org.uk/concerning-shifts-in-the-shrinking-world-of-global-surrogacy/ , 23.12.2023.

[31] Zoe Beketova, Ukraine MPs plan temporary surrogacy ban for foreigners, *BioNews* 1208, 2 May 2023, https://www.progress.org.uk/ukraine-mps-plan-temporary-surrogacy-ban-for-foreigners/ , 24.12.2023.

[32] Ryan Au, „Georgia to outlaw commercial surrogacy for foreigners“, *BioNews* 1194, 19 june 2023, https://www.progress.org.uk/georgia-to-outlaw-commercial-surrogacy-for-foreigners/ , 24.12.2023.

нивоу довела је до успостављања тзв. репромрежа (*reprowebs*)[33]. Ради се о појави која подразумева глобалну мрежу репродукције које се састоји од неколико различитих локација, међусобно више или мање повезаних. [34] Једна од централних карактеристика ових репромрежа је да флексибилно реагују на изненадне промене, као што је био случај након што су уведени нови законски прописи на местима као што су Тајланд или Индија или након великог земљотреса који је погодио Непал 2015. године, када је најмање стотину трудних сурогат мајки чекало да роди децу за странце.[35] У већини ових случајева, индустрија се брзо преселила у друге земље, при чему су углавном исти лекари и агенције за неплодност наставиле са радом преко границе.

Један пример који демонстрира концепт репромреже очигледан је на примеру из 2019. године у вези са сурогат материнством за истополне парове у Украјини. Наиме, нису реткост случајеви у којима је сурогат мајка из Украјине, одлазила и подвргавала се неопходним медицинским третманима, а затим и рађала децу у земљи чији закони не забрањују истополним партнерима да се укључе у овај поступак.

Слична заобилажења локалних прописа постојала су и у случају САД, када су агенције склапале уговоре са сурогат мајкама у једној држави, које су након тога путовале преко границе у другу да би се породиле у држави која је правно прихватљивија за сурогат материнство.[36] Такође, након индијске забране сурогат материнства за истополне парове, индијске агенције и клинике понудиле су опцију слања семених ћелија у Индију где је коришћена за стварање ембриона са јајним ћелијама индијских донора који су накнадно имплантиране у тело индијских сурогат мајки. Неке клинике у Делхију, које су већ имале успостављене мреже са клиникама у законски мање рестриктивном Непалу, одводили су затим сурогат мајке у Катманду где су се породиле, након чега су намеравани родитељи долазили и преузимали децу.[37] Индијске клинике из Мумбаја прошириле су се на Кенију, где су регрутовале локалне жене као сурогат мајке, затим их одвозили у Јужну Азију на лечење, а касније су их враћали у Кенију да се тамо породе. Слично, амерички агент за сурогат материнство који организује такве 'хибридне' сурогат конструкције, рекао је да се жене из Индије, донори јајних ћелија одлазе у Грузију како би тамо биле подвргнуте стимулацији и сакупљању јајних ћелија, где

[33] Anika König, Heather Jacobson, „Reprowebs: a conceptual approach to elasticity and change in the global assisted reproduction industry", *BioSocieties*, No. 18, 2023, 176.

[34] *Ibid*.

[35] Више видети у: Sharmila Rudrappa, „Reproducing dystopia: The politics of transnational surrogacy in India, 2002–2015", *Critical Sociology*, Vol. 44, Issue 7-8, 2018, 1087–1101.

[36] *Ibid*.

[37] Sharmila Rudrappa, „Why is India's ban on commercial surrogacy bad for women?", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol 43, 2018, 81.

затим сурогат мајке из Грузије (које носе трудноћу за истополне родитеље што је забрањено у Грузији) лете у Мексико на даље лечење и порођај.[38] Сличне стратегије пријављене су у вези са тајландским лекарима, који су се након тајландске забране 2015. преселили у Лаос и затим тамо обављали поступак оплодње сурогат мајки, које су се затим тамо и порађале како би намеравани родитељи могли без проблема да преузму децу. Иако много мање заступљени, овакви случајеви нису били непознати ни доста раније. Један од таквих примера догодио се 2000. године, а који је укључивао сурогат мајку из Енглеске, намераване родитеље који су били италијански, односно португалски држављани са пребивалиштем у Француској, док је оплодња извршена у Грчкој, уз помоћ донираног материјала из Америке, односно Енглеске.[39]

Ако поставимо питање да ли ће овај облик репродукције наставити да постоји, позитиван одговор је готово известан. Будућност сурогат материнства није упитна. Наведени примери из праксе показују способност прилагођавања ове индустрије различитим променама, али и много битније, способност превазилажења широког спектра препрека. Поставља се само питање на који начин ће се развијати регулатива по том питању, како на националном тако и на наднационалном нивоу.

Неки правни системи су одавно препознали да је постојање сурогат материнства неумитно и у складу са тим заузели одређену позицију која се временом показала мање или више исправном. Чини се да се у средишту дебате о сурогат материнству налази питање женских права, односно да ли овај поступак представља израз аутономије или подразумева експлоатацију жена, те да ли жена може да буде плаћена као што може за било који други посао. Другим речима, од свих постојећих облика, односно подела сурогат материнства, чини се да подела на комерцијалну и алтруистичку представља суштину размимоилажења у поимању овог института. У случају комерцијалне сурогације, оправдано се истиче да постоји већи ризик за експлоатацију жена, нарочито уколико се ради о државама где је животни стандард низак, те чињеница да се поступак плаћа може утицати на аутономију жене у погледу доношења коначне одлуке о томе жели ли да се укључи у тај поступак или не. Са правом се истиче да истицање цена услуга сурогат мајки, може довести у питање да ли се на тај начин подрива жена као личност. Индија је управо класичан пример државе која је од изразито либералног приступа дошла до рестриктивног, управо из забринутости због експлоатације њених држављана од стране иностраних држављана.

Са друге стране, у случају алтруистичке сурогације, плаћање може бити сакривено у недовољно јасно дефинисаним трошковима, што може да

[38] A.König, H. Jacobson, 176.

[39] Више видети у: G. Kovaček Stanić (2013b), 5.

отвори простор за бесконачне суме чинећи алтруистичну сурогацију заправо изразито комерцијалном. Међутим, опредељење за овакав вид сурогације може бити потпуно дестимулативно за будуће сурогат мајке, чиме се заправо број оваквих аранжмана значајно смањује. Велика Британија је пример који ово потврђује. Наиме, сурогат мајкама могу бити исплаћени само неопходни трошкови. На овај начин, у процес сурогације, укључују се само оне жене које то раде искључиво из жеље да помогну, а не у циљу решавања својих финансијских проблема. Чини се заправо да на овај начин, иако је држава изразила пермисиван став према овом облику репродукције, заправо га држи у врло контролисаним оквирима, чија је учесталост занемарљива у поређењу са неким другим државама.[40] На сличан начин као и оне државе које забрањују сурогацију, али не и прекограничну, заправо шаљу поруку да је експлоатација жена неприхватљива у оквиру њихових граница, али не и ако се дешава на неком другом месту.

Веома често, жене које се налазе у тешкој економској ситуацији налазе се пред тешком одлуком, а то је да иако сурогацију могу сматрати понижавајућом, исто тако је могу посматрати прихватљивијом од осталих опција које им стоје на располагању. Све то би за последицу имало да економски јаче жене, запошљавају сиромашне жене да носе децу уместо њих.

Чињеница да међу државама постоји објективна неједнакост моћи, која резултира и неједнаким ставом о појединим питањима која се у својој суштини баве и заштитом људских права, говори у прилог томе да доношење неког међународног акта није пут којим би се могло ускоро кренути. Како је раније истакнуто, сурогат материнство не представља једну врсту поступка, већ обухвата неколицину различитих облика, што значајно отежава постизање било каквог договора међу државама. Да би једна конвенција имала шансе за успех, она би морала да буде врло базична, ограничена на признавање родитељског статуса у случајевима сурогације, али се тиме заправо ништа не би превише променило. Још мање је вероватно да би се конвенција бавила питањима као што су подобност намераваних родитеља, сурогат мајке, најбољег интереса детета и сл. Међутим, оно о чему готово да не постоји никаква шанса за постизање договора јесте питање извршности уговора о сурогацији и да ли сурогат мајка може да се предомисли и задржи дете.

[40] Владина комисија је током 2023. завршила и објавила извештај који садржи предлоге у погледу законских измена решења која се односе на сурогацију. Комисија између осталог истакла да комерцијална сурогација треба и даље да буде забрањена, али су истовремено разјаснили која плаћања се могу сматрати дозвољеним. Наиме, у круг дозвољених плаћања, ушли би медицински трошкови, трошкови за надокнаду изгубљене зараде, подршку у трудноћи и путовања. Са друге стране, забрањена плаћања обухватају плаћања за ношење детета и трошкове живота као што је кирија. https://lawcom.gov.uk/surrogacy-laws-to-be-overhauled-under-new-reforms-benefitting-the-child-surrogate-and-intended-parents/ , 7.12.2023.

Као што је на почетку истакнуто, према критеријуму приступа сурогат материнству, издвајају се три групе држава. Најпре, ту су оне државе које га изричито забрањују, затим државе које немају експлицитне одредбе у вези са сурогат материнством и на крају, трећу групу чине државе које овај поступак дозвољавају. У овој, последњој групи, међутим, постоје одређене даље поделе, будући да се начин регулисања значајно разликује међу државама.

Што се тиче могућности које стоје на располагању државама које изричито забрањују овај облик репродукције, оне би се могле свести на три. Пре свега, ту је опција *status quo*, односно да ништа не мењају у свом приступу, с тим да на тај начин, у највећем броју случајева, заправо не могу спречити њихове држављане да помоћ потраже у оним државама које то дозвољавају.[41]

Са друге стране, уколико желе да заиста зауставе сурогацију, онда би морале да крену путем којим је кренула Италија, а то је да забране својим држављанима укључивање у поступак сурогације и у иностранству, прописујући истовремено и казне за непоштовање овог правила, јер једино на тај начин будући родитељи могу бити дестимулисани. Овакав приступ би пак, могао довести до појаве црног тржишта које је још више подложно експлоатацији и осталим нежељеним последицама.

Трећа опција јесте преиспитивање важећег законодавства, имајући у виду неминовност постојања глобалног тржишта сурогације и утврђивања да ли постојеће забране заиста одражавају став већине друштва.[42]

Имајући у виду чињеницу да сурогат материнство представља изузетно прилагодљив и на готово све врсте изазова, отпоран поступак, може се очекивати само даља експанзија ове индустрије. Поред тога, извесно је да ће се агенције, односно клинике које организују овај поступак, у недостатку другачијег решења, у процес укључити неколико држава. Постојање таквих, у теорији названих репромрежа, захтева хитне одговоре на низ питања. Да ли су укључене жене потпуно информисане и да ли су дале слободан пристанак? На који начин се подмирују трошкови сурогат мајке која одлази у страну државу како би тамо изнела трудноћу до краја? Да ли је безбедно да сурогат мајка путује током трудноће? Ако се рођење догоди у „погрешној“ земљи, какав је правни положај сурогат мајке, намераваних родитеља и деце?

5. ЗАВРШНА РАЗМАТРАЊА

Као што се може закључити, сурогат материнство као облик репродукције изазива значајне етичке, моралне и правне импликације. Забране које

[41] C. Fenton-Glynn, J. M. Scherpe, 577-578.
[42] *Ibid*.

поставља једно законодавство, а које друге државе настоје да окрену у своју корист, те доносе изразито пермисивне законе, немају трајни карактер. Искуство је показало да се у неком моменту и те државе „затварају“ услед бројних притисака и скандала до којих долази када државе постану преплављене захтевима за сурогацију. Међутим, снажна жеља будућих родитеља за добијањем потомства са једне стране, а нарочито чињеница да сурогат материнство представља индустрију која доноси огромну зараду клиникама и агенцијама, доводи до тога, да ће се увек пронаћи нова дестинација где ће ова индустрија наставити да ради, с тим да постоји известан ризик да се правни пејзаж брзо промени, понекад и преко ноћи. Проблем настаје онда када све преостале, јефтиније међународне дестинације за сурогацију постану оне које немају никакав правни оквир. У таквим ситуацијама, спровођење сурогације неће се сматрати незаконитим, али неће постојати ни правна заштита како сурогат мајки и деце, тако ни намераваних родитеља. Управо из тих разлога, неопходно је преиспитати тренутни статус сурогат материнства на глобалном нивоу, и уколико заиста постоји забринутост да овај поступак може довести до експлоатације жена, трговине децом и других сличних злоупотреба, онда је преко потребно приступити овом проблему на наднационалном нивоу. Међутим, да би постизање било каквог договора на међународном нивоу имало успеха, претходно је потребно преиспитивање решења заузетих на националном нивоу, нарочито у оним државама које експлицитно забрањују сурогат материнство, али прећутно дозвољавају својим држављанима да ангажују сурогат мајке у иностранству.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Alex Horton, Japanese Millionaire Dubbed the “Baby Factory” Dad Just Won Custody of 13 Surrogate Children. *The Washington Post*, 20 February 2018. https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2018/02/20/japanese-millionaire-dubbed-the-baby-factory-dad-just-won-custody-of-13-surrogate-children/

Andrea Whittaker, „From ‘Mung Ming’ to ‘Baby Gammy’: A local history of assisted reproduction in Thailand“, *Reproductive Biomedicine & Society Online*, Vol. 2, 2016, 71–78.

Anika König, “Reproductive Entanglements in Times of War: Transnational Gestational Surrogacy in Ukraine and Beyond”, *Medical Anthropology*, Vol. 42, No. 5, 2023, 479–492.

Anika König, Heather Jacobson, “Reprowebs: a conceptual approach to elasticity and change in the global assisted reproduction industry”, *BioSocieties* 18, 2023, 174–196.

Chris Thomale, „State of play of cross-border surrogacy arrangements – is there a case for regulatory intervention by the EU?”, *Journal of Private International Law*, 13(2), 2017, 463-473.

Claire Fenton-Glynn, Jens M. Scherpe, "Surrogacy in a Globalised World: Comparative Analysis and Thoughts on Regulation", *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy,* [eds. Jens M. Scherpe, Claire Fenton-Glynn and Terry Kaan], Intersentia, 2019.

Claire Fenton-Glynn,"Surrogacy in England and Wales", *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy,* [eds. Jens M. Scherpe, Claire Fenton-Glynn and Terry Kaan], Intersentia, 2019, 125.

Eleni Zervogianni, „Surrogacy in Greece", *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy",* [eds. Jens M. Scherpe, Claire Fenton-Glynn and Terry Kaan], Intersentia, 2019, 149, 152.

Gordana Kovaček Stanić, "State Regulation of Surrogate Motherhood: Liberal or Restrictive Approach", *International Journal of Jurisprudence of the Family*, Vol. 4, 2013a, 37.

Gordana Kovaček Stanić, "The child's right to know their biological origin in comparative European law: consequences for parentage law"; *Global Reflections on Children's Rights and the Law. 30 Years After the Convention on the Rights of the Child,* Ed. E. Marrus, P. Laufer-Ukeles, London, Routledge, 2021, 199-210.

Gordana Kovaček Stanić, „Biomedicinski potpomognuto začeće i rođenje deteta: surogat materinstvo u uporednom evropskom pravu i Srbiji", *Stanovništvo*, No. 1, 2013b, 1-21

Kelly Blaxall, Concerning shifts in the shrinking world of global surrogacy, *BioNews* 1208, 25 September 2023, https://www.progress.org.uk/concerning-shifts-in-the-shrinking-world-of-global-surrogacy/

Michael Wells-Greco, *The Status of Children arising from inter-country surrogacy arrangements*, Eleven International Publishing, Hague, 2016, 37.

Rhona Shuz, „Surrogacy in Israel", *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy,* [eds. Jens M. Scherpe, Claire Fenton-Glynn and Terry Kaan], Intersentia, 2019, 172.

Richard F.Storrow, „The Phantom Children of the Republic: International Surrogacy and the New Illegitimacy", *Journal of Gender, Social Policy & The Law*, No. 20, 2012, 561-609.

Rute Teixeira Pedro, „Surrogacy in Portugal", *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, [eds. Jens M. Scherpe, Claire Fenton-Glynn and Terry Kaan], Intersentia, 2019, 233-238.

Ryan Au, Georgia to outlaw commercial surrogacy for foreigners, *BioNews* 1194, 19 june 2023, https://www.progress.org.uk/georgia-to-outlaw-commercial-surrogacy-for-foreigners/

Sharmila Rudrappa, „Reproducing dystopia: The politics of transnational surrogacy in India, 2002–2015", *Critical Sociology*, Volume 44, Issue 7-8, 2018, 1087–1101.

Sharmila Rudrappa, „Why is India's ban on commercial surrogacy bad for women?", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol 43, 2018, 70–94.

Yehezkel Margalit, "From Baby M to Baby M(anji): Regulating International Surrogacy Agreements", *Journal of Law and Policy*, No. 24, 2015, 41-92.

Zoe Beketova, Ukraine MPs plan temporary surrogacy ban for foreigners, *BioNews* 1208, 2 May 2023, https://www.progress.org.uk/ukraine-mps-plan-temporary-surrogacy-ban-for-foreigners/

Гордана Ковачек Станић, „Породично-правни аспекти сурогат материнства", *Правни живот,* 2001, Но. 9, 491-507.
Стефан Самарџић, „Кривичноправни аспекти асистиране репродукције у Србији", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2013, 493–512.

CAMERA DEI DEPUTATI —PROPOSTA DI LEGGE, N. 887, Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano, 15 febbraio 2023. https://documenti.camera.it/leg19/pdl/pdf/leg.19.pdl.camera.887. 19PDL0024310.pdf
Codice penale, testo aggiornato con le modifiche introdotte dal DL 4/2022 convertito con modificazioni dalla legge 28 marzo 2022, n. 25 (in G.U. 28/03/2022, n 73). https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/ita/1930/codice_penale_html/Codice_Penale_-_edizione_aprile_2022.pdf
Committee on Social Affairs, *Health and Sustainable Development, Children's rights related to surrogacy*, Doc. 14140 Report, 23 September 2016. https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23015&lang=en#
Special Commission on the practical operation of the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption (17-25 June 2010), p. 4. https://assets.hcch.net/docs/2ed33240-387f-4270-a418-d7de4ca0e464.pdf
The desirability and feasibility of further work on the Parentage/Surrogacy Project, Prel. Doc. No 3B of March 2014, https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf , 14.11.2017.

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

Challenges Facing Surrogacy Today

Abstract: *Surrogacy represents perhaps the oldest form of assisted reproduction, but at the same time the most controversial form of reproduction, on which reaching any consensus at the international level is almost impossible at the moment. In the last few years, the practice of surrogacy has encountered serious obstacles and challenges, such as the COVID-19 pandemic, but also with the war on the territory of Ukraine, where surrogacy was, until recently, extremely common. As a result of this, but also the fact that some legislations have significantly tightened their regulations, the surrogacy industry has been quickly adapting and looking for alternative ways to continue to run smoothly. That's how the so-called reprowebs, which imply a global network of reproduction consisting of several different locations, more or less connected to each other and which require answers to numerous questions in order to protect all participants in this procedure.*

Keywords: *surrogate motherhood, medically assisted reproduction, reprowebs.*

Датум пријема рада: 05.02.2024.
Датум прихватања рада: 13.05.2024.

Оригиналан научни рад 347.238
347.133.74
doi:10.5937/zrpfns58-50035

Раденка М. Цветић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
R.Cvetic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9478-8577

Слобода Д. Мидоровић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Midorovic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-2545-0927

ПРЕПРЕКЕ ЗА ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА НА ДЕОБУ СУВЛАСНИЧКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ*

Сажетак: *У раду су анализиране могуће препреке за деобу сувласничке заједнице. Иако је основна премиса да сваки сувласник може захтевати развргнуће сувласничке заједнице у било које време, постојање појединих препрека може резултирати њеним одгађањем. Одлагање деобе може бити последица воље сувласника изражене у виду уговора о одрицању права на деобу. У раду је сугерисана његова оптимална форма, трајање као и потреба за увођењем забележбе постојања овог уговора у катастар непокретности. Препрека за деобу може бити последица околности да ствар у сусвојини трајније служи одређеној намени. Ради се о примерима тзв. несамосталних сувласничких заједница у којима управо трајнија намена којој ствар служи условљава потребу за опстанком сувласничке заједнице. Коначно, препрека која се изражава преко правног стандарда штета за друге сувласнике одражава облигационоправну природу сувласничке заједнице која налаже обавезу уважавања интереса других сувласника. Уколико је реч о привременој препреци, уместо о трајном стању, која се може превазићи у скоријој будућности, суд у ванпарничном поступку може одложити деобу, ако одмеравање*

* Рад представља резултат истраживања коаутора током 2023. године у оквиру пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

легитимних интереса обеју страна говори у прилог оправданости њеног одлагања.

Кључне речи: *сувласничка заједница, право на деобу, правни стандарди, препреке за остваривање права на деобу.*

1. УВОД

Када више лица има својинска овлашћења на једној (неподељеној) ствари, односно када постоји множина (два или више) субјеката који представљају титулара једног права својине, у правној литератури се говори о сложеним својинским заједницама. Ако законом није изричито прописано да се ради о заједничкој својини тих лица,[1] примењују се, као општа, правила о сусвојини.[2] У питању је својинска заједница имовинског карактера у којој су међусобни лични односи сувласника правно ирелевантни (без обзира по ком правном основу сусвојина настаје). Сувласник се може постати својом вољом (на основу уговора), по вољи оставиоца, али и на основу закона (путем одржаја, или приликом сједињења и прераде као случајева приштаја покретних ствари различитих власника). Дакле, члан сувласничке заједнице се може постати и противно својој вољи (*communio incidens*). То само по себи, као и специфична правна позиција сувласника, изискује прецизан и операбилан нормативни оквир функционисања сувласничке заједнице, иступања сваког појединог сувласника из такве својинске заједнице и њеног престанка, односно развргнућа.[3]

Предмет анализе у овом раду су важећа правила за остваривање права на деобу сувласничке заједнице. Импулс за обраду теме потекао је из домаће јудикатуре. Њеном анализом уочено је да није најјасније које се околности могу квалификовати као препреке за развргнуће сувласничке заједнице. Неки од разлога који су у домаћој судској пракси истицани као препрека за деобу су: малолетство противника предлагача;[4] околност да ће противник

[1] У правном систему Републике Србије право заједничке својине може постојати само у случајевима и под условима одређеним законом (Закон о основама својинскоправних односа, *Службени лист СФРЈ,* бр. 6/80, 36/90, *Службени лист СРЈ,* бр. 29/96*, Службени гласник РС,* бр. 115/2005 – ЗОСПО чл. 18, став 1).

[2] Укратко о општем режиму сусвојине, вид. Раденка М. Цветић, Слобода Д. Мидоровић, „Сусвојина етажних власника на парцели на којој је зграда изграђена“*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2021, 746-752.

[3] О умањењу сложености сувласничке заједнице и њеном престанку без остварења права на деобу, вид. Раденка М. Цветић, „О оправданости законског права прече куповине сувласника непокретности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2018, 1529-1531.

[4] Предмет Основног суда у Новом Саду П1 135/19.

предлагача постати бескућник у случају усвајања предлога за деобу;[5] повреда права на дом противника предлагача.[6] Као спорно се испоставило и то какву улогу у поступцима за разврснуће сувласничке заједнице има орган старатељства када се узму о обзир чл. 193, ст. 3 Породичног закона[7] и чл. 4 Закона о ванпарничном поступку (ЗВП).[8] Детектована је нејасноћа у погледу тога у ком поступку се имају узети у обзир евентуалне препреке за деобу: ванпарничном или је, пак, реч о препрекама које су релевантне само са становишта спровођења решења о деоби у извршном поступку.[9]

Полазећи од специфичности сусојине као сложене својинске заједнице у раду је истакнут значај права на деобу и доброг регулативног модела за његово остваривање. У ЗОСПО је предвиђено да сваки сувласник има право да у свако доба захтева деобу ствари *осим у време у које би та деоба била на штету других сувласника.* У теорији се то најчешће формулише тако да сувласник има право на деобу *у свако доба осим у невреме*. Будући да овај правни стандард изазива нејасноће у пракси, његовој конкретизацији ће бити посвећен значајан део рада. Питање је од велике важности имајући у виду да спречавање деобе значајно ограничава својинска овлашћења сувласника који захтева деобу. У том смислу, потребно је пронаћи избалансирана решења којима ће бити подједнако уважени оправдани интереси сувласника који се противе деоби и права сувласника који инсистира на њој. У раду су обрађени и случајеви уговорне суспензије права на деобу, те случајеви који спречавају деобу сувласничке заједнице која постоји на ствари која има акцесорну улогу у односу на главну ствар којој трајније служи.

Највеће потешкоће у пракси произлазе из правних стандарда који се срећу и стилизацији правила о деоби. На пример, у случају уговорне суспензије деобе у домаћем праву је остало потпуно неуређено питање за који временски период се сувласник максимално може одрећи права на деобу (што је неопходно, будући да је прописана ништавост уговора којим се сувласник *трајно* одриче права на деобу).[10] Затим, ни примера ради није наведено шта оправдава одлагање остваривања овог права ради заштите интереса осталих сувласника. Односно, нису утврђени критеријуми за процену штетности остваривања овог права за остале сувласнике у датом моменту, као ни трајања околности која се може сматрати оправданом препреком. Поред тога,

[5] Предмет Основног суда у Новом Саду П1 376/2021.

[6] Предмет Основног суда у Новом Саду П1 325/2022.

[7] *Службени гласник РС,* бр. 18/2005, 72/2011, 6/2015.

[8] *Службени гласник СРС,* бр. 25/82, 48/88*, Службени гласник РС,* бр. 46/95 (други закон), 18/2005 (други закон), 85/2012, 45/2013 (други закон), 55/2014, 6/2015, 106/2015 (други закон), 14/2022. Предмет Основног суда у Новом Саду П1 135/19.

[9] Предмет Основног суда у Новом Саду П1 135/19.

[10] Вид. више М. Орлић у О. Станиковић, М. Орлић, 158-159, са даљим упућивањем. О решењима у појединим правним системима биће више речи у одговарајућем делу рада.

на први поглед није јасно да ли се деобом може сматрати и смањење броја сувласника или је у таквом случају у питању остваривање права сувласника да (у свако доба) иступи из сувласничке заједнице (што не мора резултирати престанком сувласничке заједнице).[11]

Значајно је истаћи и (стилску?) неусагалшеност одредабе ЗОСПО (чл. 16, ст. 5) којом се прописује правило о поступању суда при деоби у одсуству споразума сувласника, и појединих одредаба ЗВП (чл. 153, ст. 2) у оквиру главе десете којом је уређен посебан ванпарнични поступак за уређење имовинских односа – *Деоба заједничких ствари или имовине* (чл. 148-154). Наиме, према ЗОСПО, када суд одлучује о деоби, приоритет се даје физичкој деоби ствари, будући да ће суд одлучити да се изврши цивилна деоба (продајом ствари) ако је физичка деоба немогућа или је могућа само уз знатно смањење вредности ствари. То подразумева једнак третман свих сувласника, без могућности да суд узме у обзир посебне потребе одређеног учесника због којих одређена ствар треба да припадне управо њему.[12] Насупрот томе, примена правила садржаног у ЗВП (чл. 153) би могла довести до судске одлуке да се деоба изврши на начин да сусвојина на парцели обрадивог пољопривредног земљишта престане тако што ће она припасти у искључиву својину сувласника који је ту парцелу обрађивао за време постојања сувласничке заједнице, уз његову обавезу исплате осталих сувласника (разврснуће исплатом).[13]

---

[11] Сматрамо да су у питању различите ситуације, односно да се оне подводе под различита правила. Под иступањем (*Austritt*) се има разумети пренос удела једног сувласника на једног или више других сувласника или, пак, на треће лице. С друге стране, деоба (*Aufhebung*) подразумева стицање искључиве својине на реалном делу ствари, код физичке деобе, или пак уновчење удела, у случају цивилне деобе.

[12] Проблем примене права може да искрсне, на пример, при деоби парцеле обрадивог пољопривредног земљишта површине од једног хектара, која је у сусвојини три сувласника, у једнаким деловима, од којих само један обрађује ту парцелу и преосталим сувласницима исплаћује уговорену накнаду. Уколико, из било ког разлога, при деоби не могу да постигну споразум, суд би применом правила садржаног у ЗОСПО морао одлучити да се деоба изврши продајом, јер би физичка деоба била у супротности са забраном уситњавања катастарских парцела обрадивог пољопривредног земљишта, која је прописана Законом о пољопривредном земљишту (чл. 27). Наиме, обрадиво пољоприврено земљиште не може да се уситни на парцеле чија је површина мања од пола хектара. Када је у питању обрадиво пољопривредно земљиште уређено комасацијом, не може се уситнити на парцеле чија је површина мања од једног хектара.

[13] Правило садржано у ЗВП (чл. 153) оставља могућност суду да својом одлуком задовољи оправдане захтеве и интересе заједничара. Наиме, прописано је да ако учесници, у ванпарничном поступку ради деобе заједничке ствари или имовине, не постигну споразум о начину деобе, суд ће их саслушати, извешће потребне доказе, а кад је то нужно и вештачење, па ће, на основу резултата целокупног поступка, у складу са одговарајућим законским прописима материјалног права донети решење о деоби и начину деобе заједничке ствари или имовине, настојећи да задовољи оправдане захтеве и интересе заједничара. При одлу-

Имајући наведено у виду у раду су размотрена домаћа и упоредноправна нормативна решења, те схватања доктрине и јудикатуре земаља немачког говорног подручја која се тичу препрека за деобу сувласничке заједнице.

2. СПЕЦИФИЧНА ОБЕЛЕЖЈА СУСВОЈИНЕ

2.1. Појам сусвојине и сувласничког удела

Сусвојина (*condominium*) је право својине два или више лица на једној ствари при чему се, за разлику од заједничке својине, задржава извесна индивидуалност и самосталност сувласника у погледу свог удела, будући да је он одређен.[14] Најзначајнија последица те чињенице је да сувласнички удео може бити посебан објект неких правних односа, тј. да сувласник може на одређени начин располагати својим уделом док постоји сусвојина.

Код сусвојине није ствар подељена (што не значи да је недељива[15]), односно ниједном сувласнику не припада физички, реално одређени део супстанције ствари. Подељено је само право својине и то тако да се рачунски одређује удео сваког сувласника сразмерно према целини.[16] Тако одређени део ствари означава се као њен идеални део и изражава се у виду разломка

чивању коме треба да припадне одређена ствар, суд ће нарочито имати у виду посебне потребе одређеног учесника због којих та ствар треба да припадне управо њему. У нашем примеру, положај сувласника који би на основу деобе били исплаћени, обезбеђен је тиме што решење о деоби мора да садржи предмет, услове и начин деобе, податке о физичким деловима ствари и правима који су припали сваком од заједничара, као и њихова права и обавезе утврђене деобом (чл. 154, ст. 1). Мишљења смо да је ова ситуација адекватно регулисана Законом о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске, којим је предвиђено право сувласника на разврснуће исплатом (чл. 51). Сувласник има то право када је посебно одређено законом или правним послом или је учинио вероватним да за то постоји нарочито озбиљан разлог. Остали сувласници до исплате свог удела имају заложно право на ствари која је припала сувласнику који је тражио разврснуће исплатом. Ако их сувласник који је постао искључиви власник не исплати, могу захтевати исплату или наплату из вредности ствари која је предмет залоге или тражити да се поништи одлука о разврснућу исплатом. Наведени пример је интересантан и у евентуалном одлучивању о одлагању вршења права на деобу: шта би представљало оправдану препреку, да ли само скидање летине или довођење у позицију несметаног настављања пољопривредне производње као јединог извора прихода сувласника који је обрађивао парцелу и његове породице?

[14] ЗОСПО, чл. 13, став 1: *Више лица имају право сусвојине на неподељеној ствари када је део сваког од њих одређен сразмерно према целини (идеални део).*

[15] Дељивост ствари постаје правно актуелна у моменту разврснућа сувласничке заједнице о чему ће касније бити више речи.

[16] Миодраг Орлић у: Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право,* Номос, девето неизмењено издање Београд 2014, 143 „Сувласник има право на удео у целини коју представља право својине. Удео није материјални део ствари, јер се право сувласника односи на целу ствар и продире у сваки њен молекул.“

(најчешће, као најпрецизније) или процента. Дакле, подељено је право својине по обиму, а не вредност саме ствари или вршење права својине на њој. Ипак, величина удела (сувласничког дела) опредељујућа је при вршењу права својине на целој ствари и одређује који део вредности ствари ће припасти појединoм сувласнику када дође до престанка сусвојине.

Сувласнички (у)део је аликвотни део ствари, односно део права својине који сразмерно целини припада сваком од више сувласника једне неподељене ствари (*pars pro indiviso*). Удели сувласника не морају бити једнаки, али збир свих увек чини једно цело.[17] *Ако сувласнички делови нису одређени, претпоставља се да су једнаки.*[18] Претпоставка је оборива, а терет доказивања је на сувласнику који тврди супротно од оног што се претпоставља.

Самовласно улагање неког од сувласника које доводи до повећања (вредности) ствари, не даје право на повећање сувласничког удела. С друге стране, ако дође до смањења супстанције ствари (услед, на пример, делимичне пропасти ствари), сувласнички удели остају исти и реализују се на преосталом делу ствари.

Екномска категорија својине у смислу потпуног присвајања одређеног добра, правно се квалификује као најшира приватноправна власт коју правни поредак допушта. Због тога се право својине поистовећује са самом ствари која је објект тог права и у којој је та власт инкорпорисана. Будући да се овлашћења која има власник (или титулар другог стварног права) непосредно односе на саму ствар, власнику се (као и титуларима других стварних права) *ex lege* признаје право следовања, као кључна дистинктивна разлика стварних права у односу на друга права која се односе на ствари.[19]

Поистовећивање права својине са својим објектом (због ширине правне власти која је призната власнику) је присутно у прописима, практичном раду правника, а неретко и у теорији, не као последица неразликовања самог права од објекта на који се односе овлашћења која из њега проистичу, већ због једноставнијег одређења и саопштавања.[20] Доследно разликовање пра-

[17] Radmila Kovačević Kuštrimović u: Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Stvarno pravo,* Niš 2006, 210: „Део сувласника назива се удео или идеални део, јер је ствар неподељена па удео обухвата сваку честицу ствари. Према споља, сусвојина твори једно право својине; збир свих удела чини једно цело."

[18] Члан 13, став 2 ЗОСПО.

[19] Класични римски правници стварна права називају *iura in re*, односно права у стварима. Видети више: Антун Маленица, *Римско право,* друга свеска, Институти римског права, Нови Сад 2006, 104. Између осталог, заузет је став да назив „права у ствари" боље изражава природу ових права „... [к]оја леже у стварима и неодвојива су од њих" него назив „стварно право" који се данас користи и који је општеприхваћен у европским континенталним правним системима.

[20] На пример, ствар у промету (у промету је право својине на тој ствари) или уговор о промету непокретности (у промету је право својине на датој непокретности, које се, по прописаној процедури, преноси на друго лице, уз накнаду или без накнаде).

ва од његовог објекта у случају права сусвојине значи да се право својине дели на сувласничке делове, а сама ствар на идеалне делове (одређују се рачунски сразмерно према „целом“ праву својине на тој ствари). Садржајно (односно што се тиче својинских овлашћења) идеални делови су једнаки, али њихова величина је одређена величином сувласничког удела.[21]

2.2. Сложеност правног положаја сувласника

Независно од величине удела сувласници имају две групе овлашћења. Сваки има овлашћења у погледу сопственог удела (право сувласника на удео), али и у погледу целе ствари (право сувласника на ствари која је у сусвојини). Чињеница да је удео одређен омогућава постојање одређених овлашћења која се тичу самог удела. Међутим, начин на који је одређен (идеално, рачунски, аликвотно) модификује вршење својинских овлашћења на целој ствари (у односу на ситуацију када постоји искључива својина једног лица). У том смислу, сувласник је истовремено *власник свої удела* и самостално доноси одлуке при предузимању аката располагања њиме. Али је и *сувласник целе ствари* што захтева посебна правила о њеном држању, коришћењу, управљању и располагању њоме, која резултирају међузависношћу сувласника. Отуда потиче сложеност ове својинске заједнице, правни односи су знатно комплекснији него код искључиве својине, јавља се посебно овлашћење (право управљања) које треба прецизно правно уредити, као и питање престанка сусвојине.

Значај правила о деоби (развргнућу) сувласничке заједнице која доводи до престанка права сусвојине, као правног оквира који омогућава доношење правичних одлука у појединачним случајевима, може се у потпуности сагледати само ако се има у виду имовински карактер ове заједнице за чији настанак и опстанак нису релевантни међусобни лични односи сувласника. Потенцијал ове заједнице као извора спорова давно је уочен и у складу са тим су постављана правила за умањење њене сложености (смањење броја сувласника путем права пречe куповине) или потпуни престанак.[22]

---

[21] Вид. Закон о власништву и другим стварним правима Републике Хрваткске, чл. 36-37, чл. 75 и Nikola Gavella у: Nikola Gavella et al, *Stvarno pravo*, Svezak 1, Narodne novine, Zagreb 2007, 683-686.

[22] Подсећамо на изреку насталу у Римском праву *communio est mater rixarum* (заједница, односно сусвојина или судржавина је мајка свађе), као и на чињеницу да се тражио ефикасан пут за развргнуће сувласничких заједница. Постојале су чак две посебне тужбе за деобу: *actio familiae erciscundae* (за деобу сувласничке заједнице која је настала наслеђивањем) и *actio communi dividundo* (за деобу сусвојине у осталим случајевима).

3. ПРАВО НА ДЕОБУ СУВЛАСНИЧКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ

Правила о уређењу сувласничке заједнице садржана у ЗОСПО су оскудна, што је случај у погледу већине питања која су регулисана овим системским законом. Разлог за такав приступ проистиче из очекиваног потпунијег уређења својинских односа, након ступања на снагу ЗОСПО (1980. године).[23] То се, међутим, у Републици Србији до данас није догодило.

Право на деобу сувласничке заједнице представља овлашћење које проистиче из права сусвојине и које се гарантује законом сваком сувласнику као неотуђиво и незастариво.[24] Опште је правило да нико снагом закона не може бити вечито везан за било који облик правне заједнице. Ово правило тим пре важи за тзв. случајне сувласничке заједнице (*communio incidens*), али ништа мање не вреди и за оне сувласничке односе који су настали вољом сувласника, јер воља да се ступи у тај однос не имплицира и постојање воље да се у њему занавек остане.[25]

Сувласник може напустити сувласничку заједницу на тај начин што ће транслативним путем располагати својим уделом. Уколико одлучи да прода сувласнички удео у непокретности, активира се право прече куповине осталих сувласника.[26] Но, чак и ако је по среди покретна ствар, на којој не постоји законско право прече куповине осталих сувласника, природно би било да сувласник свој удео у покретној ствари понуди на откуп осталим сувласницима. Уколико остали сувласници нису заинтересовани, или пак немају средства за откуп, није извесно да ће сувласник успети да нађе заинтересовано лице за откуп удела мимо сувласничке заједнице. С обзиром на то да сусвојина представља заједницу којој су иманентни конфликти изазвани околношћу да својинскоправна овлашћења на једној ствари дели

---

[23] У оквиру законодавне надлежности тадашњих социјалистичких република и социјалистичких аутономних покрајина у саставу Социјалистичке Федеративне Републике Југославије.

[24] Мада по својој садржини подсећа на преображајно право (правну моћ, право обликовања), у питању је овлашћење (право) које, као што је истакнуто, проистиче из права сусвојине, стиче се и гаси заједно са својством сувласника и траје колико и сувласничка заједница. Вид. супротно Gavella у: N. Gavella *et al*, 704. За преображајна права, међутим, карактеристична је временска ограниченост могућности вршења праћена преклузијом, те да су у питању проста (једносложна) права (садрже само једно овлашћење), која се не појављују у саставу других, сложених права. О теоријском и практичном значају разликовања простих и сложених права, као и о преображајним правима вид. Vladimir V. Vodinelić, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava,* Službeni glasnik, Beograd 2014, 201-205, 219-221.

[25] Jan Eickelberg у: Sebastian Herrler (Red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, Recht de Schuldverhältnisse §§ 741-764, (Gemeinschaft, Leibrente, Spiel), De Gruyter, Berlin 2021, 260.

[26] Чл. 5 Закона о промету непокретности, *Службени гласник РС,* бр. 93/2014, 121/2014, 6/2015.

више лица, те да они заједнички треба да одлучују о начину коришћења ствари, њеном одржавању и сл, неретко се дешава да нема интересената који би били спремни да уђу у однос који не подразумева искључивост у вршењу тих овлашћења. У том смислу, овлашћење располагања уделом не гарантује увек и могућност иступања из сусвојинске заједнице. Тада се као нужно намеће захтевање деобе, то јест разврГнуће сувласничке заједнице. Уколико се међу сувласницима постигне унисоност око спровођења деобе, њеног модалитета, те цене која је, у случају цивилне деобе, прихватљива за њих (добровољна деоба), проблема принципијелно неће бити.[27] Но, ако договор око неког од ових аспеката не може да се постигне, преостаје разврГнуће сувласничке заједнице путем суда (судска деоба).[28] У том смислу иницирање деобе од стране једног сувласника уједно значи и одлучивање од стране суда о судбини целе ствари, а не само о правној судбини удела оног сувласника који инсистира на деоби.[29] Отуда истицање захтева за деобу од стране једног сувласника повлачи диспонирање уделима свих сувласника.[30]

На терминолошкој равни не треба правити разлику између појмова деоба ствари (чл. 16, ст. 1 ЗОСПО) и разврГнуће сувласничке заједнице (*Teilung* и *Aufhebung*), будући да једног нема без другог: сувласничка заједница постоји док год се не спроведе (реална или цивилна) деоба ствари.[31] Отуда, околност да је ванпарнични суд решењем утврдио да су испуњени услови да се деоба спроведе, тј. да не постоје препреке које би је евентуално спречиле, и одредио начин деобе, нема значаја са становишта постојања сувласничке заједнице – она опстаје док год се на основу тако донетог решења не спроведе деоба. Најпожељније би било да се деоба спроведе на основу споразума самих сувласника (тзв. продаја из слободне руке – *freihändige Verwertung*). У одсуству договора, деоба ће се спровести у поступку јавне продаје (продаје на јавном надметању – *Versteigerung*) у складу са одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу (ЗИО).[32]

Предлог за деобу и одлука којом се усваја предлог имају конститутивну природу (кондемнација се огледа у обавезивању сувласника који су на

---

[27] Чл. 16, ст. 4 ЗОСПО.

[28] J. Eickelberg, 260.

[29] Barbara Graham-Siegenthaler у: Regina E. Aebi-Müller, Christoph Müller (Hrsg), BK – Berner Kommentar, Das Eigentum – Allgemeine Beziehungen – Art. 641-654a ZGB, Stämpfli Verlag AG, 2022, 1176, марг. 4.

[30] B. Graham-Siegenthaler, 1176.

[31] Helga Sprohar-Heimlich у: Georg Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar §§ 531-858 ABGB, Band 4, 5., neu bearbeitete Auflage, LexisNexis Verlag, Wien 2019, 612, 613, марг. 18.

[32] *Службени гласник РС,* бр. 106/2015, 106/2016 (Аутентично тумачење), 113/2017 (Аутентично тумачење), 54/2019, 9/2020 (Аутентично тумачење), 10/2023 (други закон). То значи да сувласници морају рачунати са тим да ће почетна вредност бити нижа од процењене (на првој продаји износи 70%, а на другој 50% процењене вредности – вид. чл. 178 ЗИО).

страни противника предлагача да трпе деобу) с обзиром на то да су усмерени на промену у дотадашњим сувласничким односима кроз разврГнуће ове имовинскоправне заједнице.[33] У питању је непотпуна конститутивна одлука с обзиром на то да се жељена промена неће одиграти непосредно на основу решења суда којим се усваја предлог за деобу, већ тек на основу спровођења деобе у извршном поступку.[34] Одлука по предлогу за деобу представља *iudicium duplex*, тако да сваки сувласник (предлагачи или противник предлагача) може иницирати њено извршење.[35] Ово својство одлуке по предлогу за деобу се може показати корисним уколико би се испоставило да предлагач који је иницирао деобу оклева са њеним спровођењем.[36]

4. ИЗУЗЕЦИ ОД ПРАВИЛА ДА СЕ ДЕОБА МОЖЕ ЗАХТЕВАТИ У СВАКО ДОБА

Одлука суда о предлогу за одређивање деобе,[37] зависи од тога да ли ће неко од противника предлагача истицати постојање препреке за деобу (*Teilungs- Aufhebungshindernisse*). Наиме, од правила да сваки сувласник има право да у било које време захтева деобу и да није дужан да наводи разлоге који би овај његов захтев чинили оправданим, нити да доказује свој правни интерес, постоји неколико изузетака. Први се тиче могућности да сувласници својом вољом ограниче право деобе. Други се односи на ситуацију када је сувласничка заједница недељива док ствар служи одређеној намени. Тада недељивост проистиче из природе ствари, то јест не мора бити експлицитно предвиђена законом. Трећи се односи на случајеве у којима би деоба коју захтева један или неколико сувласника ишла на штету осталих сувласника.

---

[33] У швајцарским коментарима се истиче да је по среди декларативна одлука будући да се њоме утврђује допуштеност деобе, то јест одсуство препрека за деобу. B. Graham-Siegenthaler, 1177, марг. 7.

[34] Philipp Klausberger у: Attila Fenyves, Ferdinand Kerschner, Andreas Vonkilch (Hrsg), ABGB (Klang) §§ 825 bis 858, 3. Auflage, Verlag Österreich, Wien 2022, 145, пасус 58.

[35] *Ibid*.

[36] H. Sprohar-Heimlich, 620, марг. 39.

[37] Напомињемо да ће се у контексту анализе упоредноправних решења користити формулација „предлог за деобу“, како се не би изазивала конфузија у погледу врсте поступка у коме се расправља ова правна ствар у домицилном праву. Наиме, за разлику од нашег законодавца који се определио да се питање одређивања и модалитета деобе, у одсуству споразума страна, реши у ванпарничном поступку, у аустријском, немачком и швајцарском праву се ово питање решава у парничном поступку. Имајући то у виду, за ова три законодавства исправно би било говорити о тужби за деобу. На овом месту се неће даље улазити у питање исправности одлуке нашег законодавца да за ову материју предвиди ванпарнични поступак.

4.1. Вољно ограничење деобе

Изузетак који представља препреку у најширем смислу тиче се могућности сувласника да својевољно искључе могућност деобе сувласничке заједнице закључењем споразума (*Teilungsverzichtsvereinbarung, Fortsetzungsvereinbarung*). Ради се о уговору чије закључење претпоставља једногласност свих сувласника. Другим речима, већина не може да наметне мањини своју вољу у погледу (привремене) суспензије права на деобу.[38] У том смислу се закључење овог уговора може квалификовати као радња која прелази границе редовног управљања.[39]

Ову могућност, имплицитно или експлицитно, предвиђају сва испитивана законодавства, иако међу њима постоје значајне разлике у погледу времена на које се допушта закључење овог уговора, као и са становишта његовог дејства према трећим лицима (нпр. повериоцима) и правним следбеницима.

У домаћем праву се из формулације чл. 16, ст. 3 ЗОСПО према којој је „ништав уговор којим се сувласник трајно одриче права на деобу ствари“, имплицитно закључује да је допуштено његово закључење на одређено време, али ништа више од тога. Не уређује се форма у којој се овај уговор закључује, као ни могућност његове забележбе у катастар непокретности.

Аустријско право такође предвиђа могућност уговорног одрицања права на деобу, уз резерву да оно не може бити трајно. Ради се о облигационоправној обавези која веже само уговараче, и која се не може *постварити,* то јест стећи *erga omnes* супротстављивост карактеристичну за стварна права (*Verdinglichung*) уписом у земљишне књиге. У супротном би се могло постићи окамењивање својинскоправних односа тиме што би и наследници, у одсуству њихове воље, били везани овим уговором, што законодавац изричито забрањује (§831 ABGB).[40]

У швајцарском праву је допуштено уговорно одрицање права на деобу са максималним трајањем до 50 година. До 2012. године најдуже трајање одрицања права на деобу износило је 30 година.[41] Уколико би се уговором сувласници одрекли овог права на дужи период од законом предвиђеног максимума, уговор би се одржао на снази уз редукцију трајања уговорне обавезе на законски максимум.[42] Уколико се уговор односи на одрицање права на деобу непокретности, за његову пуноважност се захтева учешће

[38] J. Eickelberg, 283, 284, марг. 60.

[39] Р. Цветић, С. Мидоровић, 749-751.

[40] H. Sprohar-Heimlich, 649, марг. 2; M. Eder, 33.

[41] B. Graham-Siegenthaler, 1185.

[42] *Ibid.* 1187, марг. 35. О модификованој делимичној ништавости вид. више код: Слобода Мидоровић, *Делимична ништавост уговора,* докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Новом Саду 2023, 53-89.

јавног бележника који треба да солемнизује уговор (*öffentliche Beurkundung*). Чињеница да је закључен овај уговор се може забележити у евиденцији непокретности – тамошњим земљишним књигама (чл. 78, ст. 1, д *Grundbuchverordnung*). Забележбом постојања уговора се постиже његова супротстављивост према каснијим сингуларним стицаоцима.[43] Полази се од премисе да се ови уговори ретко срећу у пракси, тако да стицалац удела не мора да рачуна са постојањем ограничења права на деобу.[44] Теорија полази од тога да се, слично решењу из немачког права, у случају постојања битног разлога деоба може захтевати упркос вољној суспензији права на деобу.[45] Узеће се да битан разлог постоји онда када отпадне нека околност личне или материјалне природе на којој је почивала сувласничка заједница, услед чега се од сувласника не може разумно очекивати да у њој и даље остане.[46] Но, у швајцарском праву се ни из битног разлога не може захтевати деоба у невреме, што је битна разлика у односу на немачко право.[47]

У немачком праву законодавац *a priori* временски не ограничава уговорно одрицање права на деобу. Штавише у §749 BGB изричито је прописано да се ово право може суспендовати на одређено време или трајно, уз могућност да се, упркос уговором преузетој обавези, деоба увек може захтевати из битног разлога (*ein wichtiger Grund*). Будући да је реч о когентном решењу, сувласник се не може одрећи права да упркос закљученом уговору захтева деобу из битног разлога.[48] С обзиром на овај изузетак, предвиђено је и да се преко механизма ништавости лиши дејства одредба уговора којом би се потенцијално неки сувласник унапред одрекао права да захтева деобу из битног разлога. Последично, ништаве би биле и све одредбе које би имале за циљ да отежају или онемогуће захтевање деобе из битног разлога. Примера ради одредба којом би се предвидело плаћање уговорне казне уколико неко прекрши уговорну обавезу да неће захтевати деобу из битног разлога, или да ће је платити уколико након истека уговора не пристане на његову обнову, ограничавање могућности да се захтева деоба из битног разлога при чему се у уговору наводи каталог могућих битних разлога; уговорна одредба којом би се сувласник који захтева деобу из битног разлога обавезао да исплати остале сувласнике и сл.[49] Битан разлог постоји уколико би сувласник који предлаже деобу био изложен шиканирању, уколико би наилазио на отпор у вези са сваком предложеном мером у односу на заједничку ствар,

[43] B. Graham-Siegenthaler, 1189, 1190, марг. 48.
[44] *Ibid.* 1190, марг. 49.
[45] *Ibid.* 1185, 1186.
[46] *Ibid.* 1191, марг. 52.
[47] *Ibid.* 1191-1193, марг. 53 и 55.
[48] J. Eickelberg, 290.
[49] J. Eickelberg, 293.

уколико би био суочен са немогућношћу редовне употребе ствари, под условом да сувласник који захтева деобу својим понашањем није допринео неподношљивости опстанка заједнице.[50]

У немачком праву је предвиђено да овај уговор не производи дејство у односу на извршне повериоце и стечајног управника, јер би се у супротном његовим закључењем могло осујетити право поверилаца да се намире из имовинске супстанце дужника.[51]

Када је реч о дејству уговора према правним следбеницима, у немачком праву се прави разлика у зависности од тога да ли се ради о универзалним или сингуларним сукцесорима, те да ли је реч о сувласништву на покретној или непокретној ствари. Правило је да у односу на *универзалне* сукцесоре уговор о одрицању права на деобу производи дејство. Када је реч о његовом дејству према *синīуларним* сукцесорима, меродавне су две одредбе: § 751 и §1010 BGB. Сходно овим решењима, ако се уговор односи на покретну ствар, производиће дејство у односу на сингуларне следбенике и то независно од тога да ли су они знали или морали знати за његово постојање. Приликом регулисања овог питања, редактори BGB-а су пошли од премисе да би без проширења обавезности уговора о одрицању права на деобу сувласничке заједнице на сингуларне сукцесоре, претходни договор сувласника о трајању те заједнице могао да буде изигран простим преносом удела, чиме би се овај уговор практично обесмислио.[52] Но, ако се ради о непокретности, сигурност правног промета налаже да се дејство уговора према *синīуларном* сукцесору услови забележбом постојања уговора о одрицању права на деобу у земљишне књиге (§ 1010 BGB).[53]

4.2. Изузетак који проистиче из намене ствари

Следећи изузетак проистиче из могућности да сами сувласници ствар у сувласништву трајније посвете остварењу неког трајног циља или пак да служење неком трајнијем циљу произлази из природе саме ствари и околности конкретног случаја (*dauernde Zweckverfolgung*). Овај изузетак изричито нормира Швајцарски грађански законик (чл. 650, ст. 1 ZGB), док га немачка јудикатура прихвата као природни исход у нарочитом околностима.[54] Тада се процењује да ли се циљ може остварити само уколико ствар остане у сувласништву.[55] У случају позитивног одговора, деоба неће бити могућа

[50] *Ibid*, 291, 292.
[51] *Ibid,* 260.
[52] *Ibid*, 306, марг. 1.
[53] J. Eickelberg, 306, 307 марг. 2.
[54] B. Graham-Siegenthaler, 1193, 1194.
[55] *Ibid,* 1194.

док год ствар служи остварењу тог циља. Ради се о примерима несамосталних сувласничких односа – нпр. у случају сусвојине на бунару, канализационим цевима, уређају за грејање и сл. [56] Изузетно би се у овом случају сусвојина могла разврснути установљењем искључиве својине у корист једног од сувласника уз конституисање стварне службености у корист сувласника чија је сусвојина престала.[57]

У српском праву еклатантан пример за овај изузетак среће се код етажне својине. Њу карактерише специфичан однос главног права на посебном делу зграде и акцесорних права (право заједничке недељиве својине на заједничким деловима зграде и право сусвојине етажних власника на земљишту на коме је зграда подигнута и земљишту потребном за редовну употребу зграде).[58] Из околности да је зграда изграђена на одређеној парцели која је у сусвојинском режиму свих етажних власника, проистиче немогућност разврснућа сувласничке заједнице етажних власника на том земљишту док год зграда постоји.[59]

4.3. Када је захтев за деобу истакнут у невреме или на штету других сувласника

Изузетак који представља препреку у ужем смислу је најзахтевнији са становишта доктрине и јудикатуре будући да је изражен у виду правног стандарда. У српском праву он се лапидарно изражава синтагмом да деоба не иде на *штету других сувласника*. Он представља еманацију начела савесности и поштења које налаже обавезу уважавања интереса других сувласника.[60] Конкретизација његове садржине заслужује посебну пажњу. Упориште за извођење закључака о овом правном стандарду налазимо у аустријској правној науци и судској пракси. Иако је реч о тематици која је изразито казуистичка, у тамошњој доктрини су се временом искристалисале смернице за испитивање испуњености услова за примену овог правног стандарда. Истовремено, аустријска доктрина је у овој области дала и велики систематизацијски допринос будући да је издвојила групе случајева који се најчешће јављају у пракси у вези са применом овог правног стандарда.

Увођење ове препреке преко правног стандарда је оправдано, будући да би се сваки покушај таксативног набрајања разлога који би имали потен-

[56] *Ibid,* 1193, 1194.

[57] *Ibid,* 1195, марг. 62, 63.

[58] О правном режиму етажне својине вид. више у: Слобода Мидоровић, Раденка Цветић, „Располагање будућих етажних власника заједничким деловима зграде и земљиштем потребним за редовну употребу зграде у корист инвеститора при закључењу уговора о куповини посебног дела зграде“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2023, 299 и 300.

[59] Р. М. Цветић, С. Д. Мидоровић, 755 и 756.

[60] P. Klausberger, 137, марг. 38.

цијал да привремено суспендују деобу били осуђени на непотпуност услед непрегледног богатства могућих животних ситуација.[61]

За разлику од домицилног решења према коме деоба не сме ићи на *штету других сувласника*, аустријско законодавство познаје два засебна али флуидна основа за одлагање деобе:[62] 1) *невреме* (*Unzeit*) и 2) *уштрб за остале сувласнике* (*Nachteil der Übrigen*). Иако у пракси има преклапања између ова два могућа основа за одлагање деобе, у доктрини се полази од тога да се под *невреме* може квалификовати објективна околност која је изван личне сфере самих сувласника, која потиче или од својства саме ствари (нпр. кућа је у лошем стању, те се мањим улагањем значајно може повећати очекивани приход од њене продаје) или од неке спољашње околности (политичке, привредне или правне природе) која подједнако тангира све сувласнике, те би деоба у датом моменту била несувисла и нерационална (нпр. галопирајућа инфлација чије се смирење може очекивати у краћем року на основу мера за њено ублажавање које је предузела држава).[63] Ове околности утичу на то да се од продаје (непокретности) не могу очекивати приходи који би могли да се остваре када би се причекало са деобом.[64] С друге стране, као могућа *уштрб за остале сувласнике* може се узети околност која потиче из интересне сфере (једног од) сувласника – тзв. индивидуална уштрб[65] (нпр. терминална фаза болести, одслужење војног рока, ишчекивање пунолетства у блиској будућности и сл).[66] У доктрини се наглашава да се могу узети у обзир само околности које потичу из личне сфере самог сувласника, док оне које би се тицале чланова њихове породице или других њима блиских лица нису правно релевантне са становишта одређивања деобе.[67]

Без обзира на то да ли се ради о објективној околности или, пак околности која потиче из личне сфере неког сувласника, *conditio sine qua non* је да се она може окарактерисати као привремена. Реч је о околности за коју се извесно може очекивати да ће отпасти у блиској будућности (захваљујући нпр. завршетку изградње железнице што ће значајно утицати на пораст вредности непокретности)[68], или да ће бити превазиђена радњом сувласника

[61] Helmut Böhm у: Andreas Kletečka, Martin schauer (Hrsg), ABGB-ON Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2010, 1430.

[62] P. Klausberger, 138, марг. 39; H. Böhm, 1430.

[63] H. Sprohar-Heimlich, 627, марг. 60; P. Klausberger, 140, марг. 45.

[64] H. Böhm, 1433.

[65] P. Klausberger, 143, марг. 51; H. Böhm, 1430.

[66] H. Böhm, 1436, 1437.

[67] P. Klausberger, 143, марг. 51; H. Sprohar-Heimlich, 628, марг. 63.

[68] Слобода Мидоровић, Душан Николић, „Право својине и просторно планирање: утицај просторних планова на вредност непокретности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2018, 1775-1792.

(примера ради тако што ће успети да добије кредит и реши стамбено питање и спречити да постане бескућник).[69] По природи ствари се инсистира на томе да је реч о препреци привременог трајања, јер би супротан закључак суштински значио да би сувласник могао бити трајно „заточен" у заједници.[70] По дејству се са трајним препрекама изједначавају и препреке чије је трајање неизвесно.[71]

Уколико препрека потиче из личне сфере сувласника и може се окарактерисати као привремена, суд неће аутоматски одложити одређивање деобе, односно одбити предлог за деобу, већ ће прибећи одмеравању интереса. Уколико превагне интерес предлагача да се деоба одреди, усвојиће предлог. И обратно, уколико се испостави да претеже интерес противника предлагача да се деоба одложи, суд ће одредити одлагање деобе.

Иако се инсистира на томе да је реч о околности која не указује на постојање трајног стања које је извесно непромењиво, или јесте промењиво али промена неће уследити у ближој будућности, у изузетним околностима аустријска јудикатура је била склона да одступи од услова привремености. Тада је предлог за деобу био одбијан непосредним позивом на начело савесности и поштења и злоупотребу права на деобу. Пример којим се илуструје овај случај тиче се предлога за деобу који је уследио непосредно након што је сувласник у корист особе млађе животне доби установио право доживотног плодоуживања на сувласничком уделу. Околност да је у нечију корист установљено право доживотног плодоуживања начелно није препрека за деобу, али је у конкретном случају суд квалификовао овај захтев као злоупотребу права, те га одбио директним позивом на начело савесности и поштења.[72] Суд је исто поступио и по предлогу разведеног родитеља за деобу заједничке куће што би уједно значило губитак смештаја за заједничку децу.[73]

Иако није нужно да се у моменту истицања постојања препреке унапред зна када ће она бити савладана, могућност детерминисања њеног трајања *ex ante* може утицати на формулацију судске одлуке. Уколико је трајање препреке унапред сазнатљиво (нпр. до одслужења војног рока), суд ће усвојити предлог за одређивање деобе уз навођење рока пре чијег истека неће моћи да се иницира њено спровођење.[74] Када се, пак, трајање препреке не може унапред одредити, суд ће одбити предлог за деобу. Овде неће постојати про-

---

[69] H. Sprohar-Heimlich, 627, марг. 61.

[70] P. Klausberger, 145, марг. 56. По питању испуњености услова *привремено*, експлицитно се изјашњава Француски грађански законик који у чл. 815, ст. 2 прописује да се деоба може одложити најдуже на две године.

[71] *Ibid*.

[72] Одлука OGH 2 Ob 534/84 од 29.02.1984. H. Sprohar-Heimlich, 625, 626, марг. 57.

[73] Одлука OGH 5Ob197/13a од 17.12.2013, пасус 5.2. H. Sprohar-Heimlich, 642, марг. 107.

[74] P. Klausberger, 144, пасус 54.

блем у вези са подношењем новог предлога за деобу позивом на *res iudicata*, с обзиром на то да ће подношење новог предлога претпостављати постојање битно промењених чињеница и околности.[75]

Швајцарско право такође познаје препреку за деобу на начин да се она не може захтевати *у невреме* (чл. 659, ст. 3 ZGB).[76] Идеја је да се деоба спречи у време у којем би она за остале сувласнике или само једног од њих представљала значајну уштрб (примера ради уколико у моменту захтевања деобе кућа која се користи за стамбене потребе не може да се нађе замена). У швајцарској доктрини се истиче да би ништава била одредба уговора којом би се сувласник одрекао могућности истицања приговора да се деоба захтева у невреме.[77]

Швајцарско законодавство је специфично по томе што изричито уређује могућност *искључења* сувласника из заједнице (чл. 649б ZGB), што се не среће ни у једном од законодавстава која су била референтна за ову правну анализу. Узрок искључења лежи у понашању сувласника којим се тешко повређују обавезе према свим осталим сувласницима или једном од њих тако да се од преосталих сувласника не може разумно очекивати наставак заједнице у датим околностима.[78] Тужба за искључење, уколико има више сувласника, претпоставља већинску одлуку свих сувласника изузев оног чије се искључење тражи. У немачком праву, као и у нашем, искључење сувласника није допуштено чак ни у случају крајње непримереног понашања једног од сувласника. То се може постићи само посредно, тако што би се преостали сувласници јавили као купци његовог удела у поступку принудне продаје.[79]

За разлику од аустријског и швајцарског решења, редактори Немачког грађанског законика (BGB) су свесно одлучили да се не допусти никакво одлагање деобе сувласничке заједнице истицањем било објективних или субјективних околности које би се подвеле под неки правни стандард (§749 BGB). Иако је у нацртима BGB било предлога у том правцу – предлози су били да се деоба не сме допустити „уколико се противи заједничким интересима“ сувласника или ако „принцип правичности захтева одлагање деобе“ – коначни став је био да такву могућност ипак не треба дозволити.[80] Отуда је према немачком праву једино допуштено суспендовање права на деобу вољом свих сувласника, о чему је већ било речи. Последично, у одсуству споразума, захтев сувласника да се уновчи његов удео односи превагу над интересима осталих сувласника да се заједница одржи.[81] Судови ипак у изузетним

[75] *Ibid*, 144, марг. 55.
[76] B. Graham-Siegenthaler, 1175.
[77] *Ibid*, 1197, 1198, марг. 73.
[78] *Ibid*, 1185, 1186.
[79] J. Eickelberg, 281.
[80] *Ibid*, 278.
[81] J. Eickelberg, 278, марг. 45.

случајевима могу одбити деобу позивом на начело савесности и поштења из § 242 BGB. Реч је о корективном механизму чију примену, из разлога правне сигурности, треба свести на најужу могућу меру.[82]

4.4. Типичне околности које се у пракси истичу као препреке за деобу и њихова квалификација

У наредним редовима биће представљене околности које се у пракси најчешће истичу под окриљем правног стандарда *невреме* и *штета за друге сувласнике.* Као што је већ истакнуто, читава материја је изразито казуистички обојена, тако да је немогуће исцрпно навођење свих замисливих ситуација. Због тога се овде издвајају само оне са којима се судови у пракси најчешће срећу.

Од фактичких околности неретко се истиче да је захтев за деобу истакнут у невреме будући да се непокретност налази у изузетно лошим околностима, и да би улагањем незнатних средстава у њену санацију, која су при томе доступна сувласницима, за последицу имало значајно увећање прихода од њене продаје.[83] Одлагање би било изгледно и уколико се у блиској будућности очекује боља саобраћајна инфраструктура (нпр. изградња метро станице, реконструкција улице и сл), што ће се одразити на већу продајну цену.[84]

До одлагања деобе може доћи и у случају да је пре покретања поступка за деобу, против неког од сувласника покренут судски поступак који тангира његово право (су)својине (нпр. поступак за утврђење ништавости, поништај уговора о стицању сувласничког удела, или по тужби за ревокацију поклона).[85] Услов је да поступак није покренут са јединим циљем да се одгоди спровођење деобе, и да успех тужиоца у том поступпку није безигледан.[86]

Оптерећење сувласничког удела правом хипотеке принципијелно не представља препреку за деобу, чак ни онда када је до отплате кредита који је обезбеђен том хипотеком остало још незнатно времена.[87] Када би се ова околност могла истицати као препрека за деобу, тада би било довољно да сувласник оптерети свој удео и спречи развргнуће сувласничке заједнице.[88] Исто начелно важи и за друга стварноправна (личне службености) и облигационоправна оптерећења (уговор о закупу). Ипак, уколико је до истека оптерећења или ограничења остало још мало времена, одлгање може бити

[82] Одлука Савезног врховног суда (BGH) II ZR 293/06 од 12. 11. 2007, ц) изреке. J. Eickelberg, 279, марг. 46.

[83] Одлука OGH 3Ob 125/97x од 28.06.1999.

[84] Одлука OGH 4Ob314/00f од 19.12.2000. H. Böhm, 1433.

[85] Одлука OGH 1Ob365/58 од 17.09.1958; Одлука OGH 2Ob 426/60 од 20.12.1960.

[86] H. Sprohar-Heimlich, 631, 632, марг. 74.

[87] Одлука OGH 5Ob134/12k од 26.07.2012.

[88] H. Sprohar-Heimlich, 635, марг. 88.

оправдано ако се може очекивати остваривање веће цене од продаје непокретности без терета.[89]

Аргумент да ће противник предлагача у случају деобе остати бескућник, будући да из износа оствареног продајом непокретности, неће моћи да реши своје стамбено питање, начелно није од правног значаја уколико све индиције указују на то да он нема начин да у ближој будућности превазиђе тај проблем. Изузетно, уколико би противник предлагача успео да докаже да би у блиској будућности средствима из кредита могао да реши стамбено питање, или пак установљењем права становања на туђој непокретности, онда би суд требало да дозволи одлагање деобе.[90] Уколико нема изгледа да се проблем бескућништва реши у скоријој будућности (јер, примера ради, противник предлагача није способан за рад и не може да дође до потребних средстава), то упућује на закључак да је по среди трајно стање, које суд не би могао да уважи као разлог за одлагање деобе. Упоредиво решење треба прихватити и у случају да се деоба односи на пословне просторије у којима противник предлагача обавља професионалну делатност. У том случају одлагање деобе би било могуће уколико би противник предлагача успео да докаже да у релативно скоријој будућности може да прибави финансијска средства потребна за пресељење у други пословни простор.[91]

Малолетство противника предлагача се може прихватити као препрека за деобу ако до пунолетства није преостало још пуно времена. У аустријској пракси је заузет став да период од 4 године до пунолетства не задовољава услов привремености, и то чак ни са становишта увиђавности која се очекује међу сувласницима који су уједно и сродници.[92] Као што је већ истакнуто, малолетство члана породице противника предлагача се принципијелно не узима у обзир.[93]

У једном случају из домаће јудикатуре[94] противник предлагача је истакао да би деобом било повређено његово право на дом које се изводи из чл. 8, ст. 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.[95] Уколико би се ова околност квалификовала као препрека за деобу, то би

---

[89] H. Sprohar-Heimlich, 636, марг. 89, 640, марг. 100.

[90] Одлука OGH 9Ob200/00b од 08.11.2000. P. Klausberger, 144, марг. 53; H. Sprohar-Heimlich, 643. марг. 110.

[91] H. Böhm, 1437; H. Sprohar-Heimlich, 627, марг. 61.

[92] H. Böhm, 1436; H. Sprohar-Heimlich, 635, марг. 87.

[93] H. Sprohar-Heimlich, 635, марг. 87.

[94] Предмет Основног суда у Новом Саду П1 325/2022.

[95] Више о праву на дом вид. код: Aldo Radolović, „Odnos građanskopravne osnove za korišćenje stana i ustavno-konvencijskog prava za zaštitu doma“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2015, 109-124*;* Душан Николић, Слобода Мидоровић, „Ограничење права својине правом на дом (појмовна одређења и правна политика)“, *Зборнок радова Правноī факултēта у Новом Саду* 1/2020, 39-70.

практично значило да би до краја живота противника предлагача, а потом и за живота његових наследника (уколико би и они наставили да живе у тој непокретности) сувласнику који ту не живи трајно било онемогућено да кроз деобу уновчи свој удео. Због тога суд овај аргумент не би требало да прихвати као препреку за деобу.[96]

Неретко се у пракси као препрека истиче и болест противника предлагача. Уважавање овог аргумента понајвише зависи од тога да ли је реч о хроничној болести (мултипла склероза, дијабетес или сл), или пак о терминалној фази болести, тако да је извесно да се ближи крај. Уколико је реч о дубокој старости у садејству са хроничном болешћу, то упућује на трајније стање које се не може прихватити као препрека за деобу.[97] Међутим, уколико би постојала велика вероватноћа да ће се, услед релокације изазване деобом, већ тешко здравствено стање противника предлагача додатно погоршати, што ће се одразити на скраћење живота, суд би требало да дозволи одлагање.[98]

Неповољна инфлаторна кретања се, по правилу, неће уважити као препрека за деобу, с обзиром на то да се њихов крај ретко може поуздано предвидети. Но, у садејству са другим околностима, суд би ипак могао да уважи рапидно обезвређење новца као препреку за деобу. Примера ради, уколико постоји опасност да ће износ остварен продајом бити обезвређен у рекордном року, а да уједно не постоји могућност да се вредност новца сачува депоновањем у банци. Уколико ипак постоје изгледи да ће се инфлаторна кретања донекле ублажити мерама предузетим од стране државе, суд би имао основа да одгоди деобу.[99]

5. ЗАКЉУЧАК

Од правила да сваки сувласник може захтевати деобу сувласничке заједнице у било које време, без доказивања правног интереса и навођења разлога који говори у прилог њене оправданости, постоји неколико изузетака. Ради се о тзв. препрекама за деобу сувласничке заједнице. Оне могу бити последица: 1) воље сувласника изражене у виду уговора о одрицању права на деобу; 2) трајније намене којој ствар у сусвојини служи (тзв. несамосталне сувласничке заједнице); 3) постојања околности која се може подвести под правни стандард *невреме* и/или *штета за друге сувласнике*.

---

[96] Aldo Radolović, „Odnos građanskopravne osnove za korišćenje stana i ustavno-konvencijskog prava za zaštitu doma“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2015, 109-124.

[97] Одлука OGH 5Ob2399/96x од 30.09.1997. H. Böhm, 1437.

[98] Одлука OGH 5Ob564/81 од 22.09.1981. P. Klausberger, 143, марг. 53.

[99] Одлука OGH 1Ob200/72 од 20.12.1972. H. Böhm, 1436; P. Klausberger, 140, 141, марг. 46; H. Sprohar-Heimlich, 629, 630, марг. 68-70.

Када је реч о првом изузетку, домаћи законодавац га само имплицитно нормира. Из чл. 16, ст. 3 ЗОСПО сазнајемо да је забрањено *трајно* одрицање права на деобу. *A contrario* закључујемо да није забрањено *привремено* одрицање, али ништа више од тога. Максимално важење овог уговора у швајцарском праву, које износи 50 година, може деловати предугачко. Но, еволуција швајцарског решења сведочи о томе да је овај рок перманентно продужаван (са првобитних 10, преко 30 до садашњих 50 година).[100] Схватање које је до сада било доминантно заступљено у домаћој доктрини, а које је инспирисано француским решењем, заговарало је могућност закључења овог уговора најдуже на пет година.[101] То се може учинити прекратким роком у хипотези да су у заједничку ствар извршена значајнија улагања и то нарочито онда када се она користи за обављање пословне делатности или задовољење стамбених потреба. За наше право, као што је случај и са аустријским и швајцарским правом, треба прихватити могућност да се без обзира на закључење овог уговора, деоба може тражити из *битног разлога*. Он постоји онда када се од сувласника не може разумно очекивати да и даље остане део те заједнице. У контексту одрицања права на деобу, било би пожељно да домаћи законодавац уреди форму уговора о одрицању права на деобу непокретности. Најблажа прихватљива форма би подразумевала оверу потписа сувласника, док би оптимална форма, с обзиром на значај последица овог уговора, захтевала његово закључење у форми јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе.[102] Домаћи законодавац би у интересу правне сигурности требало да предвиди забележбу постојања уговора о одрицању права на деобу.[103]

Када је реч о другом изузетку – тзв. несамосталним сувласничким заједницама које постоје на стварима које трајније служе одређеном циљу, тј. које имају трајнију намену – њега није нужно посебно нормирати, јер он проистиче из природе ствари. Ипак, не треба губити из вида да у неким ситуацијама трајнија намена ствари може бити омогућена усвајањем предлога за деобу уз установљење одговарајуће стварне службености.

Трећи изузетак у виду правног стандарда *невреме* и/или *штета, тј. ушћерб за остале сувласнике* треба задржати. Јудикатура треба да уважи оправдане потребе противника предлагача у нарочитим околностима. О томе одлучује

[100] B. Graham-Siegenthaler, 1187, фн. 104

[101] М. Орлић у: О. Станиковић, М. Орлић, *Стварно право,* 158-159, са даљим упућивањем. Овај став у домаћој доктрини са становишта санаследника следи и Дејан Б. Ђурђевић, *Институције наследног права,* 10. издање. Универзитет у Београду Правни факултет, Београд 2018, 344.

[102] Николина Мишчевић, *Јавнобележничка форма облигационих уговора*, Докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Новом Саду 2022, 175-181, 190-201.

[103] Она према важећем праву није предвиђена ни чл. 16 ЗОСПО, нити чл. 15 Закона о поступку уписа у катастар непокретности и катастар инфраструктуре, *Службени гласник РС,* бр. 41/2018, 95/2018, 31/2019, 15/2020, 92/2023.

суд у ванпарничном поступку. Под овај стандард треба подвести како објективне околности које утичу на износ очекиваних прихода од продаје ствари и подједнако тангирају све сувласнике, тако и оне субјективне које проистичу из личне сфере једног или више сувласника. Истицање субјективне околности као препреке за деобу повлачи темељно одмеравање интереса обеју странака: предлагача и противника предлагача. Без обзира на то да ли се ради о објективном или субјективном разлогу, на противнику предлагача лежи терет тврдње и доказивања да се ради о околности привременог карактера (није довољна паушална тврдња у том правцу, већ противник треба да понуди плаузибилан доказ). Решење из француског права, према коме се одлагање деобе може дозволити на *најдуже* 2 године, је прихватљиво и за домаћу јудикатуру.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографија

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

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

Ђурђевић Б. Дејан, *Институције наследног права,* 10. издање. Универзитет у Београду Правни факултет, Београд 2018.

Eder Maximilian, „Die ABGB-Vorschriften über das Miteigentumsrecht (§§ 825-858): wesentlicher Inhalt und sprachliche Neufassung“, Diplomarbeit, Graz 2015.

Aebi-Müller E. Regina, Müller Christoph (Hrsg), *BK – Berner Kommentar, Das Eigentum – Allgemeine Beziehungen – Art. 641-654a ZGB*, Stämpfli Verlag AG, 2022.

Kodek Georg (Hrsg), *ABGB Praxiskommentar §§ 531-858 ABGB*, Band 4, 5., neu bearbeitete Auflage, LexisNexis Verlag, Wien 2019.

Kovačević Kuštrimović Radmila, Lazić Miroslav, *Stvarno pravo,* Niš 2006.

Kletečka Andreas, Schauer Martin (Hrsg), *ABGB-ON Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2010

Маленица Антун, *Римско право,* друга свеска, Институти римског права, Нови Сад 2006.

Мидоровић Слобода, Цветић Раденка, „Располагање будућих етажних власника заједничким деловима зграде и земљиштем потребним за редовну употребу зграде у корист инвеститора при закључењу уговора о куповини посебног дела зграде“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2023, 297-323.

Мидоровић Слобода, *Делимична ништавост уговора,* докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Новом Саду 2023.

Мидоровић Слобода, Николић Душан, „Право својине и просторно планирање: утицај просторних планова на вредност непокретности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2018, 1775-1792

Мишчевић Николина, *Јавнобележничка форма облиīационих уīовора*, Докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Новом Саду 2022.

Николић Душан, Мидоровић Слобода, „Ограничење права својине правом на дом (појмовна одређења и правна политика)“, *Зборник радова Правноī факулīеīа у Новом Саду* 1/2020, 39-70.

Radolović Aldo, „Odnos građanskopravne osnove za korišćenje stana i ustavno-konvencijskog prava za zaštitu doma“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 1/2015,* 109-123.

Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *Сīварно īраво,* девето неизмењено издање, Номос, Београд 2014.

Fenyves Attila, Kerschner Ferdinand, Vonkilch Andreas (Hrsg), *ABGB (Klang) §§ 825 bis 858*, 3. Auflage, Verlag Österreich, Wien 2022, 145.

Herrler Sebastian (Red.), J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, Recht de Schuldverhältnisse §§ 741-764, (Gemeinschaft, Leibrente, Spiel), De Gruyter, Berlin 2021.

Цветић Раденка, Мидоровић Слобода, „Сусвојина етажних власника на парцели на којој је зграда изграђена“*, Зборник радова Правноī факулīеīа у Новом Саду* 3/2021, 737-763.

Цветић Раденка, „О оправданости законског права преče куповине сувласника непокретности“, *Зборник радова Правноī факулīеīа у Новом Саду* 4/2018, 1521-1432.

Прописи

Закон о основама својинскоправних односа, *Службени лисī СФРЈ,* бр. 6/80, 36/90*, Службени лисī СРЈ,* бр. 29/96*, Службени īласник РС,* бр. 115/2005.

Породични закон, *Службени īласник РС,* бр. 18/2005, 72/2011, 6/2015.

Закон о ванпарничном поступку, *Службени īласник СРС,* бр. 25/82, 48/88*, Службени īласник РС,* бр. 46/95 (други закон), 18/2005 (други закон), 85/2012, 45/2013 (други закон), 55/2014, 6/2015, 106/2015 (други закон), 14/2022.

Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени īласник РС,* бр. 106/2015, 106/2016 (Аутентично тумачење), 113/2017 (Аутентично тумачење), 54/2019, 9/2020 (Аутентично тумачење), 10/2023 (други закон).

Закон о промету непокретности, *Службени īласник РС,* бр. 93/2014, 121/2014, 6/2015.

Закон о поступку уписа у катастар непокретности и катастар инфраструктуре, *Службени īласник РС,* бр. 41/2018, 95/2018, 31/2019, 15/2020, 92/2023.

Судска пракса

Предмет Основног суда у Новом Саду П1 135/19.

Предмет Основног суда у Новом Саду П1 376/2021.

Предмет Основног суда у Новом Саду П1 325/2022.

Одлука OGH 1Ob365/58 од 17.09.1958.

Одлука OGH 2Ob 426/60 од 20.12.1960.

Одлука OGH 1Ob200/72 од 20.12.1972.
Одлука OGH 5Ob564/81 од 22.09.1981.
Одлука OGH 2 Ob 534/84 од 29.02.1984.
Одлука OGH 5Ob2399/96x од 30.09.1997.
Одлука OGH 3Ob 125/97x од 28.06.1999.
Одлука OGH 9Ob200/00b од 08.11.2000.
Одлука OGH 4Ob314/00f од 19.12.2000.
Одлука OGH 5Ob134/12k од 26.07.2012.
Одлука OGH 5Ob197/13a од 17.12.2013.
Одлука BGH II ZR 293/06 од 12. 11. 2007.

Radenka M. Cvetić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
R.Cvetic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9478-8577

Sloboda D. Midorović
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Midorovic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-2545-0927

Obstacles to Realizing the Right to Dissolution of a Co-ownership Community

***Abstract**: The paper examines potential obstacles to dissolution of a co-ownership community. Although the basic premise is that any co-owner can request the dissolution of the co-ownership community at any time, the presence of certain obstacles may result in its postponement. Delaying the dissolution to a later moment may stem from the will of the co-owners expressed in the form of an agreement to waive the right to dissolution. The paper suggests its optimal form, the need for introducing an annotation of the existence of this agreement in the real estate cadaster, and solutions regarding the preferred period of suspension of dissolution by such agreement. An obstacle to dissolution may result from circumstances where the co-owned thing serves a particular long-term purpose. These are instances of the so called non-independent co-ownership communities where the longer-term purpose for which the thing serves conditions the need for the peristence of the co-ownership community. Lastly, an obstacle expressed through the legal standard of inopportune time or harm to other co-owners reflects the obligatory nature of the co-ownership community, necessitating respect for the interests of other co-owners. If the obstacle is temporary rather than permanent and can be overcome in the near future, the court may postpone the dissolution provided that an evaluation of both parties' legitimate interests suggests so.*

***Keywords**: co-ownership community, partition right, legal standard, obstacles to the realization of the right to partition.*

Датум пријема рада: 25.03.2024.
Датум достављања коначне верзије рада: 07.05.2024.
Датум прихватања рада: 14.05.2024.

Оригиналан научни рад 343.121:341.45
doi:10.5937/zrpfns58-50174

Татјана Д. Буїарски
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
t.bugarski@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-1462-6800

Милана М. Писарић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
m.pisaric@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-8344-3349

ПРАВА ОКРИВЉЕНОГ ЛИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ И ПРЕКОГРАНИЧНА САРАДЊА*

Сажетак: *Савремени трендови живота и рада „без граница" за последицу имају порast прекограничної криминалитета што утиче и на повећање броја кривичних поступака у којима постоји потреба за сарадњом надлежних органа из више држава. У овим случајевима, у Европи достигнут висок стандард права окривљених лица намеће потребу за хармонизацијом прописа и то првенствено оних који се односе на најважнија права осумњиченої, односно окривљеної лица као што су право на информисање и право на тумачење и превођење. У Европској унији, после доношења Резолуције о мапи пута за јачање процесних права окривљених лица у кривичном поступку (које је донео Савет Европе 2009) и од тада још неколико директива и одлука релевантних за ову проблематику, прошло је доста времена, а различита процесна решења у државама и даље постоје, због чега је потребно даље развијати и усаглашавати ова правила да се не би доводили у питање основни принципи међународне правне помоћи у кривичним стварима, првенствено принцип узајамної поверења и принцип узајамної признавања одлука. Значајан корак у даљем правцу развоја прекограничне сарадње у кривичним стварима на нивоу Европске уније је предлої Уредбе Европскої парламента и Савета о уступању кривичних поступака који је донет 2023, у односу на*

* Рад је настао као резултат истраживања у 2023. на Пројекту „Правна традиција и нови правни изазови" чији носилац је Правни факултет у Новом Саду, Универзитет у Новом Саду.

који се већ у стручној јавности истиче потреба за чвршћим и експлицитним успостављањем стандарда права окривљеног. Република Србија, која је у процесу придруживања Европској унији има законска решења која нису у потпуности усклађена са регулативом Европске уније која се односи на права окривљеног лица, а која су од значаја и за прекограничну сарадњу. У раду, аутори се баве анализом права окривљених лица у релевантним директивама Европске уније и права која су им дата у Законику о кривичном поступку Републике Србије и то првенствено права на информисање и права на тумачење и превођење.

***Кључне речи**: осумњичени, окривљени, бранилац, кривични поступак, прекогранична сарадња.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Сарадња органа поступка, односно полицијских, тужилачких и судских органа је све интензивнија са порастом прекограничног криминалитета. Иако је у овим случајевима често неопходно брзо и ефикасно поступање, постојећа правила међународне правне помоћи у кривичним стварима, ни инструменти сарадње, не могу да одговоре на захтеве који се пред њих постављају. Осим тога, постоје изузетно значајна питања као што су усаглашеност права осумњиченог, односно окривљеног лица која су предвиђена у националним регулативама, а која се у извесном броју случајева у државама Европе разликују међусобно и поред успостављених стандарда права ових лица у међународној регулативи. Наведено има за последицу да је доведена у питање примена основних принципа међународне правне помоћи у кривичним стварима и то првенствено принципа узајамног поверења и узајамног признавања одлука. У оквиру Европске уније регулисани су главни инструменти прекограничне сарадње у кривичним стварима као што су: Европски налог за хапшење, Европски налог за истрагу ради прикупљања доказа, процедуре за међусобну правну помоћ, а посебно непосредне размене података и информација и рад заједничких истражних тимова. Међутим, и поред успостављених инструмената сарадње, различитост позитивноправних решења у погледу кривичних поступака у државама чланицама је наметнула потребу за успостављањем стандарда права окривљених лица како у кривичном поступку, тако и у преткривичном поступку. У том смислу је Савет ЕУ 2009. донео Резолуцију о мапи пута за јачање процесних права окривљених лица у кривичном поступку[1] и од тада је усвојено неколико

[1] Resolution of the Council, Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings, 2009/C 295/01.

директива које се односе на права осумњиченог, односно окривљеног лица[2] као што су: право на информисање, право на тумачење и превођење, право на браниоца, право на правну помоћ и претпоставку невиности. Ова регулатива има за циљ успостављање минималног стандарда хармонизације правила у кривичним поступцима који су неопходни за прекогранично прикупљање и размену доказа, што представља изазов посебно када је у питању заштита основних права окривљеног лица. Опстанак ових основних принципа је условљен успостављањем заједничких стандарда у вези са корпусом права окривљеног, па се последично наметнула потреба за хармонизацијом ових правила у државама, и то првенствено у оквиру Европске уније. Последњи изузетно значајан корак у наведеном правцу је предлог Уредбе Европског парламента и Савета о уступању кривичних поступака из 2023.[3] у односу на који се већ у стручној јавности као приоритет истиче потреба за успостављањем стандарда права окривљеног лица.

У односу на права окривљеног, Република Србија, као земља кандидат за чланство у Европској унији (даље у тексту ЕУ) има законска решења која нису у потпуности усклађена са регулативом ЕУ која се односи на права окривљеног, а која су од значаја и за прекограничну сарадњу, првенствено за постизање највиших европских стандарда заштите права окривљених лица. У контексту прекограничне сарадње и прекограничних поступака, најважнија права окривљеног лица су право на информисање и право на тумачење и превођење.

2. ПРЕКОГРАНИЧНА САРАДЊА И КРИВИЧНИ ПОСТУПАК

Заједнички основ за заштиту права осумњичених, односно окривљених лица у кривичном поступку у Европи је Конвенција за заштиту људских права и основних слобода[4] која представља својеврсну гаранцију поверења

[2] У складу са чланом 2 став 1 тачка 2 Законика о кривичном поступку Републике Србије (Службени гласник РС бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС), окривљени је израз који служи као општи назив за осумњиченог, окривљеног, оптуженог и осуђеног, због чега ће се у овом раду даље користити термин окривљени.

[3] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the transfer of proceedings in criminal matters, Brussels, 5.4.2023. COM (2023) 185 final 2023/0093 (COD).

[4] Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом број 11, Протокола уз конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе који нису укључени у Конвенцију и први Протокол уз њу, Протокола број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 12 уз Конвенцију за заштиту

грађана у системе кривичног правосуђа и правну сигурност. Ово је посебно важно у успостављеном подручју слободног кретања људи и робе, где се често дешава да неко лице буде окривљено за кривично дело у држави чланици у којој нема пребивалиште. У тим случајевима процесна права окривљеног су од највећег значаја у заштити права на правично суђење које представља најважнији међународни правни стандард у кривичном поступку. Право окривљеног на правично суђење које ће се одвијати у разумном року суштински представља елемент његовог права на одбрану у кривичном поступку, али то право не само што има велики правни и фактички значај, већ оно у битној мери има самостални карактер у односу на право на одбрану, па се стога може и посебно издвојити.[5]

У корпусу права на правично суђење од посебног значаја су право на информисање и право на тумачење и превођење. Хармонизација ових права директно утиче на примену принципа међународне правне помоћи у кривичним стварима, а то су принципи узајамног поверења и принцип узајамног признавања одлука. Заједнички минимални стандарди, односно развој еквивалентних стандарда су неопходни у правосудној сарадњи, уз обавезно поштовање основних правних начела држава чланица и њихових правних традиција.

Наведено је од посебног значаја, имајући у виду нови облик прекограничне сарадње који је имплементиран у предлогу Уредбе Европског парламента и Савета о уступању кривичних поступака из 2023. који представља својеврсну новину у међународној правној помоћи у кривичним стварима иако према важећој регулативи постоји преузимање и уступање кривичног гоњења који представљају различите облике међународне кривичноправне помоћи које надлежни органи државе могу да врше, с тим да свако преузимање кривичног гоњења од стране неке друге државе, подразумева нужно њено уступање и обрнуто.[6] Иако терминолошки веома слично, ради се о другачијем, новом облику сарадње. Наиме, наведеним предлогом Уредбе, успостављају се заједничка правила која ће се непосредно примењивати у државама чланицама и која имају за циљ да спрече непотребне паралелне поступке у различитим државама чланицама Европске уније у вези с истим чињеничним описом дела и истим лицем, који би могли резултирати кршењем основног принципа кривичног права *ne bis in idem*.

Други, такође значајан циљ, је да се у интересу делотворног кривичног правосуђа омогући уступање кривичног поступка и када се предаја лица

људских права и основних слобода и Протокола број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима, Службени лист СЦГ – Међународни уговори бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр. и Службени гласник РС – Међународни уговори бр. 12/2010 и 10/2015.

[5] Шкулић М, Бугарски Т, Кривично процесно право, Нови Сад 2015, 187.

[6] Ibidem, 610-611.

ради кривичног гоњења по Европском налогу за хапшење одложи или одбије из разлога, на пример, јер су поступци за исто кривично дело у току у другој држави чланици чиме би се онемогућило да окривљено лице евенуално избегне кажњавање.[7] Предлог Уредбе представља део Стратегије ЕУ 2021-2025 која се односи на борбу против организованог криминала и произлази и Хашког Програма за јачањем слободе, безбедности и правде у државама ЕУ, Програма мера за спровођење принципа међусобног признавања одлука у кривичним стварима, као и позива на акцију Савета и Европског парламента (Утицај организованог криминала на сопствене ресурсе ЕУ и на злоупотребу средстава ЕУ – 15. децембар 2021).[8]

Предлог Уредбе се састоји од пет поглавља са укупно 34 члана, који, поред општих одредби, садрже и одредбе о: заједничким условима за уступање кривичног поступка као и разлозима за одбијање; роковима за одлучивање о уступању поступка и трошковима уступања; обавезама у погледу заштите права окривљених лица, као и оштећених, могућности жалбе на одлуке о премештању поступка; ефектима трансфера у држави молиљи и замољеној држави и дозвољеним средствима комуникације (посебно електронске) између надлежних органа. Предлог Уредбе се односи на прекограничне процедуре где су неопходна јединствена правила због чега је и идеја да се Уредба директно и непосредно примењује у свим државама чланицама и да буде обавезујућа у целини. На овај начин би се обезбедило да све државе чланице примењују правила на исти начин и да правила истовремено ступају на снагу. Посебно значајно је то да би се на овај начин онемогућило вођење више паралелних поступака у различитим државама чланицама против истог лица за исти чињенични опис дела и омогућило поштовање основног принципа *ne bis in idem.* Такође, окривљена лица не би била изложена вишеструким ограничењима својих права и слобода, као и правних интереса због различитих налога за хапшење, претреса и саслушања која се спроводе у две или више држава чланица.

Уступање кривичног поступка има за циљ и да се обезбеде најбољи услови са суђење јер се уступање може извршити само уколико је држава којој се уступа у „најбољој позицији“ за кривично гоњење и спровођење кривичног поступка, с тим да држава има обавезу да обезбеди све процесне гаранције за окривљено лице, а посебно право на правично суђење.

Овде је посебно значајно нагласити да је у прекограничној сарадњи изузетно значајна регулатива ЕУ о процесним правима за окривљена лица и то: Директива 2016/1919/ЕУ о правној помоћи за осумњичене и окривљене

[7] Explanatory Memorandum to COM(2023)185 – Transfer of proceedings in criminal matters, https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvhdfdk3hydzq_j9vvik7m1c3gyxp/vm1zj1fts4zp

[8] https://commission.europa.eu/law/cross-border-cases/judicial-cooperation/types-judicial-cooperation/transfer-criminal-proceedings_en

у кривичном поступку и за тражена лица у поступку на основу Европског налога за хапшење,[9] Директива 2013/48/ЕУ о приступу браниоцу у кривичном поступку и у поступку на основу европског налога за хапшење и о праву на обавештавање трећег лица у случају лишења слободе и на комуникацију с трећим лицима и конзуларним представништвима,[10] Директива 2012/13/ЕУ о праву на информисање у кривичном поступку[11] и Директива 2010/64/ЕУ о праву на тумачење и превођење у кривичном поступку.[12] Успостављањем минималних стандарда заштите у кривичном поступку порашће поверење у кривично правосудни систем свих држава чланица, који заузврат осигуравају ефикасније правосуђе и сарадњу у клими међусобног поверења.[13]

Усвајање заједничких правила о уступању кривичног поступка би било комплементарно решење за постојеће инструменте за прекогранични криминалитет. На овај начин би се избегли евентуални проблеми као што су одбијање покретања кривичног поступка према лицу које је ухапшено на основу Европског налога за хапшење из разлога ако се то покаже несразмерним или немогућим, на пример, зато што нису испуњени услови у погледу висине запрећене казне. Новопредложени облик сарадње би требао да се односи на сва кривична дела, како је наведено у предлогу Уредбе. Уколико би се ово решење прихватило и заживело у пракси, временом је сасвим извесно да ће оно анулирати Европски налог за надзор који омогућава осумњиченом да буде предмет мере надзора у матичној држави чланици све док се суђење не одржи у другој држави чланици, уместо да буде у притвору. Европски налог за надзор је прописан Оквирном Одлуком Савета 2009/829/PUP о примени начела узајамног признавања одлука о мерама надзора међу државама чланицама ЕУ као алтернативе привременом притвору.[14] Ова Оквирна одлука утврђује правила у складу са којима једна држава чланица

[9] Directive 2016/1919/ EU of the European Parliament and of the Council of 26 October 2016 on legal aid for suspects and accused persons in criminal proceedings and for requested persons in European arrest warrant proceedings, OJ L 297, 4.11.2016.

[10] Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty, OJ L 294, 6.11.2013.

[11] Directive 2012/13/EU of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings, OJ L 142, 1.6.2012.

[12] Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, OJ L 280, 26.10.2010.

[13] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the transfer of proceedings in criminal matters, Brussels, 5.4.2023 COM (2023) 185 final 2023/0093 (COD), 9-10.

[14] Council Framework Decision 2009/829/JHA of 23 October 2009 on the application, between Member States of the European Union, of the principle of mutual recognition to decisions on supervision measures as an alternative to provisional detention (OJ L 294, 11.11.2009).

признаје одлуку о мерама надзора издату у другој држави чланици као алтернативу привременом притвору, прати мере надзора уведене за физичко лице и предаје дотично лице држави издавања у случају кршења тих мера (члан 1).

3. ПРАВА ОКРИВЉЕНОГ ЛИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ОД ЗНАЧАЈА ЗА ПРЕКОГРАНИЧНУ САРАДЊУ

Прекогранична сарадња у кривичним стварима мора да обезбеди једнака права за окривљеног јер је то предуслов правичног поступка који представља међународни правни стандард. Утврђивање корпуса минимума права на одбрану би омогућило прекограничну сарадњу у кривичним стварима без изузетка, отклонило слабости, односно мањкавости АВС директива[15] и представљало би добар нормативни основ за даљи развој Стуба слободе, безбедности и правде у ЕУ.[16] Усаглашавање, односно хармонизација права окривљеног између држава је *conditio sine qua non* у ефикасној и ефективној прекограничној сарадњи у кривичним стварима, од којих се могу најважнијим правима сматрати право на информисање и право на тумачење и превођење.[17]

3.1. Право окривљеног на информисање

Директива о праву на информисање у кривичном поступку се примењује од момента када орган поступка обавести лице да се сматра окривљеним за кривично дело па до краја кривичног поступка, односно до доношења коначне одлуке у поступку, што значи да се ова Дирекива односи и на предистражни поступак. Лице које је окривљено за кривично дело мора бити информисано о кривичном делу за које се терети и посебно о својим правима јер је то основни предуслов за припрему одбране што свакако даље утиче на правилан ток кривичног поступка и коначно, на закониту пресуду. Основна сврха Директиве је да се дефинишу минимални заједнички стандарди који се односе на обавештавање окривљеног лица о кривичном делу за који се терети и о основним правима која му припадају. При томе је значајно нагласити да се права из ове Директиве заснивају на правима која су

[15] АБЦ директиве се односе на законодавну агенду за јачање процесних права окривљеног лица у кривичном поступку која је усвојена у Резолуцији о мапи пута 2009. године.

[16] О овом видети: Ramos V.C, Luchtman M, Munteanu G, Improving Defence Rights Including Available Remedies in and (or as a Consequence of) Cross-Border Criminal Proceedings, EUCRIM 3/2020, 233.

[17] Више о томе, вид. Бугарски Т, М. Писарић М, Уређење права на одбрану у праву Европске уније, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 4/2017, 1409-1439.

утврђена у Повељи о основним правима (члановима 47 и 48)[18] и у Европској конвенцији о основним правима и слободама (члановима 5 и 6). Одредбе ове Директиве свакако треба тумачити и примењивати узимајући у обзир судску праксу Европског суда за људска права.

Према члану 3 Директиве, држава чланица треба да обезбеди да се окривљеном лицу хитно пруже информације, односно да буде обавештено о следећим правима: праву на приступ браниоцу, праву на бесплатан правни савет и под којим условима га може добити, праву да буде информисан, упознат са оптужбама које стоје против њега, праву на тумача и на превођење, као и о праву на ускраћивање исказа. Ове информације је потребно да буду пружене усмено или у писаној форми на једноставном и разумљивом језику, узимајући у обзир посебне потребе тзв. рањивих осумњичених, односно окривљених лица, уколико постоје. Тзв. „рањивост“ окривљених лица у последње време је постала актуелна тема, како у теорији, тако и у пракси правосудних органа. Наиме, постоји обимна судска пракса која се бави способношћу рањивих окривљених да ефикасно учествују у кривичном поступку, у складу са чланом 6 Европске конвенције о људским правима, укључујући Пресуде Европског суда за људска права (на пример: T. v The United Kingdom[19] и SC v. The United Kingdom[20]). Рањиви окривљени је лице које захтева посебна прилагођавања на систем кривичног правосуђа ради заштите његовог права на правично суђење. Ово се односи, на пример, на омогућавање окривљеном да разуме шта му се ставља на терет, односно које дело, као и да буде благовремено обавештен на језику који разуме о оптужби, да му се остави довољно времена и могућности за припрему одбране и друго. Постоје бројни разлози који могу бити узрок „рањивости“ окривљеног лица као што су на пример: тзв. сметње у учењу, сензорно оштећење, аутизам, ментални поремећај, поремећаји социјалне функције као нпр. анксиозност, претходна траума, узраст (младост или старост).[21]

Од наведених права у оквиру права на информисање, према Законику о кривичном поступку (даље у тексту ЗКП) право на приступ браниоцу је прописан у члану 68 став 1 тачка 3, према коме окривљени има право да се брани сам или уз стручну помоћ браниоца у складу са одредбама ЗКП и о том праву је орган поступка дужан да га поучи пре првог саслушања (члан 68

---

[18] Повеља о основним правима из 2000. године (O.J.2000 C 364/0) и 2007. године (O.J. (C 303) 2007).

[19] Више видети: T. v. The United Kingdom, Application no. 24724/94, Пресуда од 16.12. 1999. године.

[20] Више видети: S.C. v. The United Kingdom, Application no. 60958/00, Пресуда од 15.6. 2004 (10/11/2004).

[21] Више видети: Cowe M, Vulnerable Defendants, Identifying problems, finding solutions https: //www.guildhallchambers.co.uk/uploadedFiles/Vulnerable_Defendants_MaryCowe_June2017.pdf

став 2 ЗКП). У вези са правом на бесплатан правни савет и под којим условима се може добити, иако ЗКП познаје тзв. одбрану сиромашног (члан 77), ово право није експлицитно наведено у оквиру права из члана 68 и о њему орган поступка није дужан да обавести окривљеног. Због тога је потребно прописати у члану 68 као посебно право окривљеног лица да му на лични захтев, орган поступка постави браниоца по службеној дужности на терет буџетских средстава уколико није у могућности према имовинском стању да сам плати награду и накнаду за трошкове браниоца. Ово право је предвиђено и Директивом о правној помоћи за осумњичене и окривљене у кривичном поступку и за тражена лица у поступку на основу Европског налога за хапшење (члан 2 и 4).

У погледу права окривљеног да буде информисан и упознат са оптужбама које стоје против њега, према ЗКП (члан 68 став 1 тачка 1) окривљени има право да буде обавештен о делу које му се ставља на терет, о природи и разлозима оптужбе, али ово право не подразумева и право да се упозна са доказима који га терете. Право да буде упознат са доказима који га терете је основни предуслов да се припреми одбрана која представља једну од три основне процесне функције. Без упознавања са доказима који га терете, окривљени се ставља у неравноправан и неповољан положај у односу на тужиоца, чиме се оправдано доводи у питање остваривање права на једнакост оружја и самим тим права на правично суђење.

Право на тумача и право на превођење је на један општи начин регулисано у члану 11 ЗКП, па је потребно експлицитно прописати ово право и у члану 68 став 1.

Треба напоменути да је ово право прописано и Директивом о праву на тумачење и превођење у кривичном постуку (члан 2 и 3).

Право на ускраћивање исказа окривљеног је прописано у члану 68 став 1 тачка 2 ЗКП према коме окривљени има право да ништа не изјави, ускрати одговор на поједино питање, слободно изнесе своју одбрану, призна или не призна кривицу.

У погледу обавезе органа поступка да наведена права окривљеном лицу саопште усмено, или у писаној форми ЗКП у члану 68 став 2 прописује да је орган поступка дужан да пре првог саслушања окривљеног поучи само о следећим правима: праву да ништа не изјави, ускрати одговор на поједино питање, слободно изнесе своју одбрану, призна или не призна кривицу; да се брани сам или уз стручну помоћ браниоца у складу са одредбама овог законика; да његовом саслушању присуствује бранилац и праву да непосредно пре првог саслушања прочита кривичну пријаву, записник о увиђају и налаз и мишљење вештака.

Ради усаглашавања са Директивом (члан 3 став 2) потребно је изменити члан 68 став 2 ЗКП тако да се пропише обавеза органа поступка да пре првог

саслушања окривљеног поучи о правима, с тим да се поука предаје окривљеном и у писаној форми написана на разумљивом и једноставном језику. Осим тога, у складу са наведеним потребно је усагласити и: одредбе члана 85 став 2 ЗКП које се односе на саопштавање окривљеном права која има ради његовог саслушања; одредбе члана 192 став 1 ЗКП које се односе права и дужности окривљеног лица приликом позивања као мере за обезбеђење његовог присуства у поступку и одредбе члана 289 став 2 ЗКП које се односе на обавезу полиције да, уколико у току прикупљања обавештења од грађана истог почне сматрати осумњиченим, га поучи о правима из члана 68 ЗКП.

Према члану 4 Директиве који се односи на обавештавање ухапшеног лица о његовим правима, државе чланице треба да обезбеде да окривљена лица која су ухапшена или задржана, одмах, без одлагања добију писано обавештење о својим правима које треба да прочитају и које обавештење смеју да задрже у свом поседу све време док им је ограничена слобода кретања. Ухапшена лица морају бити обавештена и о праву на приступ списима предмета, праву обавештавања конзуларних тела и једног лица, право на хитну лекарску помоћ као и о максималном времену (сати или дана) за које време може бити лишен слободе кретања пре него што буде изведен пред орган поступка (јавно тужилаштво или суд). Обавештење о наведеним правима мора да садржи и поуку о правном леку против одлуке о хапшењу. Такође, ухапшено лице мора бити обавештено и о праву на преиспитивање задржавања или подношење захтева на привремено пуштање на слободу. Ово обавештење свакако мора бити на разумљивом језику, једноставно написано. У погледу језика, то мора бити језик који окривљени познаје, а уколико то није језик у службеној употреби онда се окривљени усмено на језику који разуме обавештава о наведеним правима.

У односу на наведена права ухапшеног лица, одредбе ЗКП које се односе на права ухапшеног лица нису усаглашене. Наиме, права ухапшеног лица се у ЗКП нормирају у оквиру члана 8 (поука о правима) и члана 69 (права ухапшеног лица) у вези са чланом 68 (права окривљеног лица), као и у члану 291 који се односи на полицијско хапшење, члану 292 који се односи на хапшење при извршењу кривичног дела, члана 293 који се односи на саслушање ухапшеног лица и члану 294 који се односи на задржавање осумњиченог лица. У потпуности изостаје право ухапшеног да буде обавештен о правима из члана 68 став 1 тачка 6. У ЗКП је потребно прописати шта обавештење треба да садржи и да мора бити и у писаној форми, да окривљени има право да прочита своја права и да писано обавештење о правима може да задржи.

Члан 5 Директиве који се односи на обавештавање о правима у поступку поводом Европског налога за хапшење за сада није релевантно за наш кривични поступак, с тим да оно свакако једног дана треба да буде пропи-

сано али у посебном пропису, као што је на пример у Републици Хрватској Закон о правосудној сарадњи у казненим стварима са државама чланицама Европске уније.[22]

Према члану 6 Директиве који уређује право на информисање о оптужбама, државе чланице треба да обезбеде да окривљена лица добију информације о кривичним делима за која се терете. Ове информације морају добити одмах, без одлагања и уз толико појединости колико је потребно да би се обезбедила правичност поступка и делотворно остваривање права на одбрану. Свака промена информација о наведеном мора се одмах саопштити окривљеном лицу. Ово право се односи и на ухапшена или задржана лица с тим да се они морају информисати и о разлозима хапшења, односно задржавања, као и на оптужено лице које мора бити обавештено и о врсти и правној квалификацији кривичног дела, као и о његовој улози у извршењу кривичног дела за које се терети. ЗКП ова питања уређује у члановима 8, 68, 69, 289, 291, 292 и 294 и може се рећи да су законска решења усаглашена са наведеним чланом Директиве. Међутим, ради потпуног усаглашавања са наведеним одредбама, могу се у члану 294 екплицитно прописати елементи решења о задржавању као што су: дело за које се осумњиченом ставља на терет, околности из којих произлазе основи сумње, дан и час лишења слободе или одазивања позиву, као и време почетка задржавања.

У погледу члана 6 став 2, 3 и 4 Директиве, ЗКП је усаглашен. Тако се окривљено лице које је ухапшено или задржано обавештава о разлозима хапшења, односно задржавања, о кривичном делу које му се ставља на терет (члан 68 став 1 тачка 1, члан 69 став 1 тачка 1 и члан 294 ЗКП). Такође, окривљеном лицу се најкасније приликом достављања оптужног акта суду пружају детаљна обавештења о оптужбама, односно врсти и правној квалификацији кривичног дела (члан 296, члан 297 и члан 332 ЗКП). Окривљено лице се одмах обавештава о свим променама обавештења која су му пружена када је то потребно ради остварења правичног поступка, као на пример код проширења истраге (члан 306 у вези са чланом 296 и 297 ЗКП) или код измене или подношења нове оптужнице у вези са чланом 409 ЗКП).

Право на приступ списима предмета је прописано у члану 7 Директиве као једно комплексно право. Према члану 7 став 1 када је лице ухапшено или задржано у било којој фази кривичног поступка, држава треба да обезбеди да документи повезани са предметним случајем који се налазе у поседу органа поступка, а који су кључни за делотворно побијање, у складу са националним правом, законитости лишења слободе или задржавања, буду доступни ухапшеним лицима или њиховим браниоцима. Осим тога (члан 7 став 2 Директиве), државе чланице треба да обезбеде да тим лицима

[22] Narodne novine br. 91/10, 81/13, 124/13, 26/15, 102/17, 68/18, 70/19, 141/20, 18/24.

или њиховим браниоцима буде загарантован приступ бар свим оним материјалним доказима који се налазе у поседу органа поступка, без обзира на то да ли ти докази иду у корист или на штету окривљеном, како би се обезбедила правичност поступка и како би они припремили одбрану. Ово право је у ЗКП прописано у члану 68 став 1 тачка 6 и 8 где је прописано право окривљеног лица да непосредно пре првог саслушања прочита кривичну пријаву, записник о увиђају и налаз и мишљење вештака, као и право да разматра списе и разгледа предмете који служе као доказ. Осим тога, ово право је дато и браниоцу (члан 71 став 1 тачка 2 и 3 ЗКП) који непосредно пре првог саслушања осумњиченог има право да прочита кривичну пријаву, записник о увиђају и налаз и мишљење вештака, као и да после доношења наредбе о спровођењу истраге или после непосредног подизања оптужнице или пре тога ако је окривљени саслушан, разматра списе и разгледа предмете који служе као доказ.

Члан 7 став 3 Директиве се односи на обавезу да се приступ списима предмета обезбеди благовремено, а најкасније приликом подношења оптужнице суду, ради остваривања делотворног права на одбрану. ЗКП је усаглашен и са овим ставом који осим права браниоца из члана 71 став 1 тачка 2 и 3, у члану 251 став 1 који се односи на разматрање списа и разгледање предмета даје право окривљеном, који је саслушан према одредбама ЗКП, као и његовом браниоцу, да разматрају списе и разгледају предмете који служе као доказ. Такође, у члану 303 став 1 ЗКП који се односи на упознавање са прикупљеним доказима у истрази прописана је дужност јавног тужиоца да осумњиченом који је саслушан и његовом браниоцу омогући, да у року довољном за припремање одбране, размотре списе и разгледају предмете који служе као доказ.

Директива предвиђа и могућност ограничавања, односно ускраћивања права прописаних у члану 7 став 2 и 3 под условом да се тиме не доводи у питање право на правично суђење, у случајевима када би такав приступ могао довести до озбиљног угрожавања живота или основних права дугог лица, или ако би такво ускраћивање било преко потребно ради заштите важног јавног интереса, као што је то у случајевима када би приступ могао угрозити истрагу која је у току или озбиљно наштетити националној безбедности државе чланице у којој се води кривични поступак.

Наравно, мора се обезбедити да суд, уколико постоји потреба на захтев окривљеног, преиспита овакву одлуку. ЗКП је и у овом случају усаглашен са Директивом, јер у члану 250 став 3 ЗКП прописује да уколико је са главног претреса била искључена јавност или би право на приватност могло да буде теже повређено, разматрање списа може се ускратити или условити забраном јавне употребе имена учесника у поступку. Против решења о ускраћивању разматрања списа дозвољена је жалба која не задржава извршење

решења. Такође у члану 303 став 1 ЗКП прописује да у случају да је више лица осумњичено за кривично дело, разматрање списа и разгледање предмета који служе као доказ може се одложити док јавни тужилац не саслуша последњег осумњиченог који је доступан.

Право на приступ списима према Директиви (члан 7 став 5) обухвата и право на бесплатан приступ, при чему се овде првенствено мисли на бесплатно умножавање списа. Оваква могућност није предвиђена ЗКП, због чега је потребно ради усаглашавања са Директивом у члану 251 ЗКП прописати да се приступ списима предмета обезбеђује без накнаде, односно да се доказни материјал умножава без накнаде. Овакво законско решење ће у условима дигитализације правосуђа бити, у не тако далекој будућности, потпуно и једино могуће умножавање материјала.

Право на приступ списима предмета није само право које се мора обезбедити окривљеном и његовом браниоцу, већ оно мора бити благовремено јер је у супротном, потпуно обесмишљено. У прилог наведеном су и пресуде Европског суда за људска права које су донете у вези са кршењем овог права чиме се фактички окривљени лишава времена и могућности да припреми одбрану (нпр. Beraru v. Romania).[23] Суд сматра да је остваривање права на увид у списе предмета предуслов за остваривање права на једнакост оружја и на правично суђење и да се овим правом омогућава припрема одбране. Посебно је значајан став Суда да је право на приступ списима повређено и уколико је оно ускраћено или није благовремено дато браниоцу. Ускраћивање права на остваривање увида у списе предмета браниоцу окривљеног није неспојиво са правом окривљеног на одбрану у складу са чланом 6 (6) ЕКЉСП (видети: Kamasinski v. Austria judgment of 19 December 1989, Series A no. 168, p. 39, para. 88).[24]

Члан 8 Директиве односи се на вођење евиденције и правне лекове. Наиме, орган поступка је дужан да води евиденцију о информацијама које пружа окривљеном лицу, као и да државе чланице обезбеђују да окривљена лица и/или њихови браниоци имају право побијати могуће пропуштање или одбијање надлежних органа поступка да пруже информације у складу са овом Директивом. Према члану 85 став 5 ЗКП исказ окривљеног се сматра незаконитим уколико није поучен, између осталог, и на право на приступ списима предмета или уколико му је ово право ускраћено и на њему се не може заснивати судска одлука.

Основни предуслов за остваривање права на правично суђење и свих права које из њега проистичу, а првенствено права на одбрану, јесте правовремено, потпуно и тачно информисање, односно обавештавање окривљеног

[23] Beraru v. Romania, Application no. 40107/04, Пресуда од 18.3.2014. године (par. 69-71).
[24] Kremzow v. Austria, Application no. 12350/86, Пресуда од 21.9.1993. године (par. 52).

лица о свим правима које му припадају у вези са кривичним поступком. Окривљени има право да буде упознат, односно да га орган поступка обавести у најранијој фази, у преткривичном поступку, одмах када га почне третирати као осумњиченог о правима која му припадају и која су неопходна да би припремио своју одбрану.

Стручњаци из праксе често истичу да се значајна штета одбрани окривљеног лица може нанети различитим неформалним облицима саслушања који се могу вршити пре него што формално стекне тај статус, наиме, инкриминишуће изјаве могу бити дате од стране лица у неформалном контексту, које се већ тада, како је дозвољено, формално могу користити против њега, или које могу најмање утицати на развој истраге у будућности.[25] У прилог наведеном је и пракса ЕСЉП према којој осумњичено, односно окривљено лице, у најранијој фази поступка, како би се обезбедила његова правичност у целини, има право да буде информисано о томе за шта се терети и која права има, као и које чињенице стоје против њега. Када лице постаје осумњичено је, према ставу ЕСЉП, „аутономни концепт“, који се мора схватити у смислу значења Конвенције, а не само у смислу његовог значења у националном праву, конкретно, положај подносиоца представке према важећим домаћим правним прописима мора бити испитан у светлу предмета и сврхе члана 6, односно заштите права одбране.[26]

Директива о праву на информисање одговара на проблем неделотворног обавештавања окривљеног о правима, однос треба да представља решење за овај проблем. У многим кривичним поступцима, од 8 милиона у ЕУ сваке године, осумњичени су упознати усменим путем само о својим правима на одбрану, на техничком и неразумљивом језику, или уопште нису информисани о својим правима и ово има озбиљне импликације на стратегију одбране, вероватноћу осуде и оспоравање притвора.[27] У вези са наведеним, састанци одржани од стране *Fair Trials*-а у последњих неколико година су открили велики број проблема[28]:

---

[25] Мапа пута за примену инструмената за практичаре: Директива о праву на информисање, Писмо о правима, Право на информисање о оптужбама, Право на приступ списима предмета, Сведоци и остали неосумњичени,https://kli-ks.org/wp-content/uploads/2021/04/02.-SRB-Right-to-Info-Toolkit-FINAL1-converted.pdf

[26] Mikolajova v. Slovakia, Application no.4479/03, Пресуда од 18.1.2011. (par. 40-41).

[27] Mapa puta za primenu instrumenata za praktičare: Direktiva o pravu na informisanje pismo o pravima pravo na informisanje o optužbama pravo na pristup spisima predmeta, svedoci i ostali neosumnjičeni, 14. https://kli-ks.org/wp-content/uploads/2021/04/02.-SRB-Right-to-Info-Toolkit-FINAL1-converted.pdf

[28] Mapa puta za primenu instrumenata za praktičare: Direktiva o pravu na informisanje pismo o pravima pravo na informisanje o optužbama pravo na pristup spisima predmeta, svedoci i ostali neosumnjičeni, 14 https://kli-ks.org/wp-content/uploads/2021/04/02.-SRB-Right-to-Info-Toolkit-FINAL1-converted.pdf

- Писана обавештења о процедуралним правима дата осумњиченом лицу су често израђена употребом сложене правне терминологије (понекад једноставно репродукцијом одредбе закона о кривичном поступку) коју многа осумњичена лица тешко разумеју;
- Право на ћутање се често саопштава у условима који чине његово коришћење непривлачним. Право се може изразити као право на „одбијање давања одговора на питања“, а писмо (као што је пример у Аустрији од новембра 2014. године) може скренути пажњу на могуће штетне последице, као што је повећана могућност притвора или пропуштање прилика за објашњењем нечије невиности;
- Лице добија обавештење о правима само када је формално осумњичено /ухапшено/ стављено под истрагу; у неким предметима, лица која се испитују као сведоци су заправо под сумњом, али нису обавештена о својим правима и могу дати одговоре који утичу на ток поступка;
- Неуспех обавештавања лица о његовим правима на делотворан начин значи да се осумњичено лице „одриче“ својих права на ћутање и браниоца без довољно разумевања шта та права представљају, што доводи до сумње да ли је до „одрицања“ од права дошло на свестан и недвосмислен начин.

Постоје бројни фактори, како ендогени, тако и егзогени који утичу на валидност одрицања осумњиченог лица од браниоца, након што је информисан о том праву. Ту спадају, на пример, чињеница да је обавештење о том праву дато само усмено, а не и у писаној форми, да је дато на језику који не разуме, да се осумњичени налази у стресној ситуацији а да брзина догађаја утичу и на његову перцепцију онога о чему се информише, узраст, психофизичка зрелост, дејство алхохола или опојних дрога и друго. Због свега наведеног, орган поступка мора да се увери да одрицање од права није последица дејства неког од наведених фактора.

3.2. Право окривљеног на тумачење и превођење

Право окривљеног на превођење и тумачење је изузетно важно право које је директно повезано са правом окривљеног на информисање и које представља услов за његово остваривање јер, уколико окривљени не зна језик поступка или му је потребан тумач, а ово право му се ускрати, неће моги да оствари ни једно право из корпуса права на информисање, а што ће условити и даљи ток кривичног поступка. Повреда права окривљеног на тумачење и превођење представља повреду права на правично суђење и самим тим опредељује законитост, односно незаконитост пресуде. Имајући у виду наведено, изузетно је важно усаглашавање ЗКП са регулативом ЕУ која се односи на ово право, а ту се првенствено мисли на Директиву о праву

на тумачење и превођење у кривичном поступку из 2010,[29] у којој је ово право детаљно разрађено, за разлику од ЗКП који ово право, може се рећи, регулише на један општи начин.

Право на тумачење које прописано у члану 2 Директиве подразумева:

a) Право окривљеног који не говори или не разуме језик предметног кривичног поступка на тумача којег је потребно обезбедити без одлагања, током целог поступка и то од најараније фазе, од предистражног поступка, односно од полицијског испитивања (члан 2 став 1 Директиве). Ово право ЗКП прописује у члану 11 и члану 87 који се односи на саслушање преко тумача или преводиоца, а сходна примена ових правила се односи и на испитивање сведока предвиђено у члану 98 став 6.
b) Право на тумачење између окривљеног и његовог браниоца који се директно тичу свих саслушања или расправа у поступку, подношења жалбе или других захтева у поступку (члан 2 став 2 Директиве). Такође, и ово право је предвиђено и у члану 11 и 87 ЗКП.
c) Право на тумачење које (из става 1 и 2 члана 7 Директиве) укључује одговарајућу помоћ лицима са слушним или говорним сметњама, а што је предвиђено и у ЗКП (члан 11, члан 87 и члан 98 став 6 који се односи на сведоке). Ту је потребно истаћи да је наш законодавац ово право шире поставио од Директиве јер оно припада не само глувим и немим лицима, већ и слепим лицима.
d) Обавезу државе да обезбеди увођење поступка или механизма којим се утврђује да ли окривљени говори или разуме језик кривичног поступка и да ли му треба помоћ тумача (став 4 Директиве). Иако је ово оправдано да би се избегла евентуална злоупотреба од стране окривљеног и да би се са извесношћу могло утврдити да ли окривљеном у конкретном случају заиста треба ово право обезбедити, увођење посебног поступка, односно механизма би само одуговлачило поступак. Сасвим је оправдано претпоставити да ову процену квалитетно може да изврши орган поступка у зависности од фазе поступка (полиција, тужилаштво или суд) , односно да процени на основу слободног уверења да ли окривљени разуме језик поступка и да ли му треба обезбедити тумача у конкретном случају. Ова процена се врши већ током првог поучавања окривљеног о његовим правима. У ЗКП иако нема предвиђеног посебног механизма, орган поступка то свакако чини већ приликом давања поуке, односно саслушања (члан 11 и члан 87).
e) Право окривљеног да оспори одлуку о томе да тумачење није потребно, односно уколико је тумачење омогућено, да има право на правни лек

[29] Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings (OJ L 280, 26.10.2010)

због неквалитетног тумачења јер се тиме нарушава правичност поступка (став 5 Директиве), као и право, да према потреби, може да се користи видео конференцијска веза, телефон или интернет, осим ако је лично присуство тумача неопходно ради заштите правичности поступка (став 6 Директиве). Ова права нису предвиђена ЗКП, због чега је потребно иста предвидети ради усаглашавања са Директивом.

Иако Директива у члану 2 став 8 говори о обезбеђењу квалитета тумачења, ово је код нас обезбеђено на тај начин што се тумачи постављају са списка сталних судских тумача и преводиоца које води ресорно министарство. Правилником о сталним судским тумачима[30] прописује се поступак за постављење и разрешење сталних судских тумача – сталних судских преводилаца и сталних судских тумача знакова слепих, глувих или немих лица и одређује висина награде за њихов рад (члан 1). Оно што је посебно важно истаћи јесте прописана провера оспособљености кандидата што проверава посебна комисија која је формирана од стране министра надлежног за правосуђе, који и доноси одлуку о постављењу преводиоца у форми решења (члан 4 и 5 Правилника). Будући да се на тумаче и преводиоце сходно примењују одредбе које се односе на вештаке (члан 87 став 4 ЗКП), преводилац мора бити лице које располаже потребним познавањем језика са кога и на који се преводи.[31]

Право на превођење које је прописано у члану 3 Директиве односи се на превођење битних докумената. Иако ЗКП у члану 11 став 3 даје ово право на један уопштен начин, као право на превођење исправа и другог писаног доказног материјала, потребно је ово питање уредити прецизније у смислу да се експлицитно одреди који су то документи, на пример, одлуке о лишавању слободе, наредбе о спровођењу истраге, оптужних аката, позива, пресуде, односно решења које одговара пресуди и друго. На овај начин би се извршило усаглашавање ЗКП са наведеном Директивом (члан 3 став 1-4).

Директива прописује и право окривљеног на правни лек против одлука којом је утврђено да није потребно превести неке документе или њихове делове, а ако је превођење омогућено, да имају могућност да изјаве жалбу због тога што квалитет превођења није такав да обезбеђује правичност поступка. Овде треба истаћи да је такође потребно и екплицитно уредити у ЗКП и ограничавање права на превођење докумената у писаној форми у смислу да се не преводе они делови наведених докумената који нису од значаја за разумевање кривичног дела за које се окривљеном ставља на терет. Наравно, превођење ових докумената у писаној форми треба да буде супсидијарно

[30] Службени гласник РС", бр. 35/2010, 80/2016 и 7/2017.

[31] Илић П.Г, Мајић М, Бељански С, Трешњев А, *Коментар Законика о кривичном поступку, девето измењено и допуњено издање*, Београд 2016, 109.

право, односно прво је потребно да се окривљени изјасни да ли жели уместо писаног превода, усмени превод или усмени сажетак, чиме ће се обезбедити правичан поступак. Важно је да одрицање од овог права мора да буде недвосмислено и добровољно, дато након што је окривљени претходно добио правни савет или је на други начин упознат са последицама одрицања овог права.

Превођење мора да буде квалитетно, а механизам обезбеђења квалитета превода се може постићи на разне начине, као на пример да се користе увек два преводиоца истовремено и да по потреби исправљају један другог, или да се превођење у поступку снима (аудио-видео) и друго.[32] У ЗКП квалитет превођења се обезбеђује на тај начин што се за преводиоца именује лице са списка сталних судских тумача и преводиоца које води ресорно министарство.

У погледу трошкова тумачења и превођења, ЗКП у члану 261 став 5 прописује да се трошкови превођења и тумачења, као и трошкови одбране сиромашног окривљеног неће наплаћивати од лица која су по одредбама Законика дужна да накнаде трошкове кривичног поступка, чиме се може сматрати да је усаглашен са чланом 4 Директиве.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Прекогранични криминалитет полако али сигурно преузима водеће место међу појавним облицима криминалитета и самим тим у пракси надлежних органа за сузбијање криминалитета јасно показује постојеће слабости регулативе и система, као и велике диспаритете када је у питању регулатива која се односи на права осумњиченог, односно окривљеног лица. Ово је посебно алармантно са становишта међународних стандарда права, као и поштовања основних начела поступка, првенствено начела *ne bis in idem*, на шта указује и судска пракса Европског суда за људска права, али и принципа које су основ међународне правне помоћи у кривичним стварима, првенствено узајамног поверења и признавања одлука. Наведено је нужно створило свест о неопходности хармонизације, односно уједначавања процесних правила, првенствено права осумњиченог, односно окривљеног лица и потребу за настајањем нових облика међународне правне помоћи у кривичним стварима, односно нових инструмената прекограничне сарадње.

Предлог Уредбе о уступању кривичног поступка за сва кривична дела под прописаним условима и уз обезбеђење права осумњичених, односно

[32] Видети: Kotzurek M, Directive 2010/64/EU on translation and interpretation services in criminal proceedings: A new quality seal or a missed opportunity? On its implementation in Germany, Poland and Spain,

https://eucrim.eu/articles/directive-201064eu-on-translation-and-interpretation-services-in-criminal-proceedings-a-new-quality-seal-or-a-missed-opportunity/

окривљених, као што је на пример право на правно средство у вези са одлуком о уступању, односно неуступању кривичног поступка, представља несумњиво велики искорак у том правцу. Овакву могућност да се успостави добра регулатива у прекограничној сарадњи треба прихватити, али то нужно захтева усклађивање са европским стандардима људских права како би се обезбедио правичан поступак. Предлог представља сасвим добру полазну основу за ефикасно сузбијање криминалитета, као и поштовање права осумњиченог, односно окривљеног лица и основних принципа кривичног поступка и међународне сарадње у кривичним стварима.

У контексту наведене проблематике, кривично процесно законодавство Републике Србије је потребно усагласити са важећим директивама и другим релеватним прописима ЕУ које се односе на права осумњиченог, односно окривљеног лица, првенствено права на информисање и права на превођење и тумачење, чиме ће се обезбедити највиши стандарди права ових лица у правичном кривичном поступку, као и ефикасна прекогранична сарадња у кривичним стварима.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Литература

Бугарски Татјана, Писарић Милана, Уређење права на одбрану у праву Европске уније, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2017, 1409-1439.

Илић П. Горан, Мајић Миодраг, Бељански Слободан, Трешњев Александар, *Коментар Законика о кривичном поступку, девето измењено и допуњено издање*, Београд 2016. године

Kotzurek M, *Directive 2010/64/EU on translation and interpretation services in criminal proceedings: A new quality seal or a missed opportunity? On its implementation in Germany, Poland and Spain, https://eucrim.eu/articles/directive-201064eu-on-translation-and-interpretation-services-in-criminal-proceedings-a-new-quality-seal-or-a-missed-opportunity/*

Ramos V.C, Luchtman M, Munteanu G, *Improving Defence Rights Including Available Remedies in and (or as a Consequence of) Cross-Border Criminal Proceedings*, EUCRIM 3/2020, 230-245.

Шкулић Милан, Бугарски Татјана, *Кривично процесно право*, Нови Сад 2015. године

Судска пракса

Beraru v. Romania, Application no. 40107/04, Пресуда од 18.3.2014. године

Kremzow v. Austria, Application no. 12350/86, Пресуда од 21.9.1993. године

Mikolajova v. Slovakia, Application no.4479/03, Пресуда од 18.1.2011. године

S.*C. v. The United Kingdom*, Application no. 60958/00, Пресуда од 15.6.2004. (10/11/2004)

T. v. The United Kingdom, Application no. 24724/94, Пресуда од 16.12.1999. године

Прописи

Законик о кривичном поступку Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС

Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом број 11, Протокола уз конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе који нису укључени у Конвенцију и први Протокол уз њу, Протокола број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протокола број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр. и *Службени гласник РС – Међународни уговори,* бр. 12/2010 и 10/2015.

Правилник о сталним судским тумачима, *Службени гласник РС*, бр. 35/2010, 80/2016 и 7/2017.

Повеља о основним правима из 2000. године (O.J.2000 C 364/0) и 2007. године, O.J. (C 303) 2007.

Zakon o pravosudnoj saradnji u kaznenim stvarima sa državama članicama Evropske unije, *Narodne novine,* br. 91/10, 81/13, 124/13, 26/15, 102/17, 68/18, 70/19, 141/20, 18/24.

Council Framework Decision 2009/829/JHA of 23 October 2009 on the application, between Member States of the European Union, of the principle of mutual recognition to decisions on supervision measures as an alternative to provisional detention, OJ L 294, 11.11.2009.

Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings (OJ L 280, 26.10.2010)

Directive 2012/13/EU of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings, OJ L 142, 1.6.2012.

Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty, OJ L 294, 6.11.2013.

Directive 2016/1919/ EU of the European Parliament and of the Council of 26 October 2016 on legal aid for suspects and accused persons in criminal proceedings and for requested persons in European arrest warrant proceedings, OJ L 297, 4.11.2016.

Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, OJ L 280, 26.10.2010.
Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the transfer of proceedings in criminal matters, Brussels, 5.4.2023. COM (2023) 185 final 2023/0093 (COD)
Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the transfer of proceedings in criminal matters, Brussels, 5.4.2023 COM (2023) 185 final 2023/0093 (COD)
Resolution of the Council, Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings, 2009/C 295/01

Интернет извори

Cowe Mary, *Vulnerable Defendants, Identifying problems, finding solutions* https://www.guildhallchambers.co.uk/uploadedFiles/Vulnerable_Defendants_MaryCowe_June2017.pdf
Explanatory Memorandum to COM(2023)185 – Transfer of proceedings in criminal matters, https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvhdfdk3hydzq_j9vvik7m1c3gyxp/vm1zj1fts4zp
https://commission.europa.eu/law/cross-border-cases/judicial-cooperation/types-judicial-cooperation/transfer-criminal-proceedings_en
Мапа пута за примену инструмената за практичаре: Директива о праву на информисање пismo о правима право на информисање о оптужбама право на приступ списима предмета, сведоци и остали неосумњичени, 14. https://kli-ks.org/wp-content/uploads/2021/04/02.-SRB-Right-to-Info-Toolkit-FINAL1-converted.pdf
Мапа пута за примену инструмената за практичаре: Директива о праву на информисање пismo о правима право на информисање о оптужбама право на приступ списима предмета, сведоци и остали неосумњичени, 14 https://kli-ks.org/wp-content/uploads/2021/04/02.-SRB-Right-to-Info-Toolkit-FINAL1-converted.pdf
Мапа пута за примену инструмената за практичаре: Директива о праву на информисање, Писмо о правима, Право на информисање о оптужбама, Право на приступ списима предмета, Сведоци и остали неосумњичени,https://kli-ks.org/wp-content/uploads/2021/04/02.-SRB-Right-to-Info-Toolkit-FINAL1-converted.pdf

Tatjana D. Bugarski
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
t.bugarski@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-1462-6800

Milana M. Pisarić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
m.pisaric@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-8344-3349

Rights of the Accused Person in Criminal Proceedings and Cross-Border Cooperation

Abstract: *The modern trends of life and work "without borders" result in an increase in cross-border crime, which also affects the increase in the number of criminal proceedings in which there is a need for the cooperation of competent authorities from several countries. In these cases, the high standard of rights of accused persons reached in Europe imposes the need for harmonization of regulations, primarily those related to the most important rights of the suspect or accused person, such as the right to information and the right to interpretation and translation. In the European Union, after the adoption of the Resolution on the road map for strengthening the procedural rights of accused persons in criminal proceedings (adopted by the Council in 2009) and since then several other directives and decisions relevant to this issue, a lot of time has passed, and various procedural solutions in states still exist, which is why it is necessary to further develop and harmonize these rules so as not to call into question the basic principles of international legal assistance in criminal matters, primarily the principle of mutual trust and the principle of mutual recognition of decisions. A significant step in the further development of cross-border cooperation in criminal matters at the level of the European Union is the proposal of the Regulation of the European Parliament and the Council on the transfer of criminal proceedings, from 2023, in relation to which the need for a firm and explicit establishment of the standard of the defendant's rights has already been highlighted by the professional public. Solutions that are not fully harmonized with the European Union regulations related to the rights of the accused person, which are also important for cross-border cooperation. In the paper, the authors deal with the analysis of the rights of accused persons in the relevant directives of the European*

Union and the rights given to them in the Code of Criminal Procedure of the Republic of Serbia, primarily the right to information and the right to interpretation and translation.

Keywords: *suspect, defendant, defense attorney, criminal proceedings, cross-border cooperation.*

Датум пријема рада: 04.02.2024.
Датум прихватања рада: 13.05.2024.

Оригиналан научни рад 353.2: 3.072.1(497.113)
doi:10.5937/zrpfns58-48696

Слободан П. Орловић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Orlovic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9172-1254

ЕЛЕМЕНТИ ПОКРАЈИНСКЕ АУТОНОМИЈЕ: ПРАВО НА УРЕЂИВАЊЕ ОРГАНА, ФИНАНСИЈЕ, АКТЕ И ЗАШТИТУ*

Сажетак: *у раду се критички анализирају неки од елемената аутономије покрајина које садржи Устав Србије. Градећи аутономију, неки од тих сегмената аутономије су израз чисте самосталности аутономне покрајине (изворни послови), док други сегменти представљају права која потврђује и уређује држава законом те их не можемо назвати изворним. Право на самостално уређивање органа власти и право на заштиту покрајине, као елементи аутономије, спадају у прву групу, док покрајинске финансије и акти (прописи) морају бити уређени у складу са законом.*

Кључне речи: *органи власти аутономије, покрајинске фиинансије, покрајински акти, заштита аутономне покрајине, АП Војводина.*

1. УВОД

Устав Србије уређује средњи ниво територијалне организације, односно вертикалне поделе власти тако што оснива две територијалне аутономије – аутономне покрајине (АП) Војводину и Косово и Метохију те прописује неке од најважнијих елемената аутономије. Положај покрајина уређен је двојако: заједнички са другом децентрализованом институцијом, јединицом локалне самоуправе и, поред тога, посебним уставним одредбама које се тичу само покрајина. С почетка треба напоменути да ће постојећи уставноправни положај АП Косова и Метохије бити надограђен а аутономна права

* Рад је резултат истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ Правног факултета у Новом Саду.

проширена доношењем посебног закона о „суштинској аутономији“ (рок је истекао још крајем 2008. године).[1] С друге стране, када је у питању уставноправни положај аутономије Војводине, постоје и ставови да се то питање „стално уједно и отвара и затвара“ , а да постојећа уставна решења „не омогућују да се положај Војводине уистину унапреди“.[2]

Теорија говори да други ниво власти или средњи степен децентрализације, каква је политичко-територијална аутономија, мора да ужива неки обим самосталности, не мењајући државно уређење.[3] По другим ауторима, самосталност на средњем нивоу власти може бити толика да мења државно уређење стварајући „регионалну државу“.[4] Ако пак аутономна јединица власти не би имала политичку самосталност та територија се не би ни могла сматрати политичком аутономијом већ неком другом – културном или персоналном аутономијом као примарним облицима „нетериторијалне аутономије“,[5] институцијалном, функционалном или регионалном економском аутономијом. Дакле, територијална аутономија је потпунији и шири облик аутономије који у себи садржи елементе територије и одређеног статуса самосталности у односу на централну власт.[6]

Први елемент аутономије који је обрађен у овом раду је право на самостално уређивање органа власти. Ми га посматрамо као изворно право које аутономна покрајина црпи директно из Устава, без додатних законских ре-

[1] Уместо закона о суштинској аутономији траје „политика препуштања Косова и Метохије“. Вид. Момчило Суботић, „Од Резолуције 1244 до Бриселског споразума – политика препуштања КиМ“, *Политичка ревија* 3/2019, 129-46. Поред разних већ виђених и увелико апстрактно прилагођаваних модела аутономије који би били примењиви у Србији за косовско-метохијску „суштинску аутономију“ – Аландска острва у Финској, Трентино – Јужни Тирол у Италији и др – интересантан је и новији предлог који за основу аутономног модела узима статус Комонвелта Пороторико у САД. Вид. Јован Р. Шарац, Ана И. Опачић, „Комонвелт Порторико као основа предлога решења косовског конфликта“, *Баштина* 58/2022, 130-5.

[2] Dragan Đukanović, „Vojvodina u post-jugoslavenskome kontekstu: nastavak suspendiranja autonomije”, *Politička misao* 1/2016, 64.

[3] Реч је о већем степену политичке самосталности од локалне самоуправе, али не толиком да би се изменио квалитет државног уређења у смислу промене унитарне државе у федералну, другим речима не конституишу се посебна подручја у федералне јединице. Ратко Марковић, *Уставно право*, Београд 2015, 437. Политичка аутономија је „облик политичко-територијалне децентрализације који има већи степен самосталности у односу на централну државну власт од локалне самоуправе, а мањи од федералне јединице у федералној држави“. Ратко Марковић, „Правно-теоријски појам политичко-територијалне аутономије“, *Анали Правног факултета у Београду* 5-6/1985, 648. Опширније о појму политичко-територијалне аутономије, *ibid*., 643-9.

[4] Тзв. регионална држава је трећи облик државног уређења, „нешто између“ унитарно уређене државе и федерације. Прва је образована у Италији (1948), затим три деценије касније у Шпанији (1978). Миодраг Јовичић, *Регионална држава*, Београд 1996, 15 и даље.

[5] Владимир Ђурић, „Правне основе и оквири етнички засноване нетериторијалне аутономије“. *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 65/2013, 38.

[6] Miodrag Savović, *Iskušenja autonomija: od Azije do Španije*, Beograd 2008, 21.

гула и ограничења. Насупрот овоме, други елемент покрајинске аутономије који наводимо, финансије односно буџет гарантовани су Уставом али као процентуални (аликвотни) део који у потпуности зависи од државног буџета, прецизније од годишњег закона о буџету. Треће, право на доношење покрајинских аката је негде на средини пута између прва два елемента – свој највиши пропис, статут, покрајина не доноси самостално већ уз сагласност државе, док остале одлуке (опште акте) усвајају покрајински органи без посебног одобрења или сагласности државе. Сви ти акти подлежу оцени уставности и законитости, а статут додатно и претходној сагласности (провери, одобрењу) Народне скупштине. Овде тематизован последњи елемент аутономије право аутономије на заштиту, представља чисто уставно (изворно) право које није подложно законском ограничењу.

2. ПРАВО НА САМОСТАЛНО УРЕЂИВАЊЕ ОРГАНА ВЛАСТИ

Наш устав садржи члан (179) који изричито наводи основ политичке самосталности аутономије, а који се манифестује у покрајинском праву да уреди органе власти и јавне службе.[7] Уставом је обезбеђена широка самосталност аутономне покрајине да сопственим актима, у складу са Уставом, уреди сопствену организацију.[8] То право обухвата регулисање организације и надлежности покрајинских органа власти и јавних служби. Аутономна покрајина овде ужива пуну самосталност јер се уређење органа и служби врши у складу са Уставом и сопственим статутом, без позивања на закон. Ипак, чињеница да се статутом регулишу покрајински органи, а да држава даје претходну сагласност на тај највиши покрајински пропис, указује на то да покрајина ипак нема пуну слободу, односно самосталност да уреди своје органе. Јер ако би то учинила а потом не добије сагласност државе – претходну сагласност Народне скупштине на покрајински статут, право на самостално уређивање органа остало би неостварено, празна уставна норма.

С обзиром на то да је Устав сасвим штур у погледу уређења покрајинских органа, а посебно служби, закључујемо да је аутономији остављено веома широко право да положај органа и служби у потпуности уреди својим статутом, у складу са Уставом. Као ограничења или смернице, највиши акт садржи тек понеку одредбу о скупштини аутономне покрајине (члан 180),

[7] „Аутономне покрајине, у складу са Уставом и статутом аутономне покрајине (...) самостално прописују уређење и надлежност својих органа и јавних служби“ (члан 179 Устава).

[8] Тамаш Корхец, Катинка Беретка, „Уставносудско и законско уобличавање нормативне надлежности Аутономне покрајине Војводине“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2018, 95.

јавним службама и „службама које (покрајина) оснива“ (чл. 137 ст. 4 и 183 ст. 1), док покрајинску владу помиње само узгред („извршно веће аутономне покрајине“, члан 126 ст. 1).

АП Војводина је остварила право на самоорганизовање и Статутом (2014) уредила покрајинске органе власти – положај и надлежност Скупштине АП Војводине, Покрајинске владе, Покрајинске управе и Покрајинског заштитника грађана – омбудсмана. Држава учествује у поступку доношења и промене статута тако што Скупштина АП Војводине утврђује предлог Статута двотрећинском већином гласова од укупног броја посланика и доставља га Народној скупштини ради давања сагласности, а потом се истом већином доноси акт о усвајању Статута (члан 63 Статута АП Војводине). Друга покрајина, Косово и Метохија није остварила право на самоорганизовање због тренутне реалности која искључује примену српског устава.

2.1. Скупштина аутономне покрајине

У аутономној покрајини је унеколико измењен систем парламентарне поделе власти који постоји на републичком нивоу. Систем државне поделе власти састављен од три одвојене гране власти – законодавне, извршне и судске, заснован је на „међусобном проверавању и равнотежи“. Аутономна покрајина пак не може да има законодавни орган, нити суд. Гледано апстрактније са позиције заокруженог политичког система, у аутономној покрајини имамо политички систем који је сличан републичком, уз наведена ограничења, а који је теоријски најближи парламентарном систему са примесама скупштинског. Управо је елемент скупштинског система уставна одредба по којој је скупштина највиши орган аутономне покрајине (члан 180 ст. 1). Скупштина је тако, као представнички дом, изнад равни осталих покрајинских органа власти, што за парламентарни систем не важи. Ово се може правдати и тиме да је скупштина непосредно изабрано представничко тело грађана у покрајини, они са њом остварују директну везу на изборима, док су остали органи власти бирани посредно (гледано из угла грађана), од стране скупштине – покрајинска влада и омбудсман или од стране покрајинске владе – покрајинска управа (све ово засад не важи за АП Косово и Метохију). Дакле, у аутономној покрајини ипак не постоји скупштински систем власти који је, по теорији, изграђен на начелу јединства власти у коме скупштина оперативно управља политичком јединицом попут извршног тела.[9] Ноторно је да скупштина ни по стручности свог састава, ни по

[9] Супротно, одредба да је скупштина највиши орган аутономне покрајине казује да јој сви други органи аутономије морају бити подређени те да је установљен скупштински систем заснован на јединству власти а не њеном дељењу. Дарко Симовић, „О (не)уставности

захтеву ефикасности који је у супротности са дугим процедурама и уопште начином скупштинског одлучивања, не може да обавља извршну функцију.

Уставна одредба о скупштини као највишем покрајинском органу разрађена је Статутом АП Војводине и Покрајинском скупштинском одлуком о Скупштини АП Војводине. Најважније, Скупштина бира и смењује Покрајинску владу, док обрнуто, нема таквог права према Скупштини – Скупштина АП Војводине се може самораспустити сопственом одлуком. Да је Скупштина највиши покрајински орган потврђује се и одредбом Статута АП Војводине о Покрајинској влади (члан 44) која не само да је одговорна Скупштини за свој рад, већ Скупштина њен рад и усмерава.[10]

Устав је називом чланова представничког тела аутономије направио разлику у односу на државу: док су чланови Народне скупштине народни посланици, скупштину аутономне покрајине чине посланици, без придева

Предлога статута АП Војводине, *Предлог Статута АП Војводине – научна расправа* (редактор Ратко Марковић), Београд 2009, 115.

[10] Пракса Уставног суда, ІУо-360/2009 од 5.12.2013. године – највиши положај покрајинске скупштине – скупштински систем. Из образложења: „(...) уставотворац није само обавезао аутономну покрајину да у статуту, као свом највишем правном акту, формално предвиди да је скупштина највиши орган, већ је уставним утврђењем положаја скупштине аутономне покрајине постављен уставни оквир организације и међусобног односа органа аутономне покрајине, који почива на скупштини као хијерархијски највишем органу 'покрајинске власти'. То има за последицу да је право аутономне покрајине да самостално уређује надлежност, избор, организацију и рад својих органа остварено 'у складу са Уставом' када су надлежности скупштине и њена овлашћења у односу на извршни орган, са једне стране, и положај, надлежности и овлашћења извршног органа према скупштини, са друге стране, уређени на начин да се не доводи у питање уставни положај скупштине аутономне покрајине као највишег органа.

Дакле, закључак је да уставно право аутономне покрајине на самостално уређивање надлежности, избора, организације и рада покрајинских органа и служби, 'у складу са Уставом и својим статутом', подразумева да се ова питања уређују, са једне стране, у складу са начелима која представљају општи уставни оквир организације како државне, тако и недржавне власти и, са друге стране, у складу са уставним одређењем да је скупштина највиши орган аутономне покрајине. При томе, с обзиром на то да је статут највиши правни акт аутономне покрајине, уређивање наведених питања представља оно што неспорно спада у примарну статутарну материју, те се стога подразумева да ће ова питања бити предмет уређења пре свега статута, а само делимично и ближе, у складу са статутом – предмет другог општег акта.

Спровођење уставног налога да је скупштина највиши орган у аутономној покрајини значи да аутономна покрајина, уређујући надлежност скупштине, положај и надлежност извршног органа, као и међусобни однос скупштине и извршног органа, мора да се темељи на принципима који суштински, а не само формално, скупштини обезбеђују положај највишег органа. Реч је о принципима које заговорници теорије о јединству власти сматрају одликом тзв. скупштинског система уређења власти, а противници ове теорије – специфичностима и одступањима од класичног парламентарног система. То конкретно значи да између скупштине и извршног органа постоји хијерархијски однос – у корист скупштине, из чега даље следи да и вршење извршне функције 'извире' из скупштине и њој је подређено" (121-2).

„народни“. Ова терминолошка разлика је по критеријуму потребе разликовања корисна а и суштински тачна јер народни посланици представљају цео народ. Посланици се бирају на четири године,[11] непосредним изборима, тајним гласањем, у складу са одлуком скупштине аутономне покрајине (члан 180 ст. 3 Устава, Покрајинска скупштинска одлука о избору посланика у Скупштину АП Војводине, 2023). Редовни покрајински избори се организују сваке четврте године, а ванредни уколико се самораспусти Скупштина АП Војводине. Уставна одредба „у складу са одлуком“ заправо значи да су питања покрајинских избора потпуно уређена овим покрајинским актом јер Устав садржи само норме о дужини мандата, непосредности избора и тајности гласања. Без обзира на правну могућност увођења другачијег изборног система у односу на државни, у АП Војводини су бирање посланика и додела мандата начелно пресликани са Републике – одвијају се у једној изборној јединици по правилима пропорционалног система. Статутом АП Војводине је одређено да покрајинске изборе расписује председник војвођанске скупштине. Посланички мандат је по дужини изједначен са мандатом народног посланика, а претпоставка одржања пуне дужине мандата је да представничко тело не буде превремено самораспуштено. Иако им је мандат исте дужине, посланици немају једнак статус, нити уживају иста права као народни посланици. Тако, покрајински посланици немају имунитет од кривичног гоњења.

Покрајински избори су непосредни што значи да грађани гласају директно за посланике, а не евентуално за делегате-изборнике. Овај демократски изборни стандард непосредности ипак је, у одређеној мери, нарушен гласањем за бројчано велику изборну листу од 120 кандидата унутар једине изборне јединице. Отуда се бирач превасходно опредељује за изборну листу, односно њеног носиоца, а не за појединог посланичког кандидата који заправо и јесте на листи захваљући вољи вођства политичке странке и њеном предлогу. У пракси, кандидат постаје послаником иако може бити потпуно анониман, непознат бирачима. Оваквим изборним системом слаби се непосредност јер нема гласања „на име“ (одлика већинског система). Кључни аргумент за „посредност“ оваквих избора је чињеница да је питање да ли ће кандидат уопште бити на листи и на којем месту, заправо питање „предизбора“ од стране вођства политичке странке, а не зависи од воље самих бирача. Гласа се тајно што је предуслов слободно датог гласа. Орган који спроводи изборе има одговорност да обезбеди услове за тајност гласања (застори, преграде) тако да нико не може да има увид у то за кога је бирач гласао.

[11] „Устав је, такође, сасвим непотребно предвидео и да се посланици скупштине аутономне покрајине бирају на период од четири године на непосредним изборима тајним гласањем (члан 187, став 3) што је још само додатно окрњило право на самоорганизовање аутономних покрајина“. Д. Симовић (2009), 115.

Устав штити право националних мањина на представљање, подстиче њихово ангажовање у јавним пословима у политичким представничким телима: у аутономним покрајинама омогућује се сразмерна заступљеност националних мањина у скупштинама, у складу са законом (члан 180 ст. 4). Међутим, иако се ова одредба позива на закон, сматрамо да овде закону није место јер одредба претходног става овог члана о избору посланика „у складу са одлуком скупштине аутономне покрајине“ (члан 180 ст. 3), практично искључује закон као акт уређивања било ког питања из материје покрајинских избора.

Сразмерна заступљеност националних мањина у скупштинама односи се на укупну бројност становништва аутономних покрајина. То би значило да национални састав скупштине буде процентуално одговарајући бројности националних мањина у покрајини, свакако не нужно сасвим математички тачан јер то није ни могуће постићи. Сам уставни стандард сразмерне заступљености националних мањина у покрајинској скупштини олакшава важећи пропорционални изборни систем са једном изборном јединицом. Њиме се, за разлику од већинског система, а поготово ако су припадници националне мањине пребивалиштем раштркани унутар изборне јединице (покрајине), постиже и тачнија и поштенија сразмера броја гласова и мандата. Битно је и то да пропорционални изборни систем подразумева законски изборни праг (цензус, 3% од укупно палих гласова у изборној јединици) као елиминациони критеријум изборних листа у расподели мандата, а који се не примењује на листе националних мањина (члан 140 Покрајинске скупштинске одлуке о избору посланика у Скупштину АП Војводине). Штавише, резултат изборних листа странака, коалиција и удружења националних мањина које су добиле мање од 3% гласова од броја бирача који су гласали, увећава се за 35% и тако увећан конкурише у расподели посланичких мандата (по базно Д’Онтов-ом методу).

3. ФИНАНСИЈСКА АУТОНОМИЈА ПОКРАЈИНÂ

Питање финансијске самосталности аутономија једно је од најважнијих и највидљивих грађанима, а често и кључно по задовољност аутономним статусом. Финансијска самосталност је неретко главно настојање политичара који се боре за више аутономије, могла би се назвати и „предусловом реалне аутономије“.[12] Иза политичког захтева за широм аутономијом суштински могу егзистирати финансијски мотиви, у форми пароле о више

[12] Игор С. Симић, *Однос органа територијалне аутономије и државне управе у Републици Србији*, докторска дисертација, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2019, 8.

новца којим би се самостално располагало. Шире гледано, финансијске теме отварају економски богатији региони и територије, некада и као претечу крајњег циља – политичке независности. Ниво финансијске самосталности често зависи од тренутног односа моћи политичких снага државе и аутономије па је за аутономну заједницу најбоље када је њено финансирање гарантовано уставом, а не законом који држава много лакше и чешће мења.

Темељ финансијске аутономије наших аутономних покрајина су изворни приходи који се гарантују Уставом – „аутономна покрајина има изворне приходе којима финансира своје надлежности“ (члан 184 ст. 1). Устав је те изворне приходе усмерио тако што је одредио на шта треба да се потроше, а у каснијој норми навео и њихову висину те прецизирао начин потрошње (за АП Војводину). Тако је омеђен простор управљања средствима која су на располагању аутономији па се може тврдити да изворни приходи нису средства којима аутономна покрајина сасвим слободно располаже. С обзиром на то да су надлежности покрајине одређене Уставом и законом, а не прописом саме аутономије, произлази да покрајина изворним приходима финансира надлежности које није сама утврдила, већ је за њу то учинила држава. Држава прописује и врсте тих прихода, као и њихове релативне износе – „врсте и висина изворних прихода аутономних покрајина одређују се законом“ (члан 184 ст. 2). Под законом који се овде помиње подразумева се Закон о буџетском систему (2009, члан 24 одређује врсту прихода), као и годишњи закони о буџету којима се одређује висина (и опет врста) прихода. Није донет посебан закон који би уредио изворне приходе аутономне покрајине, закон о финансирању аутономне покрајине.[13] Закон о буџетском систему одређује врсту јавних прихода и примања која чине буџет АП Војводине (најзначајнији износ је учешће у приходима од пореза на зараде и на добит предузећа), али Закон није утврдио стопе, висину, већ се оне утврђују законом о буџету државе за ту фискалну годину. За поверене послове пак обезбеђују се трансферна средства из државног буџета. [14]

С друге стране, аутономне покрајине имају уставну обавезу, која се прецизира законом, да доприносе државном буџету: „законом се одређује учешће аутономних покрајина у делу прихода Републике Србије“ (члан 184 ст. 3). Овде треба појаснити да се „учешће аутономних покрајина“ може од-

[13] Да је уставотворац имао у виду посебан закон којим би се уредили изворни приходи и уопште финансирање АП Војводине, потврђује Закон о утврђивању надлежности АП Војводине (2009) где је наведено да се „врсте и висина изворних прихода АП Војводине одређују посебним законом“ (члан 8 ст. 2). За АП Војводину такав закон није донет иако је рок био 31.12.2008. године јер се његово питање сматра *par exellance* политичким, док се за АП Косово и Метохија та тема није ни помињала.

[14] Велики део буџета АП Војводине чине „трансферна средства“ доспела из државног буџета, намењена јединицама локалне самоуправе, за плате запослених у образовним установама, затим за поверене послове и за пројекте које утврди Влада.

носити на јавне приходе (порезе, таксе и накнаде) који се убирају на територији аутономне покрајине. Назнака „закон“ којим је одређено процентуално покрајинско учешће у делу прихода Србије требало би да се односи на сваки појединачни закон који уређује порез или други јавни приход.[15]

Аутономне покрајине данас немају финансијску самосталност, нити неку организациону посебност финасијских субјеката, војвођанских банака на пример,[16] већ су покрајине део јединственог тржишта са зајемченим изворним приходима. Устав не само да гарантује изворне приходе аутономним покрајинама, већ АП Војводини одређује и висину прихода у релативном, процентуалном износу: „буџет Аутономне покрајине Војводине износи најмање 7% у односу на буџет Републике Србије, с тим што се три седмине од буџета Аутономне покрајине Војводине користи за финансирање капиталних расхода“ (члан 184 ст. 4). Устави држава које имају јединице територијалне аутономије углавном немају сличну одредбу, овакав „необичан уставни преседан“,[17] којом се одређује минимална висина буџета аутономије а поготово не само једној од њих.

Ова норма има два дела: у првом се одређује минимална висина буџета Војводине, а у другом намена мањег дела буџетских средстава Покрајине. Доња граница буџета (може бити и већи) АП Војводине обезбеђује се путем одређених ставки наведених у закону о државном буџету (на пример, да буџету АП Војводине припада 18% од пореза на зараде остварене на територији Покрајине) тако да свеукупно покрајински буџет не може бити мањи од 7% у односу на државни. У покрајински буџет улазе, рачунају се, и трансферна средства које преноси Република за поверене послове, за финасирање запослених у образовању на територији АП Војводине и др.

Норма од најмање 7% није прецизирана што изазива дилеме на шта се тачно односи – на пројектовани или остварени буџет, приходну или расходну страну буџета и др. Нејасан је и критеријум по коме је одређено баш 7% и да ли су уопште узимана у обзир економска или друга мерила да би се дошло до овог стандарда. Пошто покрајински износ буџета зависи од републичког буџета, произлази да Скупштина АП Војводине усваја покрајински буџет након што се донесе закон о буџету Републике, како ова уставна нор-

[15] Тим законима – Закон о порезима на имовину, Закон о порезу на добит правних лица, Закон о порезу на доходак грађана и др, није одређена ни процентуална ни номинална висина учешћа аутономне покрајине у приходима државе, нити је уређено коме ти приходи припадају, већ се то одређује законом о буџету, вид. члан 7 Закона о буџету Републике Србије за 2024. годину.

[16] Рецимо „Удружење војвођанских банака“ постојало је читаву деценију и то у централизованој Краљевини Југославији (1924-34). Вид. Ђорђе Милановић, *„Мом драгом народу“ – хроника о дарованом југословенству и збивањима у Војводини 1929-1931*, Нови Сад 2002, 302-23

[17] Marijana Pajvančić, *Ustavni okvir regionalne države – primer Srbije*, Novi Sad 2009, 118.

ма не би била прекршена. Практичан проблем је тај што се годинама овај процентуални износ не остварује, већ је буџет Војводине обично номинално мањи од Уставом одређеног.

Уставном одредбом се одређује сврха исподполовичног износа буџета АП Војводине – три седмине ће се користити за покриће капиталних расхода. То су издаци финансирања капиталних, стратешких пројеката – изградња и капитално одржавање грађевинских објеката и инфраструктуре који су од јавног интереса (капитални пројекти укључују и услуге пројектног планирања, куповину и опремање земљишта за изградњу, улагање у опрему, машине, софтвер и др. ради реализације стратешког пројекта). Овим се доприноси развојној страни покрајинског буџета. Али, то не одговара на питање како се дошло баш до аликвотног дела од три седмине. Стоји и примедба да се три седмине покрајинског буџета у стварности не инвестира у капиталне расходе, већ је то мањи износ. То се пак правда чињеницом да постоје и директне инвестиције Републике унутар капиталних расхода на територији АП Војводине са којима се, постоје тврдње, чак превазилази Уставом одређени део од три седмине.[18]

---

[18] Пракса Уставног суда, ІУз-418/2014 од 21.3.2019. године – израчунавање висине прихода која припада буџету АП Војводине. Уставни суд је донео одлуку којом одбија предлог за утврђивање неуставности одредбе члана 3. став 2. Закона о изменама и допунама Закона о буџетском систему („Службени гласник РС“, број 93/12) која представља законски модел на основу кога се израчунава висина прихода која припада буџету Аутономне покрајине Војводине из буџета Републике Србије. Уставни суд је констатовао и да је у току поступка извршена измена оспорене одредбе члана 5. став 4. Закона о буџетском систему чланом 2. Закона о изменама и допунама Закона о буџетском систему („Службени гласник РС“, број 142/14), тако што се као основица уместо *расхода који се финансирају из пореских прихода* примењују *порески приходи*. По налажењу Уставног суда, наведена законска измена није била од суштинског значаја за одлучивање у овом предмету. Из образложења: оспореном одредбом (члана 3. став 2. Закона о изменама и допунама Закона о буџетском систему, „Службени гласник РС“, број 93/12) прописано је да се после речи: „проценат буџета“ додају речи: „или расхода буџета“, а речи: „приходе и примања од продаје нефинансијске имовине, ако није друкчије дефинисано законом“ замењују речима: „расходе који се финансирају из пореских прихода“. Из наведеног произлази да се износ покрајинског буџета, односно висина утврђује примењујући као основицу расходе који се финансирају из пореских прихода.

„Уставни суд сматра да буџет Републике Србије није категорија која, сама по себи, може да буде основица за одређивање буџета Аутономне Покрајине Војводине“.

„Уставни суд је, крећући се у границама поднетог предлога, оценио да је законска одредба којом се одређује шта је основица за утврђивање висине, односно износа буџета Аутономне Покрајине Војводине, у функцији остваривања уставног налога из члана 184. став 4. Устава. Сврха и циљ оспорене законске норме, по налажењу Уставног суда, је у томе да се у самој примени ове одредбе обезбеди остваривање процентуалног односа између обима два буџета који је успостављен одредбом члана 184. став 4. Устава. Према томе, реч је о законској норми која се, по оцени Уставног суда, не може апстрактно контролисати у уставносудском поступку, у смислу њене уставности или неуставности, већ се може поставити само питање да ли је у примени законског модела за који се законодавац определио

Тему финансирања надлежности покрајинске аутономије налазимо у још неким одредбама Устава: средства за финансирање надлежности ауто-

увек могуће обезбедити остваривање уставне гаранције из одредбе члана 184. став 4. Устава. Стога, Уставни суд сматра да сам законски модел (привремени или трајни) за који се определи законодавац не може да подлеже апстрактној контроли у уставносудском поступку, будући да се не може унапред знати да ли ће се у његовој примени у потпуности обезбедити Уставом гарантовани процентуални однос између обима два буџета који обезбеђује буџет Аутономне Покрајине Војводине у висини од најмање 7% у односу на буџет Републике Србије".

Издвојено мишљење судије Тамаша Корхеца: „сматрам да је одредба члана 5. став 4. Закона о буџетском систему која је оспорена прелогом овлашћеног предлагача била неуставна у време важења, односно да није била у складу са одредбом члана 184. став 4. Устава. Језичко значење уставне одредбе из члана 184. став 4. (која је иначе ретка у упоредном уставном праву) довољно је конкретна, односно пружа веома ограничени простор законодавцу приликом одређивања њеног значења и садржине" и „(...) „налаже одређени математички однос између цифре-висине буџета Републике Србије и цифре-висине буџета АП Војводине, на начин да утврђује процентуално минималну величину цифре (>7%) буџета АП Војводине у односу на буџет Републике Србије". „(...) Језички смисао ове одредбе не дозвољава да се законом или другим прописом под појмом буџета (у случају Републике Србије и АП Војводине) подразумевају различите ствари, односно да се у једном случају, у случају буџета Републике Србије под буџетом у смислу члана 184. став 4. Устава подразумева само део расхода буџета (узима се као основица), док у другом случају, у случају буџета АП Војводине, укупан износ расхода (или прихода) буџета". „Довољно је упоредити две норме, законску која заповеда да *уколико се буџет АП Војводине утврђује као проценат буџета Републике Србије, његова висина ће се утврдити примењујући као основицу расходе који се финансирају из пореских прихода* и уставну која садржи заповест према којој *буџет Аутономне покрајине Војводине износи најмање 7% у односу на буџет Републике Србије*, да постане недвосмислено да је прва законска норма неусклађена са другом, односно уставном нормом јаче правне снаге".

Став Уставног суда да је „реч (је) о законској норми која се, по оцени Уставног суда, не може апстрактно контролисати у уставносудском поступку, судија Корхец критикује следећом аргументацијом: „Уставност једне одредбе закона не може зависити од начина њене примене. Ако заповест законске одредбе омогућује да њеном применом буде повређена заповест уставне норме (у овом случају гаранције из члана 184. став 4.) онда се ради о неуставности такве норме без обзира да ли је применом ове норме дошло до провреде у пракси или није. У конкретном случају, законодавац је омогућио оно што уставном нормом није омогућено, да се приликом испуњености гаранције од 7% у једном случају узима буџет као целина (буџет АП Војводине), у другом део буџета (буџет Републике Србије)".

Други резон Уставног суда: „(...) буџет Републике Србије није категорија која, сама по себи, може да буде основица за одређивање буџета Аутономне покрајине Војводине (...) да одредба члана 184. став 4. Устава не може да буде непосредно примењена, већ да је за реализацију ове уставне норме неопходно да се законом на један целовит начин уреде приходи који припадају Аутономној покрајини Војводини, као извори за финансирање њених уставних надлежности (...) до доношења закона којим би се ова питања уредила управо у односу на финансирање уставних надлежности Аутономне покрајине Војводине, конципирана законска решења садржана у Закону о буџетском систему која се односе на одређивање обима буџета Аутономне покрајине Војводине. Наиме, законодавац је, не наводећи таксативно изворне приходе Аутономне покрајине Војводине, да би реализовао уставни налог из члана 184. став 4. Устава и успоставио утврђен однос између два буџета у процентуалном

номних покрајина обезбеђују се из пореза и других прихода утврђених законом (члан 91 ст. 1) што је нека врста конкретизације овог члана (184). У истом делу Устава налазе се и норме о буџетима аутономних покрајина које указују на то да морају бити приказани сви приходи и расходи којима се финансирају покрајинске надлежности (члан 92 ст. 1).

4. ПРАВНИ АКТИ АУТОНОМНЕ ПОКРАЈИНЕ

Упоредноправно, као заједнички именитељ правног статуса територијалних аутономија могу се означити овлашћења која се не своде само на обављање извршно-управних функција, већ обухватају и правно-нормативно регулисање – аутономије имају релативно широк обим нормативних, законодавних, овлашћења која су оригинерна и аутономна.[19] То за Србију пак само делимично важи. Устав је одредио које опште акте доноси аутономна покрајина – то су подзаконски акти, за разлику од времена пре Устава од 1990. када је покрајина имала законодавну власт па чак и право да донесе устав.[20] Насупрот том стању, сада аутономна покрајина има право законо-

---

износу, конципирао једну генералну одредбу шта чини основицу буџета Аутономне покрајине Војводине“

Судија Корхец истиче да из оваквог резона Уставног суда произлази да „буџет Републике Србије није категорија која може да буде основица за одређивање буџета АП Војводине што је сама по себи противречност јер из ове констатације следи закључак да буџет АП Војводине јесте категорија која је довољно одредива а буџет Републике Србије није, но са друге стране Уставни суд износи тезу да је за примену одредбе члана 184. став 4. Устава потребно да се законом на целовит начин уреде приходи који припадају АП Војводини сагласно члану 184, став 2. и 3. Устава“.

„Сматрам да је гаранција у вези висине буџета АП Војводине потпуно независна од тога да ли је законодавац испунио своју другу уставну обавезу из члана 184. односно да ли је законом утврдио изворне приходе АП Војводине из којих се финансирају њене надлежности (...). Чак шта више, то што Народна скупштина није испунила своју уставну обавезу која произилази из ових одредби Устава (што ове законе није донела до краја 2008. године (...) представља додатан разлог за неуставност законске одредбе а не оправдање за законодавца. Противправност не може оправдати другу противправност, *Iniuria non excusat iniuriam*“.

[19] Aleksandar Đurđev, „Federalizam i federativno uređenje država“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 25/1991, 268-9.

[20] То право је ономад хваљено као „један од важних аспеката савремене уставне реформе у целини, јер је израз тековина свеукупног самоуправног социјалистичког развитка у нашој земљи (СФР Југославији, *нап. С.О*), један од видова самоуправног сазревања федеративног система политичке организације нашег друштва, и непобитан показатељ одлучујућих промена у економско-социјалној структури, међунационалним односима, степену културног и другог развоја наше Покрајине“. Bogdan Crevar, „Ustav SAP Vojvodine i neka pitanja njegovog ostvarivanja“, *Autonomija Vojvodine – izabrani spisi* (ur. Nandor Farkaš), Novi Sad 1976, 135. Постоје ставови да Војводина поново треба да има сопствени устав, између осталог и због тога што би „устав Војводине битно утицао на процесе ‘довршавања држав-

давне иницијативе а њен највиши правни акт је статут (члан 185 ст. 1 Устава), подзаконски пропис.[21] Аутономна покрајина, дакле, „не располаже законодавном влашћу која се у теорији уставног права наводи као једно од основних обележја територијалне аутономије“.[22] АП Војводина је важећи статут донела 2014. године, док АП Косово и Метохија још увек нема свој покрајински статут, нити друге опште акте у оквиру правног система Републике Србије. Важећи Статут АП Војводине други је од доношења Устава од 2006, усвојен после одлуке Уставног суда (ІУо-360/2009) којом је пресуђено да је већи број одредби претходног статута из 2009. године неуставан.

Поступак доношења статута аутономне покрајине разликује се од усвајања свих осталих домаћих општих аката (процесно акт *sui generis*) јер учествују две скупштине, покрајинска и Народна („Статут аутономне покрајине доноси њена скупштина, уз претходну сагласност Народне скупштине“, члан 185 ст. 2 Устава). Овим Народна скупштина контролише покрајинску скупштину, односно држава покрајину, приликом доношења или мењања статута.[23] Самим Статутом АП Војводине уређен је поступак његовог доношења и промене (чл. 62-63).[24] Нема рока за акт претходне сагласности, већ Народна скупштина одлучује када ће, и да ли ће, о томе да расправља. Народна скуштина може простим нечињењем опструисати намеру покрајинске скупштине, што се реално може очекивати ако на покрајинском и републичком нивоу не владају исте политичке странке. Стога је било корисније Уставом одредити рок у коме Народна скупштина мора да одлучи о томе да ли ће дати претходну сагласност на покрајински статут.

Поступак доношења Статута АП Војводине као и сама статутарна материја утицали су на различите ставове о његовој правној природи и снази – да ли је ту реч о обичном подзаконском акту или подзаконском пропису

ности’ Србије“. Radivoj Stepanov, „Ustavni i politički triptih Vojvodine“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 9-10/2014, 589.

[21] О највишим правним актима АП Војводине вид. Слободан П. Орловић, „Највиши правни акти у аутономији Војводине“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2014, 257-86.

[22] Darko Simović, „Teritorijalna autonomija u svetlosti odluke Ustavnog suda Srbije IUz-353/2009“, *Sveske za javno pravo* 11/2013, 77.

[23] У Италији, коју сврставамо у високо децентрализоване регионалне државе, држава доноси највиши правни акт регија са посебним статусом, али у облику уставног закона који у хијерархији прописа заузима знатно више место од регионалних закона па су самим тим су и гарантије аутономије јаче. Бојан Бојанић, *Регионализација и регионална држава*, Косовска Митровица 2013, 112.

[24] Након што Скупштина утврди предлог акта о промени Статута (или сам акт о новом Статуту) двотрећинском већином од укупног броја посланика, доставља га Народној скупштини ради давања сагласности. После добијања сагласности, покрајинска скупштина доноси акт о промени (или усвајању) Статута за шта је поново потребно да се гласа најмање двотрећинском већином од укупног броја посланика.

посебне природе, да ли Статут има законску или чак надзаконску снагу?[25] У прилог више правне снаге Статута иде чињеница да у поступку његовог доношења учествује Народна скупштина и то тако што претходну сагласност даје већином гласова свих народних посланика (закони се, по правилу, усвајају већином гласова народних посланика на седници на којој их је изнадполовично присутно). Такође, статутарна материја се односи на „уставна питања“: дефиницију и начела аутономне покрајине, покрајинске надлежности (уређене и Уставом и законом) и организацију покрајинске власти. Међутим, експлицитна уставна одредба да статут мора бити сагласан са законом (члан 195 ст. 2) одлучује у прилог његове подзаконске снаге. Ипак, покрајински статут, по природи, треба разумети као нарочити, посебан а не уобичајен подзаконски акт – неку врсту *sui generis* акта, макар то и немало практични значај – како због поступка у којем се доноси, тако и због материје коју уређује.[26]

---

[25] „(...) у питањима организације власти статут има примат у односу на законе јер сам Устав тако прописује“. „Према правној снази, статут има конститутивни карактер по питањима организације покрајинске власти и у тим питањима није у вези са законима, с друге стране, статут мора да се креће у законским оквирима када регулише и разрађује питања која су у надлежности Републике и која су регулисана законима“. Тамаш Корхец, „Предлог новог Статута АП Војводине – испуњавање уставног оквира или покушај противуставног и противзаконитог стварања државе у држави“, *Предлог Статута АП Војводине – научна расправа* (редактор Ратко Марковић), Београд 2009, 14-5. По свом начину доношења статут спада у групу тзв. заједничких аката што повећава и појачава и мења његову правну природу. Он јесте конститутиван акт, али је та конститутивност ограничена тиме што се користи „у складу са Уставом“ и није његово ексклузивно својство „већ га у једнакој мери уживају статути свих правних субјеката у систему који припадају групацији аутономних општих аката и који су по својој правној природи, и поред конститутивности подзаконски акти“ (статути локалних самоуправа, на пример). Владан Кутлешић, „Предлог Статута АП Војводине и Устав Србије“, *Предлог Статута АП Војводине – научна расправа* (редактор Ратко Марковић), Београд 2009, 91.

[26] Пракса Уставног суда, ІУо-360/2009 од 5.12.2013. године – Статут АП Војводине као подзаконски акт. Из образложења (71-2 и 74): „(...) за Уставни суд је неспорно да је Статут Аутономне покрајине Војводине у односу на значајан број питања која могу бити предмет његовог уређивања, а за чије уређивање је Уставом изричито утврђено да се то чини „на начин предвиђен законом“, „на основу закона“ или „у складу са законом“, као и у односу на она питања за која је одговарајућим законом прописано да их уређује аутономна покрајина – класичан, типичан подзаконски акт у ужем смислу. Међутим, у односу на два питања – утврђивање симбола и начина њиховог коришћења и организација покрајинских органа (право на самоорганизовање), статут аутономне покрајине је општи правни акт који своје извориште има непосредно у Уставу (...)“.

„(...) Уставни суд је стао на становиште да из одредаба важећег Устава Републике Србије произлази да се статут аутономне покрајине, у целини посматрано, не може подвести под теоријску дефиницију подзаконског правног акта у ужем смислу, јер статутарно уређивање одређених питања, и то оних која су од посебног значаја за остваривање аутономије аутономне покрајине, почива непосредно на одредбама самог Устава, док се у преосталом делу одредбама статута, сагласно Уставу, уређују питања у извршавању закона. Стога је,

Генерички назив покрајинског акта је „одлука“: „о питањима из своје надлежности аутономна покрајина доноси одлуке и друга општа акта“ (члан 185 ст. 3 Устава).[27] Питања која спадају у покрајинску надлежност уређују се покрајинским одлукама и другим прописима. Имајући у виду да аутономне покрајине немају законодавну власт, најважнији прописи су, поред статута, покрајинске скупштинске одлуке. У АП Војводини покрајинске скупштинске одлуке би се, са задршком, могле посматрати као пандан законима јер примарно уређују положај органа власти и покрајинске симболе и имају најопштије дејство. Поред њих доносе се и други акти: покрајинске уредбе, одлуке, декларације, резолуције, препоруке, пословници, правилници, упутства, наредбе, решења, закључци (члан 19 Статута).

5. ЗАШТИТА ПОКРАЈИНСКЕ АУТОНОМИЈЕ

Политичка напетост често постоји у односу централне владе – државе и регионалне власти – аутономије, а посебно када власт у њима носе различите политичке странке. Аутономна јединица настоји да стекне и одржи што више права и послова, а држава има тежњу да увећа контролу над аутономијом и ограничи јој самосталност. Ту природну супротстављеност у настојањима материјално осликавају право надзора централног органа, с једне стране, и правна заштита политички слабијег у овом односу, аутономије, с друге стране. Посебно обележје јединица територијалне аутономије је постојање прецизних, најчешће законом предвиђених гаранција њиховог аутономног статуса. Упоредноправно, јемац њихове аутономије најчешће је или законодавно тело државе (некада и његов посебан орган) или уставни суд.[28]

Влади, централном органу, дато је право контроле аката нецентралне власти, аутономне покрајине, путем права надзора њених одлука пре него што ове ступе на снагу (члан 186 Устава). Извршна власт овде покреће по-

---

према оцени Уставног суда, статут аутономне покрајине, са теоријског становишта посматрано, атипичан подзаконски акт који би се најпре могао дефинисати као општи правни акт подзаконске снаге, а што би одговарало појму који је у теорији права означен као подзаконски акт у ширем смислу“.

„(...) према ставу Уставног суда, Статут Аутономне покрајине Војводине не може имати карактер конститутивног акта, без обзира на Уставом утврђено право аутономне покрајине на самостално уређивање сопствених органа, пошто се и ово право, сагласно одредби члана 183. став 2. Устава, остварује не само у складу са статутом, већ и у складу са Уставом, те чак ни у овом делу статут не садржи тзв. изворне норме, норме којима се изворно уређује одређени однос, што би му, са становишта теорије, омогућило атрибут конститутивног акта.“

[27] Редакторска примедба је да се овде (члан 185 ст. 3 Устава) спомињу „општа акта“ а не „акти“ како је граматички исправно наведено у чл. 191 и 194-198 Устава и у самом рубруму (наслову) овог члана „правни акти аутономне покрајине“.

[28] Р. Марковић (1985), 647.

ступак за оцену уставности и законитости, а Уставни суд може одложити ступање на снагу оспорене покрајинске одлуке, све до свог коначног пресуђења. Реч је о појачаном надзору јер се контрола рада органа аутономне покрајине пред Уставним судом уобичајено одвија у поступку оцене уставности и законитости, само што онда тај пропис који је предмет оцене већ производи правне последице.[29] Унутар ових супротних и супротстављених политичких тежњи државе и аутономије, једини непристрасни заштитник аутономије природно је да буде неполитички орган, попут суда. У нашем случају, орган заштитник покрајинске аутономије је Уставни суд.

Предвиђена су два начина заштите покрајинске аутономије пред Уставним судом. Први вид очувања правâ покрајинске аутономије тиче се заштите од појединачног акта и радње државног органа власти: „орган одређен статутом аутономне покрајине има право жалбе Уставном суду ако се појединачним актом или радњом државног органа (...) онемогућава вршење надлежности аутономне покрајине“ (иста заштита постоји и од акта или радње јединице локалне самоуправе, члан 187 ст. 1 Устава).[30] Заштита је дата у односу на појединачни акт који је на снази (примера ради, судска пресуда или акт органа управе) или у односу на предузету, свршену или несвршену, радњу државног органа. Радња је фактичко деловање којим се, на пример, уз употребу или претњу физичком силом, онемогућава обављање надлежности аутономне покрајине (на пример, физичка блокада неке покрајинске институције). Појединачни акт или радња треба да су такви да онемогућавају обављање надлежности аутономне покрајине, да покрајину потпуно спречавају у раду а не само да је ограничавају (на пример, обављање инспекцијског надзора од стране републичке инспекције а које је у надлежности покрајинске инспекције, мимо законских услова).

Доносилац таквог појединачног акта или радње је државни орган или орган јединице локалне самоуправе.[31] Од државних органа то би пре свега

[29] „Ово уставно решење је пример широких овлашћења органа централне извршне власти према непосредно бираним највишим органима аутономне покрајине (скупштина аутономне покрајине). Овако широко постављена овлашћена егзекутиве на централном нивоу могу онемогућити остваривање и онако уских Уставом дефинисаних компетенција аутономне покрајине“. M. Pajvančić, 119-20.

[30] Интересантна је терминологија да се овим правним средством „пројектује легитимисани правни напад на два нивоа јавне власти: централну државну власт и на јавну власт јединице локалне самоуправе, које се стављају у исту раван у односу према заштити покрајинске аутономије (...)“. Милица Жупљанић, „Право грађанина на покрајинску аутономију у уставно-правном поретку Републике Србије“, докторска дисертација, Универзитет у Крагујевцу, 2016, 239.

[31] Што се тиче локалних органа који би имали прилику да појединачним актом или радњом онемогуће вршење надлежности аутономне покрајине, то би могли бити само они који припадају јединицама локалне самоуправе на територији АП Војводине. То је логично јер се на тој територији извршавају покрајинске надлежности.

били органи државне управе али је, мање-више, теоријски могуће да тај државни орган буде и законодавна власт, Народна скупштина, органи извршне власти, Влада или председник Републике, судови па и сам Уставни суд (Устав не садржи другачије решење за случај ако би баш Уставни суд био тај државни орган против чије одлуке је потребна заштита. Закључак је да би о томе опет могао да одлучи само Уставни суд, али би тада практично решавао у сопственој ствари супротно максими *iudex nemo potest esse in propria causa*).

Правно средство којим се штити покрајинска аутономија, „жалба Уставном суду" није исто што и уставна жалба (из члана 170 Устава), већ посебни правни лек о којем одлучује исти субјекат, али другим поводом. Орган покрајине који може поднети жалбу Уставном суду мора бити одређен покрајинским статутом. АП Војводина је алтернативно одредила два органа: Скупштину АП Војводине и Покрајинска владу (члан 18 ст. 1 Статута) који до сада нису имали прилике да поднесу жалбу Уставном суду. Иако је аутономна покрајина правно лице (члан 176 ст. 2 Устава), она не може да поднесе уставну жалбу јер је институција јавне власти.

Други вид заштите аутономне покрајине одвија се у поступку оцене уставности и законитости, уз одређене посебности (члан 187 ст. 2 Устава). Овај поступак има исти циљ као и претходно поменути – заштиту покрајинске аутономије али не у случају конкретне повреде њене надлежности већ у поступку апстрактне контроле уставности и законитости. Објекат заштите је у овом случају широко одређен – не ради се о онемогућавању обављања неке покрајинске надлежности већ о повреди права на покрајинску аутономију. Иако су по Уставу грађани носиоци права на покрајинску аутономију (чл. 12 и 176 ст. 1), овде се право да покрене поступак пред Уставним судом ради заштите права на аутономију даје покрајинском органу. Произлази да се под правом на покрајинску аутономију подразумева скуп свих права или надлежности које покрајина има унутар позитивног права, а не право грађана. Заштита аутономне покрајине делује према закону и другом општем акту који је донео државни орган[32] и према општем акту органа јединице локалне самоуправе. У име државе опште акте доносе њени органи власти и сваки такав законски или подзаконски пропис за који аутономна покрајина сматра да јој повређује право на аутономију (ограничава право, не нужно и суспендује), може бити предмет оцене уставности или законитости. Опште акте јединица локалне самоуправе пак доноси скупштина општине или града, а неком случају и општинско или градско веће.[33]

[32] Недоследна формулација коју је неопходно редакторски уједначити: као доносилац акта наведена је, уместо „државни органи" попут претходне одредбе (члан 187 ст. 1), Република Србија.

[33] Опште акте који нарушавају аутономију могу да донесу и недржавни субјекти као што су организације којима су поверена јавна овлашћења (јавне службе: установе, јавна

Одредба члана 187 ст. 2 Устава по којој је за покретање уставносудског поступка против општег акта неопходно да се тим прописом „повређује право на покрајинску аутономију“, сужава дејство друге уставне норме (члан 168 ст. 1) где су органи аутономне покрајине већ наведени као носиоци права на покретање поступка за оцену уставности и законитости, без икаквих ограничења или позивања на друге уставне одредбе (не стоји ни „у складу са Уставом“). Циљно тумачење те две различите норме, чл. 168 ст. 1 и 187 ст. 2, могло би довести до закључка о постојању намере уставотворца да се обема одредбама заправо заштити покрајинска аутономија, само што је то у једној изричито наведено а у другој није. Иако су уставне норме исте правне снаге, сматрамо да овде детаљнија норма (члана 187 ст. 2) практично супституише општију (из члана 168 ст. 1) и тако своди право аутономне покрајине да покреће поступак оцене уставности и законитости само из разлога повреде права на аутономију. Другачије полазиште право покретања поступка пред Уставним судом без ограничења, са истим исходиштем – покренутим поступком, казује да је за заштиту аутономије од општих акта било довољно навести и аутономну покрајину у групи субјеката са правом покретања поступка оцене уставности и законитости. То није учињено па се практично постојећом регулативом са посебном нормом (из члана 187 ст. 2) сужава надлежност аутономије и ограничава уставно начело о праву на покрајинску аутономију (члан 12). Тим пре што је том посебном нормом индиректно искључена заштита од општих аката које доносе установе, јавна предузећа и друге организације са јавним овлашћењима.

И овде покрајински орган који има право да покрене поступак пред Уставним судом против закона или општег акта мора бити одређен покрајинским статутом. АП Војводина је алтернативно одредила два органа. Скупштина АП Војводине и Покрајинска влада су органи који могу покренути поступак за оцену уставности или законитости закона и другог општег акта Републике Србије или општег акта јединице локалне самоуправе којим се повређује право на покрајинску аутономију (члан 18 ст. 2 Статута). Исти су дакле субјекти као и у случају напред описане жалбе Уставном суду (до сада АП Војводина није покретала ове поступке).

Посредан вид заштите покрајинске аутономије огледа се у саставу Уставног суда. У поступку избора судија Уставног суда, на свакој од три листе кандидата (по 10) најмање један од изабраних мора бити из аутоном-

предузећа и др) али, произлази, да аутономна покрајина нема право да против њихових аката покрене поступак оцене уставности и законитости када сматра да јој се конкретним прописом повређује право на аутономију. Нејасна је логика и разлози због чега би општи акти организација овде били изузети од оцене уставности и законитости (насупрот државним и локалним актима) и тако остављени ван домета права заштите аутономије.

не покрајине (члан 172 ст. 4 Устава, дакле најмање троје њих). Мада се може поставити питање да ли је овде уопште реч о индиректној заштити аутономије јер те кандидате за судије Уставног суда не предлаже аутономна покрајина.

6. ЗАКЉУЧАК

Републику Србију убрајамо у унитарне државе које су, компаративно, знатно бројније од федерација, али унутар те велике групе Србија улази у ред малобројних држава чију територијалну организацију одликује постојање јединице територијалне аутономије. Реч је о средњем нивоу власти који има одређени степен самоуправе и самосталности. Оно што у вези са нашим државним уређењем представља прави *sui generis* јесу политичке околности које су довеле до тога да Србија практично у свом уставном поретку има само једну аутономију, АП Војводину. Друга аутономна покрајина, Косово и Метохија, није уређена у складу са Уставом од 2006, већ на тој територији уз неки вид међународног поротектората обитава непризната сепаратистичка република „Косово“. Због те чињенице у раду обрађени уставни елементи аутономије на Косово и Метохију нису примењиви.

Анализом наведених елемената аутономије покрајине које садржи Устав Србије закључујемо да су неки од тих сегмената аутономије израз чисте самосталности или изворности, односно покрајински изворни послови (права), као што су право на уређење сопствене организације органа власти и служби и право аутономије на заштиту. Друга два овде обрађена елемента аутономије, право на финансијску самосталност и право (надлежност) доношења правних аката не могу се сврстати у изворна права аутономне покрајине јер су, између осталог, уређена и од стране државе законом.

Знајући да територијална аутономија има мање самосталности од федералне јединице а више од локалне самоуправе, из анализе ових елемената аутономије можемо закључити да је у Уставу зајемчен степен аутономности покрајинама који начелно одговара политичким приликама Републике Србије. За разлику од не тако давне прошлости, уставни положај покрајина је такав да оне више нису прикривене федералне јединице или државе у држави, а уједно имају више аутономних права од локалних самоуправа. Уставна правила о аутономним покрајинама, као општа, биће измењена изузетком када се буде уредила Уставом зајемчена „суштинска аутономија“ Косова и Метохије.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Бојан Бојанић, *Регионализација и регионална држава*, Косовска Митровица 2013.

Владимир Ђурић, „Правне основе и оквири етнички засноване нетериторијалне аутономије“. *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 65/2013.

Dragan Đukanović, „Vojvodina u post-jugoslavenskome kontekstu: nastavak suspendiranja autonomije”, *Politička misao* 1/2016.

Милица Жупљанић, „Право грађанина на покрајинску аутономију у уставноправном поретку Републике Србије“, докторска дисертација, Универзитет у Крагујевцу, 2016.

Миодраг Јовичић, *Регионална држава*, Београд 1996.

Тамаш Корхец, „Предлог новог Статута АП Војводине – испуњавање уставног оквира или покушај противуставног и противзаконитог стварања државе у држави“, *Предлог Статута АП Војводине – научна расправа* (редактор Ратко Марковић), Београд 2009.

Тамаш Корхец, Катинка Беретка, „Уставносудско и законско уобличавање нормативне надлежности Аутономне покрајине Војводине“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2018.

Владан Кутлешић, „Предлог Статута АП Војводине и Устав Србије“, *Предлог Статута АП Војводине – научна расправа* (редактор Ратко Марковић), Београд 2009.

Ратко Марковић, *Уставно право*, Београд 2015.

Ратко Марковић, „Правно-теоријски појам политичко-територијалне аутономије“, *Анали Правног факултета у Београду* 5-6/1985.

Ђорђе Милановић, *„Мом драгом народу“ – хроника о дарованом југословенству и збивањима у Војводини 1929-1931*, Нови Сад 2002.

Слободан П. Орловић, „Највиши правни акти у аутономији Војводине“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2014.

Marijana Pajvančić, *Ustavni okvir regionalne države – primer Srbije*, Novi Sad 2009.

Miodrag Savović, *Iskušenja autonomija: od Azije do Španije*, Beograd 2008.

Игор С. Симић, *Однос органа територијалне аутономије и државне управе у Републици Србији*, докторска дисертација, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2019.

Дарко Симовић, „О (не)уставности Предлога статута АП Војводине, *Предлог Статута АП Војводине – научна расправа* (редактор Ратко Марковић), Београд 2009.

Darko Simović, „Teritorijalna autonomija u svetlosti odluke Ustavnog suda Srbije IUz-353/2009“, *Sveske za javno pravo* 11/2013.

Radivoj Stepanov, „Ustavni i politički triptih Vojvodine“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 9-10/2014.

Момчило Суботић, „Од Резолуције 1244 до Бриселског споразума – политика препуштања КиМ“, *Политичка ревија* 3/2019.

Bogdan Crevar, „Ustav SAP Vojvodine i neka pitanja njegovog ostvarivanja“, *Autonomija Vojvodine – izabrani spisi* (ur. Nandor Farkaš), Novi Sad 1976.

Јован Р. Шарац, Ана И. Опачић, „Комонвелт Порторико као основа предлога решења косовског конфликта“, *Баштина* 58/2022.

Slobodan P. Orlović
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Orlovic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9172-1254

Elements of Provincial Autonomy: The Right to Regulate Authorities, Finance, Acts and Protection

***Abstract**: the paper critically analyzes some of the elements of provincial autonomy contained in the Constitution of Serbia. Creating the autonomy, some of those segments of autonomy are an expression of the pure self-government of the autonomous province (original affairs), while others segments represent rights that are confirmed and regulated by state's law, and we cannot name them as original. The right to self-regulation of authorities and the right to protection of province, as elements of autonomy, belong to the first group, while provincial finances and acts (regulations) must be regulated in accordance with the law.*

***Keywords**: authorities of autonomy, provincial finances, provincial acts, protection of the autonomous province, AP Vojvodina.*

Датум пријема рада: 13.01.2024.
Датум прихватања рада: 14.05.2024.

Оригиналан научни рад 347.67(497.11)
doi:10.5937/zrpfns58-50168

Јелена Ђ. Видић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
J.VidicTrninic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-7471-2981

Милица С. Ковачевић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Kovacevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-7310-743X

О ПОЈЕДИНИМ ПИТАЊИМА ЗАВЕШТАЈНОГ НАСЛЕЂИВАЊА У СРПСКОМ ПРАВУ – *DE LEGE FERENDA*[*] (II ДЕО)

Сажетак: *За пуноважан настанак завештања као правног посла mortis causa, неопходан услов је да буде изражен у једном од законом признатих облика. Захтев форме датира још од римског права, где су формалним предусловима даване различите функције. Рад настоји да испитујући позитивноправне прописе, утврди да ли се и на који начин захтеви форме појединих облика завештања могу прилагодити развоју информационих технологија. Анализирајући постојећу законодавну активност усмерену на завештања састављена у електронском облику и присутне ставове у доктрини, аутори настоје да оцене ли би у српском праву завештање у чијем састављању је коришћен неки вид електронског медијума могло да произведе правна дејства према важећим правилима, као и да предложе de lege ferenda решења на законодавном плану у том правцу.*

Кључне речи: *електронско завештање, завештајно наслеђивање, електронски потпис, аудио-видео веза.*

---

[*] Рад је настао као резултат истраживања у оквиру пројекта *Правна традиција и нови правни изазови*, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Уставом загарантована слобода завештања треба да омогући сваком заинтересованом завештајно способном лицу да располаже својом имовином за случај смрти. Она ће бити правно релевантна само када је изражена у неком од законом прописаних облика завештања. Стога, једна од основних карактеристика завештања као правног посла за случај смрти је његова строга формалност. Инсистирање на формализму има дугу правну традицију и последица је низа функција које захтевана форма у сваком конкретном случају треба да испуни.

Међутим, развој технологије који прожима велики део како свакодневног, тако и правног живота појединаца, пружа нови поглед на формалне захтеве. Стасавају генерације[1] које су упућеније на употребу дигиталних алатки и које би, уколико би биле у прилици да бирају, радије изабрале електронске уређаје него класична средства писања. Истовремено, скорашња глобална пандемија изазвана вирусом COVID-19 указала је на извесне недостатке постојећих форми завештања. Ограничена слобода кретања, као и ограничена могућност окупљања директно је утицала на остваривање завештајне слободе.

Следствено томе, у научним круговима као предмет дискусије нашло се и традиционално поимање форме завештања усмерено на питање да ли је време прилагодити завештајно право новим токовима у друштву. Иако се државе међусобно разликују у погледу формулације и позитивноправно признатих облика завештања, суштина у погледу формалних захтева је иста. Сврха форме је да оствари различите функције које се традиционално могу сврстати у неколико група: доказна, ритуална односно упозоравајућа и заштитна функција.

У том правцу, односно у светлу употребе домашаја информационих технологија, у раду се анализирају поједини од постојећих облика завештања. Аутори истовремено настоје да оцене има ли у српском праву *de lege ferenda* потребе и места за законску регулативу завештања састављеног у електронском облику као сасвим нове форме завештања.

[1] Тзв. генерације дигиталних домородаца (*digital natives*). То су генерације које од рођења одрастају у дигиталној ери и које не познају другачији свет. Вид. Википедију, https://en.wikipedia.org/wiki/Digital_native, датум посете: 25.02.2024. године.

1. ЗАВЕШТАЊЕ САСТАВЉЕНО У ЕЛЕКТРОНСКОМ ОБЛИКУ

1.1. Појам електронског завештања

Иако се у савременој доктрини говори о завештању састављеном у електронском облику, јединствено гледиште у погледу одговарајућег термина, као ни дефиниције самог појма не постоји. Из тог разлога многи аутори избегавају терминолошко прецизирање, већ своја истраживања усмеравају на поједине спорне аспекте завештања састављеног у електронском облику.[2]

У погледу саме језичке недоумице, упоредно посматрано се срећу два термина: дигитално и електронско завештање. Први се јавља као последица постојећих кованица, као што су дигитална имовина и дигитално наслеђе. Отуда не чуди што се у литератури појам дигиталног завештања користи двојако. У првом значењу служи да се означи пренос тзв. дигиталних добара путем завештања као правног посла, а у другом се односи на посебан облик завештања који настаје употребом електронских алатки и програма.[3] Видљиво је да се придев дигитални у првом случају односи на аспект садржине завештања у смислу дигиталних добара као специфичног предмета наслеђивања, док се у другом случају он односи на форму завештања. Мишљења смо да прву ситуацију треба посматрати као случај дигиталног наслеђа, а да под појмом дигиталног, односно електронског завештања треба подразумевати форму завештања. У изнетој конкуренцији, предност треба дати другом појму, јер у том смеру иде досадашња законска регулатива одређеног броја држава.[4] Истовремено, у националном праву већ постоји електронска форма *inter vivos* уговора и употреба термина попут електронског потписа и електронског документа, па би коришћење термина електронског завештања, језички посматрано, било у духу важеће регулативе.[5]

Осим тога, треба имати у виду и чињеницу да се једно завештање назива електронским не само када је технологија коришћена у припреми, односно изради завештања, већ и када је она коришћена приликом извршавања завештања, односно његовог чувања.[6] Стога се најчешће прибегава најширем

[2] Видети пре свих: C. Hergenröder, ***Testieren 2.0: Errichtung eines digitalen eigenhändigen Testament mittels Touch- oder Smartpen?***, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV), vol. 25, 1/2018, 8.

[3] I. Sasso, ***Will Formalities in the Digital Age: Some Comparative Remarks***, The Italian Law Journal, vol. 4, 1/2018, 171.

[4] Све државе англосаксонског правног система које познају законску регулативу завештања састављеног у електронском облику оптирале су за појам електронског завештања, односно скраћено, е-завештања (*E-will*).

[5] За аргументацију зашто је прихватљивији појам електронског завештања, више видети код: M. Kimberly, ***Technology and Wills – The Dawn of a New Era***, COVID-19 special edition, STEP, 2020, 25.

[6] M. Kimberly, ***op. cit***, 23.

схватању појма електронског завештања, као завештања у чијем се настајању користе електронски медијуми.[7]

1.2. Облик електронског завештања

У америчкој литератури су присутне класификације различитих типова електронских завештања.

Према једној од подела, електронска завештања се могу сврстати у три категорије: *offline* електронска завештања, *online* електронска завештања и електронска завештања квалификованог старатеља (*custodian*).[8] Прва настају употребом електронског уређаја, потписана су од стране будућег завештаоца, било руком, било употребом неког од постојећих облика електронских потписа, те сачувана на сопственом електронском уређају. Углавном нису одштампана, већ су остављена у свом изворном, електронском облику. Управо први случај у САД у ком је оставински суд признао пуноважност завештања састављеног уз помоћ информационих технологија било је завештање написано уз помоћ тзв. *stylus* или *touch pen* оловке, коришћене за писање по електронском уређају чији екран је осетљив на додир, те електронски потписано од стране завештаоца у присуству завештајних сведока.[9] Код других је процес састављања исти, али се таква завештања чувају посредством трећих лица, коришћењем њиховог меморијског капацитета (тзв. *cloud* меморија), односно слањем завештања компанијама које на себе преузимају обавезу електронског чувања. Завешталац, по правилу, очекује да ће му завештање бити доступно *online* када му касније затреба. Последњу категорију према наведеној подели чине завештања где трећа лица, уз накнаду, преузимају на себе цео процес сачињавања завештања нудећи његов стандардизовани тип и која могу бити везана посебним законским правилима.[10]

---

[7] P. Lamovec Hren, ***Will Formalities and Electronic Will***, Collection of Papers from online International Academic Conference of PhD. Students and Young Researchers, 2021, 271; M. Kimberly, ***op. cit***, 22-26.

[8] Developments in the Law – More Data, More Problems: ***What is an "Electronic Will"?***, Harvard Law Review, vol. 131, 6/2018, 1796-1801.

[9] Вид. одлуку суда у Охају, САД – *In re Estate of Javier Castro*, 2013-ES-00140 (Ohio Court of Common Pleas, Lorain County, Probate Division) из 2013. године. Наведено према: Developments in the Law – More Data, More Problems, op.cit, 1800; Klasiček, 21st Century Wills, Pravni vjesnik, vol. 35, 2/2019, 39.

[10] Трећа категорија изазива највише полемике у тамошњој доктрини. Вилсон истиче да већ надалеко распрострањене приватне компаније које као услугу нуде могућност *online* састављања завештања, представљају претњу државном законодавству и доприносе изазивању правне несигурности код великог броја грађана. Компаније представљају своје услуге као пуноважне, јефтине и брзе опције, за разлику од традиционалних поступака. Према ставу аутора, уколико законодавац остане нем, раскорак би могао само да расте, стварајући неповерење код грађана. Вид. J. C. Wilson, Electronic Wills: Why Would Georgia Choose to Delay the Inevitable?, Mercer Law Review, vol. 73, 1/2021, 358.

Надаље, позната су и аудио-видео завештања, која подразумевају снимање последње воље завештаоца у форми видео записа или гласовне поруке.[11] Електронским се називају и завештања за чију пуноважност се захтева присуство одређеног броја завештајних сведока који нису физички присутни са завештаоцем у тренутку састављања завештања у истој просторији, већ су „присутни" путем аудио-видео везе. Међутим, мишљења смо да треба разликовати електронска завештања као потенцијалну засебну форму од сведочења завештајних сведока на даљину путем аудио-визуелне везе. Сведочење завештајних сведока на даљину није посебан облик завештања, нити треба да буде, већ само један од могућих захтева форме завештања које може бити дигитализовано. Сходно томе, питање сведочења завештајних сведока на даљину путем аудио-визуелне везе може бити присутно као спорно питање и код традиционалних форми завештања које се не сматрају електронским.[12] Најзад, говори се и о блокчејн (*blockchain*) завештањима заштићеним енкрипцијом.[13]

Из изложеног је јасно да се ради о суштински различитим ситуацијама које се не могу подвести под исти појам. Посматрано на нивоу законске регулативе, ради се о облицима који тешко могу бити обухваћени једном законском нормом. Разлог за то налази се у чињеници што се појам електронског завештања користи као један *општи појам* (подвукли аутори), који служи да, као што је напред већ и наведено, сваки облик завештања који у било ком свом сегменту има додира са употребом електронских помагала, окарактерише као електронски.

2. ЗАКОНСКА РЕГУЛАТИВА ЕЛЕКТРОНСКОГ ЗАВЕШТАЊА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Постоји неколико могућих видова реаговања правних система на изнету проблематику.

Признавање правне снаге електронским завештањима могуће је постићи доношењем специјалног законодавства које ће бити посвећено искључиво материји електронских завештања и његовим дозвољеним облицима. Крајње

[11] Наведени облик електронских завештања нашао се пред судовима Велса и Квинслендa у више случајева. За преглед значајних случајева из судске праксе: Developments in the Law – More Data, More Problems: ***op. cit***, 1799-1801, 1805-1806; као и: D. Klasiček, ***op.cit***, 35-39.

[12] M. Kimberly, ***op. cit***, 24.

[13] Блокчејн завештање би било завештање записано на блокчејну чији је циљ располагање крипто средствима. Сваки блокчејн запис је шифрован, датиран и непроменљив, јер када се нешто једном ускладишти на блокчејну, не може се накнадно променити или избрисати. Вид. B. J. Crawford, ***Blockchain Wills***, Indiana Law Journal, vol. 95, 3/2020, 783-786.

исти циљ државе могу постићи и изменом постојећих законских одредби, којом ће се већ уређени облици завештања прилагодити дигитализацији, уношењем одговарајућих правила односно смерница. Обе алтернативе подразумевају задржавање затечених, традиционално схваћених облика завештања. Најзад, државе не морају показати спремност да уреде електронска завештања, задржавајући постојећи институционални оквир. Међутим, и поред наведене чињенице, у појединим од њих, неки облици завештања састављени уз помоћ информационих технологија би могли произвести правна дејства на основу тумачења постојећих одредаба у том правцу, те применом правила о конвалидацији рушљивог завештања, премда се тада не би радило о посебно признатој форми електронских завештања.

Наиме, у европско-континенталним правним системима, у домену завештајног права, за разлику од англо-саксонског правног система, законом установљено правило којим се у одређеним случајевима може одржати на снази и формално мањкаво завештање, није познато.[14] Ипак, последица формалних недостатака и у европско-континенталним правима се различито третира, те у неким државама непоштовање услова форме повлачи ништавост правног посла, док у другим, она за последицу има рушљивост. Примера ради, према Немачком грађанском законику[15] (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) завештање које не испуњава све услове форме је ништаво, док су у националном законодавству завештања којима нису поштовани облик и услови предвиђени законом, рушљива.[16] Стога, уколико би се пред српским судовима појавило завештање у чијем су настајању коришћени електронски медијуми, оно би, мишљења смо, произвело правно дејство, с тим што би лице које има правни интерес могло захтевати његов поништај у законом предвиђеном року.[17] То би подразумевало оцену околности сваког конкретног случаја и заузимање става има ли места његовом признању као пуноважног или не.[18] Преостаје да се сачека на који начин ће оставински суд или јавни бележник као повереник суда, поступити када се пред њима појави завештање састављено помоћу дигиталних алатки.

Како према сазнањима аутора, законодавна активност у правцу увођења електронских завештања није предузета ни у једној држави која припада европско-континенталном правном систему, у наредним редовима ће у

---

[14] I. Sasso, ***op. cit***, 178.

[15] Вид. пар. 125 Немачког грађанског законика, доступно на: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/, датум посете: 05.02.2024. године.

[16] Вид. чл. 164 Закона о наслеђивању Србије, „*Сл. гласник РС*", бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015, у даљем тексту скраћено: ЗОН Србије. Српски законодавац је сматрао да се оваквим недостацима повређују појединачни, а не општи интереси.

[17] Вид. чл. 164, 165, 168 и 170 ЗОН Србије.

[18] P. Lamovec Hren, ***op. cit***, 273.

кратким цртама бити изнета регулатива електронских завештања унутар англо-саксонског правног система који законским путем уређује ово питање.

2.1. Англо-саксонски правни систем

1975. године, професор Џон Лангбејн (*John H. Langbein*) са Јејла објавио је чланак у којем је у вези са формалностима завештања, по први пут изнето схватање према којем се оне не морају увек поштовати, те да су у великој мери и непотребне. Његов приступ назван је *substantial compliance* – значајна усклађеност. Ради се о идеји „да се ослањањем на критеријум битне усклађености изражене завештајне воље са намером оставиоца могу превазићи формални недостаци.“[19] Исте године када се појавио чланак, Јужна Аустралија усвојила је још прогресивнији приступ у случајевима у којима се пред судовима појавило формално мањкаво завештање, који је временом добио назив – правило „безазлене грешке“ (*harmless error doctrine*). Чинило се да је и Лангбејн прихватио доктрину насталу у Аустралији, као још неформалнији приступ.[20] Правило „безазлене грешке“ служи да одржи на снази и завештање које није испунило све формалне услове за пуноважност када оставински суд, на основу доказа, стекне јасан и непротивречан став да је предочени документ последња воља оставиоца.[21] Тренутно 12 америчких држава прихвата наведени концепт осигуравајући одређена дискрециона овлашћена оставинском суду у случају проглашења формално мањкавог завештања. Чини се да је ослањање на доктрину „безазлене грешке“ умањило потребу за детаљним регулисањем електронског завештања, јер је она омогућила да се завештања која нису у потпуности у складу са формалним захтевима третирају као валидна, укључујући ту и завештања настала електронским путем.

Међутим, призната доктрина није спречила поједина законодавства да и законским путем уреде питање електронских завештања. Комисија за стварање униформног права (*Uniformn Law Commission – ULC*) је 2019. године изнела предлог, називајући га Јединствени закон о електронском завештању (*Uniformn Electronic Wills Act – UEWA*).[22] *UEWA*, као необавезујући акт за савезне америчке државе, настоји да област завештајног наслеђивања

[19] J.H. Langbein, ***Substantial Compliance with the Wills Act***, Harvard Law Review, vol. 88, 3/1975, 489 ff.

[20] B. J. Crawford, ***Wills Formalities in the Twenty-First Century***, Wisconsin Law Review, 2019, 278.

[21] S. Riegelman, ***Conveying Estate Planning to the 21st Century: Adoption of Electronic Wills Legislation***, University of Saint Thomas Law Journal, vol. 18, 1/2022, 211, 212.

[22] Текст акта доступан на: https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-60?CommunityKey=a0a16f19-97a8-4f86-afc1-b1c0e051fc71&tab=librarydocuments, датум посете: 24.01.2024. године.

уведе у дигитално доба, те да уједначи законодавства држава, истовремено водећи рачуна о очувању правних мера заштите како би се осигурала аутентичност завештања.[23] Споменути акт је усмерен на то да постојећи традиционални захтеви у погледу пуноважности завештања, а које унутар америчког правног система чине писана форма, потпис завештаоца и обавезно присуство завештајних сведока, буду сачувани. Први изазов који је имала радна група огледао се у начину уподобљавања услова који се тиче писане форме употреби електронских уређаја. Заузет је став да завештање састављено уз помоћ електронског уређаја може бити пуноважно уколико је оно еквивалентно писаном тексту, односно уколико је читљиво као текст.[24] Стога електронско завештање може бити сваки документ који је настао у програму за обраду текста који постоји на рачунару или мобилном телефону. Такође, завешталац може да користи рачунарски програм који се активира гласом како би диктирао завештање, све док рачунар претвара изговорене речи у текст.[25] С друге стране, изван *UEWA* регулативе остали су аудио и видео записи последње воље, а исти став је заузет и у погледу састављања завештања уз помоћ рачунарског кода.[26] Најзад, ваља напоменути да изложени концепт који пружа могућност употребе достигнућа информационих система, не искључује истовремено и могућност употребе традиционалних видова сачињавања завештања, као што су писање оловком по папиру.[27] У погледу другог услова – потписа завештаоца, дозвољена је и употреба електронског потписа.[28] Напослетку, што се тиче последњег услова који се огледа у обавези присуства завештајних сведока, као пуноважна алтернатива њиховом физичком присуству предложена је и могућност виртуелног „присуства“ путем аудио-видео конференцијске везе.[29] Истовремено, уведена је и заменска могућност потврђивања акта на даљину од стране јавних бележника у тренутку када су састављена. Последично, јавни бележници ће бити укључени у процес састављања електронских завештања, јер ће се њихова реакција захтевати

---

[23] S. Riegelman, ***op. cit***, 210.

[24] S. Brown Walsh, T. P. Berry, ***Electronic Wills Have Arrived***, Estate planning and taxation, 12/2020, 15.

[25] S. Riegelman, ***op. cit***, 213.

[26] Једина солуција за аудио односно видео завештања у смислу њихове пуноважности јесте да она буду читљива у моменту потписивања. То би се могло постићи транскрипцијом, до које би морало доћи пре потписивања. Вид. S. Brown Walsh, T. P. Berry, ***op. cit***, 15.

[27] S. Riegelman, ***op. cit***, 213.

[28] ***Ibid***, 215; S. Brown Walsh, T. P. Berry, ***op. cit***, 15. У вези са обавезом потписивања завештања од стране завештаоца, англо-саксонско право показује једну специфичност у односу на европско право, која се огледа у томе да се на завештање може потписати и друго лице по овлашћењу завештаоца. За преглед формалних предуслова унутар англо-саксонског правног система видети више код: M. Kimberly, ***op. cit***, 5-9.

[29] S. Brown Walsh, T. P. Berry, ***op. cit***, 15.

одмах, односно непосредно по састављању.[30] Поред поменутих решења, *UEWA* задржава и доктрину „безазлене грешке“ у домену електронских завештања.[31]

UEWA је тренутно на снази у неколико америчких држава и округа: прва која га је усвојила је била држава Јута, а потом су уследиле Аризона, Флорида, Илиноис, Индијана, Мериленд, Невада, Вирџинија, Ајдахо, Минесота, Колорадо, Северна Дакота, Вашингтон, округ Колумбија и Девичанска острва. Поред наведених, поједине државе су донеле сопствену законску регулативу којом уређују питање електронских завештања. Од јула 2023. године, 14 америчких држава, укључујући и округ Колумбију и Девичанска острва, дозвољава завештаоцима да креирају електронска завештања. Међутим, и та посебна законска правила се у великој мери заснивају на решењима која су предвиђена униформним актом, уз поједина, мања или већа, одступања.[32]

У делу доктрине која заузима супротан став истиче се да се ради о новинама које су већинском делу становништа непознате и стране, те да је сведочење на даљину погодно за недозвољене утицаје на самог завештаоца.[33] Међутим, увек је могуће уношење допунске одредбе, којом би примена сведочења на даљину била искључена у случају осетљивих категорија завешталаца. Тако је у правном систему Флориде јавни бележник дужан да постави завештаоцу питања на основу којих ће утврдити његово стање, како би оценио да ли се одредбе о сведочењу на даљину могу применити у конкретном случају.[34] Чини се да је бојазан у погледу повећања броја судских спорова у погледу електронских облика завештања, макар за сада, без основа. У Аризони која регулише конкретно питање од 2019. године, није било ниједног случаја извршења електронске форме завештања.[35] Иста је ситуација и у другим америчким државама. Објашњење може бити врло практичне природе, јер већина завештања која је и састављена у претходних неколико година, колико су нови прописи на снази, није још увек проглашена, с обзиром да лица која су их саставила још нису преминула.

---

[30] ***Ibid***, 15; S. Riegelman, ***op. cit***, 217.

[31] S. Brown Walsh, T. P. Berry, ***op. cit***, 14.

[32] S. Riegelman, ***op. cit***, 217.

[33] B. Scott, ***op. cit***, 200, 201.

[34] Нека од питања које јавни бележник поставља су: да ли је завешталац под утицајем било које дроге или алкохола, да ли његово физичко или психичко стање нарушава његову способност да обавља нормалне свакодневне активности, да ли је тренутно у браку, да ли му је неко помогао у припреми завештања које потписује, где се завешталац налази и да ли се још неко налази у просторији са њим, као и да спроведе визуелну проверу просторије. Вид. одредбу 117.285 Статута Флориде из 2021. године, доступно на: https://www.flsenate.gov/Laws/Statutes/2021/Chapter117/All, датум посете: 20.02.2024. године.

[35] S. Riegelman, ***op. cit***, 224.

У Енглеској и Велсу 2017. године такође је започета реформа завештајног права, која се између осталог огледа у омогућавању сачињавања електронских завештања. Након одржане јавне дискусије, циљ је да почетком 2025. године буде објављен коначни извештај Комисије, уз нацрт закона који би увео измене у постојеће право.[36] Иако поједини аутори сматрају да се о успешној измени законодавства може говорити само када електронска форма завештања у потпуности замени постојеће,[37] мишљења смо да је ово становиште у одређеној мери пренагљено. Идеја модернизације завештајног права није да укине вековима установљаване формалности, већ да их временом приближи новим изазовима у друштву, тако да истима могу да се прилагоде. Наиме, нигде у свету није забележено да се правним уређењем електронских завештања укида било која друга, већ постојећа форма завештања.

3. ЕЛЕКТРОНСКО ЗАВЕШТАЊЕ У СРПСКОМ ПРАВУ – *DE LEGE LATA* И *DE LEGE FERENDA*

Домаћи правни систем карактерише конкуренција облика завештања, јер је Законом о наслеђивању Србије регулисано чак девет облика завештања.[38] Међутим, важећа регулатива не познаје електронско завештање.

3.1. Приватни облици завештања

У редовне приватне облике завештања спадају својеручно (олографско) и писмено завештање пред сведоцима (алографско), јер приликом њиховог састављања није неопходно присуство службених лица, нити је могућност сачињавања истих условљена неким ванредним или изузетним околностима. У случају наступања споменутих изузетних околности, које се огледају у настанку изненадне и непосредне опасности по живот, могуће је састављање и усменог завештања, као трећег законом признатог облика приватног завештања.

У погледу формалних захтева, код својеручног завештања захтева се да лице својеручно напише текст завештања, као и да се својеручно потпише.[39]

---

[36] Вид. извештај Правне комисије (*The Law Commission*), доступно на: https://lawcom.gov.uk/project/wills/, датум посете: 18.02.2024. године.

[37] Задржавање постојеће форме завештања, писаног завештања пред сведоцима, схвата се „као недостатак ентузијазма од стране законодавца који ни сам не верује у правила која намеће“. Вид. B. Scott, ***op. cit***, 200.

[38] У питању су: својеручно завештање, писмено завештање пред сведоцима, судско, конзуларно, међународно, бродско, војно, усмено и јавнобележничко завештање. Вид. чл. 84-113 ЗОН Србије.

[39] Вид. чл. 84 ст. 1 ЗОН Србије. У домаћем праву, датирање својеручног завештања није обавезан елемент форме. Вид. чл. 84 ст. 2 ЗОН Србије. За аргументе зашто би га тре-

Међутим, којим средствима и којом техником ће завештилац то постићи, законом није прецизирано. Наведена одредба у домаћој доктрини стога се тумачи на шири начин. У том смислу, сматра се да испуњење првог споменутог елемента форме постоји не само онда када завештилац напише текст завештања средством за писање на папиру, већ и онда када би он крвљу написао своју изјаву последње воље на текстилу или уколико би то учинио кредом на тргу.[40] У светлу информационих технологија, поставило се питање може ли се узети да је споменути формални услов испуњен и онда када би завештилац електронском оловком написао своје завештање на уређају који је компатибилан са поменутом оловком.[41]

Као главни аргументи због којих се оваква могућност одбацује, наводе се опасност од фалсификовања састављеног завештања и његове злоупотребе, као и проблем складиштења.[42] У погледу постојања сумње о накнадним изменама завештања постоје доступни механизми, који могу да послуже да се утврди да ли је предати електронски документ оригинал, да ли је мењан и евентуално, када је настала последња измена. То се постиже на основу метаподатака које сваки креиран документ има. Једна од могућих техника је технологија „хеширања“ (*hashing*) која користи алгоритам за креирање „јединственог ИД броја за сваки рачунарски фајл, при чему ниједан електронски запис нема исту „хеш“ (*hash*) вредност“.[43] Други проблем односи

било уврстити као саставни део својеручног завештања *de lege ferenda* видети више код: Ј. Видић, М. Ковачевић, О појединим питањима завештајног наслеђивања у српском праву – de lege ferenda (I део), Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/2023, 171.

[40] У смислу изнетог тумачења видети више код: О. Антић, З. Балиновац, ***Коментар Закона о наслеђивању***, Номос, Београд, 1996, 322; Д. Ђурђевић, Институције наследног права, Правни факултет у Београду, Београд, 2023, 129-131; Ј. Видић Трнинић, ***Олографски и алографски тестамент у српском и упоредном праву***, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4/2016, 1256.

[41] У немачкој правној литератури, наведени облик често се ословљава као таблет завештање – *das Tablet-Testament*. Вид. H. Grziwotz, Die Digitalisierung in Erbrecht, Monatschrift für Deutches Recht (MDR), 7/2023, 398, 399.

[42] W. Baumann u J. Staudinger, ***Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch***, (Fn. 6), § 2247 Rn. 37; W. Voit u W. Reimann, M. Bengel, J. Mayer, W. Voit, ***Testament und Erbvertrag***, 2015, § 2247 BGB, Rn. 14. Аутори наводе да завештање састављено уз помоћ програма на паметном уређају још увек оставља довољно простора за манипулисање садржином завештања и да се о подвођењу под својеручну форму може говорити тек онда када се постигну сигурносни стандарди, тако да не остане сумња у погледу могућности идентификације завештаоца и чињенице да се заиста ради о његовој аутентичној последњој вољи. Наведено према: P. Scholz, ***Digitales Testieren – Zur Verwendung digitaler Technologien beim eigenhändigen und Nottestament de lege lata et ferenda***, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), vol. 219, 1/2019, 105. Супротан став у погледу изналажења решења за утврђивање аутентичности последње воље: H. Grziwotz, ***op. cit***, 398.

[43] R. C. Losey, ***Hash: The New Bates Stamp***, The Journal of Technology Law & Policy, vol. 12, 1/2007 на шта упућује: J. Wilson, ***op. cit***, 361.

се на складиштење, јер намеравано располагање за случај смрти треба да се чува дужи временски период, а услед брзине развоја информационих система, протек времена некада може да резултира чињеницом да су садржина завештања или телесни носач на ком је последња воља сачувана нечитљиви, односно некомпатибилни са новим уређајима.[44] Међутим, годинама уназад смо сведоци дигитализације папирних архива и настанка електронских база података, тако да се и завештања могу успешно сачувати од „зуба“ времена.

Поједини аутори чак истичу да текст настао употребом *stylus* оловке нема својство писаног текста. Према њиховом схватању, писање по екрану није писање у правом смислу те речи, већ слање сигнала уређају који потом репродукује рукопис кроз конверзију у бинарни низ који је по својој природи променљив и њиме се лако може манипулисати.[45] Међутим, ако је електронски уређај подобан да реално и прецизно забележи нечије писање, онда не би било сметње да се такво писање сматра рукописом у смислу својеручног завештања. Продукција рукописа би, као и у случају руком написаног текста, могла да буде подвргнута вештачењу које би у сваком конкретном случају могло да осигура аутентичност рукописа.[46] Довољна заштита од злоупотребе може се обезбедити чињеницом да је уређај редовно заштићен лозинком у виду отиска прста корисника, при чему би већем степену правне сигурности допринело и када би се самој апликацији у којој је састављено завештање могло приступити само уз посебну лозинку.[47] Такође, могло би се инсистирати на додатној идентификацији завештаоца, спрам неког биолошког аспекта његове личности, као што је препознавање боје гласа или лица, јединственог отиска прста, скенирања мрежњаче и слично.[48] Изнетим радњама, односно ситуацијама се простор злоупотребе своди на редовну меру, својствену и уобичајеним облицима завештања.

Уколико би се могла утврдити аутентичност писања, кроз горе наведене начине, чини се да би се позитивноправна норма могла тумачити на начин

---

[44] Т. Ђурђић Милошевић, ***Електронски тестамент***, Зборник радова – Садашњост и будућност услужног права, Крагујевац, 2022, 410.

[45] Видети више о томе код: G. Navone, ***Instrumentum digitale. Teoria e disciplina del documento digitale***, Milano, 2012, 186-187, наведено према: I. Sasso, ***op. cit***, 187.

[46] M. Stilinović, ***Testamentary Dispositions in the Context of Global Pandemic***, EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC) – vol. 5, 2021 : EU 2021 – The Future of the EU in and after the Pandemic, 515; P. Hren, ***The Forms of Wills in Slovenian Law and the Possibility of an Electronic Will***, Pravni Letopis, 187/2017, 198.

[47] P. Scholz, ***op. cit***, 105.

[48] Т. Ђурђић Милошевић, ***op. cit***, 411, 412. У раду се уводи нови појам – појам законског електронског тестамента, као предлога новог облика завештања који се дефинише као последња воља „написана, креирана и ускладиштена у форми електронског записа.“ Форма електронског записа нужно подразумева уношење датума и електронског потписа завештаоца као његове саставне делове, док истовремено укључује најмање једну „карактеристику аутентификације оставиоца“.

који не искључује могућност састављања својеручног завештања на електронским уређајима. Такође, употреба дигиталних помагала као што је *stylus* не убрзава сам процес писања, тако да је и заштита од брзоплетости приликом његовог сачињавања осигурана. Самом чину састављања завештања поклањало би се довољно пажње, као и када се исписује руком на папиру, па би упозоравајућа функција форме и у случају писања по електронском уређају такође била обезбеђена.[49] Алтернативно, у будућности би се могло размислити о увођењу посебне форме завештања уз својеручну или предвидети посебну подврсту својеручног завештања, уважавајући домете и значај електронских уређаја.[50] [51]

У погледу другог формалног услова својеручног завештања, поставља се питање могућности употребе електронског потписа уместо својеручног потписа. Према Закону о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању постоји неколико врста електронских потписа. *Обичан* електронски потпис[52] потврђује идентитет потписника и садржину документа, али не може да обезбеди његову аутентичност, па је самим тим подложан злоупотребама. *Напредни* електронски потпис настаје путем *online* доступних софтвера, пружа већи степен сигурности од обичног, обезбеђујући проверу аутентичности и гарантујући да је документ стигао од пошиљаоца до примаоца у неизмењеном облику. Напослетку, *квалификовани* електронски потпис је заснован на посебном квалификованом сертификату које издаје једно од овлашћених сертификационих тела у Србији.[53] Од изнетих, за завештајно право од користи може бити само квалификовани електронски потпис, јер пружа највећи степен

[49] P. Scholz, ***op. cit***, 105.

[50] Слично примећује и Н. Стојановић, ***Наследно право***, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2022, 223.

[51] Sasso чак размишља у правцу разумевања видео завештања као специфичне форме својеручног завештања, којим би се постигао висок степен сигурности у погледу аутентичности, те смањио ризик од недозвољеног утицаја трећих лица, јер би видео запис могао да укаже и на најмању несигурност на лицу односно у држању завештаоца приликом изјављивања последње воље. Притом би и услов датирања могао да буде испуњен, јер се код сваког видео записа датум и време аутоматски чувају. Sasso, ***op. cit***, 190.

[52] Према Закону, електронски потпис је скуп података у електронском облику који су придружени или логички повезани са другим (потписаним) подацима у електронским облику тако да се електронским потписом потврђује интегритет тих података и идентитет потписника. Вид. чл. 2 ст. 1 тач. 20 Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању, „*Сл. гласник РС*“, бр. 94/2017 и 52/2021.

[53] Вид. чл. 2 ст. 1 тач. 29 и 30 Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању. У Србији постоји неколико сертификационих тела: ЈП „Пошта Србије“, Привредна комора Србије, Министарство унутрашњих послова РС, као и два привредна друштва, *Halcom* а.д. и *E- Smart Systems* д.о.о.

аутентификације. Наиме, Законом је предвиђено да се електронском потпису не може оспорити пуноважност или доказна снага само због тога што је у електронском облику,[54] да квалификовани електронски потпис *има* исто правно дејство као и својеручни потпис[55] (подвукли аутори), да је његова употреба изричито искључена приликом састављања уговора и других правних послова за које је посебним законом предвиђено да се сачињавају у форми овере потписа, јавно потврђене (солемнизоване) исправе или у форми јавнобележничког записа,[56] као и да се квалификовани електронски потпис неће применити на правне послове за које је посебним законом предвиђено да се не могу предузети у електронској форми.[57] Имајући у виду четврти став цитираног члана, ЗОН Србије би требало да искључи електронску форму као потенцијалну форму закључења правних послова, уколико је интенција законодавца да она не буде примењена у наведеној области. Међутим, у погледу приватних форми завештања такве одредбе у важећем наследноправном пропису нема. Иако је јасно да се разлог за то налази у чињеници да је ЗОН Србије донет 1995. године, када питање употребе квалификованог електронског потписа није било актуелно, питање је како би судови поступили у наведеној ситуацији, односно онда када би се пред њима појавило својеручно или евентуално писмено завештање пред сведоцима, које је потписано квалификованим електронским потписом уместо својеручним. Става смо да би из разлога правне сигурности у будућности било пожељно прецизно одредити однос споменутих закона, а да према садашњем стању има простора за тумачење одредбе у корист могућности употребе квалификованог електронског потписа и код наведених приватних форми завештања.

Када је реч о писменом завештању пред сведоцима, за његов настанак није релевантан конкретан начин писмене редакције последње воље, већ сам чин његовог потврђивања.[58] Ради се о јединственом акту, који се састоји из више међусобно повезаних радњи. Он подразумева да завешталац, у присуству два завештајна сведока мора изјавити да је писмено прочитао, да се ради о његовом завештању, својеручно се потписати на само завештање, након чега завештање морају потписати и сведоци.[59] Мишљења смо да у погледу потписа, како је то горе наведено, код писменог завештања пред сведоцима

[54] Вид. чл. 50 ст. 1 Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању.

[55] Вид. чл. 50 ст. 2 Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању.

[56] Вид. чл. 50, ст. 5 Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању.

[57] Вид. чл. 50, ст. 4 Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању.

[58] Д. Ђурђевић, ***op. cit***, 132-133.

[59] Вид. чл. 85 ЗОН Србије.

такође има места за тумачење одредбе у корист могућности употребе квалификованог електронског потписа.

Ипак, изнето решење није без својих критика. Наиме, изражава се сумња да ниједан *online* систем није имун на претње и неовлашћене упаде трећих лица, па тако ни сертификациона тела која издају сертификате за коришћење квалификованих електронских потписа, те да околност да се наше друштво навикло на електронску трговину не значи да користи и предности дигиталног доба морају нужно да досегну сваки кутак наших живота. Склапање обавезујућих уговора о куповини роба или услуга далеко се разликује од располагања за случај смрти.[60] Међутим, ниједна форма завештања није потпуно имуна на недозвољене активности трећих лица, чак ни она која подразумева коришћење папира, па савршеност не би требало захтевати ни од електронске форме. Коначно, ваља нагласити и да употреба квалификованих електронских потписа није уобичајена међу становништвом, те да би према садашњем стању, употреба електронског потписа погодовала одређеном кругу лица, који су због природе посла којим се баве упућени на његово коришћење.

У погледу обавезности присуства завештајних сведока приликом сачињавања писменог завештања пред сведоцима, намеће се питање могућности њиховог присуства састављању овог завештања путем конференцијске везе (на пример, путем апликација *Skype*, *Zoom* и других).[61] Конференцијска веза омогућава да више од једног лица истовремено чулно опажа чин састављања завештања, обезбеђујући тако њихово виртуелно „присуство“ у реалном времену. Камера која је редовно укључена може да послужи да се провери просторија, тако што ће се она цела снимити, те да омогући доношење суда и констатовање чињенице да ли је завешталац сам у просторији. Она омогућава и да се екран подели тако да сви учесници заиста могу да посматрају завештаоца у моменту када изјављује да је то његова последња воља и када потписује завештање. Најзад, могуће је и снимити конкретни догађај, што касније може да послужи као доказ у оставинском поступку.[62] Допуштањем коришћења аудио-видео комуникације приликом састављања завештања не угрожава се значај овог правног посла, нити се угрожавају функције које сведоци обављају.[63] Ипак, доктрина је наклоњенија ставу да се таква врста тумачења, имајући у виду важећу одредбу ЗОН-а**,** не би могла заступати. Чињеница да се ради о редовном облику завештања и да недостаје

[60] S. Boddery, ***op. cit***, 207, 208.

[61] Врста видео везе односно уређаја који се користи није од пресудног значаја, све док завешталац и сведоци могу јасно да виде односно чују како свако од наведених лица потписује завештање.

[62] J. Wilson, ***op. cit***, 363.

[63] ***Ibid***, 349.

захтев својеручне продукције завештања, наводи ауторе на закључак да социјални аспект физичке присутности завештајних сведока приликом сачињавања писменог завештања пред сведоцима представља битан фактор. Наиме, код сведочења на даљину, интеракција између сведока и завештаоца траје колико и сама веза, док код физичког присуства сведоци могу кроз разговор са завештаоцем пре или после записивања последње воље стећи утисак о његовој свести.[64]

Обавезно присуство завештајних сведока захтева се и код усменог завештања, с тим што су околности састављања ове врсте завештања битно другачије. Последња воља се може усмено изразити само када завештелац услед изузетних околности не може изјавити своју последњу вољу у некој другој допуштеној форми.[65] Изузетне околности се редовно тумаче као изненадна и непосредна опасност по живот завештаоца. Према важећем слову закона, присуство три сведока мора бити истовремено и физички непосредно. Међутим, околности под којима је допуштено прибећи сачињавању ове форме завештања наводе на размишљање да би се у будућности могла преиспитати нужност њиховог обавезног физичког присуства. С обзиром да обавеза присуства завештајних сведока датира из римског права, њихова улога огледала се у томе да као једино средство комуникације пренесу садржај усмено изнетог завештања. Дакле, функција сведочења је доказног карактера, јер у супротном не би било могуће сазнати за садржину завештања.[66] У данашње време, за разлику од раздобља римског права, средстава комуникације је сваким даном све више и она омогућавају да лица могу чулно опажати састављање завештања, чак и када нису физички присутна. Изнето добија на значају тим пре што се за пуноважност усменог завештања захтева да непосредна опасност мора да наступи изненада. У свим оним случајевима у којима би остваривање завештајне слободе било угрожено, јер лице није у прилици да обезбеди истовремено физичко присуство три сведока, њихово обавезно присуство би могло бити осигурано аудио-видео везом. Наведено размишљање првенствено је подстакла, али и потврдила последња светска пандемија, која је довела чак и до краткотрајних измена појединих регулатива у овом домену.[67] [68] Имајући у

---

[64] M. Stilinović, ***op. cit***, 520. Сличан став заступа и Д.Ђурђевић, ***op. cit***, 147, иако говори само о телефонској вези између сведока и завештаоца.

[65] Вид. чл. 110 ЗОН Србије.

[66] Видети такође и: P. Lamovec Hren, ***Will Formalities and Electronic Will***, 272-273; P. Scholz, ***op. cit***, 131.

[67] H. Grziwotz, ***op. cit***, 399 који такође говори о јавнобележничком завештању и условима под којима би се сматрало оправданим да јавни бележници путем аудио-видео везе учествују у процесу састављања споменутог завештања.

[68] Изменама је дозвољено обављање појединих радњи на даљину у хитним случајевима, као што су послови овере јавних бележника и сведочење. О томе које државе су измениле своје законе и у ком правцу, видети више код: M. Kimberly, ***op. cit***, 44-56.

виду наведено, убеђења смо да би сведочење на даљину, узимајући у обзир карактер и могућности аудио-видео везе и даље остваривало своју основну функцију, која је доказног карактера.[69]

Поједини аутори иду корак даље, наводећи да сачињавањем аудио односно видео завештања, технологија може у потпуности да замени улогу сведока код усменог завештања. Остављањем било гласовног, било визуелног записа своје последње воље са јасним упутствима где се оно налази и на који начин му се може приступити, елиминишу се мањкавости сведочења, с обзиром да завештајни сведоци из страха, непажње или зле намере могу погрешно пренети садржину завештања.[70] [71] Према ЗОН-у Србије, видео односно аудио запис изјаве последње воље не би представљао пуноважно завештање. Иако је основна улога завештајних сведока код усменог завештања доказног карактера, њиховим присуством се гарантује и непостојање било каквих неправилности и незаконитости приликом изјављивања последње воље, те сведочење о аутентичности завештања. Напуштање обавезности присуства одређеног броја сведока као формалног услова његове пуноважности у овом моменту није реално очекивати. Транзиција ка дигитализацији завештајног права је тек у свом зачетку и проћи ће дужи временски период пре него што се у оквирима домаћег правног поретка буде могло расправљати о пуноважности аудио односно видео записа као могућег начина располагања за случај смрти. Иако су познати примери из иностране судске праксе[72] где су аудио тј. видео завештања произвела правну снагу, разлог за то не произилази из чињенице што су она сматрана електронским завештањима услед чега би последично свако такво завештање било пуноважно, већ из резоновања судова да у конкретним случајевима формално мањкава завештања ипак могу да произведу дејство. У границама домаћег правног система, замисливо је да аудио односно видео запис послужи као корисно доказно

[69] P. Scholz, ***op. cit***, 131.

[70] P. Hren, ***The Forms of Wills in Slovenian Law and the Possibility of an Electronic Will***, 199. У наведеном раду се истиче да би се видео-звучни записи чак могли сматрати и писаним завештањима, ако би телесни носач на коме се налази аудио-видео запис био потписан сопственом руком оставиоца. Потпис не би био испод самог садржаја завештања, као што је уобичајено, но уколико би се запис и телесни носач на ком се запис налази посматрали као функционална и смислена целина, потпис би представљао саставни део завештања.

[71] Sasso, ***op. cit***, 190. Истиче супротно мишљење, према којем потпис на телесном носачу не би био потребан, нити пуноважан, већ би за пуноважност било довољно постарати се да се последња воља јасно и недвосмислено изјави у самом видео снимку како би се могао стећи утисак да је она слободна и озбиљна.

[72] Примери случајева из судске праксе где је као завештање суду предат видео запис: *Radford v White, Re Besanko, In the Estate of Peter Anthony Pitman, In the Estate of Grant Patrick Carrigan, IMO the estate of Bruce William Standish* (Аустралија) односно ДВД запис: *Re Estate of Wai Fun Chan, Estate of Wilden* (Аустралија), као и аудио запис: *Buckley v Holstedt* (Канада). Вид. M. Kimberly, op. cit, 18, 21.

средство којим би се утврђивала садржина усменог завештања састављеног у пуноважном облику.[73]

3.2. Јавни облици завештања

Јавни облици завештања такође могу бити редовни и ванредни, с тим да већи практични значај имају поједини редовни облици, пре свега, јавнобележничко и судско завештање, које састављају јавни бележници, односно судије. Она се у начелу сачињавају према истим правилима, с обзиром на то да законодавац предвиђа да се на судска завештања примењују правила која важе за састављање исправа, што спада у домен јавнобележничке надлежности.

Јавнобележничко завештање саставља се у облику јавнобележничког записа, према усменом казивању завештаоца у присуству јавног бележника. Изјава последње воље се уноси у исправу, чита завештаоцу, такође у присуству јавног бележника, након чега завешталац усмено признаје завештање и потписује га. Пре признавања и потписивања, завешталац може захтевати и да завештање лично прочита.[74] Наведени поступак, између осталог, служи да завешталац провери садржај свог располагања за случај смрти, како би се осигурао већи степен сигурности да је јавни бележник верно пренео завештаочево казивање. У смислу дигитализације јавнобележничког завештања вредна пажње су питања која се односе на начин састављања и чувања јавнобележничког завештања у електронском облику, могућност коришћења квалификованог електронског потписа, као и аудио-видео везе са јавним бележником приликом његовог састављања.

Како у нашем праву није дозвољено тајно завештање, које би подразумевало могућност завештаоца да донесе, односно пошаље већ припремљену садржину завештања јавном бележнику, могућност да се пред јавним бележником појави аудио или видео запис последње воље или откуцан односно написан текст на електронском медијуму, сведен је на минимум. Чак и када би то био случај, завешталац би поново морао да изложи садржину завештања

---

[73] M. Stilinović, ***op. cit***, 514. Тако је на пример, у Хрватској, аудио запис завештања коришћен као нацрт алографског завештања који је касније записан. Вид. Решење Županijског суда у Загребу, Gž-5980/17, наведено према: ***Ibid***, 513. На исти начин би се могле користити и фотографије записаног завештања. Вид. H. Grziwotz, ***op. cit***, 399.

[74] Вид. чл. 111а ЗОН Србије (јавнобележничко завештање), чл. 166-179 Закона о ванпарничном поступку (поступак за састављање исправа), *„Сл. гласник СРС"*, бр. 25/82 и 48/88 и *„Сл. гласник РС"*, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013. – др закон, 55/2014, 6/2015, 106/2015 – др закон и 14/2022, те чл. 63-69 Закона о јавном бележништву (облик јавнобележничке исправе), *„Сл. гласник РС"*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. закон, 93/2014 – др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015.

пред јавним бележником[75], па се сврха постојања таквог документа губи. Јавнобележничко завештање се свакако саставља у електронском облику, по правилу на рачунару, а за чување података о јавнобележничком завештању предвиђа се и електронски регистар завештања.[76] У погледу могућности употребе квалификованог електронског потписа, она је изричито законом искључена за јавнобележничко завештање, а сходно томе и за судско завештање.[77] Напослетку, доктрина је скептична у погледу могућности састављања јавнобележничког завештања путем аудио-видео комуникације. Према слову закона физичко присуство пред јавним бележником представља незаменљив услов, чак и када се у другим сферама дозвољава коришћење поменуте технологије.[78] За инкорпорисање ове могућности у домаћи правни систем, морало би доћи до изричитих законских измена у том правцу. Физичко присуство јавног бележника се захтева и због тога што он стиче и лични утисак о завештаоцу, његовом општем стању, држању и свести, чиме се не ограничава слобода завештања, иако се на први поглед може чинити другачије, већ се управо обрнуто, гарантује њена реализација.[79]

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА: У СУСРЕТ БУДУЋНОСТИ

Домашаји информационих технологија полако, али сигурно крче себи пут и у домену располагања за случај смрти, услед чега се завештајно право налази пред великим изазовом, а убеђени смо и променама. У циљу обезбеђења већих гаранција за реализацију слободе завештања, у српском праву постоји потреба за модернизацијом постојећих механизама састављања завештања, односно за реформом наследноправних норми о форми завештања, што је и скорашња глобална пандемија потврдила. Изнето, међутим не значи напуштање законом прописаних облика завештања, нити њихову потпуну замену новим, електронским формама завештања, већ потребу за нормативним преобликовањем постојећих прописа у правцу њиховог прилагођавања могућностима које дигитално доба носи.

---

[75] W. Litzenburger u ***BeckOK BGB***, 2019, § 2232 Rn. 4; W. Reimann, M. Bengel, J. Mayer, W. Voit, ***Testament und Erbvertrag***, 2015, § 2232 BGB, IV. Rn. 10, наведено према: Ch. Oertzen, H. Blasweiler, ***Wirksamkeit ausländischer digitaler Testamente in Deutschland***, Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis (ErbR), 10/2020, 696.

[76] Регистар завештања, https://ezavestanja.sud.rs/, датум посете: 10.03.2024. године.

[77] Вид. чл. 50, ст. 4 Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању.

[78] Тако је стање на пример у Италији и Немачкој. Вид. I. Sasso, ***op. cit***, 182, 183; H. Grziwotz, ***op. cit***, 399.

[79] ***Ibid***, 399.

Према ЗОН-у Србије електронско завештање није регулисано као посебан облик завештања, нити је у пракси до сада забележен случај његовог састављања. Међутим, чини се да унутар постојећег правног оквира, постоји простор за сачињавање појединих постојећих облика завештања уз помоћ дигиталних медијума. Према схватању аутора, пуноважност овако сачињених завештања не би требала бити довођена у питање. Ипак, с обзиром да би хипотетички случајеви који су били предмет анализе овог рада несумњиво представљали новину у пракси, не може се са сигурношћу тврдити да овако сачињеним завештањима судском одлуком не би била ускраћена правна дејства. Наиме, у српском праву, недостаци у погледу формалних услова немају за последицу апсолутну ништавост завештања, већ његову рушљивост, што значи да ће оно производити правно дејство уколико лица која имају правни интерес не иницирају поступак његовог поништења. На њима је да донесу одлуку да ли ће у законом предвиђеним роковима захтевати поништај завештања рушљивог због повреде облика и непоштовања услова одређених законом или то неће учинити. У последње споменутом случају, протеком рока у коме се завештање може побијати, долази до конвалидације овако сачињеног завештања. С друге стране, уколико би захтев за поништај био постављен, суд ће, без сумње, имати пред собом нимало једноставан задатак, који подразумева оцену да ли су у конкретном случају приликом сачињавања завештања били испуњени услови за његову пуноважност који се тичу облика у којима су предузете поједине радње.

Како правна дејства завештања састављених употребом електронских медијума, не би зависила од околности конкретног случаја и од воље правно заинтересованих лица, мишљења смо да је у српском законодавству у будућности потребно размислити о увођењу посебне форме завештања уз својеручну или предвидети посебну подврсту својеручног завештања, онда када је завештање написано електронском оловком по екрану који је осетљив на додир. Надаље, иако према садашњем стању има простора за тумачење одредбе у корист могућности употребе квалификованог електронског потписа код својеручног и писменог завештања пред сведоцима, става смо да је у погледу наведеног питања, а у циљу правне извесности, *de lege ferenda* потребно прецизно одредити однос Закона о наслеђивању и Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању. Када је реч о присуству завештајних сведока као битном елементу форме, у контексту могућности њиховог сведочења на даљину, односно путем аудио-видео везе, неопходно је правити разлику између редовних и изузетне форме приватног завештања. Схватања смо да би у свим оним случајевима у којима потенцијални завештелац који жели да сачини усмено завештање није у могућности да обезбеди истовремено физичко присуство три сведока, у циљу реализације Уставом гарантоване слободе

завештања, било оправдано законом прописати могућност обезбеђења њиховог присуства и путем аудио-видео везе. Најзад, у домену јавних облика завештања, у перспективи би се могло очекивати да би процес састављања јавнобележничког завештања или макар један његов део могао бити дигитализован, јер смо већ сада сведоци дигитализовања рада јавних бележника.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Литература:

Bridget J. Crawford, *Blockchain Wills*, Indiana Law Journal, vol. 95, 3/2020, str. 735-787.

Bridget J. Crawford, *Wills Formalities in the Twenty-First Century*, Wisconsin Law Review, 2019, str. 269-294.

Дејан Ђурђевић, *Институције наследног права*, Правни факултет у Београду, Београд, 2023.

Dubravka Klasiček, *21st Century Wills*, Pravni vjesnik, vol. 35, 2/2019, стр. 29-48.

Irma Sasso, *Will Formalities in the Digital Age: Some Comparative Remarks*, The Italian Law Journal, vol. 4, 1/2018, str. 169-193.

Jacob C. Wilson, Electronic Wills: Why Would Georgia Choose to Delay the Inevitable?, Mercer Law Review, vol. 73, 1/2021, str. 337-364.

Јелена Видић, Милица Ковачевић, *О појединим питањима завештајног наслеђивања у српском праву – de lege ferenda (I део)*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/2023, стр. 161-188.

Јелена Видић Трнинић, *Олографски и алографски тестамент у српском и упоредном праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4/2016, 1251–1279.

John H. Langbein, *Substantial Compliance with the Wills Act*, Harvard Law Review, vol. 88, 3/1975, str. 489-531.

Marko Stilinović, *Testamentary Dispositions in the Context of Global Pandemic*, EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC) – vol. 5, 2021: EU 2021 – The Future of the EU in and after the Pandemic, str. 501-525.

Martin Kimberley, *Technology and Wills – The Dawn of a New Era*, COVID-19 special edition, STEP (Digital Assets special interest group), 2020.

Наташа Стојановић, *Наследно право*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2022.

Оливер Антић, Зоран Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Номос, Београд, 1996.

Petra Lamovec Hren**,** *Will Formalities and Electronic Will*, Collection of Papers from online International Academic Conference of PhD. Students and Young Researchers, 2021, str. 270-277.

Petra Hren, *The Forms of Wills in Slovenian Law and the Possibility of an Electronic Will*, Pravni Letopis, 187/2017, str. 187-202.

Philipp Scholz, *Digitales Testieren – Zur Verwendung digitaler Technologien beim eigenhändigen und Nottestament de lege lata et ferenda*, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), vol. 219, 1/2019, str. 100-137.

Scott S. Boddery, *Electronic Wills: Drawing a Line in the Sand against their Validity, Real Property*, Trust And Estate Law Journal, vol. 47, 1/2012, str. 197-212.

Spencer Riegelman, *Conveying Estate Planning to the 21st Century: Adoption of Electronic Wills Legislation*, University of Saint Thomas Law Journal, vol. 18, 1/2022, str. 208-228

Suzanne Brown Walsh, Turney P. Berry, *Electronic Wills Have Arrived*, Estate planning and taxation, 12/2020, str. 12-15

Тамара Ђурђић Милошевић, *Електронски тестаменти*, Зборник радова – Садашњост и будућност услужног права, Крагујевац, 2022, стр. 405-414.

Herbert Grziwotz, *Die Digitalisierung in Erbrecht*, Monatschrift für Deutches Recht (MDR), 7/2023, str. 397-403.

Christian von Oertzen, Helen Blasweiler, *Wirksamkeit ausländischer digitaler Testamente in Deutschland*, Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis (ErbR), 10/2020, 696-700.

Cyril Hergenröder, *Testieren 2.0: Errichtung eines digitalen eigenhändigen Testament mittels Touch- oder Smartpen?*, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV), vol. 25, 1/2018, str. 7-11.

Прописи:

Закон о наслеђивању, „Сл. гласник РС”, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015.

Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању, „Сл. гласник РС”, бр. 94/2017 и 52/2021.

Закон о ванпарничном поступку, „Сл. гласник СРС”, бр. 25/82 и 48/88 и „Сл. гласник РС”, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013. – др закон, 55/2014, 6/2015, 106/2015 – др закон и 14/2022.

Закон о јавном бележништву, „Сл. гласник РС“, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. закон, 93/2014 – др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015.

Интернет извори:

Developments in the Law – More Data, More Problems: What is an “Electronic Will”?, Harvard Law Review, vol. 131, 6/2018, str. 1790-1811, доступно на: https://harvardlawreview.org/print/vol-131/what-is-an-electronic-will/, датум посете: 01.03.2024. године.

Грађански законик Немачке, доступно на: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/, датум посете: 05.02.2024. године.

Јединствени закон о електронском завештању (*Uniformn Electronic Wills Act – UEWA*), доступно на: https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-60?CommunityKey=a0a16f19-97a8-4f86-afc1-b1c0e051fc71&tab=librarydocuments, датум посете: 24.01.2024. године.

Званична интернет презентација Правне комисије Енглеске и Велса (*The Law Commission*), доступно на: https://lawcom.gov.uk/project/wills/, датум посете: 18.02.2024. године.

Статут Флориде из 2021. године (*2021 Florida Statutes*), доступно на: https://www.flsenate.gov/Laws/Statutes/2021/Chapter117/All, датум посете: 20.02.2024. године.

Википедија (*Wikipedia*), https://en.wikipedia.org/wiki/Digital_native, датум посете: 25.02.2024. године.

Регистар завештања, https://ezavestanja.sud.rs/, датум посете: 10.03.2024. године.

Jelena Đ. Vidić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
J.VidicTrninic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-7471-2981

Milica S. Kovačević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Kovacevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-7310-743X

On Certain Issues of Testamentary Inheritance in Serbian Law – *de lege ferenda* (Part II)

Abstract: *For the valid creation of a will as a legal transaction mortis causa, a necessary condition is to be expressed in one of the legally recognized forms. The requirement of form dates back to Roman law, where formal prerequisites were given different functions. The article tries to determine whether and in what way the formal requirements of certain will types can be adapted to the development of information technologies, while examining the positive legal regulations. Analyzing the existing legislative activity focused on wills drawn up in electronic form and the current opinions in the doctrine, the authors try to assess whether will, in whose composition some type of electronic medium was used, could produce legal effects according to the current rules of Serbian law, as well as to propose de lege ferenda solutions on the legislative level in that direction.*

Keywords: *electronic will, testamentary inheritance, electronic signature, audio-video link.*

Датум пријема рада: 04.02.2024.
Датум достављања коначне верзије рада: 08.05.2024.
Датум прихватања рада: 13.05.2024.

Оригиналан научни рад 339.137.2:061.1EU
doi:10.5937/zrpfns58-48792

Сандра С. Фишер Шобот
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-9591-0637

ОДРЕЂИВАЊЕ МИНИМАЛНИХ И ФИКСНИХ ЦЕНА У ДАЉОЈ ПРОДАЈИ У ВЕРТИКАЛНИМ СПОРАЗУМИМА У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*

Сажетак: *Одређивање цена у даљој продаји представља посебну врсту вертикалног ограничења у вертикалном споразуму, у којем учесник који послује на узводном тржишту одређује, контролише или ограничава цену по којој ће његов купац даље продавати робу. Према Уредби 2022/720 о примени члана 101 став 3 Уговора о функционисању Европске уније на категорије вертикалних споразума и усаглашених пракси изузеће се не примењује на вертикалне споразуме који директно или индиректно, самостално или у комбинацији са другим факторима под контролом страна имају за циљ ограничавање права купца да слободно одређује продајну цену, што не искључује могућност да добављач одреди максималну продајну цену или препоручи продајну цену, под условом да није реч о фиксним или минималним продајним ценама које су последица притиска или подстицаја било које стране. Одређивање минималних или фиксних цена у даљој продаји представља тешко ограничење, а споразуми који га садрже не могу уживати погодности групног изузећа из чл. 2 Уредбе 2022/720.*

Предмет анализе у раду је правно регулисање вертикалних споразума у којима је утврђена минимална или фиксна цена у праву конкуренције Европске уније, као и начини одређивања таквих цена у даљој продаји. Проблем ће бити сагледан разматрањем релевантних извора права, праксе Европске комисије и Суда правде Европске уније и доктринарних схватања.

* Рад је настао као резултат истраживања у 2023. години у оквиру Пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Кључне речи: *рестриктивни споразуми, вертикални споразуми, одређивање цена у даљој продаји, минимална цена, фиксна цена.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Одређивање цена у даљој продаји представља посебну врсту вертикалног ограничења у вертикалном споразуму у којем учесник који послује на узводном тржишту одређује, контролише или ограничава цену по којој ће учесник који послује на низводном тржишту и који је његов купац даље продавати робу.[1] Одређивање цена робе у даљој продаји представља ценовно ограничење.

Постоје различити механизми утврђивања цена у даљој продаји. Прво, у вертикалном споразуму може бити тачно утврђена, односно фиксирана цена или ниво цена који се мора поштовати приликом стављања робе у промет. Друго, споразумом може бити одређена минимална цена, што значи да купац робу не сме стављати у промет по цени нижој од одређене. Треће, могуће је да буде утврђена максимална цена, чиме се одређује највиши износ цене по којој роба може даље да се продаје. Коначно, постоје и тзв. препоручене цене које представљају необавезујућу препоруку за купца у погледу цене. Дакле, учесник који послује на узводном тржишту (произвођач, продавац, добављач) цену у даљој продаји може одредити тако што ће је фиксирати, одредити минималну, максималну или препоручену цену.[2]

Будући да одређивање цена у даљој продаји може имати различите ефекте на конкуренцију на тржишту, у економској теорији је ово питање било предмет бројних расправа, па можемо закључити да не постоји јединствен став о економским ефектима оваквог поступања на тржишту.[3] Истиче се да одређивање цена у даљој продаји, па и минималних, некада може имати позитивне ефекте на конкуренцију на тржишту.[4] Таква ситуација би постојала у случају увођења новог производа на тржиште.[5] Краткорочно одређивање цене робе у даљој продаји може бити снажан подстицај за дистрибутере или

---

[1] Упор. OECD, *Roundtable on Resale Price Maintenance*, DAF/COMP(2008)37, 2009, 9.

[2] Вид. Драган Лончар, Филип Стојановић, Љубица Пјевовић, „Упоредна економско-правна анализа вертикалних рестриктивних споразума са фокусом на одређивање цена у даљој продаји“, *Ревија Копаоничке школе природног права*, 1/2023, 29.

[3] У теорији вид. више Luc Peeperkorn, „Resale price maintenance and its alleged efficiencies“, *European Competition Journal*, June 2008, Vol. 4 No. 1, 205-212.

[4] Вид. више OECD, *Roundtable on Resale Price Maintenance*, 9-11. Вид. пара. 197 Смерница о вертикалним ограничењима.

[5] Вид. Valentine Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice,* Portland, Oregon 2004, 283.

продавце да унапреде продају производа интензивним рекламирањем и промоцијом (тзв. неценовна конкуренција).[6] Такође, утврђивање цена може отклонити проблем слепог путника у претпродајним промотивним активностима (нпр. консултације, тест вожње и сл.).[7] С друге стране, постоје мишљења у доктрини да одређивање цена у даљој продаји има негативне последице не само на пословање учесника на тржишту који се налазе низводно од добављача, него да оваква врста утврђивања цена негативно утиче и на конкуренцију на узводном нивоу између више добављача, као и да вештачка транспарентност цена представља добру основу за хоризонталне споразуме између трговаца.[8] Осим тога, став је неких теоретичара да споразуми о одређивању цена у даљој продаји доводе до виших цена за потрошаче и да ограничавају додатне користи за потрошаче у виду могућности продаваца да нуде попусте или промоције.[9]

С обзиром на то да фиксирање цена, као и уговарање минималних цена у даљој продаји може потенцијално имати бројне штетне ефекте на конкуренцију између робних марки (енгл. *inter-brand*) и конкуренцију унутар робне марке (енгл. *intra-brand*),[10] те негативно утицати на благостање потрошача, оно се у праву конкуренције, по правилу, сматра недозвољеним. С друге стране, максималне и препоручене цене нису забрањене *per se*, него само ако представљају прикривене минималне или фиксиране цене.

Предмет рада јесте анализа правног третмана рестриктивних вертикалних споразума у којима је утврђена фиксна или минимална цена у праву конкуренције Европске уније, као и начини одређивања цена у даљој продаји. Проблем ће бити сагледан разматрањем релевантних извора права, праксе Европске комисије и Суда правде Европске уније и доктринарних схватања.

---

[6] Vlatka Butorac Malnar, Jasminka Pecotić Kaufman, Siniša Petrović, Dubravka Akšamović, Marijana Liszt, *Pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora*, Zagreb 2021, 286; вид. више Д. Лончар, Ф. Стојановић, Љ. Пјевовић, 40.

[7] Moritz Lorenz, *An Introduction to EU Competition Law*, Cambridge 2013, 163.

[8] Helmuth Schröter, Thinam Jakob, Robert Klotz, Wolfgang Mederer (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht – Grosskommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2014, 617; упор. V. Korah, 283; Nikolaos E. Zevgolis, „Resale price maintenance (RPM) in European competition law: legal certainty versus economic theory?", *European Competition Law Review*, 2013, 34(1), 25, 26. Вид. више OECD, *Roundtable on Resale Price Maintenance*, 12; George P. Kyprianides, „Should resale price maintenance be per se illegal?", *European Competition Law Review*, 2012, 33(8), 380; M. Lorenz, 164.

[9] Вид. више код Д. Лончар, Ф. Стојановић, Љ. Пјевовић, 41.

[10] Вид. пара. 196 Смерница о вертикалним ограничењима (*Guidelines on Vertical Restraints*), OJ C 248/01, 30.6.2022. У теорији вид. више Richard Whish, David Bailey, *Competition Law,* 9th edition, Oxford 2018, 1324.

2. ПРАВНО РЕГУЛИСАЊЕ ОДРЕЂИВАЊА МИНИМАЛНИХ И ФИКСНИХ ЦЕНА У ДАЉОЈ ПРОДАЈИ У ВЕРТИКАЛНИМ СПОРАЗУМИМА

Основни извори права којима је регулисано одређивање цена у даљој продаји су Уговор о функционисању Европске уније[11] (даље: УФЕУ) и Уредба 2022/720 о примени члана 101 став 3 Уговора о функционисању Европске уније на категорије вертикалних споразума и усаглашених пракси[12] (даље: Уредба 2022/720). Према одредби чл. 101(1)(а) УФЕУ забрањени су као неспојиви са унутрашњим тржиштем сви споразуми између учесника на тржишту, одлуке удружења учесника на тржишту и усаглашене праксе који могу утицати на трговину између држава чланица и који имају за циљ или последицу спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције на унутрашњем тржишту, а нарочито они којима се непосредно или посредно утврђују куповне или продајне цене или други услови трговине. Дакле, у праву конкуренције ЕУ забрањени су споразуми којима се непосредно или посредно утврђују куповне или продајне цене.

Уредба 2022/720 регулише групно изузеће вертикалних споразума од забране из горе наведеног члана 101(1) УФЕУ и прописује под којим условима рестриктивни вертикални споразуми могу бити изузети од забране. Такође, значајан извор су и Смернице о вертикалним ограничењима, којима су утврђена начела за оцену вертикалних споразума и усаглашених пракси у складу са чланом 101 УФЕУ и Уредбом 2022/720.[13] Основни циљ Смерница је да се учесницима на тржишту пружи помоћ при самопроцени вертикалних споразума.[14]

У члану 4 Уредбе 2022/720 наведена су ограничења која искључују погодност групног изузећа – тешка ограничења (енгл. *hardcore restrictions*). Дакле, уколико споразум садржи једно или више тешких ограничења не може бити изузет од забране на основу правила из Уредбе 2022/720, чак и ако је у питању само једна клаузула у споразуму.

Изузеће се, између осталог, не примењује на вертикалне споразуме који директно или индиректно, самостално или у комбинацији са другим факторима под контролом страна имају за циљ ограничавање права купца да слободно одређује продајну цену, што не искључује могућност да добављач

---

[11] Уговор о функционисању Европске уније (*Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union*; даље у фуснотама: УФЕУ), OJ C 202/47, 7. 6. 2016.

[12] *Commission Regulation (EU) 2022/720 of 10 May 2022 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices*, OJ L 134, 11. 5. 2022 (даље у фуснотама: Уредба 2022/720).

[13] Вид. пара. 1 Смерница о вертикалним ограничењима.

[14] Вид. пара. 2 Смерница о вертикалним ограничењима.

одреди максималну продајну цену или препоручи продајну цену, под условом да није реч о фиксним или минималним продајним ценама које су последица притиска или подстицаја било које стране.[15] Наведено тешко ограничење из чл. 4(а) Уредбе 2022/720 односи се на утврђивање цене у даљој продаји (енгл. *resale price maintenance*, нем. *die Preisbindung der zweiten Hand*), односно на споразуме који директно или индиректно имају за циљ да ограниче право купца да одређује своју продајну цену, укључујући споразуме којима се одређује фиксна или минимална продајна цена које се купац мора придржавати. Захтев да купац своју продајну цену одреди у одређеном распону представља утврђивање цене у даљој продаји у смислу чл. 4(а) Уредбе 2022/720.[16]

У праву конкуренције Европске уније заузет је став да одређивање фиксних и минималних цена представља тешко ограничење, те да вертикални споразуми са таквим одредбама не могу уживати погодности групног изузећа. Међутим, чињеница да у споразуму постоји тешко ограничење не значи да учесници на тржишту не могу доказивати да њихов споразум испуњава услове из чл. 101(3) УФЕУ, него значи да такав споразум не може бити изузет од забране на основу правила садржаних у Уредби 2022/720.

У Смерницама о вертикалним ограничењима изричито је истакнуто да тешка ограничења нису нужно обухваћена пољем примене члана 101(1) УФЕУ, односно да у одређеним случајевима тешко ограничење може бити објективно потребно за спровођење одређеног вертикалног споразума,[17] те да учесници на тржишту могу доказивати да њихов споразум испуњава услове из члана 101(3) УФЕУ и да има позитивне ефекте на конкуренцију на тржишту.[18] Могуће је, на пример, да фиксирање цена буде потребно приликом увођења новог производа на тржиште или код краткорочних посебних понуда у систему франшизинга.[19] Наведено је веома значајно из два разлога. Прво, јер указује на став Европске комисије да не постоји могућност да се утврђивање цена робе у даљој продаји нађе ван домашаја забране из члана 101(1) УФЕУ, него да је, само у појединачним случајевима, могуће позивање на економску ефикасност и доказивање испуњености услова из члана 101(3) УФЕУ.[20] И друго, уколико споразум садржи ово тешко ограничење он неће моћи да ужива погодности групног изузећа, али то не значи да исти не испуњава услове из члана 101(3) УФЕУ.

[15] Чл. 4(а) Уредбе 2022/720.

[16] Вид. пара. 185 Смерница о вертикалним ограничењима.

[17] Вид. пара. 180 Смерница о вертикалним ограничењима.

[18] Вид. пара 181 Смерница о вертикалним ограничењима. У теорији вид. Nikolaos E. Zevgolis, 25; Luc Peeperkorn, 203.

[19] Вид. више Rainer Bechtold, Wolfgang Bosch, Ingo Brinker, *EU-Kartellrecht*, München 2014, 415.

[20] Упор. Frank Wijckmans, Filip Tuytschaever, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, 2nd edition, Oxford 2011, 139.

3. ПОСТОЈАЊЕ ВЕРТИКАЛНОГ СПОРАЗУМА

О одређивању минималних или фиксних цена у даљој продаји у вертикалним споразумима можемо говорити само под условом да постоји споразум учесника на тржишту у смислу члана 101 УФЕУ и члана 1(1)(а) Уредбе 2022/720,[21] односно да постоји сагласност воља барем две стране, док је начин и облик у ком је исказана воља страна без значаја.[22] Према ставу Европске комисије довољно је да стране искажу заједничку намеру да се на тржишту понашају на одређени начин.[23] Притом могуће је да једна страна дефинише начин поступања, а да се друга страна са тим изричито или прећутно сагласи.[24] У пресуди у предмету *Bayer*, Суд правде се изјаснио о прећутном закључењу споразума из чл. 101(1) УФЕУ (раније чл. 85(1) Уговора о ЕЗ) и истакао да је нужно да манифестација жеље једне уговорне стране да постигне противконкурентски циљ представља позив другој страни, изричит или прећутан, да испуне тај циљ заједно, а то се још више примењује када такав уговор на први поглед није у интересу друге стране.[25]

О наведеном је Суд правде заузео став и у пресуди у предмету *Super Bock*,[26] коју је донео у јуну 2023. године. У овом предмету Суд правде је одлучивао о претходном питању (енгл. *preliminary ruling*) по захтеву суда из Португала. Наиме, привредно друштво Super Bock, познати произвођач безалкохолних пића и пива, је у периоду од 2006. до 2017. редовно и уопштено, свим дистрибутерима одређивало услове пословања које су они морали да поштују при препродаји производа набављених од Super Bock. Конкретно, друштво Super Bock је одредило минималне препродајне цене како би осигурало задржавање стабилног и усклађеног минималног нивоа цена на целом националном тржишту.[27] Одељење за продају је сваког месеца доносило ценовник минималних препродајних цена, који је потом дистрибутерима саопштаван усмено или писаним путем преко електронске поште. Дистрибутери су, такође, имали обавезу обавештавања друштва Super Bock о реализованој продаји, као и о наплаћеним ценама. На тај начин је успостављена

---

[21] О појму вертикалног споразума вид. више Сандра Фишер Шобот, „Појам вертикалног споразума и вертикалног ограничења у Уредби 2022/720 о групном изузећу вертикалних споразума“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* 1/2023, 195-201.

[22] С. Фишер Шобот, 196 и фн. 36. Вид. пара. 53 Смерница о вертикалним ограничењима.

[23] Вид. пара. 53 Смерница о вертикалним ограничењима.

[24] Вид. пара. 54 Смерница о вертикалним ограничењима.

[25] Вид. пресуду у предмету C 2/01P *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV and Commission of the European Communities v Bayer AG*, ECLI:EU:C:2004:2, пара. 102.

[26] C 211/22, *Super Bock Bebidas SA, AN, BQ v Autoridade da Concorrência*, ECLI:EU:C:2023:529 (даље у фуснотама: предмет *Super Bock*).

[27] Вид. пресуду у предмету *Super Bock*, пара. 13.

контрола над учесницима у систему дистрибуције. Оним дистрибутерима који нису поштовали цене је претила „одмазда“ у облику укидања финансијских подстицаја, као и прекида снабдевања и обнављања залиха.[28]

Суд из Португала је тражио појашњење појма „споразум“ како би могао да утврди да ли постоји споразум између друштва Super Bock и његових дистрибутера.[29] У пресуди се Суд правде изјаснио на околност да ли постоји споразум када добављач својим дистрибутерима намеће минималне препродајне цене производа које ставља на тржиште. Друштво Super Bock је својим дистрибутерима редовно слало ценовнике минималних препродајних цена и маржи дистрибутера, којих су се они у пракси придржавали. Чак су понекад дистрибутери тражили да се такве цене наведу или су се жалили друштву Super Bock на цене које су им послате, уместо да примењују друге цене. Коначно, подаци о минималним препродајним ценама праћени су путем механизма надзора цена, а непоштовање таквих цена могло је да доведе до мера одмазде и примене негативних маржи.[30] Суд правде је истакао да је за постојање споразума довољно да су предметни учесници на тржишту изразили заједничку вољу да се на тржишту понашају на одређени начин,[31] те да сагласна воља страна може произлазити из одредби предметног уговора о дистрибуцији, када садржи изричит позив на поштовање минималних препродајних цена или барем допушта добављачу да наметне такве цене, као и из понашања страна, а нарочито из евентуалног изричитог или прећутног пристанка дистрибутера на позив на поштовање минималних цена.[32]

У пресуди је Суд правде изнео став да чињеница да добављач дистрибутерима редовно шаље ценовнике у којима су наведене минималне цене, које је он утврдио, и марже дистрибутера, те чињеница да тај добављач од дистрибутера захтева да поштују те цене, што он и надзире, јер у противном им прете мере одмазде, а ако се те мере не поштују, и примена негативних маржи, могу такође довести до закључка да тај добављач својим дистрибутерима настоји наметнути минималне препродајне цене. Иако се чини да те чињенице саме по себи одражавају очигледно једнострано поступање наведеног добављача, ситуација је другачија ако дистрибутери поштују те цене. С тим у вези, околности да се дистрибутери у пракси придржавају минималних препродајних цена или да траже да се оне наведу те, иако се на наведене цене жале добављачу, самоиницијативно не примењују друге цене,

[28] Вид. пресуду у предмету *Super Bock*, пара. 14.

[29] Вид. пресуду у предмету *Super Bock*, пара. 44 и 45.

[30] Вид. пресуду у предмету *Super Bock*, пара. 46.

[31] Вид. пресуду у предмету *Super Bock*, пара. 47. Вид. пресуду у предмету C 306/20, *SIA „Visma Enterprise” v Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2021:935, пара. 94; пресуду у предмету C 450/19, *Kilpailu- ja kuluttajavirasto*, ECLI:EU:C:2021:10, пара. 21.

[32] Вид. пресуду у предмету *Super Bock*, пара. 50.

могу бити такве да одражавају пристанак дистрибутера на то да добављач одређује минималне препродајне цене.[33]

Дакле, за постојање споразума није довољно да добављач унилатерално одреди минималне цене које дистрибутер треба да примењује, него је потребно и да дистрибутери те цене поштују, док сагласност воља може произлазити како из уговора о дистрибуцији, тако и из понашања страна, а нарочито из евентуалног изричитог или прећутног пристанка дистрибутера на поштовање минималних цена у даљој продаји.[34]

4. ОДРЕЂИВАЊЕ МИНИМАЛНИХ И ФИКСНИХ ЦЕНА У ДАЉОЈ ПРОДАЈИ

Као што смо већ навели, о одређивању цена робе у даљој продаји можемо говорити када се дистрибутеру или купцу робе ограничава или ускраћује право да слободно одреди цену по којој ће робу, коју је купио од добављача, продавати својим купцима. Ово тешко ограничење, према томе, није повезано са ценом коју дистрибутер плаћа добављачу, односно купац продавцу, него са ценом робе у даљој продаји коју одређује дистрибутер, односно купац.

Одређивање минималних или фиксних цена у даљој продаји постоји уколико купац има обавезу да поштује фиксну или минималну малопродајну цену или фиксирани или одређени ниво цене.[35] На тај начин је купцу онемогућено да робу продаје по ценама нижим од одређене цене или одређеног нивоа цене. Притом, појам цене укључује све компоненте цена, нарочито одређене попусте и рабате.[36] Према томе, одређивање цена обухвата не само директно или индиректно утврђивање коначних (крајњих) цена, већ и свих фактора који утичу на цену.[37] У том смислу предвиђање специфичне шеме обрачуна или одређених предлога цена такође ограничава могућност купца да самостално одреди продајну цену. Такође, није дозвољено да се купцу одређује износ марже, износ попуста или рабата.[38]

Утврђивање минималних или фиксних цена може се извршити на различите начине, односно обухвата различита поступања учесника на тржишту, која могу имати у мањој или већој мери очигледну везу са утврђивањем

[33] Вид. пресуду у предмету *Super Bock*, пара. 52.

[34] Вид. пресуду у предмету *Super Bock*, пара. 53.

[35] Вид. F. Wijckmans, F. Tuytschaever, 140; Alison Jones, Brenda Sufrin, Niamh Dunne, *Jones & Sufrin's EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, Oxford 2019, 792.

[36] Ernst-Joachim Mestmäcker, Heike Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München 2014, 321.

[37] Вид. Volker Emmerich, *Kartellrecht*, München 2008, 83. R. Bechtold, W. Bosch, I. Brinker, 415.

[38] R. Bechtold, W. Bosch, I. Brinker, 415.

цене у даљој продаји на тржишту.[39] Притом за примену чл. 4(а) Уредбе 2022/720 није од значаја да ли је ограничење постигнуто директно (нпр. изричито је уговорено) или индиректно (нпр. давањем одређених подстицаја, бонуса, попуста или је условљено поступањем у складу са ограничењем), као ни да ли је у питању појединачно ограничење или оно произлази из комбинације различитих фактора.[40]

У Смерницама о вертикалним ограничењима нагласак је на елементима који могу да представљају директно или индиректно ограничавање права купца да одреди цену у даљој продаји. Насупрот томе, Смернице не наводе који поступци у вези са одређивањем цена би се могли сматрати дозвољеним.[41]

4.1. Директно одређивање минималне или фиксне цене у даљој продаји

Из чл. 4(а) Уредбе 2022/720 произлази да ће тешко ограничење постојати уколико се споразумом директно ограничи право купца да слободно одреди цену робе у даљој продаји, што значи да добављач директно одређује цену по којој ће купац даље продавати његову робу на низводном тржишту.

О директном одређивању минималне или фиксне препродајне цене робе можемо говорити у следећим случајевима. Прво, уколико постоји уговорна одредба у којој је одређена цена по којој купац мора даље продавати робу.[42] Добру илустрацију наведеног налазимо у предмету *Guess*.[43] Европска комисија је покренула поступак против привредног друштва Guess, које је закључивало уговоре о селективној дистрибуцији који су, између осталог, имали за циљ да дистрибутере ограниче у томе да независно одређују цене робе у даљој продаји.[44] Тачка 11 Општих услова продаје, који су представљали саставни део уговора о селективној дистрибуцији је гласила: „За сваки опсег узорка GUESS EUROPE ће утврдити минималну цену за продају јавности својих производа, путем „препорученог ценовника“ укључујући порез на додату вредност, са циљем стварања јединственог имиџа производа на тржишту. Купац преузима обавезу да продаје робу по ценама које су у складу са оним означеним у горе поменутом ценовнику. За непоштовање ове обавезе од стране Купца настаје обавеза накнаде штете и овлашћује се GUESS EUROPE да прекине свако будуће снабдевање.“[45] Иако се наводи да је основни

[39] Вид. Manuela Lupeanu, „Price Restrictions in Vertical Agreements: Benefits or Shortages and Possibility of Exemption“, *Romanian Competition Journal*, 1/2022, 76.

[40] Вид. чл. 4(а) Уредбе 2022/720. У теорији F. Wijckmans, F. Tuytschaever, 129.

[41] M. Lupeanu, 76.

[42] Вид. пара. 186 Смерница о вертикалним ограничењима.

[43] Одлука у предмету AT.40428 – *GUESS*, 17.12.2018.

[44] Вид. одлуку у предмету AT.40428 – *GUESS*, 17.12.2018, пара 2.

[45] Вид. одлуку у предмету AT.40428 – *GUESS*, 17.12.2018, пара. 84.

циљ одређивања цена робе у даљој продаји „стварање јединственог имиџа производа на тржишту“, Европска комисија је утврдила да је наведена одредба ограничила могућност дистрибутера Guess да одреде цене робе у даљој продаји и да наведено представља ограничење конкуренције по циљу у смислу чл. 101(1) УФЕУ.[46]

У Смерницама о вертикалним ограничењима као директно одређивање цене робе у даљој продаји препознати су и случајеви када је уговорено да је добављач овлашћен да одреди цену робе у даљој продаји, као и када се купцу забрањује продаја робе по цени која је нижа од утврђеног распона.[47] Коначно, став је Европске комисије да је ограничење јасно када добављач затражи повећање цене, а купац испуни тај захтев.[48]

4.2. Индиректно одређивање минималне или фиксне цене у даљој продаји

Одређивање минималне или фиксне цене у даљој продаји може се извршити индиректно. У Смерницама о вертикалним ограничењима наводе се примери индиректног одређивања минималне или фиксне цене робе у даљој продаји и то: одређивање препродајне марже, одређивање максималног износа попуста који дистрибутер може одобрити у складу са прописаним нивоом цене, одобравање рабата или накнада трошкова промоције од стране добављача под условом поштовања задатог нивоа цене, наметање минималних оглашених цена којима се дистрибутеру забрањује да оглашава цене ниже од нивоа који је одредио добављач, повезивање прописане препродајне цене с препродајним ценама конкурената, као и претње, застрашивање, упозорења, казне, одлагање или суспендовање испоруке или раскид уговора у случају непоштовања задатог нивоа цене.[49] Листа није коначна,[50] а у тексту који следи биће размотрени неки од начина индиректног одређивања препродајних цена.

У Смерницама о вертикалним ограничењима као први пример индиректног одређивања цена у даљој продаји наведено је одређивање (пре)продајне марже.[51] То подразумева да купац утврђује продајну цену тако што на цену по којој је купио робу додаје одређени износ или је увећава за одређени проценат.[52] У пресуди у предмету *Pedro IV* Суд правде је истакао да

[46] Вид. одлуку у предмету AT.40428 – *GUESS*, 17.12.2018, пара. 137.

[47] Вид. пара. 186 Смерница о вертикалним ограничењима.

[48] Вид. пара. 186 Смерница о вертикалним ограничењима. Вид. одлуку у предмету AT.40465 – *Asus*, 24.7.2018, пара. 28.

[49] Вид. пара 187 Смерница о вертикалним ограничењима.

[50] Вид. пара 187 Смерница о вертикалним ограничењима.

[51] Вид. пара 187(а) Смерница о вертикалним ограничењима.

[52] F. Wijckmans, F. Tuytschaever, 143.

слободно одређивање продајне цене неће постојати у случају када је купцу наметнута фиксна продајна маржа, од које не сме да одступи.[53]

Пример утврђивања продајне марже налазимо и у предмету *Yamaha*.[54] Европска комисија је изрекла казну од 2,56 милиона евра[55] јапанском друштву Yamaha које се бави производњом и продајом музичких инструмената и аудио уређаја. Уговори о дистрибуцији, које је Yamaha закључивала са својим дистрибутерима, су садржали клаузулу следеће садржине: „Yamaha преноси право на дистрибутера да продаје обое и фаготе специјализованим дилерима без уговора за обое и фаготе. Даља продајна цена тим дилерима биће израчуната на следећи начин: Ваша нето куповна цена*1,0877 = нето куповна цена дистрибутера".[56] Свим дистрибутерима је прослеђено циркуларно писмо са објашњењем да ова клаузула није обавезујућа.[57] Европска комисија је у својој одлуци навела да оваква клаузула има за циљ директно фиксирање продајних цена приликом продаје другим дилерима и вештачко усклађивање продајних цена и попуста између територија, и на тај начин ограничава или нарушава ценовну конкуренцију.[58] Yamaha је истицала да је формула била намењена дилерима у Аустрији који нису имали искуства у формирању цена на велепродајном нивоу, те да су у питању биле искључиво препоручене цене које никада нису биле примењене.[59] У одлуци Европска комисија је навела да је из саме формулације уговорне одредбе јасно да формула за израчунавање цене није представљала препоруку, него је имала за циљ директно фиксирање продајних цена. Надаље, за Комисију је била индикативна и чињеница да је Yamaha сматрала потребним да пошаље писмо са објашњењем да клаузула није била обавезујућа. Коначно, Европска комисија је закључила да такво поступање представља ограничење по циљу, независно од тога у којој мери је заиста и примењено.[60]

Вертикално фиксирање цена може се постићи и уговарањем, односно одређивањем максималног износа попуста који дистрибутер може одобрити у складу са прописаним износом цене.[61] То значи да дистрибутер приликом даље продаје робе може одобравати попусте, али је њихов максимални износ одређен од стране добављача. Уколико дистрибутер одступи од предвиђених износа попуста, по правилу, сноси одређене штетне последице. У горе поме-

[53] Вид. пресуду у предмету C 260/07 *Pedro IV Servicios Sl v Total Espana SA*, ECLI:EU:C:2009:215, пара. 78.

[54] Одлука Европске комисије у предмету COMP/37.975 PO – *Yamaha*, 16.7.2003.

[55] Вид. чл. 2 одлуке Европске комисије у предмету COMP/37.975 PO – *Yamaha*.

[56] Одлука Европске комисије у предмету COMP/37.975 PO – *Yamaha*, пара. 81.

[57] Одлука Европске комисије у предмету COMP/37.975 PO – *Yamaha*, пара. 82.

[58] Одлука Европске комисије у предмету COMP/37.975 PO – *Yamaha*, пара. 144.

[59] Одлука Европске комисије у предмету COMP/37.975 PO – *Yamaha*, пара. 145.

[60] Вид. одлуку Европске комисије у предмету COMP/37.975 PO – *Yamaha*, пара. 146.

[61] Вид. пара 187(б) Смерница о вертикалним ограничењима.

нутом предмету *Yamaha*, Yamaha је својим дистрибутерима послала циркуларно писмо у којем није забранила одобравање попуста, али је изричито забранила попусте изнад 15%.[62] Европска комисија је закључила да је овим ограничена могућност дилера да одреди своје продајне цене и истакла да пракса има за циљ фиксирање максималног износа попуста, и последично, минималног износа продајне цене, чиме се ограничава или нарушава конкуренција. Европска комисија је истакла да одређивање цене робе у даљој продаји може бити постигнуто и индиректним средствима, као што је фиксирање максималног износа попуста који дистрибутер може одобрити у односу на предвиђени износ цене. Надаље је у одлуци указала да ако Yamaha забрани попусте веће од 15%, онда заправо постоји обавеза поштовања минималне цене, коју чини препоручена цена умањена за 15%.[63] Дакле, иако је у овом случају била одређена препоручена цена Европска комисија је утврдила да се заправо радило у утврђивању цена робе у даљој продаји.

У другом предмету *Mercedes Benz*[64] Европска комисија је изрекла казну друштву DaimlerChrysler у износу од 71,8 милиона евра,[65] између осталог, и због ограничавања попуста за даљу продају робе. У априлу 1995. девет чланова белгијског удружења дилера Mercedes-Benz су се састали са управом Mercedes-Benz Belgium (MBBel) укључујући два директора и 8 чланова управе MBBel.[66] На састанку је разматрана „акција против смањења цена". Један од дилера је обавестио присутне да је та акција унапредила односе између дилера, док се други жалио на снижавање цене у пословницама Мерцедеса у Бриселу. Као резултат дискусије договорено је да ће екстерна агенција спровести тест куповине (*'ghost shopping*') да би се проверили попусти за W 210. Уколико би ово открило да су дилери одобравали попусте веће од 3% распоред возила за остатак 1995 би био смањен[67] и на тај начин би дилери били санкционисани.

Наметање минималних оглашених цена којима се дистрибутеру забрањује да оглашава цене ниже од нивоа који је одредио добављач такође се сматра врстом индиректног одређивања цена робе у даљој продаји (енг. *minimum advertised pricing*).[68] У наведеном случају дистрибутеру начелно није забрањено да робу продаје по ценама нижим од оглашених, али он нема могућност да потенцијалне купце обавести о доступним попустима, па се на тај начин

---

[62] Вид. одлуку Европске комисије у предмету COMP/37.975 PO – *Yamaha*, пара. 126.

[63] Вид. Одлуку Европске комисије у предмету COMP/37.975 PO – *Yamaha*, пара. 126.

[64] Одлука Европске комисије у предмету COMP/36.264 – *Mercedes-Benz*, OJ L 257, 25.9. 2002.

[65] Вид. одлуку Европске комисије у предмету COMP/36.264 – *Mercedes-Benz*, чл. 3.

[66] Вид. одлуку Европске комисије у предмету COMP/36.264 – *Mercedes-Benz*, пара. 115.

[67] Одлука Европске комисије у предмету COMP/36.264 – *Mercedes-Benz*, пара. 116.

[68] Вид. пара. 187(д) и 189 Смерница о вертикалним ограничењима.

уклања кључни параметар ценовне конкуренције између трговаца на мало.[69] Према томе, сматраће се да постоји тешко ограничење, када је дистрибутеру дозвољено да у свом продајном простору постави ниже цене робе, али те цене не сме да оглашава.[70]

Смернице о вертикалним ограничењима као један од начина за индиректно одређивање цена у даљој продаји препознају и ситуацију када постоји повезивање прописане препродајне цене с препродајним ценама конкурената.[71] У овом случају добављач не утврђује цене које купац треба да примењује у даљој продаји, али захтева од њега да своје цене усклади са ценама конкурената. Уколико се од купца захтева да робу не продаје по цени нижој од цена које наплаћују његови конкуренти или да у случају повећања цена од стране конкурената и он повећа своје цене постоји вертикално фиксирање цена у смислу чл. 4(а) Уредбе 2022/720.[72] Наведено је потврдио и Суд правде у пресуди у предмету *AEG-Telefunken*.[73] Наиме, AEG је успоставио систем селективне дистрибуције, који је према одлуци Европске комисије био неспојив са правилима Европске заједнице, па му је изрекла казну од милион екија (енгл. *European currency units*).[74] У пресуди се наводи да је споразум између ATF, зависног друштва AEG и Auchan, као дистрибутера био могућ под следећим условима, односно Auchan је био вољан да се придржава свих препоручених цена под условом да у граду где су производи продавани ниједна продавница не наплаћује ниже цене, у ком случају би морао да се поравна са њима.[75] Суд правде је закључио да је Auchan, да би добијао робу од Телефункена, био спреман да пристане на ограничење своје слободе да се ангажује у ценовној конкуренцији тиме што се уздржао од наплаћивања цена испод најниже цене коју су наплаћивали трговци у граду у ком су производи продавани.[76] У теорији се истиче да равнање цена са конкуренцијом, односно одлука учесника на тржишту да узме у обзир цене које наплаћују његови конкуренти представља интелигентно прилагођавање условима на тржишту и паралелно понашање које не представља повреду. Али ако је то усклађивање са ценама последица интервенције трећег лица (нпр. добављача), који утиче на цену или је дефинише тако што цену робе повезује са ценама

[69] Вид. пара 189 Смерница о вертикалним ограничењима.

[70] Вид. Frank Wijckmans, Filip Tuytschaever, Moritz Lorenz, Andreas Zellhofer, *Vertriebsverträge im Kartellrecht*, Wien 2019, 240.

[71] Вид. пара. 187(е) Смерница о вертикалним ограничењима.

[72] Вид. F. Wijckmans, F. Tuytschaever, 144.

[73] Пресуда у предмету 107/82, *AEG-Telefunken AG v Commission*, ECLI:EU:C:1983:293.

[74] Вид. пресуду у предмету 107/82, *AEG-Telefunken AG v Commission*, ECLI:EU:C:1983:293, пара. 4 уводних изјава.

[75] Вид. пресуду у предмету 107/82, *AEG-Telefunken AG v Commission*, пара. 90.

[76] Вид. пресуду у предмету 107/82, *AEG-Telefunken AG v Commission*, пара. 91.

својих конкурената, у питању је индиректно одређивање цена робе у даљој продаји[77] и тешко ограничење у складу са чланом 4(а) Уредбе 2022/720.

Претње, застрашивање, упозорења, казне, одлагање или суспендовање испоруке или раскид уговора у случају непоштовања задатог нивоа цене представљају такође специфичан облик индиректног вертикалног утврђивања цена.[78] Постоје бројни примери из праксе Европске комисије и Суда правде ЕУ[79]. На пример, у одлуци у предмету *Volkswagen* документи, које је Европска комисија узела у обзир приликом одлучивања, указивали су на то да су појединим дилерима стављани у изглед раскид уговора или правне мере ако не буду поштовали препоруке цена, док је другим дилерима указано да су „уговорне последице неизбежне“ осим уколико не промене своје понашање.[80]

У предмету *Asus*, Европска комисија је казнила Asus Computer GmbH и AsusTek Computer Inc. (у даљем тексту: Asus) са 58 милиона евра, а Asus France SARL и AsusTek Computer Inc. са 5 милиона евра[81] због тога што су повредили члан 101 УФЕУ тако што су ограничили могућност продаваца у малопродаји у Немачкој и Француској да независно одреде малопродајне цене робе.[82] Конкретно, у Немачкој су Asus производи продавани у отвореном дистрибутивном систему преко велепродаваца и продаваца на мало. У периоду од 2011-2017. Asus је развио и примењивао стратегију праћења цена и интервенција у вези са препродајним ценама продаваца на мало са циљем да се ниво цена одржи стабилним на нивоу препоручених препродајних цена (енгл. *recommended resale prices*).[83] Asus Computer GmbH из Немачке је према „непослушним“ партнерима, који више пута нису поштовали препоручени ниво цена, користио следеће претње и санкције: а) смањење или прекид испоруке; б) смањење или прекид посебних бонуса; в) искључење из одређених партнерских програма; и д) забрана коришћења Asus лого-а.[84] Asus је, на пример, једног од продаваца на мало искључио из програма бонуса јер се није ускладио са захтевима у погледу цена,[85] док је други био привремено искључен из премијум партнерског програма јер су његове препродајне цене биле наводно превише агресивне.[86]

---

[77] Nikolaos E. Zevgolis, 28.

[78] Вид. пара. 187(е) Смерница о вертикалним ограничењима.

[79] Вид. нпр. пресуду у предмету *Super Bock*, пара. 14.

[80] Вид. одлуку у предмету COMP/F-2/36.693 — *Volkswagen*, OJL 262/14, 2.10.2001, пара. 66.

[81] Вид. одлуку у предмету AT.40465 – *Asus*, 24.7.2018, чл. 2.

[82] Вид. одлуку у предмету AT.40465 – *Asus*, 24.7.2018, чл. 1.

[83] Одлука у предмету AT.40465 – *Asus*, 24.7.2018, пара. 26, 29.

[84] Вид. одлуку у предмету AT.40465 – *Asus*, 24.7.2018, пара. 68.

[85] Вид. одлуку у предмету AT.40465 – *Asus*, 24.7.2018, пара. 69.

[86] Вид. одлуку у предмету AT.40465 – *Asus*, 24.7.2018, пара. 70.

4.3. Систем праћења цена

Директна или индиректна средства за утврђивање цене у даљој продаји могу имати више ефекта у комбинацији са мерама за утврђивање дистрибутера који снижавају цене, као што су увођење система праћења цена или обавезивање трговаца на мало да пријаве чланове дистрибутивне мреже који одступају од стандардног нивоа цене.[87] Дакле, вертикално одређивање цена у даљој продаји може бити успешније када се механизми за одређивање цена комбинују са одређеним мерама које служе откривању дистрибутера који снижавају цене.

Систем праћења, поред тога што омогућава произвођачима да прате цене у својој дистрибутивној мрежи, трговцима на мало омогућава да прате цене својих конкурената.[88] У теорији се указује на то да успостављање система праћења цена, само по себи, не доказује постојање вертикалног утврђивања цена, јер Смернице о вертикалним ограничењима наводе да средства за одређивање цена у даљој продаји могу имати бољи ефекат уколико се комбинују са мерама надзора и праћења, али ништа више од тога.[89] Успостављање система праћења цена у дистрибутивној мрежи представља легитимно средство с обзиром на значај ценовне конкуренције. Према томе, уколико не постоје други докази да је купац, директно или индиректно, обавезан да поштује одређени минимални ниво цена, чињеница да је у једном систему дистрибуције успостављен систем праћења цена није довољна за примену чл. 4(а) Уредбе 2022/720.[90]

У савременим условима пословања праћење цена се све више спроводи у сектору е-трговине, у којем добављачи и трговци на мало често успостављају посебан софтвер за праћење цена. Њиме се повећава транспарентност цена на тржишту и омогућава произвођачима да успешно прате препродајне цене у својој дистрибутивној мрежи.[91]

Европска комисија је, на пример, казнила друштво Pioneer са више од 10 милиона евра јер је ограничило могућност продаваца на мало да одреде продајне цене робе у даљој продаји.[92] У релевантном периоду су сви продавци на мало пратили онлајн цене робе у даљој продаји и одмах су снижавали своје цене када би приметили да је неки од продаваца на мало снизио цене. Последично када би један продавац на мало снизио цену цело тржиште је у кратком року пратило то снижење. Свако смањење цена је праћено независно од величине онлајн продавца који је први снизио цену и независно

[87] Пара. 190 Смерница о вертикалним ограничењима. Исто тако, Nikolaos E. Zevgolis, 29.
[88] Пара. 191 Смерница о вертикалним ограничењима.
[89] F. Wijckmans, F. Tuytschaever, 145.
[90] F. Wijckmans, F. Tuytschaever, 145.
[91] Пара. 191 Смерница о вертикалним ограничењима.
[92] Вид. одлуку у предмету AT.40182 – *Pioneer*, 24.07.2018, чл. 1 и 2.

од нивоа услуге, услова испоруке, као и од тога да ли је конкретни продавац уопште односну робу имао на стању. Многи продавци на мало су користили софтверске програме који прате онлајн цене и аутоматски подешавали да се уклопе у најнижу цену која је доступна онлајн, често чак и без да је продавац знао за усклађивање цена.[93] Комисија је истакла да праћење цена и подешавање одређених софтвера увећавају ефекте интервенција у погледу цена, па је Pioneer праћењем продајних цена својих продаваца на мало и утичући на неколико трговаца на мало који су имали најниже цене да повећају цене, могао избећи смањење цена у целој онлајн продајној мрежи.[94]

У раније поменутом предмету *Asus*, праћење цена је вршено на различите начине, нарочито путем сајтова за поређење цена и, за неке категорије производа, коришћењем интерних софтверских програма за праћење који су омогућили друштву Asus да идентификује продавце на мало који су робу продавали по ценама испод жељеног нивоа. Asus је, такође, био обавештаван о продавцима на мало који примењују ниже цене путем притужби других продаваца на мало. Продавци на мало који нису поштовали жељени ниво цена би били контактирани од стране Asus и од њих је захтевано да повећају цене.[95] Продавци на мало који су продавали ове производе су у потпуности били свесни описане пословне политике и редовно су пристајали да препродајне цене одрже на одређеном нивоу или да их подигну на жељени ниво.[96]

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Сваки учесник на тржишту у сваком тренутку мора имати могућност да одреди цену по којој ће продавати робу, као и да у складу са условима на тржишту промени цену робе у било ком тренутку. Право на слободно одређивање цена по којима ће роба бити пласирана на тржиште, а нарочито право учесника на тржишту да снизи цену представља кључни аспект ценовне конкуренције.

Вертикални споразуми који директно или индиректно имају за циљ да ограниче право купца да одреди своју продајну цену, укључујући и споразуме којима се одређује фиксна или минимална цена које се купац мора придржавати, представљају споразуме у којима постоји тешко ограничење које се односи на утврђивање цене у даљој продаји. Ово тешко ограничење је усмерено на ограничавање, пре свега, *intra-brand* конкуренције.

---

[93] Вид. одлуку у предмету AT.40182 – *Pioneer,* 24.07.2018, пара. 136.

[94] Вид. одлуку у предмету AT.40182 – *Pioneer*, 24.07.2018, пара. 155. Исто тако, вид. одлуку у предмету AT.40469 – *Denon & Marantz*, 24.7.2018, пара. 95.

[95] Вид. одлуку у предмету AT.40465 – *Asus*, 24.7.2018, пара. 27.

[96] Вид. одлуку у предмету AT.40465 – *Asus*, 24.7.2018, пара. 28.

О одређивању минималних цена и фиксирању цена, као тешком ограничењу, можемо говорити само под условом да постоји споразум учесника на тржишту о томе, односно да постоји сагласност воља барем две стране. Споразум постоји и ако једна страна дефинише начин поступања, а друга се са тим изричито или прећутно сагласи.

Одређивање минималних цена и фиксирање цена у даљој продаји може се остварити директно или индиректно, а обухвата различита поступања учесника на тржишту, која некад могу недвосмислено указивати на постојање овог тешког ограничења, док некад веза са утврђивањем цене у даљој продаји може бити мање очигледна. У сваком случају ово тешко ограничење може имати већи ефекат уколико се комбинује са различитим системима праћења цена, који имају за циљ откривање „непослушних" учесника на тржишту. Европска комисија данас посебну пажњу усмерава на сектор е-трговине у којем добављачи и трговци на мало често успостављају посебне софтвере за праћење цена. Овакви системи праћења цена повећавају транспарентност цена на тржишту и као такви представљају уобичајену пословну праксу, али представљају и значајно средство контроле које може да послужи и за контролу поступања у складу са одређеним минималним или фиксним ценама.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Коришћена литература

Alison Jones, Brenda Sufrin, Niamh Dunne, *Jones & Sufrin's EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, Oxford 2019.

Valentine Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Portland, Oregon 2004.

Vlatka Butorac Malnar, Jasminka Pecotić Kaufman, Siniša Petrović, Dubravka Akšamović, Marijana Liszt, *Pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora*, Zagreb 2021.

Volker Emmerich, *Kartellrecht*, München 2008.

George P. Kyprianides, „Should resale price maintenance be per se illegal?", *European Competition Law Review*, 2012, 33(8), 376-385.

Драган Лончар, Филип Стојановић, Љубица Пјевовић, „Упоредна економско-правна анализа вертикалних рестриктивних споразума са фокусом на одређивање цена у даљој продаји", *Ревија Копаоничке школе природног права*, 1/2023, 27-44.

Ernst-Joachim Mestmäcker, Heike Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Auflage, München 2014.

Luc Peeperkorn, „Resale price maintenance and its alleged efficiencies", *European Competition Journal*, June 2008, Vol. 4 No. 1, 201-212.

Manuela Lupeanu, „Price Restrictions in Vertical Agreements: Benefits or Shortages And Possibility of Exemption", *Romanian Competition Journal*, 1/2022, 72-79.

Moritz Lorenz, *An Introduction to EU Competition Law*, Cambridge 2013.

Nikolaos E. Zevgolis, „Resale price maintenance (RPM) in European competition law: legal certainty versus economic theory?", *European Competition Law Review*, 2013, 34(1), 25-32.
OECD, *Roundtable on Resale Price Maintenance*, DAF/COMP(2008)37, 2009.
Rainer Bechtold, Wolfgang Bosch, Ingo Brinker, *EU – Kartellrecht – Kommentar*, München 2014.
Richard Whish, David Bailey, *Competition Law*, 9th edition, Oxford 2018.
Сандра Фишер Шобот, „Појам вертикалног споразума и вертикалног ограничења у Уредби 2022/720 о групном изузећу вертикалних споразума", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* 1/2023, 189-208.
Frank Wijckmans, Filip Tuytschaever, Moritz Lorenz, Andreas Zellhofer, *Vertriebsveträge im Kartellrecht – Deutsche, österreichische und unionweite Rechtspraxis vertikaler Vereinbarungen*, Wien 2019.
Frank Wijckmans, Filip Tuytschaever, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, 2nd edition, Oxford 2011.
Helmuth Schröter, Thinam Jakob, Robert Klotz, Wolfgang Mederer (Hrsg.), *Europäisches Wettbewerbsrecht – Grosskommentar*, 2. Auflage, Baden-Baden 2014.

Извори права

Смернице о вертикалним ограничењима (*Guidelines on Vertical Restraints*), OJ *C* 248/01, 30.6.2022. године.
Уговор о функционисању Европске уније (*Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union*), OJ C 202/47, 7.6.2016. године.
Уредба Комисије (ЕУ) 2022/720 од 10. маја 2022. о примену члана 101(3) Уговора о функционисању Европске уније на категорије вертикалних споразума и усаглашених пракси (*Commission Regulation (EU) 2022/720 of 10 May 2022 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices*), OJ L 134, 11.5.2022. године.

Пракса европске комисије

AT.40182 – *Pioneer*, 24.07.2018.
AT.40428 – *GUESS*, 17.12.2018.
AT.40465 – *Asus*, 24.7.2018.
AT.40469 – *Denon & Marantz*, 24.7.2018.
COMP/37.975 PO – *Yamaha*, 16.7.2003.
COMP/36.264 – *Mercedes-Benz*, OJ L 257, 25.9.2002.
COMP/F-2/36.693 — *Volkswagen*, OJL 262/14, 2.10.2001.

Судска пракса

C 211/22 *Super Bock Bebidas SA, AN, BQ v Autoridade da Concorrência*, ECLI:EU:C:2023:529.
C 306/20 *SIA „Visma Enterprise" v Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2021:935.

C 450/19 *Kilpailu- ja kuluttajavirasto*, ECLI:EU:C:2021:10.
C 260/07 *Pedro IV Servicios Sl v Total Espana SA*, ECLI:EU:C:2009:215.
C 2/01P *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV and Commission of the European Communities v Bayer AG*, ECLI:EU:C:2004:2.
107/82, *AEG-Telefunken AG v Commission*, ECLI:EU:C:1983:293.

Sandra S. Fišer Šobot
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-9591-0637

Minimum and Fixed Resale Prices in Vertical Agreements in Competition Law of the European Union

Abstract: *Resale price maintenance represents a special type of vertical restraint in a vertical agreement, in which an upstream undertaking defines, controls or restricts the price at which a downstream undertaking can resell its product. According to the Commission Regulation (EU) 2022/720 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices the exemption shall not apply to vertical agreements which, directly or indirectly, in isolation or in combination with other factors under the control of the parties, have as their object the restriction of the buyer's ability to determine its sale price, without prejudice to the possibility of the supplier to impose a maximum sale price or recommend a sale price, provided that they do not amount to a fixed or minimum sale price as a result of pressure from, or incentives offered by, any of the parties. Minimum or fixed resale price maintenance represents a hardcore restriction and as such removes the benefit of the block exemption provided for in Art. 2 of the Regulation 2022/720.*

The paper deals with the legal regulation of restrictive vertical agreements in which a fixed or minimum resale price is determined in the competition law of the European Union, as well as the methods for such resale price maintenance. The problem will be considered through the analysis of relevant sources of law, practice of the European Commission and the Court of Justice of the European Union and doctrinal views.

Keywords: *restrictive agreements, vertical agreements, resale price maintenance, minimum sale price, fixed sale price.*

Датум пријема рада: 18.01.2024.
Датум достављања коначне верзије рада: 29.03.2024.
Датум прихватања рада: 14.05.2024.

Оригиналан научни рад 340:343.1
doi:10.5937/zrpfns58-49688

Саша С. Кнежевић
Универзитет у Нишу
Правни факултет у Нишу
knez@prafak.ni.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-0545-5229

Марко С. Трајковић
Универзитет у Нишу
Правни факултет у Нишу
marko@prafak.ni.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-5302-918X

Драгиша С. Дракић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Drakic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5248-6562

ОСНОВНИ ПОСТУЛАТИ ПРАВДЕ, ПРАВИЧНОСТИ И КОНСЕНСУАЛНО ОДЛУЧИВАЊЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ*

Сажетак: *Кривични поступак представља институционални оквир за одлучивање о основаности казненоправног захтева овлашћеног тужиоца, усмереног на кажњавање окривљеног. Легалитет кривичног гоњења подразумева да јавни тужилац мора да покрене кривични поступак, ако су испуњени одговарајући стварни и правни услови. Међутим, нормативни оквир поступања јавног тужиоца дозвољава и могућност дискреционог кривичног гоњења. Јавни тужилац, у одређеним процесним ситуацијама, може процењивати, не само законитост, већ и целисходност покретања кривичног поступка.*

* Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација, по Уговору-евиденционио број 451-03-6/2024-03/200120 од 05. 02.2024. године

Јавни тужилац може одлучивати и на основу сагласности постигнуте са супротном кривичнопроцесном странком-окривљеним. Реч је о установи условног одлагања (опроста) кривичног гоњења, као и о консенсуалном одлучивању на основу споразума о признању кривичног дела, али о сагласности странака о сведочењу окривљеног и осуђеног. Применом ових установа, остварују се основни постулати консенсуалне правде у кривичном поступку. Како цела ствар изгледа, ми смо стално у овом питању на Аристотеловом „терену“ где тражимо за правичном одлуком која би ваљала да буде нека златна средина, која је ипак можда недостижна. У тражењу за ваљаном одлуком правичност ће, према Аристотелу, своју допуну добити кроз праведност која је вишег моралног значаја-она је према наводима Милоша Ђурића „коректура“ закона.

Кључне речи: *правда, правичност; консенсус; одлучивање; дискреционо поступање.*

1. УВОД

Јавни тужилац има, у одређеним процесним ситуацијама, могућност дискреционог поступања, односно има право да процењује целисходност покретања кривичног поступка. Овлашћењем на дискреционо процењивање услова за покретање или одржавање кривичног поступка у току, јавни тужилац аутономно располаже *процесним* захтевом за кажњавање окривљеног.

Савремена кривичнопроцесна законодавства, осим што проширују домашај дискреционог поступања, у одређенојј мери афирмишу могућност споразумног (консенсуалног) решавања основаности казненоправног захтева за кажњавање окривљеног. Наиме, јавни тужилац може са осумњиченим, односно окривљеним, постићи сагласност о томе да не покрене кривични поступак под одређеним условима. Исто тако, кривичнопроцесне странке се могу споразумети и о окончању започетог кривичног поступка. Ове процесне могућности заснивају се на идејној матрици ресторативне правде, односно тзв. *диверзионог* поступања. То значи да се друштвена реакција према учиниоцима кривичних дела у виду покретања и вођења кривичног поступка замењују применом различитих видова алтернативног поступања, уз одсуству пеналног приступа. Консенсуалним (споразумним) одлучивањем, којим изостаје кривично гоњење (или се од њега накнадно одустаје) објективно се повећава улога јавног тужиоца у решавању кривичне ствари. Оживотворење концепта консенсуалне (договорене) правде је, притом, могуће, не само у формалном кривичном поступку, већ и у предистражном поступку.

Материјализација концепта консенсуалног одлучивања могућа је у виду условног одлагања (опроста) кривичног гоњења, различитих форми спо-

разума кривичнопроцесних странака (јавног тужиоца и окривљеног), али и у виду мирења и медијације.

2. АКСИОЛОШКЕ ПРЕТПОСТРАВКЕ ПРАВЕДНОГ ОДЛУЧИВАЊА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Појам правде као вредности повезан је са појмом права, те самим тим и са појмом кривичног права. Из тога следи закључак, да је императив одредити кривично право као систем права заснованих на друштвеним и правним вредностим. Стога, покушаји да се кривично право одреди као нешто што стоји самостално и независно од вредности никада није дала ваљане резултате, осим у тоталитарним држава. У самом кривичном праву којима се штити основна вредности, живот човека као и његово достојанство, све се вредности могу означити као „безвременске".[2] Из тога следи закључак да кривичноправна теорија и пракса морају да представљају оно суштинско у једном вредносном односу какав је правни, јер се само тако може оправдати највиши правни акт једног правног поретка.

Праведно не можемо, као ни Аристотел пре нас, да одвојимо од законитог, јер су „све законите ствари некако и праведне".[3] У тој вредности мора да постоји размер који гарантује једнако поступање – којим се наново успоставља размер који је, у овом нашем случају нарушен кривичним делом. То даље значи да се правдом покушава исправити ствар, односно на делу имамо корективну правду, која води рачуна о успостављању друштвене равнотеже. На овај начин се у правном поретку -који је испуњен опречностима па и сукобом правних и друштвених вредности, попут сукоба између правде и правне сигурности, одржава друштвена равнотежа. Она се додатно успоставља путем правичности, која спушта постулате правде са оностране равни на практични део поимања права, јер је „правичност правда појединачног случаја".[4]

Немогуће је извести ваљано поступање из неваљаних постулата законске правде. Ипак, посебно у кривичноправној материји, ваља водити рачуна да је правда празна формула која се и према Хансу Келзену може тешко рационално одредити. Из тог разлога, и нема крајњег сагласја око примене правде у практичним сферама, те изгледа да се на равни апстракције сви слажемо, док у домену стварности то никада не може да изгледа тако „бајковито". Стога је теорија кривичног права и настојала да нађе начине да правду

[2] Вуко Павићевић, *Однос вриједности и стварности у модерној немачкој идеалистичкој аксиологији*, Култура, Београд, 1958, 50.

[3] Aristotel, *Nikomahova etika*, Sveučilišna naklada Liber, 1982, 89.

[4] Густав Радбрух, *Филозофија права*, Нолит, Београд, 1980, 48.

са правно философских висина спусти у стварност. Тиме су створени предуслови и за консесулано одлучивање.

3. КОНСЕНСУАЛНО ОДЛУЧИВАЊЕ У ПРЕДИСТРАЖНОМ ПОСТУПКУ

Основни задатак предистражног поступка јесте стварање претпоставки за покретање формалног кривичног поступка. Међутим, у овом поступку управноправне природе могуће је и решавање кривичноправног спора уз изостанак вођења кривичног поступка. Позитивно право Србије, али и други правни системи, омогућавају да се кривично гоњење условно одложи (de facto, реч је о својеврсном условном опросту кривичног гоњења). Већ од момента нормативног уобличавања института условног одлагања кривичног гоњења, јавиле су се дисонансе око поимања суштине ове установе.

У кривичнопроцесној теорији егзистира гледиште да условно одлагање кривичног гоњења не представља манифестацију дискреционог поступања, већ да је реч о самом једном од нових овлашћења јавног тужиоца.[5] Условно одлагање кривичног гоњења схвата се и као установа „хибридног" карактера, која обједињава елементе „непокретања кривичног поступка због нецелисходности" (дакле, елементе дискреционог поступања) и специфичног вида аболиције коју је окривљени заслужио.[6]

Доктринарно се условно одлагање кривичног гоњења поима и као вид демонополизације кривичног гоњења, односно као одступање од начела о*фицијелности* кривичног гоњења.[7] Официјелним кривичним гоњењем, функција оптужбе остварује се независно од воље оштећеног. Међутим, условним одлагањем кривичног гоњења се не одступа од начела официјелности. Применом овог вида консенсуалног одлучивања само се релативизује бавеза јавног тужиоца на кривични прогон окривљеног.

Применом условног одлагања кривичног гоњења, друштвена реакција према учиниоцима лакших и донекле средње тешких кривичних дела измешта се из оквира формалног кривичног поступка, и прелази у оквире вансудског реаговања чији епилог је изостанак кажњавања. Тако се спречава стављање механизма институционалне кривичне репресије у погон у случајевима извршавања кривичних дела која спадају у тзв. багателни криминалитет, слично дејству института дела малог значаја на терену материјалног

---

[5] С. Бејатовић, Д. Радуловић, *Законик о кривичном поступку*, Београд, 2002, стр. 160; Д. Радуловић, Кривично процесно право, Подгорица, 2002, стр. 77.

[6] Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009, стр. 50.

[7] Давор Крапац, *Казнено процесно право – Прва књига: Институције*, Загреб, 2003, стр. 59.

кривичног права. Растерећењем судова, повишава се степен експедитивности правосуђа.

Условно одлагање кривичног гоњеа има своје позитивноправно утемељење. За материјализацију овог овлашћења јавног тужиоца, потребно је испуњење два општа услова (чл. 283. Законика о кривичном поступку). Најпре, објективни је услов да је извршено кривично дело, за које је прописана новчана казна или затвора до пет година. Уз овај услов, неопходно је и да осумњичени прихвати једну од, системом енумерације, алтернативно предвиђених обавеза.

Реч је о следећим обавезама: а) да осумњичени отклони штетну последицу, насталу извршењем кривичног дела или да накнади причињену штету; б) да уплати одређени новчани износ у корист хуманитарне организације, фонда или јавне установе; в) да обави одређени друштвенокорисни или хуманитарни рад; г) да испуни доспеле обавезе издржавања; д) да се подвргне одвикавању од алкохола или опојних дрога; ђ) да се подвргне психосоцијалном третману, ради отклањања насилничког понашања; е) да изврши обавезу установљену правноснажном одлуком суда, односно да поштује ограничење утврђено правноснажном судском одлуком.

Нормативни миље ове установе, успостављеном важећим Законом о кривичном поступку Србије, изоставио је пристанак оштећеног, као додатни услов за условно одлагање кривичног гоњења у појединим ситуацијама. Логичко утемељење има и став о овлашћењу осумњиченог да иницира поступак условног одлагања кривичног гоњења, уз потребу нормативног регулисања ове могућности.[8]

Будући да материјализацијом овлашћења на условно одлагање кривичног гоњења јавни тужилац оснажује своју процесну, али и фактичку моћ, било би оправдано да се реализација овог права јавног тужиоца услови накнадним одобрењем суда. Законодавство Србије има занимљиву еволуцију о питању улоге суда у поступку условног одлагања кривичног гоњења. Условно одлагање кривичног гоњења нормативно уобличено ЗКП-ом из 2001. године, било је у искључивој надлежности јавног тужиоца. Међутим, новелацијом Законика о кривичном поступку из 2004. године, суд је био овлашћен на давање сагласности на одлуку јавног тужиоца о условном одлагању кривичног гоњења, као услов condicio sine qua non за остваривање овог вида консенсуалне правде. Изменама ЗКП из 2009. године, пак, изостаје одобрење суда као неопходан услов за условно одлагање кривичног гоњења. Ипак, у три законом прецизирана случаја неопходно је било одобрење суда. Први случај је извршење кривичног дела, за које је предвиђена казна затвора у трајању од три године до пет година. Ова законска одредба имплицира

[8] Види. Др Снежана Бркић, *Кривично процесно право II*, Нови Сад, 2010, стр. 70-71

становиште законодавца да је за својеврсни условни опрост у погледу нешто тежих кривичних дела неопходно одобрење ванпретресног судског већа. Судска интервенција била је неопходна и у случају потребе проналажења адекватног корективног механизма за неоправдано неприхватање пристанка оштећеног, у оним ситуацијама када је садејство оштећеног неопходно за одлуку о условном одлагању (чл. 236. ст.1. тач. 2 и 3). На крају, одобрење суда је било неопходно и у случају законског овлашћења јавног тужиоца (новелацијом ЗКП из 2009) да, одустане од кривичног гоњења на самом главном претресу ако осумњичени испуњења одређене обавезе (чл. 236. ст. 6. ЗКП). Законодавац употребљава израз „*осумњичени*", иако је решавање кривичне ствари, у овој процесној ситуацији, доспело у фазу главног претреса! Реч је о пропусту који надилази карактер правно-техничке грешке.

Недостатак позитивноправног режима условног одлагања кривичног гоњења огледа се и у прописивању наредбе, као форме одлуке о окончању кривичног гоњења већ у предистражном поступку. Имајући у виду да се одлуком о условном одлагању суспендује реализација казненоправног захтева према осумњиченом, а да се њоме угрожавају интереси оштећеног, логично би било да ова одлука буде у форми писаног и образложеног решења. Тиме би се уважили основни постулати правичности, садржани и у уставним прокламацијама (чл. 36. Ст. 2 Устава), који налажу да и одлуке јавног тужиоца (укључујући и условно одлагање) могу бити побијане правним средтвима оштећеног.

Конзистентан приступ нормативној изградњи установе условног одлагања кривичног гоњења логичним чини законску могућност оштећеног да вишем јавном тужиоцу поднесе приговор против одлуке о условном одлагању. Могућност побијања одлуке о условном одлагању кривичног гоњења правним средством поднетим судом, пак, повећала би судску контролу поступања јавног тужиоца, али би умањила опсег примене дискреционог поступања јавног тужиоца. То чини оправданим повратак на пријашње законско решење из измена ЗКП од 2009. године, које судску интервенцију, иницирану евентуалним правним средством оштећеног, предвиђа у случају извршења кривичних дела, за која је прописана казна затвора, у трајању, од три године до пет година.

Условно одлагање кривичног гоњења предвиђаи у *немачком* праву (§ 153. а). Ово овлашћење јавни тужилац има према лицима, којома је пређено да ће се обелоданити њихово противправно понашање, под условом да је дело мале тежине (§ 154 ц). За дискреционо поступање јавног тужиоца, у редовном кривичном поступку, пак, у већини ситуација (.§ 153 и 154), неопходна је сагласност суда. Саобразно изричитој одредби Закона о судском поступку према малолетницима (*Jugendgeruchtsgesetz-JGG*), за условно одлагање кривичног гоњења малолетника није потребна сагласност суда (§ 45.

ст. 1). Јавни тужилац може, уз сагласности суда, одустати од гоњења за преступ ако је кривица учиниоца незнатна и ако не постоји јавни интерес за гоњење. У случају да су последице незнатне, и уколико је за учињени преступ прописана минимална казна, сагласност суда није потребна. (§ 153. *StPO*).

Француско право је, уз поштовање интенција Препорука Савета Европе (*P (87) 18*), проширило домашај дискреционог кривичног гоњења. Изостанак покретања кривичног поступка може бити резултат надокнаде штете оштећеном, прихватања осумњиченог да се укључи у поступак медијације, као и подвргавања осумњиченог одређеном третману (чл. 41.2 и 41.3. CPP). Реч је, заправо, о институту кривичне нагодбе (*composition pénale*).

Да би се нагодба склопила,потребно еје признање кривице осумњиченог за извршење деликта (преступа), за који се може изрећи новчана казна или казна затвора до пет година. Ако суд не прихвати нагодбу, или ако се договорене мере не извршавају, јавни тужилац може покренути формални кривични поступак, или одустати од гоњења.[9] Оштећени је у овој ситуацији додатно заштићен могућношћу подношења суспсидијарне тужбе.

4. СПОРАЗУМНО ОДЛУЧИВАЊЕ СТРАНАКА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Консенсуално решавање кривичноправног спора први пут је стекло „право грађанства“ изменама ЗКП из 2009. године. Тада је институционално отворен пут за договорено признање кривице окривљеног. Овај вид консенсуалног одлучивања дограђен је Закоником о кривичном поступку Србије, из 2011. године. Својеврсна адверзијализација кривичног поступка (првенствено главног претреса) пропраћена је и предвиђањем ове установе англосаксонске правне провениенције.

Смисао нормативне изградње ове установе у континенталном правном систему јесте постизање веће експедитивности кривичног поступка, кроз настојање да се кривични поступак убрза. Притом, интереси ефикасности судства добијају примат у односу на основне постулате јуристичке истине.

Позитивноправну основу овог облика консесуалног поступања представљају одредбе чл. 313-331. Законика о кривичном поступку Србије. Да би се постигла својеврсна страначка нагодба, потребно је испуњење одређених услова. Кривичнопроцесно законодавство Србије нормира три вида споразумевања јавног тужиоца и окривљеног: а) *споразум о признању кривичног дела*; б) *споразум о сведочењу окривљеног*; в) *споразум о сведочењу осуђеног.*

[9] Детаљније види: Stefani G. Leusseur G. Bouloc B. *Procédure pénale*, Dalloz, Paris, 2004, стр. 158 и 542-544

Споразум о признању кривичног дела јесте својеврсна модификација, у ранијем законодавству заступљеног, споразума о признању кривице. Измена правне физиономије овог вида консенсуалног одлучивања је нужна последица промене концепта кривичног дела, учињеног Кривичним закоником Србије. Нови концепт кривичног дела подразумева да је кривица саставни део појма кривичног дела. Осим тога, позитивноправни режим страначке нагодбе омогућава споразумевање за сва кривична дела, независно од њихове апстрактне тежине.

Операционализација консенсуалне правде огледа се у споразуму између јавног тужиоца и окривљеног, који се закључује о писаној форми. Споразум је могућ почев од доношења наредбе о спровођењу истраге, а најкасније до изјашњавања оптуженог о оптужби на главном претресу.

Законодавац регулише и функционалну надлежност за доношење одлуке о постигнутом страначком споразуму. Одлуку до потврђивања оптужнице доноси судија за претходни поступак, а након потврђивања, председнику судећег већа. Сам споразум мора да садржи одређене обавезне елементе, и то: а) опис кривичног дела, које је предмет оптужбе; б) признање окривљеног да је учинио конкретно кривично дело; в) споразум о врсти, мери или распону казне, односно споразум о другим санкцијама, које ће се изрећи окривљеном; г) одустајање јавног тужиоца од кривичног гоњења за кривична дела, која нису обухваћена споразумом о признању кривице. в) договор о трошковима кривичног поступка; д) споразум о трошковима кривичног поступка, одузимању имовинске користи прибављене кривичним делом и имовинскоправном захтеву; ђ) одрицање странака и браниоца од жалбе против одлуке суда, донесене према споразуму о признању кривице, осим у случајевима када законодавац дозвољава могућност жалбе (чл. 319. ст. 3); е) потпис странака и браниоца.

Осим обавезних елемената, предмет споразума могу бити и одређени факултативни елементи. Реч је о обавезама, које представљају основ за дискреционо поступање јавног тужиоца – било у виду одустанка од оптужбе за кривична дела, која нису обухваћена споразумом, или прихватања обавеза окривљеног, које су основ условног одлагања кривичног гоњења (отклањање штетених последица, плаћање новчаног износа у корист хуманитарних организација, накнада штете), и слично. Елементи споразума могу бити и одлука о имовинскоправном захтеву, као и споразум о имовини, која ће бити одузета окривљеном.

Верификацију постигнутог страначког споразума врши суд (судија за претходни поступак, односно председника већа, ако је споразум поднет након потврђивања оптужнице). Суд ће одлуку донети на посебном рочишту, уз одсуство јавности и без присуства оштећеног. Одлуком суда споразум се може одбацити, одбити или прихватити. Одбацује се споразум, уколико не

садржи све елементе прописане законом, или ако је главни претрес одржан без присуства претходно уредно позваног окривљеног, који, притом, није свој изостанак оправдао.Закључени споразум се решењем суда одбија, ако су се стекли услови за обуставу поступка, односно уколико нису испуњени неки од законом предвиђених услова за закључење споразума о признању кривичног дела.

Суд ће прихватити споразум ако се стекну следећи услови:

а) ако је признање окривљеног о извршењу кривичног дела, или кривичних дела извршених у стицају, свесно и добровољно; б) да је окривљени потпуно свестан последица склопљеног споразума, а поготово чињенице да се закљученим споразумом, одрекао права на судски епилог кривичне ствари и ограничења права на изјављивање жалбе против одлуке донете на основу споразума; в) потребно је да други докази не противрече постигнутом признању; г) мора постојати строги легалитет у погледу казне, односно друге кривичне санкције или мере, предвиђена споразумом..

Жалбом странака или браниоца могу се побијати решења о одбацивању или одбијању споразума опризнању кривичног дела. Међутим, против одлуке о усвајању постигнутог споразума жалбу могу изјавити странке и бранилац. Оштећени није процесно легитимисан за изјављивање жалбе, чиме су права овог субјекта умањена у односу на ранији концепт овог облика консенсуалне правде.

Основ за побијање одлуке о прихватању споразума могу представљати законски разлози за обуставу кривичног поступка (чл. 338), односно чињеница да се пресуда не односи на предмет споразума (чл. 314).

Занимљиво је увидети да се овлашћењем за изјављивање жалбе против постигнутог страначког споразума (донетог консенсусом странака, који иначе имају супротстављене интересе) дозвољава могућност да се странке, у последњој фази имплементирања резултата сагласности њихових воља, супротстављају судскиј верификацији постигнутог споразума!

Консенсуална (договорена) правда се оживотворује и кроз споразуме јавног тужиоца са окривљеним или осуђеним. Споразум о *сведочењу окривљеноī* представља други вид споразумевања странака у кривичном поступку, којима се материјализује концепт договорене правде. У суштини, овим видом консенсуалног одлучивања извршена је номотехничка прекомпозиција установе сведока сарадника, како би се окривљени мотивисао да сведочи против осталих саокривљених.

Законском могућношћу да окривљени може склопити споразум о сведочењу, наше законодавство је одступило од чврстог става да окривљени не може бити сведок у сопственој ствари, иначе заступљеног у правним системима англосаксонске провенијенције. Споразум о сведочењу окривљеног могућ је само за кривична дела за која поступа неко од јавних тужилаштава

посебне надлежности (за организовани криминал, ратне злочине итд). Услов за склапање споразума јесте признање окривљеног о извршеном кривичном делу, али и околност да важност његовог исказа за доказни поступак или евентуално спречавање даље криминалне активности претежу у односу на последицу учињеног кривичног дела (чл. 320. ст. 2). Претпостављени организатор криминалне групе не може бити субјекат споразума о сведочењу.

Садржински посматрано, овај вид консенсуалног поступања садржи све елементи као споразум о признању кривичног дела. Окривљени је, притом, обавезан да истинито исказује,. Исто тако, окривљени сарадник не може имати статус привилегованог сведока-не може имати право на ослобађање од обавезе сведочења. Постигнути споразум о сведочењу окривљеног мора верификовати суд својом одлуком. Договорени статус окривљеног сарадника може се одлукама судије уза претходни поступак или председника већа прихватити, одбити или одбацити.

Консенсуална правда се манифестује и кроз споразум о сведочењу осуђеног. За овај вид консенсуалног одлучивања важе исти законски услови за закључивње као и за споразум о сведочењу окривљеног. Идентичне су и одредбе о моменту закључивања, функционалној надлежности суда за одлучивање, као и самим врстама судских одлука. Као и код осталих видова страначких споразума, обавезна је стручна помоћ браниоца.

Differentia specifica овог вида консенсуалног поступања јесте изјава јавног тужиоца да ће поднети захтев за ублажавање казне, и то у року од тридесет дана од правноснажне одлуке суда о постигнутом споразуму. За одлучивање о овом захтеву надлежан је суд који је донео првостепену одлуку. Одлуком суда, захтев за ублажавање казне може бити одбијен или усвојен. Захтев ће бити одбијен, ако се утврди да осуђени не испуни услове који су предвиђени споразумом. У супротном`, захтев за ублажавање казне биће усвојен, а правноснажна пресуда биче преиначена у погледу одлуке о казни. Суд ће у овој ситуацији изрећи казну садржану у решењу о прихватању споразума о сведочењу осуђеног (чл. 329. ЗКП).

Консенсуално одлучивање има дугу традицију у адверзијалним правним системима. Као резултат постигнуте сагласности странака могуће је договорено признање (*plea bargaining*), уз сагласност странака (и судску верификацију споразума у праву САД). Странке се могу споразумети и о предмету оптужења (*charge bargaining*), као и о кривичној санкцији (*sentence bargaining).* У водећим правним системима англосаксонске правне провенијенције постоје разлике у нормативном уобличењу, али и у практичном остваривању видова консенсуалног одлучивања установа којим се материјализује консенсуална правда.

Субјекти споразума у енглеском праву јесу бранилац окривљеног и полиција (као субјекат кривичног гоњења и истражни орган). С друге стране,

субјекти страначког споразума у америчком праву јесу државни тужилац и окривљени, а потом државни тужилац и суд. Различит је и предмет споразумевања. У енглеском праву, предмет споразума јесте признање извршења кривичног дела. Предмет споразума у америчком праву јесу признање кривичног дела, али и договорена кривична санкција. У америчком праву, споразум претходи подношењу оптужног акта, а изузетно се постиже на главном претресу. Насупрот томе, у енглеском праву се споразум најчешће закључује у централној фази кривичног поступка. Енглеско право поставља строже услове у погледу испољене добровољности постигнутог споразума, док се америчка легислатива ослања на правни стандард „добровољног и разумног пристајања окривљеног". Иначе, законске претпоставке за консенсуално поступање странака су у енглеском праву регулисане превендентним правом и обичајима, док су у америчком правном систему нормиране законом.[10]

Утицај основних конструкционих поставки изворних оптужних правних система у континенталне правне системе одразио се и на нормативно уобличавање инструмената углавном у сфери споразумног одлучивања о кривичној санкцији. На то нам указују и нормативни миљеи консенсуалне правде немачког, француског и италијанског законодавства

Немачко право се одликује постојањем неформалног система о висини казне (*informelle absprachen),* чија примена произилази из генералног правног мишљења Уставног суда СР Немачке из 1987. године, као и из судске праксе Вишег апелационог суда из 1997. године. Пракса ових судских инстанци искристалисала је став да се страначко споразумевање одвија на главном претресу. У поступку споразумевања, странке се морају придржавати следећих препорука: а) споразумом не могу бити обухваћене врсте извршених кривичних дела; б) о склопљеном признању кривице коначну реч има суд, обавезан принципима истине и правичности; в) споразум мора бити записнички констатован; г) санкција произашла из споразума мора бити адекватна кривици и, притом, није могућа лакша санкција од оне прописане за конкретно извршено кривично дело; д) окривљени не сме бити мотивисан на споразумом стављањем у изглед блаже казне, уколико се претходно одрекне права на жалбу[11]

Суштина страначког споразумевања у немачком праву огледа се, заправо, у преговору странака о врсти и висини казне, након признања кривице окривљеног на главном претресу. Може се закључити да овај појавни

[10] О установи plea bargaining у енглеском и америчком праву види више: др Снежана Бркић, *Рационализација кривичної поступка и упрошћене процесне форме*, Нови Сад, 2004, стр. 440-456.

[11] *Bohlander, M. Plea Bagaining/ Waiver of Right to Appeal*, The Journal of Criminal Law, 2005, p. 501.

облик консенсуалне правде у немачком праву одговара варијетету страначке нагодбе у америчком праву-споразуму о санкцији (*sentence bargaining),* односно представља *sentence bargaining sui generis!*[12]

Увођењем установе „*долазак на претходно признање кривице*" ("*reconnaissance prėalable de culpalibilitė*"), француско право од 2004. године уводи дуалитет у манифестацијама консенсуалне правде (осим већ раније прописане кривичне нагодбе). Овај вид реализације консенсуалне правде има ограничени домашај, јер је могућ само за деликте, и то оне за које је запрећена казна затвора до пет година(чл. 495. 7 СРР). Осим тога, примена овог института није могућа према малолетницима, за медијске деликте, нехатна убиства, политичке деликте и деликте за које су прописани посебни поступци (чл. 495. 16).

Субјекти овлашћени за иницирање овог механизма консенсуалне правде јесу: државни тужилац, окривљени и бранилац. Иницијатива државног тужиоца условљена је претходним признањем кривице окривљеног. Државни тужилац може предложити изрицање главних или споредних казни, али не у трајању дужем од једне године, нити могу бити више од половине износа казне прописане за конкретни деликт. Том приликом, државни тужилац мора водити рачуна о имовном стању окривљеног, ако предлаже новчану казну. У року од десет дана, окривљени и бранилац одлучују о евентуалном прихватању иницијативе државног тужиоца. Ако предлог буде прихваћен, онда следи поступак хомологизације од стране председника суда високе инстанце.

На судском рочишту, уз присуство оштећеног, суд одлучује о прихватању или одбијање усаглашеног предлога странака. Суд, међутим, не може изрећи казну различиту од оне предвиђене споразумом. Будући да судска одлука има дејство осуде окривљеног, против ње окривљени има право жалбе. Право на жалбу има и државни тужилац (чл. 495. 11). Ако суд одбије споразум, државни тужилац својим актом покреће кривични поступак. Будући да је оштећени у овом поступку придружена (цивилна) странка, он може изјављеном жалбом побијати искључиво одлуку о надокнади штете.

Овај вид манифестације консенсуалне правде критикује се у француској кривичнопроцесној теорији. Наглашава се да прописаним овлашћењима државни тужилац добија „моћ кажњавања", и тако преузима овлашћења суда. Осим тога, француско схватање права на поступак (*droit à procès*) искључује било какво преговарање о кривици. Нормативни миље овог вида консенсуалног поступања у француском праву фактички кореспондира са

[12] Гордана Лажетић-Бужаровска, Гордан Калајџијев, Бобан Мисковски, Дивна Илић, *Компаративно казнено процесно право*; Скопје, Универзитет „Свети Кирил и Методиј", Правен факуллтет „Јустинијан Први", 2011, стр. 291.

америчким *charge bargaining*, што је у ствари појавни облик установе *plea bargaining*.[13]

У француској правној теорисе се уочавају разлике у односу на англосаксонски приступ страначком споразумевању. Они уочавају да француско законодавстви не дозвољава „ценкање“ о правној квалификацији. Уз то, суд има коначну реч кроз поступак хомологизације, у виду овлашћења на процену оправданостзи казне. Тиме се врши „процедурализације правде” и индиректно се повећава експедитивност правног система..[14]

Консенсуално одлучивање предвиђа и италијанско право. Овај вид одлучивање је могућ кроз установу „примена казне на захтев странака“ (*patteggiamento*), као виду мандатног поступања заступљених у италијанском праву. Иако овај институт има неких сличности са установом plea bargaining у англоамеричком праву, ипак постоји суштинска разлика. Суштинска разлика се огледа у предмету споразумевања. У италијанском праву, странке се споразумевају о казни, док у англосаконским системима и о оптужењу. Преговарачки процес странака се може реализовати искључиво у предсудећим фазама кривичног поступка (у прелиминарној истрази или на прелиминарном рочишту). Осим тога, консенсуално одлучивање могуће је искључиво за лакша кривична дела.

За ову врсту мандатног поступка, потребно је да странке поднесу усаглашен захтев суду за примену одређене врсте и мере казне, супституцијске казну (слична мерама безбедности у насем праву) или, пак, новчане казне (умањене за једну трећину од прописане). Примена казне може се затражити до закључења првостепене расправе. Затворска казна може се умањити за једну трећину, ако није изречена у периоду дужем од две године (чл. 444. СРР). Након пријема усаглашеног захтева странака, суд треба да испита постојање околности које искључују кажњивост, околности релевантних за одлуку о казни, као и исправност правне квалификације кривичног дела.

Предложена казна биће изречена, уколико претходно нису постојали услови за ослобађајућу пресуду (чл. 129). Ако суд одбије усаглашени захтев за изрицање казне, наставиће се редовна кривична процедура. Редовни ток кривичног поступка се наставља и ако државни тужилац накнадно ускрати сагласност на предлог окривљеног о казни. Међутим, суд је овлашћен да изрекне предложену казну, уколико је претходно оценио да је тужиочева

[13] Мирјан Дамашка, *Напомене о споразумима у казненом поступку, Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, Загреб, 2004, бр. 111, стр. 13.

[14] Dobkine M. *La constituinationnalité de loi pontant adaption de justice aux evolutions de la criminalité*, Recueil Dalloz, n, 14, 2004, стр. 957-958, наведено према: Елизабета Ивичевић, *Plaider coupable-нова алтернатива казненом поступку*, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, 2005, бр. 1, стр. 203-208.

несагласност неоправдана. То је могуће после закључења главног претреса, односно у поступку по призиву (чл. 448. ст. 1).

5. ОСТАЛИ ВИДОВИ КОНСЕНСУАЛНЕ ПРАВДЕ

Консенсуално одлучивање могуће је и у сумарном поступку. У овом посебном кривичном поступку постоји могућност упућивања приватног тужиоца и окривљеног на медијацију. Специфичност овог манифестационог вида консенсуалне правде огледа се у чињеници да иницијативу даје суд, а не странке. Предмет споразумевања јесте одустанак приватног тужиоца од оптужбе (повлачење приватне тужбе), али и споразуми о имовинскоправном захтеву и трошковима кривичног поступка. Будући да грађани имају право на слободан приступ суду, суд не може против воље странака иницирати поступак медијације.

Консенсуално одлучивање у виду медијације предвиђа и Закон о посредовању и медијацији Србије. Овим законом прописана је вансудска медијација [15]. Законодавац је, притом, учинио пропуст, јер је предвидео медијацију након покретања парничног поступка-не и кривичног поступка. Француско законодавство, међутим, креира нормативни миље и за медијацију у кривичном поступку (чл. 41.2 и 41. 3. СРР). Наиме, пре формалног оптужења, окружни тужилац може предложити окривљеном мирење, уз плаћање одређеног новчаног износа државној благајни. Висина те новчане казне не може бити већа од половине приописане новчане казне за то дело. Осим новчаног износа, мирење се може манифестовати и кроз враћање инкриминисаног предмета, одузимање возачке дозволе до шест месеци, ловачке дозволе до четири године, али и кроз обављање друштвено корисног рада до шездесет сати седмично (у трајању до шест месеци).

Уколико се медијација оконча успешно, покренути кривични поступак се обуставља.

Консенсуално одлучивање предвиђа и Кривични законик Србије. Одредбом чл. 59 овог кодекса, прописује се могућност вансудског поравнања између учиниоца и оштећеног. Поравнање је могуће, ако реч о кривичним делима, за која је запрећена казна до три године, а под условом да учинилац прихвати да испуни неку од обавеза, која је одређена споразумом. Мањкавост ове законске норме јесте што није прецизирана форма овог споразума. Осим тога, није прецизиран предмет споразума, као и начини спровођења поравнања. Исто тако, није прецизиран ни начин доказивања да је обавеза окривљеног испуњења. Поставља се питање, да ли је довољно да оштећени

[15] Овај закон објављен је у Сл. гласнику РС, бр. 18/2005.

потврди испуњење обавезе учиниоца, или се, пак, морају презентовати материјални докази.[16]

6. ЗАКЉУЧАК

Задатак покренутог кривичног поступка јесте законито, правилно, али и правично одлучивање о основаности казненоправног захтева за кажњавање окривљеног. Поновно васпостављање друштвене равнотеже, нарушене извршеним кривичним делом, изискује уважавање основних постулата правичности.

Правда може бити реализована и постигнутом сагласношћу супротстављених странака. Страначким консенсусом се кривичноправни спор може решити и пре покретања кривичног поступка, и то кроз установу условног одлагања кривичног гоњења. Неограничена могућност јавног тужиоца да својом одлуком предупреди судско одлучивање и за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до пет година, објективно надмашује ratio legis ове установе. Стога би требало поново прописати судску интервенцију у поступак одлучивања о условном одлагања кривичног гоњења за кривична дела за која је запрећена казна од три године до пет година. Насупрот томе, нормативни оквир различитих видова страначких сагласности у формалном кривичном поступку пружа оптималне могућности за оживотворење постулата консенсуалне правде.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Аристотел, Никомахова етика, Свеучилишна наклада, Либер, 1982;
Снежана Бркић, Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме, Нови Сад, 2004;
Снежана Бркић, Кривично процесно право I, Нови Сад, 2020;
Bohlander, M. Plea Bargaining/ Waiver of Right to Appeal, The Journal of Criminal Law, 2000;
Мирјан Дамашка, Напомене о споразумима у казненом поступку, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, Загреб, 2004, бр. 111;
Dobkine M. La constituinationnalité de loi pontant adaption de justice aux evolutions de la criminalité, Recueil Dallos,n, 14, 2004;
Елизабета Ивичевић, Plaider coupable-нова алтернатива казненом поступку, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, 2005, бр. 1;
Ханс Келзен, Шта је правда, Филип Вишњић, Београд, 1998;

[16] Др Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2007, стр. 216.

Саша Кнежевић, Малолетничко кривично право-материјално, процесно и извршно, Ниш, 2010;
Саша Кнежевић, Дискреционо кривично гоњење малолетних делинквената, приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем републике Србије, тематскио зборник радова, Ниш, књига бр. 4;
Давор Крапац, Казнено процесно право-Прва књига: Институције, Загреб, 2003,
Ђорђе Лазин, Одступање од начела легалитета у новом Законику о кривичном поступку; Београд, ЈРКК,2002, бр. 2-3;
Гордана Лажетић-Бужаровска, Гордан Калајџијев, Бобан Мисковски, Дивна Илић, Компаративно казнено процесно право; Скопје, Универзитет „Свети Кирил и Методиј", Правен факуллтет"Јустинијан Први", 2011;
Gilberto Lozzi, Lineamenti di procedura penale,. Torino, 2000;
Вуко Павићевић, Однос вриједности и стварности у модерној немачкој идеалистичкој аксиологији,, Култура, Београд, 1958.
Густав Радбрух, Филозофија права, Нолит, Београд, 1980;
Stefani G. Leusseur G. Bouloc B. Procédure pénale, Dalloz, Paris, 2004
Зоран Стојановић, Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд, 2007;
Милан Шкулић, Кривично процесно право, Београд, 2009.

Saša S. Knežević
University of Niš
Faculty of Law Niš
knez@prafak.ni.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-0545-5229

Marko S. Trajković
University of Niš
Faculty of Law Niš
marko@prafak.ni.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-5302-918X

Dragiša S. Drakić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Drakic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5248-6562

The Fundamental Postulates of Justice, Fairness and Consensual Decision-Making in Criminal Proceedings

Abstract: *In criminal proceedings, the justification of the prosecutor's criminal demand for punishing the accused is decided upon. The basic postulates of justice dictate that the human rights of the perpetrator of a criminal act can be restricted based on a conviction, which is the result of the conducted criminal procedure.*

The theory of criminal law, especially legislation, should find ways to bring justice from legal-philosophical heights into the reality of a conflicted society. Along with the standard methods of social reaction which, in the first place, is mandatory initiation of criminal proceedings whenever legal conditions are met, positive law also prescribes possibilities of consensual decision-making.

The materialization of the concept of consensual justice is achieved in the pre-trial procedure as well as in the formal criminal procedure. By conditional postponement of criminal prosecution, the criminal matter finds its epilogue in the pre-trial procedure. Thus, no judicial decision is being made on the merits of the criminal demand, and the public prosecutor becomes some kind of adjudicator of the criminal matter.

The concept of consensual justice is brought to life within criminal proceedings by party agreements – one of the forms of consensual decision-making. Different forms of this procedure contribute to the efficiency of the

criminal procedure as well as the realization of criminal policy aims. Deciding on the guilt of the accused is simplified, and, on the other hand, the accused and the convicted, as collaborators of the court, facilitate the understanding of decisive facts about the criminal event with their statements.

Keywords: *justice, fairness, consensus, decision-making, discretionary proceedings.*

Датум пријема рада: 06.03.2024.
Датум прихватања рада: 14.05.2024.

Оригиналан научни рад

342.7-055.2(497.11)
351.941(497.11)
doi:10.5937/zrpfns58-49204

Dragana M. Ćorić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Coric@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-5485-5176

A DISPUTE ABOUT GENDER-SENSITIVE LANGUAGE IN SERBIAN LAW*

Abstract: *gender-sensitive language is considered as one of products of the heroic struggle of women to be recognized and respected in modern world, for all what they are and for all what they could be and could achieve. This means that women are not escaping from their natural, biological roles -especially mother's role and other cherishing, nurturing and gentle emotions they have and use in raising the children and keeping the family on the same spot. This means that it should make men to find them, on linguistical and more over on other levels, equally capable of doing all sorts of jobs they are doing themselves.*

The newly changed national legal framework makes use of gender sensitive language as obligation since May 2024. All governmental bodies, on any territorial level, journalists, children and teachers at schools etc. will be obligated to use those gender sensitive terms , especially when they are used to mark woman in special profession(for example, in judiciary, in area of national security and defense, etc.) or else will be fined.

In this paper the author will deal shortly with both argumentations-pro and contra of using gender sensitive language, and also to present own opinion- which is in the middle. Also, it will be presented one of the disputes in area of protection of human rights. The dispute is about whether all protectors of citizens' rights should be called-ombudsman, as the original name of this institution is, or ombudswoman, when marking the woman who serves on this position, or ombudsperson-as gender neutral, or else.

Keywords: *gender, sex, gender-sensitive language, disputes.*

---

* The article is the result of author's participation in scientific project "Legal Tradition and New Legal Challenges", which is financed by the funds of the Faculty of Law in Novi Sad.

INTRODUCTORY REMARKS

Language is more than the way of communicating desires, ideas and intentions on daily basis. It is often a way of communicating cultural, political and other social patterns, habits and ideologies[1]. Also, communication is a two-way street. Once something is said, it can have a different meaning than intended, because each interlocutor gives meaning to what is said (or written)[2] according to his/her map/understanding of the world. Because of this, language has become an important tool in the struggle to achieve equality between men and women.

If language can be used to communicate beautiful things (such as best wishes, declarations of love, etc.), language can also be the way of expressing sad things, describing unpleasant events, and also can injure someone, his/her whole being in such a way that the injury done by some mechanical means would look kinda silly. Psychological damage caused by harsh, inadequate words is sometimes more difficult to bear. This damage affects the very essence of a being and the time to heal this injury is often longer, and the recovery itself is more complex. Carefulness in the choice of words and the way of communicating one's thoughts is not always present, due to various reasons, which in no way frees a person from responsibility for what has been said. That is why it is important not only to know your language well, in terms of knowing grammatical and stylistic rules, as well as having the appropriate vocabulary for decent and meaningful communication. Also, a different intonation or metaphorical use of some words can easily change the basic meaning of spoken or written words, to the extent that they are unrecognizable[3].

But what all this have to do with differences between men and women?

Some authors say that men were generally the dominant in most societies, and because of that, they were often in positions of power, i.e. holders of the highest state and social functions and roles. They have historically confirmed their power in relation to women, for example, by canceling the possibility of women's education and advancement in various professions, by determining a narrow circle of social roles that women can perform[4]. Gender roles, as socially and culturally inspired expectations that ones have toward others regarding their biological sex[5], became a motive for women's struggle for their abolition and the creation of a different, more equal society for themselves and their female descendants[6]. This

[1] Ранко Бугарски, *Језик и култура*, Београд, 2005,10,18,72.

[2] Ранко Бугарски, *Увод у општу лингвистику*, Београд-Нови Сад, 1991, 43.

[3] Ранко Бугарски, *Лингвистика у примени,* Београд, 2007, 98.

[4] Svenka Savić, Žena sakrivena jezikom medija, kodeks neseksističke upotrebe jezika, Petrovaradin,2005,11.

[5] Some subjects are given certain roles, which determine their lives in totality. Новак Малешевић, „Jezik i ideologija“,*Kultura*, 138/ 2013, 144-162.

[6] "Gender roles are behaviors, attitudes and actions that society feels are appropriate or inappropriate for a man or woman, boy or girl, according to cultural norms and traditions". If the

is how women's movements emerged and dealt with different topics: from the struggle for the recognition of equal political rights and the right to vote for women to the more recent ones activities, that advocate for the use of a gender-sensitive language as the last instrument of equality between men and women.

But what is gender sensitive language and why is that important?

At first, we must clarify the concept of gender.

Gender (*rod*) in the Serbian language is used for the grammatical gender of nouns, adjectives and pronouns (masculine, feminine and neuter) as well as kinship – closeness between members of the community based on blood (blood kinship) [7] , on milk (if the child was breastfed by another woman because the mother couldn't do that) or due to the holy sacrament of baptism [8].

Gender began to be used as a social construct, especially in the English language, denoting the terminological difference between biological sex and gender as a role in 1972. This distinction was introduced by John Money[9] as a new terminology in sex research, coining the terms gender role and sexual orientation. Also Money tried to differ sex as biological distinction between male and female and gender to differ behavior by sex[10]. Some authors notice that "between 1900 and 1964 in a comprehensive comparative literature the term gender didn't appear not once, but then, John Money came and his research"[11] . Now, everyone is using this term *gender*, but not in original meaning that was constructed- to depict behavior based on usual biological characteristics.

On the other hand, in Serbian language, the term *pol* is often translated as gender, but as it depicts biological characteristics- it must be interpreted as sex.[12] This so called similarity, and presumed identity of those two terms is one of main

circle of those expectations isn't broken, it will become neverending source of inequality and discrimination, "Gender Roles Can Create Lifelong Cycle of Inequality", available on: https://www.savethechildren.org/us/charity-stories/how-gender-norms-impact-boys-and-girls, 10.12. 2023.

[7] Речник српског језика, израдили Милица Вујанић и др, редиговао и уредио Мирослав Николић,Нови Сад, 2007, 896. In this glossary under the term *gender* are recognized at first the closest relatives (blood kinship), but also the total yield of some grain, and the species of plants and animals classified into families. At the third place of meaning of gender is differentiation of masculine and feminine sex as biological, and as grammatical cathegory.

[8] Spiritual kinship is very important in Serbian culture and tradition, and is often mentioned in Serbian folk songs as an important motif. Марија Д.Миљковић, „Духовнио сродство у народним песмама Срба са Косова и Метохије", докторска дисертација, Београд, 2022.

[9] John Money,Anke A. Ehrhardt "Man & woman, boy & girl : the differentiation and dim rphism of gender identity from conception to maturity", Johns Hopkins University Press, 1972.

[10] So, gender was interpreted as a consequence of usual differences between women and men, only based on their biological specifics.

[11] J. Richard Udry ,"The Nature of Gender", *Demography* Vol. 31, No. 4 , 561-573.

[12] Nevena Petrušić, Slobodanka Konstantinović Vilić, „Modeli rodne senzitivizacije obrazovanja pravnika I pravnica na univerzitetu", *Zbornik radova „Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog*", 2012, 519–542.

reasons for dispute about gender sensitive language in Serbian society, but we will be back on this later.

It is possible to discriminate someone just by using a term that is not adequate and hurt someone's dignity or any other feeling as a human being only by words, This phenomena is called *verbal sexism,* when it is done regarding to the fact that someone is male or usually- female[13]. And it is possible to do it, as some authors say, by not using gender sensitive language[14]. The oppression of men is real, especially in linguistics, where men were also dominant and created all sorts of levers to keep power in their hands (for example, by making standardized expressions that are prestigious and used by the educated elite which is dominantly – male). So, using gender sensitive language in the world full of men makes women more visible[15] and gives them place and respect they deserve. On the other side, some authors say that using feminine titles especially in professions could be usefull when it is important to know the sex of the named professional. But, when it comes to what any professional can do, the sex is irrelevant, so new words may not be invented and forcibly created where there is no need for them[16].

The truth is, obviously, somewhere in the middle[17].

SHORT NOMOTECHNICAL ANALYSIS OF LAW ON GENDER EQUALITY(2021)[18]

The first legal act on gender equality in the Republic of Serbia was adopted in 2009. It was named as *Law on equality of sexes*[19] . For the first time in the legal system of Serbia, gender equality was regulated by a special law as one of the basic human rights and basic values of a democratic society, and an explicit prohibition of discrimination based on gender and gender were prescribed[20]. The law

[13] Sexism is prejudice or discrimination based on sex or gender, especially against women and girls.It imposes limits on what men and boys can and should do and what women and girls can and should do. https://www.britannica.com/topic/sexism

[14] Menegatti, Michela, and Monica Rubini, "Gender Bias and Sexism in Language*", Oxford Research Encyclopedia of Communication.* https://oxfordre.com/communication/view/10.1093/acrefore/9780190228613.001.0001/acrefore-9780190228613-e-470, 10.12.2023.

[15] S. Savić,18.

[16] Vesna Đorđević, et alia, „ New words and gender equality in Serbian – does discrimination exist*?" Jazykovedný časopis (Journal of Linguistics*), 2022, Vol. 73, No. 3, 421–450.

[17] Actual minister for human and minority rights and social dialogue of Republic of Serbia Tomislav Žigmanov attends gatherings organized by both supporters of the use of gender-sensitive language and opponents of it. https://www.dnevnik.rs/drustvo/zigmanov-pazlivo-slusamo-agrumente-oko-upotrebe-rodno-senzitivnog-jezika-24-05-2023, 15.12.2023.

[18] Закон о родној равноправности, „Службени гласник РС", 52/2021. IN further text:LGE.

[19] Закон о равноправности полова „Службени гласник РС", 104 /2009.

[20] The prohibition of discrimination on basis of sex is also noted in the Constitution of Republic of Serbia ,(«Службени гласник РС» бр. 98/2006, 16/2022) – Одлука о проглашењу

regulated some areas that are particularly important for achieving equality of sexes and established special measures for achieving equality of sexes and preventing and eliminating discrimination based on sex. Numerous subsidiary laws regulate certain areas of social life (family relations, health, education, labor relations and employment, etc.)[21], but this law became so called *umbrella law.*

The same law was replaced in 2021. by the currently valid Law on Gender Equality. The main difference can be noted in the titles of the laws, because there has been a turning point – biological sexes aren't more in the focus, but gender as a social construct.Between two laws there were some initiatives that came from offices of independent bodies, such as the Protector of the Citizens, who issued Instructions for standardized non-discriminatory speech and behavior[22], and Commissioner for the Protection of Equality[23]. Both initiatives were in the form of recommendations, issued at the same year, in 2011 and were aimed at the use of gender-differentiated language, the first in the field of public life in general, and the second was aimed exclusively at the Serbian Armed Forces. Also, in both texts was noted that the consistent application of gender-sensitive language is a must, and that the generic use of the masculine grammatical gender could be interpreted as a violation of equality of sexes and state policy of equal opportunities for all.

At first, Art 3 LGE defines *gender equality*, before the term gender is properly defined.[24] It can be viewed as a methodological error, because gender should first be defined as a more general and higher concept, and only then gender equalit. The Art. 3 states that:

> *Gender equality means equal rights, responsibilities and opportunities, equal participation and balanced representation of women and men in all areas of social life, equal opportunities to exercise rights and freedoms, use of personal knowledge and abilities for personal and social development, equal opportunities and rights in access goods and services, as well as achieving equal benefits from the results of work, while respecting the biological, social and culturally formed differences between men and women and the different interests, needs and priorities of women*

Уставног закона за спровођење Акта о промени Устава Републике Србије – Амандмани I – XXIX – „Сл. гласник РС", бр. 115/2021) in Art. 21.

[21] Marijana Pajvančić, Nevena Petrušić,Senad Jašarević,"Komentar Zakona o ravnopravnosti polova",Beograd, 2010.

[22] Канцеларија Заштитника грађана Републике Србије, 2011.

[23] „Препорука Генералштабу Војске Србије и Министарству одбране Републике Србије за увођење родно диференцираних назива чинова Војске Србије и стварања услова за употребу родно диференцираног језика у службеној комуникацији", дел. бр. 1279/2011, Повереник за заштиту равноправности Републике Србије.

[24] There are such cases in our legislation, for example, the Criminal Code only in Article 112 defines a number of terms that are constantly used in the law.

and men when adopting public and other policies and deciding on rights, obligations and provisions based on law, as well as constitutional provisions[25].

Art. 6 of the same law defines use of certain terms in this law, so we can find that

"gender means socially determined roles, opportunities, behaviors, activities and attributes, which a certain society considers appropriate for women and men, including the mutual relations between men and women and the roles in those relations that are socially determined depending on sex"(Art 6,paragraph 1, item 1)[26]

"sex is a biological characteristic on the basis of which people are determined as women or men" (Art 6, para 1 item 3).

So it is obvious that gender is still in the role of social construct, which includes more social constructs, differentiated by – sex.

Also in Art. 6 para 1 item 17 it is defined what gender sensitive language is:

gender-sensitive language is a language that promotes the equality of women and men and a means of influencing the awareness of those who use that language in the direction of achieving equality, including changes in opinions, attitudes and behavior within the language they use in their personal and professional lives.

By using exclusively the masculine gender for certain occupations, it is presumed that the presence of women remains linguistically invisible in highly qualified and prestigious positions for which masculine nouns are used, even when women work in those positions. Art 10 para 2 LGE says also that the use of gender-sensitive language in order to influence the removal of *gender stereotypes*[27] when exercising the rights and obligations of women and men.

---

[25] In Plan of the Republic Secretariat for Public Policies for the Realization and Promotion of Gender Equality from 21.11. in 2021, gender is defined as" socially determined roles, possibilities, behaviors, activities and attributes that a certain society considers appropriate for women and men, including the mutual relations between men and women and roles that are socially determined depending on sex". https://rsjp.gov.rs/wp-content/uploads/Plan-rodne-ravnopravnosti.pdf, 15.11.2023.

[26] Gender and gender identity are mentioned in Law on prohibition of discrimination (Закон о забрани дискриминације: Sl. glasnik RS, 22/2009-3, 52/2021-4) as possible basis of discrimination, as well as sex and sexual characteristics (Art.2 para 1 item 1),or sexual and gender harassment (Art 5 of the same law), but there is no clarification of sex , gender , or any other phrase that contains the word „gender".

[27] Gender stereotypes are traditionally formed and rooted ideas according to which women and men are arbitrarily assigned characteristics and roles that determine and limit their opportunities and position in society;

Art 6 para1 item 24 LGE.

But most of all, the very unusual thing about this law can be noted in Art 6 para 2 LGE, contradictory to all the previous statements:

> *The terms used in this law and the regulations adopted based on it, which have a gender meaning, expressed in grammatically masculine, imply the natural feminine and masculine gender of the person they refer to.*

In the entire law, extreme care was taken not to use words that should be mentioned twice, in their masculine and feminine grammatical gender, but this sentence remained.In the context of the content and goal of the law on gender equality, the mentioning of the use of the masculine grammatical gender and definition of its use as neutral seems- contradictory. The main rule of use of gender sensitive language is that use of masculine grammatical gender violates the rights of women, especially those who are in positions/working at places that were usually men's, and makes them invisiable. So, this can implicate that using of masculine grammatical gender indicates that its use does not violate anyone's rights.

Another thing is also interested. In Art. 2 it is said that

> *"the provisions of this law cannot be interpreted or applied in a way that abolishes or limits the rights established by other regulations or limits or diminishes the achieved level of human rights in the field of gender equality arising from the Constitution, confirmed international treaties, and generally accepted rules of international law, laws, as well as European Union legislation on gender equality".*

If we know that the law establishes obligation to use gender sensitive language in all situations, even if the female person doesn't want that and said that explicitly, and knowing that all persons in Republic of Serbia have a constitutional right to express freely their opinion, it might implicate that this law breaches the contituitional gurantee for those women who doesn't want to be named by gender sensitive language. Their capacity to think and freely express their opinion is totally abolished with this law, which could be the main reason for this law to be declared unconstitutional.

Obligation of public authorities to continiously monitor the realization of gender equality in the area of social life for which they are responsible, as well as the application of international standards and constitutionally guaranteed rights in that area, the use of gender-sensitive language in the names of workplaces, positions, titles and occupations, as well as yes, within the framework of their competences, they lead a policy of equal opportunities for women and men and plan, enact, implement and publicly announce the results of special measures is established in Art .25 of this law. The additional obligation of public authorities established by this law is the supervision of the implementation of the gender-sensitive language, which will become a reality in May 2024. They are obliged to control all other state bodies in the hierar-

chical ladder below them, but also themselves in the use of one of the declared mechanisms for reducing gender inequality/ use of gender sensitive language.

Dispute in public began "louder" and more present with the modification of articles 37 and 44 of the LGE. In Art. 37, gender sensitive language is constituted as obligated in use in study programs, when determining textbook standards (para2 item1), in certificates, diplomas, classifications, titles, occupations and licenses, as well as in other forms of educational work(para 1 item 2). At the same time, all textbooks and other teaching materials must be analized from the point of view of gender equality. Art. 44 determines the obligation of public information media to use gender-sensitive language when reporting, in order to contribute to the suppression of gender stereotypes, social and cultural patterns, customs and practices based on gender stereotypes, discrimination based on sex, gender-based violence, domestic violence and violence against women.This obligation enters into force in May 2024, three years after the LGE was enacted.

According to article 68 para 1 item 9, a fine of 5,000 to 150,000 dinars will be imposed on a responsible person in a body of the Republic of Serbia, a body of territorial autonomy and a body of a local self-government unit if does not comply with the obligations prescribed in Art. 37, 38,

39, 40, 41, 42, 43, 45, 46 and 49[28] of this law. It is interesting to note that only Art.37 and 44 explicitly mentioned the obligation to use gender-sensitive language in the field of education and public information, and this law prescribes punishment only for not using gender-sensitive language. The punishment for the media that does not use gender-sensitive language is not noted in this law, but there is only the obligation of the competent Ministry of Culture and Information to supervise its area. If only this law is followed, it is unclear what to do in cases when media aren't using gender-sensitive language and if so, in what way and with what amount of fines would be punished.

DISPUTE ABOUT THE GENDER SENSITIVE LANGUAGE IN SERBIA

"Language defines a person on a sociological, psychological and individual level"[29] . It determines us as the only living individuals capable of articulated speech. This ability places us in a group of the same individuals, with the intention of exchanging certain messages with each other within the group, in standardized way, using the same sign system and same standardized rules of communication.

[28] Articles 38-49 deal with gaining gender equality in special areas of life: defense and security, transport, energy, environmental protection, culture, sports, sexual and reproductive health and rights.

[29] Р.Бугарски, *Увод у општу лингвистику*, 43.

Use of language is sort of two way street: it shapes the world around us, and the thinking and changes that go from the world can reshape and change the language and also the way of thinking. Also, in the context of our work, choice of words and the tone of their expressing, as well as the context in which they are spoken, can contribute to the creation of their unconscious assumptions about gender roles. The gender legal theory observes that the patriarchal world is not good for women, and laws and the way they are implemented are important pillars of that world. So, gender theory is a critical analysis of rights, laws and their application as patriarchal institutions[30], and the gender sensitive language is its important product.

The use of terms only referring to males, even if that is in masculine grammatical gender, which is mostly declared as gender neutral, seems to be not that acceptable anymore. Some think that avoiding discrimination between men and women starts with language[31], as the systematic use of gender-biased terminology influences attitudes and expectations and could, in the mind of the reader, relegate women to the background or extend stereotyped view of masculine and feminine roles. "If you are visible in the language, you are also visible in the consciousness of the interlocutor"[32]. The United Nations directives in that regard invited United Nations staff to avoid the use of language which refers explicitly or implicitly to only one sex, and to ensure (according to each language's characteristics) the use of non-sexist/gender-sensitive/neutral language.[33]So, United Nations decided to use gender-neutral language, despite numerous requests to use gender-sensitive language.

The use of gender-sensitive terms (which usually refer to professions, titles and occupations, where by using feminine instead of masculine, women become more visible) is more noticeable in the media discourse- media didn't hesitate much to use it[34]. Gender perspective (which inspired gender sensitive language) has also entered university education[35], at first with *women's/gender studies[36], which were*

---

[30] Лилијана Чичкарић,"Родна равноправност као неопходан услов представничке демократије", Теме, 1/2012, 67-83.

[31] Here we can ask kind of rhetoric question, wheter language is mechanism for communicating beliefs, or the beliefs are influences by language, ie, i.e. to what extent language influences the creation of beliefs and vice versa.

[32] Свенка Савић," Упутства за стандардизацију родно осетљивог језика", у :*Род и језик*, Нови Сад,2009,301-320.

[33] Gender –sensitive language Guidelines , developed by Nouhad Hayek, Reviser at the Conference Services Section of ESCWA, on the basis of the following references: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), https://www.unescwa.org/sites/default/files/services/doc/guidelines_gender-sensitive_language_e-a.pdf, 12.11.2023.

[34] We find also some other examples: Nađa Bobičić, Marijana Stojčić, „Antirodni diskurs u medijima u Srbiji „ , CM: Communication and Media 2023, vol. 18, br. 53,3-.

[35] More on this : N. Petrušić, S. Konstantinović Vilić, 520-522; „Novi društveni ugovor između žena i muškaraca: uloga obrazovanja", Savet Evrope, Strazbur, 2002.

[36] Gender studies on the University in Novi Sad has a long tradition, since 2002. More about it : https://www.uns.ac.rs/index.php/clanice/centri/ucimsi, 10.01.2024.

"ready to deconstruct the culture of patriarchy and encourage the development of a critical and gender-sensitized awareness of social relations, processes and policies, thus preparing young people for effective and active democratic citizenship and new gender partnership in private and public life"[37]*. Anothey way of influence at the universities is thru legal clinics for women's rights*, which gives an opportunity to future lawyers, for gaining new insight into these rights and all consequences that can occur when those aren't respected, such as "oppression, marginalization and discrimination of women".

So, gender perspective has been present in Serbian society for some time. It sort of helped to recognize the gender[38] as a determinant that causes inequality[39]. That inspired some govermental independent bodies to start dealing with the topic of gender-sensitive language, which seemed to be the first and simpler way to abolish inequality and discrimination between men and women[40]. The dispute regarding use of gender sensitive language started earlier than 2021, yet it wasn't that unyielding.

The Committee for Standardization of the Serbian language sent in 2021 a public letter in which it expressed opposition to the changes introduced by the LGE in connection with the use of gender sensitive language, that is, as they state, "opposition changes in the standardization of the Serbian language: and called it "law against the Serbian language" and "violence over language"[41]. But earlier, in 2007, this Committee stated that "*the position that only gender-differentiated language is the language of gender equality implies that languages that do not know the grammatical category of gender are not or cannot be languages of gender equality. This implicitly discriminates against speakers of languages that do not have appropriate grammatical categories, such as English*"[42]. The Committee firmly stood on the position that the grammatical and natural gender of nouns in the Serbian language are not identical and resolutely rejected the claim that the use of the generic masculine gender threatens women's rights[43], and violates the equality.The trivialization of linguistic theory"[44] in such manner isn't good tool for sending a desirable political message, the Committee said, especially when it conflicts with the insights reached by the official science of language, or when it would mean disrupting the structure of the given language"[45].

[37] N. Petrušić, S. Konstantinović Vilić, 12.

[38] As gender social roles, mentioned earlier.

[39] Kosana Beker ,Biljana Janjić ,"Izveštaj o pravima žena i rodnoj ravnopravnosti u srbiji za 2021. i 2022. godinu"Pančevo, 2023,24.

[40] It was mentioned earlier in this article, so we will not repeat it .

[41] Ibid, 35.

[42] „Како именовати занимања и титуле женских особа", Списи Одбора за стандардизацију, X, 2008, 98–104. German and Italian languages have specified suffixes for feminine gender of nouns, -in in german, and – essa in Italian.

[43] Ibid.

[44] Ibid.

[45] Ibid.

Law office Radić has submitted on 1st June 2021.[46]an initiative to the Constitutional Court of Serbia (in further text : CC) for an assessment of the constitutionality of the LGE as it is contrary to the Constitution of Serbia and to almost all existing laws , who does not recognize the category of gender. Also, according to this law office ,LGE introduces legal uncertainty, because it suspends the application of several thousand regulations that use expressions that are now not aligned with the articles of the LGE(meaning, those laws use grammatical masculine gender, so are sort of unadequate and contradictory to the LGE.

The same opinion had S.Tanasić, president of the Committee for the Standardization of the Serbian Language SANU[47], which is the only institution in Republic of Serbia that is entitled to deals with the standardization of the language, alphabet and grammar of the Serbian language. He pointed out that more initiatives are expected before the CC for the assessment of the Law on Gender Equality, since it violates the basic norms of not only the language, but also the state, the church and society as a whole[48].On this matter, the Committee was stating three times in 2011, 2018 and 2021, before the LGE was submitted to the parliamentary procedure, but its opinions were not taken into consideration.

It is also stated that On May 31, 2021, by the Committee for Public Relations and Solving Urgent Issues of the Serbian Language Standardization Committee that[49]:

> "*Those newly created words are not an active part of the lexicon. In order to become an active, commonly used lexicon, neologisms must fulfill three conditions:*

[46] The author of the paper had a direct insight into the text of this initiative. Unfortunately, we do not know the business number under which this initiative is run, so we do not list it.

[47] SANU-Serbian Academ Sciences and Arts,on Serbian: Srpska akademija nauka I umetnosti .One of the basic tasks of the Committee for the Standardization of the Serbian Language, an all-academic and all-university scientific body, founded on December 12, 1997, by agreement of fourteen founders (Serbian Academy of Sciences and Arts, Montenegrin Academy of Sciences and Arts, Academy of Sciences and Arts of the Republic of Srpska, Matica srpska, The Institute for the Serbian Language SANU, the Serbian Literary Cooperative and eight philological and philosophical faculties where the Serbian language is taught, in Belgrade, Novi Sad, Nikšić, Priština, Niš, Srpski Sarajevo, Banja Luka and Kragujevac) is to preserve and improve the norms of the Serbian language, whose three basic characteristics are systemicity, polyfunctionality and elastic stability.

[48] As far as we know, before the Constitutional Court there are officially two initiatives: the initiative of the law firm Radić and the initiative of serbists- professors of Serbian language. Also, we had we had an insight into the initiative prepared by the members of the political groups Dveri and Zavetnici, but we have no information whether they actually submitted it. The common ground in all initiatives is the opposition to the concept of gender, which, according to the submitters, is not a constitutional category and is not adequately explained even where it is mentioned. The initiative of linguists is more based on the rules of linguistics and how this law violates them,, Radić's initiative is more based on legal issues, and the last initiative, for which we do not know wheter is it submitted, is based more on political and ideological grounds.

[49] „Закон о родној равноправности је закон против српског језика", announcement available on: https://www.ossj.rs/odluke-i-saopstenja/zakon-o-rodnoj-ravnopravnosti-je-zakon-protiv-srpskog-jezika/,10.12.2023.

a) they must be in accordance with the formation system of the Serbian language, i.e. created by usual ways of creation, b) must be needed by the lexicon of the literary language, i.e. their use must be purposeful, and c) they must be accepted by the majority of speakers of the given language. The largest number of "gender-sensitive lexemes" proposed by the supporters of the given law do not meet at least two of the three conditions: they are not expedient, and they are not in general use. In addition, many women[50] *do not want the name of their profession, title, function, etc. conform to the wishes of "gender ideologues", who forcefully, ignoring the grammatical rules of the Serbian language, identify grammatical gender with gender. Masculine grammatical gender is a neutral category, which means that, according to linguistic law, it semantically includes the category of male and female gender"*[51].

On June 28, 2023 His Holiness the Patriarch of Serbia Mr. Porfirije spokewith a group of eminent Serbian linguists regarding the issue of gender sensitive language. Patriarch Mr. Porfirje pointed out that the issue of language defines the identity of a nation, and that thoughtless change can have great consequences for the self-awareness of a nation such as the Serbians, to which the Church constantly draws attention[52].

In November 2023 , in the absence of an answer from the CC , the Radić Law office filled in Request for access to information of public importance to the Ministry for human and minority rights and social dialogue, asking : has the Ministry also adopted the mentioned plans and programs – related to the achievement and improvement of gender equality; are the terms man and woman, in the LGE, biological term, as it was in the previous law, or are they now social contructs – which can be declared by gender or how they feel; are the National Library of Serbia, the main Library of the City of Belgrade and other main, public and school libraries, institutes, etc. in Serbia obliged to write off books which are not written in gender-sensitive language, etc? Few months earlier, the same law office appealed

---

[50] It is often mentioned that "many women" do not approve the use of gender sensitive language, but there are, we must say, not reliable statistics about it. We quote this here, with scientific restraint regarding the actual claim.

[51] „Насиље над српским језиком", Одлука поводом усвајања Закона о родној равноправности, Одбор за стандардизацију српског језика, 2.јуна 2021. године:

https://www.ossj.rs/odluke-i-saopstenja/odluka-povodom-usvajanja-zakona-o-rodnoj-ravnopravnosti/,10.12.2023.

[52] „Саветовање о штетности Закона о родној равноправности", саопштење са скупа, Одбор за стандардизацију српског језика, 28.јуна 2023. године:

https://www.ossj.rs/aktuelnosti/savetovanje-o-stetnosti-zakona-o-rodnoj-ravnopravnosti/, 10.12.2023. At the same time, The Commissioner for the Protection of the Equality stated that the issue of gender sensitive language is not the issue for the church to deal with it. https://www.021.rs/story/Info/Srbija/338141/Poverenica-Rodno-senzitivni-jezik-nije-pitanje-za-crkvu.html, 10.12.2023. But, the Church has every right to interviene when such changes affect its internal organization and application of internal church rules, as it has its own autonomy within the state.

to the CC with a request to temporarily prevent the implementation of the LGE until the meaning of the word gender is clarified[53] .Until the day of delivery of this article, we have no information whether and what kind of response this office received from the competent ministry, or that there was any answer from the CC[54].

The Institute for the Improvement of Education and Training (ZUOV, in serbian) turned to the Committee for the Standardization of the Serbian Language and the Commissioner for the Protection of Equality for an opinion on the use of gender-sensitive language in textbooks in Serbia[55].The answers of these two bodies were opposed – the Committee believes that gender-sensitive language has no place in educational books, while the The Commissioner for the Protection of Equality draws attention to the obligation to comply with the LGE, which requires use of gender-sensitive language.[56]

On the other hand, some authors say that it is necessary for the law to stop treating women as "masculine" and to start treating them as "feminine"[57], which means that the law must recognize women as such, and all their specificities. As it is difficult to achieve the equality of women with men and their recognition in reality, from below, it must be done repressively, with the help of laws and with the supervision of the state from above, and with the help of the threats of penalties for disrespecting the law. That is why, on their opinion, the gender sensitive language is needed.

Sensitization of employees[58] in institutions is a must; if they are used to use of gender sensitive language, it will be easier for them to control others and spread gender perspective further. On the contrary, the enacted laws cannot have any

---

[53] „Суд да заштити језик и уџбенике: Адвокатска канцеларија Радић упутила предлог највишој судској инстанци да стопира употребу речи „род" https://www.novosti.rs/drustvo/vesti/1239919/sud-zastiti-jezik-udzbenike-advokatska-kancelarija-radic-uputila-predlog-najvisoj-sudskoj-instanci-stopira-upotrebu-reci-rod,10.12.2023.

[54] There were some rumors that CC will decide upon all those appeals, but till the end of 2023., there were no public informations about that.

[55] The same opinion had the President of the National Education Council, R. Stojković, who stated that gender sensitive language is not in standards of serbian language. https://www.euronews.rs/srbija/drustvo/64388/hoce-li-biti-vojnikinja-u-udzbenicima-zakon-kaze-da-rodno-senzitivni-jezik-ulazi-u-udzbenike-ali-ne-i-nps-i-lingvisti/vest ,10.12.2023.

[56] The Commissioner B.Janković also stated "it takes time during which some phenomenon is established in official and public use, but in a certain context, political support in the speaking community is much more needed in order to speed up and end that process". https://www.danas.rs/vesti/drustvo/upotreba-rodno-osetljivog-jezika-u-udzbenicima-obavezna-od-2024-zasto-su-izdavaci-vec-poceli-da-brisu-zenski-rod/, 10.12.2023.

[57] Zorica Mršević," Ka demokratskom društvu – rodna ravnopravnost", Beograd, **,2011.**

[58] On the website of Republic Coordination body for gender equalitz can be found manual for use of gender sensitive language :Hristina Cvetinčanin Knežević, Jelena lalatović, *Priručnik za upotrebu rodno senzitivnog jezika*, Beograd, 2019, and also is valuable :Svenka Savić, Marijana Stevanović, *Vodič za rodno osetljiv jezik u javnoj upravi u Srbiji,*Beograd, 2018 .

meaning and are useless[59] Feminists say that supposed naturalness of male privileges makes the struggle for women's right more complicated, because it changes the established division of social power and roles[60]. Some authors say that gender equality should be further strengthened by linguistic solutions. Naming women's roles and working places in a grammatically feminine gender and form is making them more visible and selfaware, which leads them to confirmation of their abilities and evaluation of their work and effort that led them to those positions. It is very important, especially in political institutions, governmental bodies institutions where women are at high positions, as well as in business area, to increase their political power, and gender sensitive language might be the right tool for that.[61]

CASE OF PROTECTORS OF CITIZENS' RIGHTS-WHY IS THERE NO COMPLIANCE REGARDING THE TITLE OF OMBUDSMANS?

One of the discussions regarding the use of gender-sensitive language is related to the use of the original title for the position of protector of citizens' rights-*ombudsman*. Ombudsman is a word that comes from the old Swedish language and is gender neutral[62]. It means a person who was previously appointed by the king, and now it is appointed by the parliament ,at a certain territorial level, with the aim of controlling the effectiveness and correctness of the work of other state bodies. The ending "man" in ombudsman is not related to the English word "man" and is thus gender- neutral[63]. But is it true?

In 2015 the Northern Ireland Assembly, and specifically the Office for the First Minister and Deputy First Minister Committee , decided to reform the public sector in area of protection of human rights and call ombudsmans now as Ombudsperson as the latter is unambiguously gender neutral [64]. It is suggested that Ombudsperson (or Ombud or Ombuds) would be a gender neutral term consistent with the general commitment that legislation should be gender neutral. For

[59] https://www.021.rs/story/Info/Srbija/320002/Stojkovic-Uvodjenje-rodno-senzitivnog-jezika-znacice-da-srpski-nece-biti-jezik-na-kom-se-misli.html,10.12.2023.

[60] Z.Mršević,,32.

[61] Л.Чичкарић, 83.

[62] Tim Moore, "Ombudsman Gender Neutral?", *Research and Information Service Briefing Paper*,Paper 81/15, 2015 NIAR(http://www.niassembly.gov.uk/globalassets/documents/raise/publications/2015/ofmdfm/8115.pdf,10.12.2023.

[63] Istvan Posta, "Review of the organizational Ombudsman services across the United Nations system", Joint Inspection Unit, Geneva 2015, https://www.unjiu.org/sites/www.unjiu.org/files/jiu_document_files/products/en/reports-notes/JIU%20Products/JIU_REP_2015_6_English.pdf, 10.12.2023.

[64] http://www.niassembly.gov.uk/globalassets/documents/legislation/bills/non-executive-bills/session-2015-2016/public-services-ombudsperson-bill/efm---as-introduced.pdf,10.12.2023.

some, „man“ in „ombudsman“ isn't equal with „person“, so „ombudsman cannot be taken for gender neutral. Cultural changes, who make people more recognize practices that are discriminative, although they were fully accepted and preferred practices before, must be expressed in law, economics, even on such a micro level as the names of certain professions[65].

So, we find term "Ombudsperson" on the website of European Institute for Gender Equality, who presented themselves as "independent centre and the primary source for information on gender equality in the European Union" [66]. But at the same time, there is still office of the Ombudsman for the UN Funds and Programmes[67].

A lots of ombudsman's office around the world changed their title. Some of them are on the regional, or country level, or even on the university level, where can be found protectors of students' or employees at the university rights. For example, The UC Berkeley Staff Ombuds Office has used gender inclusive language since its creation in 1984[68], but International Ombuds Association adopted title Ombuds in 2022[69]. In Australia, debate about the title of ombudsman at first was stated even at 80s in XX century. When marking 40 years of the Office of the Commonwealth Ombudsman in 2017, it was noted that several Australian women have served as the federal leader of this office. Despite of that fact, the title for protectors of citizens' rights in Australia is still Ombudsman, and the plural is Ombudsmen, since this word was taken as usual english word[70].

Although this word was not gendered in Swedish, it is in English, so when using word "ombudsman" it seems to put the person before the role. Even when

[65] Varda Bondy and Margaret Doyle, „How an attempt to introduce a gender-neutral title was rejected by the legislature“, *Ombuds Research Studying the work of ombuds men and women and complaint handlers,* https://ombudsresearch.org.uk/2017/04/25/how-an-attempt-to-introduce-a-gender-neutral-title-was-rejected-by-the-legislature/,10.12.2023.

[66] Definition of Ombudsperson, https://eige.europa.eu/publications-resources/thesaurus/terms/1254?language_content_entity=en,10.12.2023.

[67] https://jobs.undp.org/cj_view_job.cfm?cur_lang=en&cur_job_id=53705,10.12.2023.

[68] https://staffombuds.berkeley.edu/,10.12.2023.

[69] "As Ombuds, we deeply understand the power of words. Words inform our perceptions, influence our behavior, and shape our worlds. Recognizing that words communicate our values, we are changing the way we communicate and describe our profession, thereby creating a more inclusive platform for diverse interests and opportunities in the Ombuds arena. Having a gender specific title not only dissuades diverse interest and application into our field, but it also fails to accurately reflect the population we serve. More so, research has showed that gendered language narrows professional opportunities for women and more broadly it widens the gap of social inequity", *International Ombuds Association Adopts Gender Inclusive Language* , https://staffombuds.berkeley.edu/news/international-ombuds-association-adopts-gender-inclusive-language,10.12.2023.

[70] Melissa Coade, Language lessons revive question about the term 'ombudsman', https://www.themandarin.com.au/156372-language-lessons-revive-question-about-the-term-ombudsman/, 10.12.2023.

using "ombudsman" or "ombudswoman" seems to put the sex of the person before the role, instead of their capability to work on that position[71]. On the other side , Ombudsman isn't easy word for pronouncing, as well as the Ombuds, which is usually offered as a neutral alternative . As the part of protection of rights and working as representative of parliament and being mediator between citizens and other governmental bodies is very important, some say that "it is possible to honor the roots of profession and also honor the emerging realities of our present moment in history".[72]So the change of the title to gender neutral, or gender sensitive version seems to be inevitable.Or, in words of David G. Schwartz ,"if dropping the "man" from "ombudsman" makes even one person feel better about reaching out to the office, it is well worth it"[73] .

After this short overview of the dispute about title of ombudsman, and having in mind all argument of both sides- those who want to stay the original title and those who wants to use gender sisnsitive or gender neutral titles, the best solution might be to those significant undependent offiscers call Ombuds or Protectors od citizens rights, because both titles are gender neutral.

CONCLUDING REMARKS

The majority of linguists agree that the feminization of language is on the rise and that the phenomenon needs to be addressed with great care[74]. It seems that in the case of enacting LGE and making gender sensitive language wasn't fully respected old maxim ; *audiatur et altera pars* -listening to the other side and its argumentation regarding this issue. We agree that gender sensitive language and its using is important tool for abolishing discrimination and other negative linguistic and social phenomena. But one can use gender sensible terms and again, hurt other's feelings when using it in a disparaging tone, or in another context for which the term was originally intended. Making it mandatory under the threat of high fines does not help to spread the use of gender-sensitive language, nor does it increase its legitimacy, and even less can influence the common man to understand the essence of this linguistic reversal.

---

[71] We trully support women on this high legal position and also think that putting their sex before the position can, in a way abolish all their efforts and struggle to reach those positions and to keep them there. Gender sensitive title is there to promote the possibility for women, to held that position, that this is not something that is reserved onlty for men.

[72] David Rasch, "A meatball by any other name", *Journal of International Ombudsman Association*, https://www.ombudsassociation.org/assets/docs/JIOA-2018-6_PDF_A-Meatball-by-Any-Other-Name.pdf,10.12.2023.

[73] David G. Schwartz, "Why I'm Not the Ombudsman", 4.novembar 2023, https://www.unlv.edu/announcement/ombuds-office/why-im-not-ombudsman, 10.12.2023.

[74] V.Đorđević, et alia, 421–450.

If this intensified situation remains, we will reach the situation of "private language" that Wittgenstein wrote about[75]. It is possible for one person to have his/her own language, but what is purpose of that langauge, if he/she cannot communicate with others? It is the same if there is a group of people, smaller or larger, that establishes rules of communication, that the rest of the society they live in do not know or do not want to learn (which is again their choice, to which they are entitled). This means that the group separates, or stratifies, from the rest of society as a whole, although it confirmed its specificity in this way. A bridge of understanding and respect can be established between these groups, but the violent imposition of something is still considered a threat to democratic principles, even when it comes to the mechanism for abolishing discrimination against women.

The position of the author of this paper is that the gender-sensitive strengthening of title professions could be set as a possibility, not an obligation, because it will simultaneously give everyone the opportunity to think about whether or not they want to be addressed differently than before, and whether this simple linguistic change corresponds to their internal feelings about oneself and one's own identity[76].

At the same time one should respect other's will not to be called in other way than he/she wants, whether in gender sensitive, gender neutral or other terms. Otherwise, it can be said that this violates the constitutional principles of freedom of thought and expression (Arti.46 of the Constitution)[77], in connection with the freedom of expression of thought, conscience and religion (Art.43 of the Constitution) and can implicate the further violation of Art. 21 of the Constitution, which *"prohibits discrimination on any basis, especially on the basis of race, gender, national affiliation, social origin, birth, religion, political or other belief, property status, culture, language, age and mental or physical disability".* The will of a female person to be addressed by other persons and competent authorities with a noun in the masculine grammatical gender, without a gender-sensitive form, could be classified as a belief, which is protected by Article 21 of the Constitution. That opinion might have nothing to do with woman's actual or perceived submission to a patriarchal, dominant pattern of behavior, but with her deep-seated belief that her gender has nothing to do with her success or failure in any sphere of life, and every woman should be granted exercise of that constitutional right. So, we think it must be set as a possibility and not as an obligation, and that thus it has more chances to be widely accepted than with the threat of penalties.

---

[75] Candlish Stewart and George Wrisley, "Private Language", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* <https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/private-language/>.10.12.2023.

[76] We strongly support this change and have been using this kind of communication even before it was constituted as obligatory, but always with caution, only if our interlocutor wants us to address her with gender-sensitive terms, especially when referring to the titles of professions.

[77] Ustav Republike Srbije, ("Sl. glasnik RS", br. 98/2006 i 115/2021).

REFERENCES

Literature:

Beker, Kosana; Janjić, Biljana, „Izveštaj o pravima žena i rodnoj ravnopravnosti u Srbiji za 2021. i 2022. godinu", Pančevo, 2023

Bobičić, Stojčić, Marijana, „Antirodni diskurs u medijima u Srbiji" *CM: Communication and Media* 2023, vol. 18, br. 53,3-31

Bondy, Varda and Doyle,Margaret, "How an attempt to introduce a gender-neutral title was rejected by the legislature", *Ombuds Research Studying the work of ombuds men and women and complaint handlers,* https://ombudsresearch.org.uk/2017/04/25/how-an-attempt-to-introduce-a-gender-neutral-title-was-rejected-by-the-legislature/,10.12.2023

Бугарски, Ранко *Увод у ойшшу линīвисшику*, Београд-Нови Сад, 1991

Бугарски, Ранко *Линīвисшика у ūримени,* Београд, 2000

Бугарски, Ранко, *Језик и кулшура*, Београд, 2005

Gender –sensitive language Guidelines, developed by Nouhad Hayek, Reviser at the Conference Services Section of ESCWA, on the basis of the following references: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), https://www.unescwa.org/sites/default/files/services/doc/guidelines_gender-sensitive_language_e-a.pdf, 12.11.2023.

Đorđević, Vesna, et alia, „ New words and gender equality in Serbian – does discrimination exist?" Jazykovedný časopis (Journal of Linguistics), 2022, Vol. 73, No. 3, 421–450.

"Како именовати занимања и титуле женских особа", Списи Одбора за стандардизацију,X, 2008, 98–104.

Malešević, Novak „Jezik i ideologija",*Kultura*, 138/ 2013, 144-162

Menegatti, Michela, and Monica Rubini, "Gender Bias and Sexism in Language", Oxford Research Encyclopedia of Communication. https://oxfordre.com/communication/view/10.1093/acrefore/9780190228613.001.0001/acrefore-9780190-228613-e-470, 10.12.2023.

Миљковић, Марија Д. „Духовнио сродство у народним песмама Срба са Косова и Метохије", докторска дисертација, Београд, 2022.

Money, John; Ehrhardt, Anke A., "Man & woman, boy & girl : the differentiation and dim rphism of gender identity from conception to maturity", Johns Hopkins University Press, 1972

Mršević, Zorica, „Ka demokratskom društvu – rodna ravnopravnost", Beograd, 2011

Moore, Tim, "Ombudsman Gender Neutral?", *Research and Information Service Briefing Paper,*Paper 81/15, 2015 NIAR(http://www.niassembly.gov.uk/globalassets/documents/raise/publications/2015/ofmdfm/8115.pdf,.10.12.2023.

"Novi društveni ugovor između žena i muškaraca: uloga obrazovanja", Savet Evrope, Strazbur, 2002

https://www.uns.ac.rs/index.php/clanice/centri/ucimsi, 10.01.2024

Pajvančić, Marijana; Petrušić, Nevena; Jašarević, Senad, „Komentar Zakona o ravnopravnosti polova", Beograd, 2010.

Petrušić, Nevena; Konstantinović Vilić, Slobodanka, „Modeli rodne senzitivizacije obrazovanja pravnika I pravnica na univerzitetu", *Zbornik radova „Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog"*, 2012, 519–542
Posta, Istvan, "Review of the organizational Ombudsman services across the United Nations system", Joint Inspection Unit, Geneva 2015, https://www.unjiu.org/sites/www.unjiu.org/files/jiu_document_files/products/en/reports-otes/JIU%20Products/JIU_REP_2015_6_English.pdf, 10.12.2023.
Rasch,David, "A meatball by any other name", Journal of International Ombudsman Association, https://www.ombudsassociation.org/assets/docs/JIOA-2018-6_PDF_A-Meatball-by-Any-Other-Name.pdf, 10.12.2023.
Речник срūскоī језика, израдили Милица Вујанић и др, ур.Мирослав Николић, Нови Сад, 2007
Savić, Svenka, *Žena sakrivena jezikom medija, kodeks neseksističke upotrebe jezika*, Petrovaradin, 2005
Савић, Свенка, „Упутства за стандардизацију родно осетљивог језика", у: *Род и језик,* Нови Сад, 2009, 301-320
Savić, Svenka; Stevanović, Marijana, *Vodič za rodno osetljiv jezik u javnoj upravi u Srbiji*,Beograd, 2018
Cvetinčanin Knežević, Hristina; Lalatović, Jelena, *Priručnik za upotrebu rodno senzitivnog jezika*, Beograd, 2019
Stewart, Candlish;Wrisley, George; "Private Language", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* <https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/private-language/>.10.12.2023.
Schwartz, David G., "Why I'm Not the Ombudsman", 4.novembar 2023, https://www.unlv.edu/announcement/ombuds-office/why-im-not-ombudsman, 10.12.2023.
Udry, J. Richard,"The Nature of Gender", *Demography* Vol. 31, No. 4, 561-573
Чичкарић, Лилијана, „Родна равноправност као неопходан услов представничке демократије", *Теме,* 1/2012, 67-83

Links:

https://www.021.rs/story/Info/Srbija/338141/Poverenica-Rodno-senzitivni-jezik-nije-pitanje-za-crkvu.html, 10.12.2023.
https://www.021.rs/story/Info/Srbija/320002/Stojkovic-Uvodjenje-rodno-senzitivnog-jezika-znacice-da-srpski-nece-biti-jezik-na-kom-se-misli.html,10.12.2023.
Coade, Melissa, "Language lessons revive question about the term 'ombudsman'", https://www.themandarin.com.au/156372-language-lessons-revive-question-about-the-term-ombudsman/.10.12.2023.
"Gender Roles Can Create Lifelong Cycle of Inequality",https://www.savethechildren.org/us/charity-stories/how-gender-norms-impact-boys-and-girls, 10.12. 2023.
https://www.euronews.rs/srbija/drustvo/64388/hoce-li-biti-vojnikinja-u-udzbenicima-zakon-kaze-da-rodno-senzitivni-jezik-ulazi-u-udzbenike-ali-ne-i-nps-i-lingvisti/vest , 10.12.2023.
https://www.danas.rs/vesti/drustvo/upotreba-rodno-osetljivog-jezika-u-udzbenicima-obavezna-od-2024-zasto-su-izdavaci-vec-poceli-da-brisu-zenski-rod/, 10.12. 2023.

"Закон о родној равноправности је закон против српског језика", announcement available on : https://www.ossj.rs/odluke-i-saopstenja/zakon-o-rodnoj-ravnopravnosti-je-zakon-protiv-srpskog-jezika/
https://jobs.undp.org/cj_view_job.cfm?cur_lang=en&cur_job_id=53705,10.12.2023
„Насиље над српским језиком", Одлука поводом усвајања Закона о родној равноправности,Одбор за стандардизацију српског језика, 2.јуна 2021. године:
https://www.ossj.rs/odluke-i-saopstenja/odluka-povodom-usvajanja-zakona-o-rodnoj-ravnopravnosti/,10.12.2023.
"International Ombuds Association Adopts Gender Inclusive Language", https://staffombuds.berkeley.edu/news/international-ombuds-association-adopts-gender-inclusive-language,10.12.2023
http://www.niassembly.gov.uk/globalassets/documents/legislation/bills/non-executive-bills/session-2015-2016/public-services-ombudsperson-bill/efm---as-introduced.pdf,10.12.2023.
Ombudsperson,https://eige.europa.eu/publications-resources/thesaurus/terms/1254?-language_content_entity=en,10.12.2023.
„Саветовање о штетности Закона о родној равноправности", саопштење са скупа, Одбор за стандардизацију српског језика, 28.јуна 2023. године:
https://www.ossj.rs/aktuelnosti/savetovanje-o-stetnosti-zakona-o-rodnoj-ravnopravnosti/, 10.12.2023.
Sexism, https://www.britannica.com/topic/sexism,10.12.2023.
https://www.dnevnik.rs/drustvo/zigmanov-pazlivo-slusamo-agrumente-oko-upotrebe-rodno-senzitivnog-jezika-24-05-2023, 15.12.2023.
https://staffombuds.berkeley.edu/, 10.12.2023
„Суд да заштити језик и уџбенике: Адвокатска канцеларија Радић упутила предлог највишој судској инстанци да стопира употребу речи „род" https://www.novosti.rs/drustvo/vesti/1239919/sud-zastiti-jezik-udzbenike-advokatska-kancelarija-radic-uputila-predlog-najvisoj-sudskoj-instanci-stopira-upotrebu-reci-rod, 10.12.2023.

Legal acts, recommendations:

Закон о забрани дискриминације, Сл. гласник, 22/2009-3, 52/2021-4
Закон о равноправности полова „Сл. гласник РС", 104 /2009
Закон о родној равноправности, „Сл. гласник РС", 52/2021.
„Препорука Генералштабу Војске Србије и Министарству одбране Републике Србије за увођење родно диференцираних назива чинова Војске Србије и стварања услова за употребу родно диференцираног језика у службеној комуникацији", дел. бр. 1279/2011, Повереник за заштиту равноправности Републике Србије.
Plan republičkog sekretarijata za javne politike I realizaciju I promociju rodne ravnopravnosti, 21.11.2021 https://rsjp.gov.rs/wp-content/uploads/Plan-rodne-ravnopravnosti.pdf, 15.11.2023.
Устав Републике Србије, „Сл. гласник РС" бр. 98/2006, 16/2022)

Драгана М. Ђорић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Coric@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-5485-5176

Расправа о родно осетљивом језику у српском праву

Сажетак: *родно осетљив језик се сматра једним од производа херојске борбе жена да буду признате и поштоване у савременом свету, за све оно што јесу и за све оно што би могле бити и могле да постигну. То значи да жене не беже од својих природних, биолошких улога – посебно улоге мајке и других неговања, неговања и нежних емоција које имају и користе у подизању деце и одржавању породице на истом месту. Женама мора бити признато, на језичком и другим нивоима, да су једнако способне као и мушкарци да се баве свим врстама послова као и мушкарци. Промена у националном правном систему прописује обавезну примену родно осетљивог језика од маја 2024 године. Сви државни органи, на било ком територијалном нивоу власти, новинари, деца и наставници у школама итд. биће у обавези да користе те родно осетљиве термине, посебно када се користе за жену у посебној професији (нпр. у правосуђу, у области националне безбедности и одбране, итд.) или ће у супротном бити кажњени. У овом раду ауторка се кратко бави разлозима за и против употребе родно осетљивог језика, те износи и сопствено мишљење – које је у средини. Такође, биће представљена и укратко расправа из области заштите људских права. Наиме, постоје различита мишљења да ли сви заштитници права грађана треба да се зову – омбудсман, како је изворни назив ове институције, или да се употреби термин „омбудсманка“, када жена обавља ову функцију, или другачије родно неутрално.*

Кључне речи: *род, пол, родно осетљив језик, расправа.*

Датум пријема рада: 19.02.2024.
Датум прихватања рада: 14.05.2024.

Прегледни рад 343.261-052: 342.7:[347.61
doi:10.5937/zrpfns58-49778

Иван Д. Милић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
i.milic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-7916-5590

Здравко В. Грујић
Универзитет у Приштини са привременим седиштем
у Косовској Митровици
Правни факултет у Приштини са привременим седиштем
у Косовској Митровици
zdravko.grujic@pr.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-7433-1468

ПРАВО ОСУЂЕНИХ ЛИЦА НА ПОСЕТЕ ЧЛАНОВА ПОРОДИЦЕ И ОСТВАРИВАЊЕ КОНТАКАТА ВАН ЗАВОДА*

Сажетак: *Савремени систем извршења казне затвора, за разлику од првих класичних система извршења ове казне, заснива се на принципима индивидуализације, ресоцијализације и хуманог поступања са осуђеним лицима. Прилагођавање начина извршења казне затвора осуђеном лицу у циљу што ефикаснијег остваривања сврхе кажњавања представља основни принцип савременог система извршења казне затвора или предуслов за остваривање успешне ресоцијализације осуђеног лица. Принцип хуманог поступања према осуђеним лицима базира се на прописивању основних (минималних) права осуђеника на издржавању казне затвора националним правним прописима, али и успостављању минималних стандарда права на регионалном, глобалном*

* Рад је написан у оквиру Програма истраживања Правног факултета Универзитета у Новом Саду за 2024. годину који се финансира из средстава Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије. Рад је настао као резултат истраживања на научно-истраживачком пројекту „Правни поредак Србије и актуелни међународни и регионални процеси" који финансира Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици за период од 2022. до 2024. године. Рад је резултат истраживања које финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација (Евиденциони број Уговора 451-03-65/2024-03/200254 од 5. фебруара 2024. године.

и међународном нивоу. Имајући у виду усклађеност законодавства Републике Србије са стандардима прописаним међународним изворима у области права лица лишених слободе, права осуђених лица на издржавању казне затвора на посете чланова породице и остваривање контаката са спољним светом представљају значајан чинилац у остваривању ресоцијализације осуђених лица и предуслов њихове успешне реинтеграције у социјалну заједницу.

Права осуђених лица која казну затвора издржавају у казненим заводима разликују се, пре свега, у зависности од тога да ли је реч о општој осуђеничкој популацији или је, пак, реч о тзв. посебним категоријама лица осуђених на казну затвора. Једно од основних права осуђених лица која казну затвора издржавају у казненом заводу јесте право да их посећују чланови породице. Предмет пажње аутора је управо право на посете чланова породице, али и остваривања других контаката са спољним светом. Реч је о праву које, у основи, имају све категорије осуђених лица, али се право на посете чланова породице, обим и учесталост посета и контаката са спољним светом разликује у зависности од категорије и положаја осуђеног лица у казненом заводу и могућности коришћења проширених права (погодности) осуђеника.

Кључне речи: *осуђени, казна затвора, члан породице, затвор, права осуђених, право на посете.*

УВОД

Извршење казне затвора уређује се како законима, тако и подзаконским актима. До 2009. године извршење казне затвора у казненим заводима уређивао је само Закон о извршењу кривичних санкција.[1] Међутим, 2009. године донет је Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала,[2] којим се уређује извршење казне затвора само према одређеној категорији осуђеника. Затим је усвојен нови Закон о извршењу кривичних санкција из 2014. године[3] који се примењује на општу осуђеничку популацију, док се посебан Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминалитета примењује као *lex specialis* у односу на посебне категорије осуђених лица. Дакле, поступак и начин извршења казне затвора у Републици Србији регулишу два основна закона: један који се односи на општу популацију осуђену на казну затвора и други који се примењује на

[1] Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС* број 85 од 6. октобра 2005. и 72 од 3. септембра 2009. године.

[2] Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала, *Службени гласник РС* број 72 од 3. септембра 2009 и 101 од 29. децембра 2010. године. (у даљем тексту ЗКЗ)

[3] Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС* број 55 од 23. маја 2014 и 35 од 21. маја 2019. године. (у даљем тексту ЗИКС)

посебне категорије лица осуђених на казну затвора за кривична дела организованог криминалитета.

Условно се може рећи, имајући у виду да два закона уређују извршење казне затвора, да се у Републици Србији на издржавању казне затвора налазе две категорије осуђеника, и то: 1. општа затворска популација (општа популација лица осуђених на казну затвора) – осуђени чије извршење казне затвора уређује Закон о извршењу кривичних санкција; и 2. посебне категорије осуђених лица на казну затвора – осуђени на казну затвора чије извршење уређује Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала.[4] За ову категорију осуђеника, имајући у виду прописе у Републици Србији, може се рећи да су то најопаснији осуђеници[5].

Права осуђених лица се разликују у зависности од тога да ли је реч о општој затворској популацији или посебним категоријама осуђеника. Логично је да општа затворска популација има већа права у односу на посебне категорије осуђеника. Свакако да постоје одређена права која има свако осуђено лице независно од тога који се закон на њега примењује. Када је реч о право осуђених лица на *посете*, ту се прави разлика, пре свега, у погледу лица која имају право да посећују осуђеника. На пример, осуђени има право да га посећују чланови породице, бранилац, пуномоћник, свештено лице. Одређене специфичности у погледу посете постоје када је реч о страном држављанину или лицу без држављанства.[6]

У погледу права осуђеника на посете чланова породице предвиђају се основа правила која се тичу, на пример, броја посета, чланова породице која и имају право да посећују осуђеног, али постоје и одређени изузеци. У погледу права осуђених лица на посете чланова породице постоји разлику у зависности од тога да ли је реч о општој затворској популацији или посебним категоријама осуђеника.

Рад је подељен у два дела. У првом делу говори се о праву опште затворске популације на посете чланова породице. У том делу указаћемо и на одређене погодности у погледу права на посете чланова породице које могу да добију осуђеници из опште затворске популације који се добро владају.

---

[4] Аутори су користи и термине „обични осуђеници" и „посебни осуђеници". Вид. Здравко Грујић, Иван Милић, Права лица осуђених на казну затвора у кривичном извршном законодавству Републике Србије, *Зборник радова „Двадесет година Дејтонског мировног споразума"*, Источно Сарајево, 2017, 816-817.

[5] Вид. Иван Милић, Упућивање најопаснијих осуђеника на издржавање казне затвора, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 3/2020, 312-328.

[6] С правом се у науци истиче да страни држављани и лица без држављанства имају и специфичан статус. За њих, на пример важе и посебна право и обавезе према одређеним међународним уговорима. Вид. Оксана Валентиновна Полосухина, Понятие, значение и особенности правового положения осужденных, *Уголовно-исполнительное право*. – 2021. – Т. 16(1–4), № 4, 443.

Предмет другог дела рада је право посебних категорија осуђеника на пријем посете од стране чланова породице.

Имајући у виду да је у кривично законодавство Републике Србије 2019. године уведена казна доживотног затвора,[7] као и да нису донета посебна правила која се односе на начин извршења ове казне, намеће се закључак да ће лица осуђена на казну доживотног затвора,[8] остваривати обим права на посете чланова породице које је детерминисан правилима казненог завода у којем се издржава казна, односно групе у којој се осуђено лице налази.

Важно је у овом делу рада нагласити и да је право на посете чланова породице и остваривање контаката ван затворске установе, као значајно право свих лица лишених слободе, прописано и најзначајнијим међународним актима којима се успостављају минимални стандарди поступања са лицима осуђеним на казну затвора: Стандардним минималним правилима о поступању са осуђеницима (Правила Нелсона Манделе)[9] и Европским затворским правилима.[10] У правилу 58. Правила Нелсона Манделе, у ставу 1. између осталог је предвиђено да ће „затвореницима бити дозвољено да, под неопходним надзором, у редовним интервалима комуницирају са породицом и пријатељима кроз право на пријем посета". Наредним ставом овог правила дефинисано је да ће „тамо где су дозвољене брачне посете, ово право примењује без дискриминације, а затворенице ће ово право моћи да остварују у једнакој мери са затвореницима; неопходно је успоставити процедуре, а просторије морају бити доступне уз поштовање сигурности и достојанства лица". Правила 24.4 и 24.5 Европских затворских правила утврђују да „услови за обављање посета треба да буду такви да омогућавају осуђеницима одржавање и развијање породичних односа на што нормалнији начин", односно да „затворске службе помажу затвореницима да одржавају одговарајуће контакте са спољним светом и обезбеђују им потребну материјалну помоћ да те контакте остваре". Јасно је да међународни акти прописују

[7] Z. Grujić, „Life imprisonment as an answer to contemporary security challenges – (in) adequacy of the retributive approach", Teme Vol. XLIII, No 4, 2019, pp. 1109-1124; Z. Grujić, D. Blagić, I. Milić, Penitentiary systems and COVID-19 pandemic – prison population in the period of the „new reality", Teme, Vol. XLX, No. 4, doi: https://doi.org/10.22190/TEME210904066G, 1131-1145;

[8] Van Zyl Smit, Dirk; Appleton, Chaterine. Life Imprisonment – A Global Human Rights Analysis, 2019, Cambridge-London: Harvard University Press; Ashworth, A. Sentencing and Criminal Justice, 2005, New York: Cambridge University Press;

[9] The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (The Nelson Mandela Rules). Текст Стандардних минимална правила о поступању са осуђеницима доступан на: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prisonsreform/Nelson_Mandela_Rules-E-ebook.pdf, 14.12.2023.

[10] European Prison Rules, Текст Европских затворских правила доступан на: https://rm.coe.int/european-prison-rules-978-92-871-5982-3/16806ab9ae, приступ 14.12.2023.

основне стандарде права на посете чланова породице осуђеним лицима у казненим установама, а да се начин нормативног регулисања и начина и обима права утврђује националним правним оквирима.

1. ПРАВО ОСУЂЕНИХ ЛИЦА ИЗ ОПШТЕ ЗАТВОРСКЕ ПОПУЛАЦИЈЕ НА ПОСЕТЕ ЧЛАНОВА ПОРОДИЦЕ

Као што је речено, општа затворска популација подразумева осуђене на казну затвора на које се примењује Закон о извршењу кривичних санкција, а не и Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала. Ови осуђеници издржавају казну у казненим заводима Републике Србије и то: казнено-поправним заводима и окружним затворима. Они за време издржавања казне затвора имају одређена права без обзира на своје владање, али поједина права или обим права зависи од њиховог владања.

За ову категорију осуђеника важе и посебна правила која се тичу посете чланова породице.[11] Имајући у виду одредбе ЗИКС, може се рећи да у погледу посете чланова породице разликујемо *две групе*. Реч је о члановима који могу да бораве са осуђеним у посебној просторији (реч је о тзв. брачној посети) и члановима који могу да посећује осуђено лице али који *немају* право да бораве са осуђеним у посебној просторији.[12]

Основно је правило[13] да осуђени има праву на посету брачног друга, деце, родитеља, усвојеника, усвојитеља и осталих сродника у правој линији и у побочној линији до четвртог степена крвног и тазбинског сродства, као и хранитеља, храњеника и старатеља. Осуђени има право да га наведена лица посећују *два пута месечно*. Условно се може рећи да је овде реч о право осуђеника на „обичне посете“. Такође, ЗИКС прописује колико та посета може да траје најкраће – а то је један час.[14]

Остала правила у погледу посете ових чланова породице уређују се Правилником о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора.[15] Прво, предвиђа се којим данима се обавља посета – а она се обавља суботом или недељом и у дане нерадног државног празника. Друго, посета се обавља у времену од 9,00 до 17,00 часова.

[11] О значају одржавања контакта осуђених са спољним светом вид. Milica Kovačević, Prava zatvorenika na kontakt sa spoljnim svetom, *Pravo – teorija i praksa*, Broj 4–6 / 2011, 66-76.

[12] О праву осуђених лица на посете према ЗИКС вид. Александра Илић, *Коментар Закона о извршењу кривичних санкција,* Београд, 2022, 205-206.

[13] Вид. чл. 90 ЗИКС.

[14] Вид. чл. 93 ЗИКС.

[15] Правилник о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора, *Службени гласник РС*, бр. 110 од 14. октобра 2014, 79 од 23. септембра 2016. (у даљем тексту: Правилник о кућном реду).

У погледу посете чланова породице, Правилником о кућном реду даје се и одређена *дискрециона права* управнику казненог завода. Прво, управник може да одобри и да посета траје дуже од једног часа. Притом се не предвиђа колико може та посета да траје најдуже. Оправдано би било да се осуђеном дозволи посета дуже од једног часа због његовог доброг владања за време издржавања казне. Друго, управник казненог завода може да одобри посете и *другим данима* ако за то постоје оправдани разлози. Могуће је да се, на пример, у једном казненом заводу налази велики број осуђених лица и да није могуће да се посета обавља само суботом и недељом.

Посета чланова породице може да се обавља у одређеној просторији казненог завода или на отвореном простору у казненом заводу. Правило је да се посета обавља у просторији казненог завода. Просторија за посете мора бити пространа, чиста, осветљена, загрејана према потреби, проветрена, са одговарајућим санитарним уређајима и одговарајућим бројем столица и столова.[16] Реч је о посебној просторији у казненом заводу, у којој се *не издржава* казна. Сваки члан породице који посећује осуђеног евидентира се у књигу посете.

У појединим случајевима није једноставан задатак утврдити да ли је лице које посећује осуђеног заиста члан породице у смислу одредби ЗИКС. С тим у вези, одговорност је на осуђеном лицу, јер оно сноси дисциплински одговорност уколико даје нетачне податке о лицима који га посећују.[17]

Осуђеном који се добро влада за време издржавања казне затвора може, као проширено право, да се *прошири* круг лица који могу да га посећују – даљи сродници, пријатељи и други. О томе одлуку доноси управник казненог завода.[18]

Такође, осуђеном се могу доделити и проширена право на пријем посета у току једног месеца. Свакако да то зависи од владања осуђеника. На пример, осуђеном коме је одређена група В1 може се дозволити проширено право на број посета – једном месечно.[19]

Осуђена лица имају и право да са одређеним „члановима породице“ проведу одређено време у *посебној простор*ији.[20] Сада се намеће питање ко су ти чланови породице. Према ЗИКС то је брачни друг, деца или друго блиско лице. Иако се у теорији ово право зове и право на *брачне посете* видимо

[16] Вид. чл. 45 ст. 3 Правилника о кућном реду.

[17] Вид. чл. 45 ст. 7 Правилника о кућном реду. О дисциплинској одговорности осуђеника вид. Иван Милић, Дарко Димовски, Кажњавање осуђених лица – дисциплинске мере, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2016, 219-231.

[18] Вид. чл. 129 ЗИКС.

[19] Вид. чл. 29 Правилника о третману, програму поступања, разврставању и накнадном разврставању осуђених лица, *Службени гласник РС*, број 66 од 27. јула 2015. (у даљем тексту: Правилник о третману).

[20] Вид. чл. 94 ЗИКС.

да се нашим позитивним прописом проширује круг лица која могу са осуђеним да бораве у посебној просторији. Као суштинско питање које се овде поставља је „ко је то блиско лице“? Блиско лице може, али и не мора бити члан породице. На овај начин се проширује и унапред не одређује која све лица имају право да проведе одређено време са осуђеним у посебној просторији. Према Правилнику о кућном реду, под блиским лицима подразумевају се лица која су уписана у картон посета осуђеног.[21] Овакво одредба не даје одговор на питање која су то блиска лица. Посебна просторија завода мора бити довољно пространа, загрејана, осветљена, са потребним намештајем, купатилом и прилагођена за боравак деце.[22] Ово право осуђени има једном у два месеца, а посета може да траје три часа. Једино, за време издржавања дисциплинске мере упућивања у самицу осуђени нема право на боравак у посебној просторији.[23]

Међутим, ако се осуђени добро влада може да добије и погодност да више пута прима чланове породице или блиског лица у посебној просторији. На пример, осуђеном коме је одређена група В2 *може* се одобрити проширено право на пријем посета у посебним просторијама – једном у два месеца.[24]

Дакле, осуђени би, уколико му се одобри ово проширено право, имао право да два пута у два месеца прима посете у посебној просторији. Иако се у позитивним прописима изричито не прописује, било би оправдано да осуђени, у случају када му је одобрено проширено право на пријем посета у посебним просторијама, прима посете, по правилу, у одговарајућим временском размаку – једном месечно.

1.1. Право осуђених лица из опште затворске популације да примају посете изван казненог завода

Као што је до сада речено, осуђена лица имају право на пријем „обичних посета“ у казненом заводу или у *затвореној просторији* или на *отвореном простору* у казненом заводу. Такав пријем посете „тежак“ је како за осуђеника тако и за лица која га посећују. Осуђени у истој просторији прима посете у којој и друга осуђена лица такође примају посете у исто време. Дакле, у истој просторији се налази више осуђених лица и више чланова њихових породица. У таквој просторији осуђеном али и члановима његове породице знатно је отежана комуникација која би обезбедила одговарајућу приватност. За чланове породице, такође није у најмању руку „пријатно“ да пролазе „затворску процедуру“ приликом посете. Реч је, пре свега, о леги-

[21] Чл. 48 ст. 3 Правилника о кућном реду.
[22] Чл. 48 ст. 2 Правилника о кућном реду.
[23] Вид. чл. 95 ЗИКС.
[24] Вид. чл. 30 Правилника о третману.

тимисању, прегледу, сталном визуелном надзору припадника службе за обезбеђење, итд.[25]

С тим у вези, постоји могућност да осуђени *прима посету* и изван казненог завода. Као и када је реч о осталим проширеним правима и погодностима која су „резервисана“ за осуђенике са најповољнијим положајем у установи, исти је случај и са овим правом. На пример, осуђени коме је одређена група А1 добија и проширено право на пријем посета *изван казненог завода* у трајању од осам сати – два пута месечно.[26] Ово је заиста велика погодност за осуђеника. Осуђени том приликом излази из казненог завода на одређено време. На кратко време има могућност да види спољни свет. За чланове породице, такође је значајно ово право. Јер је њима једноставније да *не пролазе затворску процедуру* у казненом заводу, већ да једноставно посете осуђеног изван казненог завода. Дакле, ово право осуђеника одражава се свакако и на чланове његове породице.

1.2. Право осуђених лица из опште затворске популације да посећују чланове породице

Све што је до сада наведено односи се на право осуђеника да га посећују чланови породице – блиска лица у казненом заводу. С тим у вези, може се рећи да је ово право осуђеника „истовремено“ и право чланова породице – блиских лица да посећују осуђеника.

Међутим, осуђени за време издржавања казне затвора има могућност да посећује чланове породице. То значи да осуђени може на одређено време да изађе из казненог завода у којем издржава казну затвора. То право имају, по правилу, само она осуђена лица која се посебно *добро* владају у казненом заводу. Међутим, у појединим случајевима ово право се може дати и осуђеним лицима која се *не владају* најбоље.

1.2.1. Право осуђених лица из опште затворске популације која се посебно добро владају *да посећује чланове породице*

Иако се осуђено лице налази на издржавању казне затвора у казненом заводу, то не значи да оно никада и ни под којим условима не може на кратко време да „привремено изађе“ из казненог завода и да се након одређеног времена проведеног на слободи врати у казнени завод да настави са издржавањем казне.[27] Такву погодност могу да добију осуђена лица која су својим *посебно*

---

[25] О праву осуђених лица на посете вид. Драгиша Дракић, Иван Милић, *Основи кривичног извршног права*, Нови Сад, 2023, 72-73.

[26] Вид. чл. 24 Правилника о третману.

[27] Свакако је могуће да се осуђеном прекине извршење казне затвора, али за то је потребно да се остваре други услови.

добрим владањем то заслужила. На пример, осуђени којем је одређена група А1 добија проширено право – погодност које се користе изван завода: да посећује чланове породице и сроднике. Осуђени може одређени *број сати* у току месеца да проведе по овом основу изван казненог завода. Посета породици и сродницима о викенду и празницима у укупном трајању до 120 сати месечно, а у месецу у ком је нерадни државни или верски празник до 144 сата.[28]

1.2.2. Право осуђених лица из опште затворске популације без обзира *на њихово владање да посећује чланове породице*

За време издржавања казне затвора осуђеном могу да се догоде одређени планирани или непланирано *догађаји* којима би било оправдано да присуствује. Могуће је, на пример, да је осуђени пре почетка издржавање казне затвора *заказао* свадбу или да се осуђеном за време издржавања казне затвора роди дете.

У важећим прописима се предвиђа решење и за „ванредне догађаје". Решење се предвиђа подзаконским актом – Правилником о кућном реду. Њиме је предвиђен посебан члан који носи назив *ванредни излазак и одсуство*.[29] Примена овог члана може да иде само у корист осуђеника. Ванредни излазак *или* одсуство из казненог завода осуђеном се може одобрити због:

1. смрти члана уже породице;
2. обиласка теже оболелог члана уже породице;
3. рођења детета;
4. закључења брака;
5. из других посебно оправданих разлога.

Ванредни излазак или одсуство из казненог завода може се одобрити сваком осуђенику без обзира на његово владање за време издржавање казне затвора – без обзира у којем одељењу и групи издржава казну затвора. Може се одобрити дисциплинованим и недисциплинованим осуђеницима. Међутим, ова *погодност* може да се одобри, што значи да не мора. Свакако да би један од критеријума за не(давање) ово погодности био и владање осуђеника, тј. критеријум би био и одељење и група која је осуђенику додељена. Такође, ова погодност може да се додели осуђеном без обзира на искоришћена проширена права и погодности.

Може се рећи да је овде реч постојању две погодности – изласку и одсуству. С тим у вези, можда ће приликом одлучивања о овим погодностима критеријум бити и владање осуђеника. Дакле, да се недисциплинованим осуђеницима одобрава *излазак* а дисциплинованим о*дсуство*.

---

[28] Вид. чл. 24 Правилника о третману.

[29] Вид. чл. 53 Правилника о кућном реду.

Одлуку од овој *погодности* (овим погодностима) доноси управник казненог завода. У наведеном члану Правилника о кућном реду не уређује се сама *процедура* за одобрење ове *погодности*. Оправдано је да осуђени подносе молбу управнику казненог заводу у којој треба да наведе разлоге подношења молбе. Свакако да у молби може да образложи разлоге, да подносе одговарајуће доказе (ако их поседује), или да укаже да постоје одређени докази који оправдавају његову молбу. Такође се у наведеном члану Правилника о кућном реду не предвиђа рок у којем управник казненог завода *може – треба – мора* да донесе одлуку о овој погодности за осуђеника. Имајући у виду из којим разлога се може тражити и добити ова погодност говоре у прилог томе да одлука треба да се донесе што је пре могуће – да се донесе одмах.

Важно питање које се овде поставља је свакако и оно које се тиче времена које осуђено може да проведе изван казненог завода. Ванредни излазак или одсуство из казненог завода може да траје до *седам дана*. Видимо да је предвиђено колико може да најдуже траје одсуство из казненог завода, али се не прописује колико оно може да траје најкраће. Трајање *одсуства* из казненог завода требало би да зависи од тога да ли је осуђеном одобрен излазак или одсуство из казненог завода. Сасвим је оправдано да одсуство треба да траје барем један дан. Да ли ће одсуство трајати један или више дана треба да зависи од, на пример, разлога одсуства, владања осуђеног за време издржавања казне, удаљености казненог завода до места коришћења одсуства и др. Чини се да је оправдано да *ванредни излазак* траје само онолико колико је потребно да осуђени присуствује ванредном догађају. То значи да може да траје и *неколико сати*.

У појединим случајевима, посебно ако је реч о осуђенима који се не владају примерено, а притом су осуђени на дугогодишње казне због учињених тешких кривичних дела, могу се појавити одређени безбедносни проблеми. На пример, да ли ће осуђени учинити кривично дело за време док се налази изван казненог завода и да ли ће се вратити на издржавање казне затвора. О овом проблему доносилац Правилника о кућном реду водио је рачуна и прописао је да уколико постоје безбедносни разлози завод ће дискретно и ефикасно обезбедити ванредни излазак и присуство осуђеног одређеном догађају. Дакле, осуђени ће у *пратњи* припадника службе за обезбеђене присуствовати *ванредном догађају*. На овај начин се обезбеђује да осуђени не учини кривично дело или да можда он не буде жртва кривичног дела. Такође, на овај начин се обезбеђује да се осуђени након присуства ванредном догађају *врати* на издржавање казне затвора.

1.3. Право осуђених лица из опште затворске популације на *сусрет* са члановима породице – слободан излазак у град

Неспорно је да постоје и такви осуђеници који за време издржавања казне затвора никада неће изаћи изван затворских зидина. То зависи од много-

бројних околности, али је свакако можда и најважнија она околност која се тиче владање осуђеника за време издржавања казне. Осим права да посећују чланове своје породице осуђеним лицима може се дозволити и да *изађу у град*. Ову погодност може да оствари само осуђени који се за време издржавања казне посебно добро влада. Правилником о третману, на пример, предвиђа се да осуђени коме је одређена група А1 има и право на слободан излазак у град.[30] Осуђени може да само неколико сати проведе у граду и то осам сати. Ово је заиста значајна погодност за осуђеног, јер ће он макар и на кратко време изаћи изван затворских зидина и видети како изгледа живот на слободи.

Прописима се детаљније не регулишу правила у погледу појединих детаља. На пример, где осуђени сме да се креће – оправдано би било само на територији града или општине где се налази казнени завод. Даље, не предвиђа се да ли се осуђеном може забранити да се за време изласка „виђа“ са одређеним лицима – имајући у виду да се у Правилнику о третману не предвиђа могућност таква забране, осуђени има право да се виђа са ким он хоће. То свакако могу бити и чланови његове породице, али и друга лица. Дакле, и путем ове погодности омогућава се осуђеном да има контакт са члановима породице и другим сродницима или пријатељима. Мада, ова погодности није предвиђана да би се осуђени искључиво виђао са члановима породице.

2. НАГРАДНО ОДСУСТВО ИЗ КАЗНЕНОГ ЗАВОДА

Једна од већих погодности која може да се одобри осуђенику је и *наградно одсуство* из казненог завода. Ову погодност може да одобри управник казненог завода, и то само осуђеном који се посебно добро влада и залаже и остварује напредак у донетом програму поступања.[31] Наградно одсуство из казненог завода може да траје *до седам дана* у току године, сразмерно времену проведеном на издржавању казне. Ова погодност може да се одобри осуђеном коме је одређена група А1, А2, Б1 и Б2.[32]

За време наградног одсуства осуђени ће, по правилу, бити са члановима своје породице, сродницима и другим блиским лицима. Тако да ова погодност може да се користи и за посету чланова породе. Свакако циљ давање ове погодности није искључиво да осуђени посећује чланове породице – већ је циљ да се осуђени изађе из казненог завода, а да ли ће посетити чланове породице или неће то, по правилу, зависи од самог осуђеника.

[30] Вид. чл. 24 Правилника о третману.
[31] Вид. чл. 129 ЗИКС.
[32] Вид. чл. 28 Правилника о кућном реду.

3. ОДЛАЗАК НА ГОДИШЊИ ОДМОР

Једно од основних права осуђених лица за време издржавања казне затвора јесте и право на рад – право осуђеног да буде радно ангажован за време издржавања казне затвора. Осуђени може да буде радно ангажован у казненом заводу или изван казненог завода. Уколико је осуђени радно ангажован остварује одређена права по основу тог ангажовања, као што је, на пример, накнада за рад.

Имајући у виду предмет овог рада, право на годишњи одмор као једно од права осуђеног које проистиче из права на рад, може се посматрати и као право осуђеног на контакт са члановима породице или другим лицима ван установе у којој се издржава казна затвора. Осуђени има право на годишњи одмор сходно закону који уређује права из радног односа.[33] Сада се поставља питање где осуђени има право да *користи* годишњи одмор. Основно је правило да се годишњи одмор користи у казненом заводу, али у посебним просторијама. Међутим, од овог правила постоји изузетак за одређену категорију осуђеника. Изузетак је да се осуђеном може дати погодност да годишњи одмор користи изван завода. Ову погодност могу да остваре само осуђена лица која се *посебно добро владају, залажу и остварују напредак у донетом програму поступања*[34] – реч је о осуђеним лицима којима је одређена група А1, А2, Б1 и Б2. О овој погодности одлучује управник казненог завода. У зависности од групе која је осуђеном одређена зависи и колико може времена да годишњи одмор користи изван завода. Коришћење годишњег одмора изван завода одређује се сразмерно групи у коју је осуђени разврстан и то:[35]

Група Б2 – две петине утврђеног годишњег одмора;

Група Б1 – три петине утврђеног годишњег одмора;

Група А2 – четири петине утврђеног годишњег одмора;

Група А1 – користи цео годишњи одмор.

За очекивати је да ће осуђени за време годишњег одмора бити са члановима своје породице, тако да је и ово један од начина да осуђени посећује чланове породице. Свакако да ова погодност није прописана са искључивим тим циљем, већ је предвиђена као награда због радног ангажовања осуђеног и његовог доброг владања.

4. ДОЗВОЛА ЗА ИЗЛАЗАК ИЗ КАЗНЕНОГ ЗАВОДА

Уколико се осуђеник „привремено отпушта“ из казненог завода њему се даје дозвола за излазак у писаној форми. Дозвола се даје непосредно пре изласка из казненог завода. Та дозвола садржи:

[33] Вид. чл. 109 ст. 1 ЗИКС.

[34] Вид. чл. 129 ЗИКС.

[35] Вид. чл. 28 Правилника о третману.

1. име и презиме осуђеног;
2. име једног родитеља осуђеног;
3. матични број који осуђени има у заводу;
4. јединствени матични број грађана;
5. адресу пребивалишта осуђеног;
6. дан и час изласка и повратка у казнени завод;
7. датум издавања дозволе;
8. потпис овлашћеног лица и печат казненог завода.

Имајући у виду да у дозволи, између осталог, експлицитно пише када осуђени мора да се врати у казнени завод, то значи да осуђени не може бити у заблуди у погледу времена када је у обавези да се врати. У вези са привременим изласком и повратком осуђеника важи и правило да оно не може бити *одређено у времену* од 20,00 до 8,00 часова.[36]

5. ДА ЛИ СЕ ВРЕМЕ ПРОВЕДЕНО ИЗВАН КАЗНЕНОГ ЗАВОДА РАЧУНА У ВРЕМЕ ИЗДРЖАНЕ КАЗНЕ?

Осуђени лице у обавези је да издржи казну затвора онолико времена колико је утврђено правноснажном одлуком суда. Свакако да постоје „механизми“ који омогућавају да се осуђени и раније изађе из казненог завода – и пре истека казне. На пример, у случају условног отпуста, превременог отпуста, помиловања или амнестије.[37] Такође, постоји и механизам да се осуђеном на одређено време одобри прекид извршења казне затвора, с тим да након прекида осуђени наставља да издржава казну затвора.

У случајевима када осуђени једно време борави на слободи пре истека казне затвора, поставља се питање да ли се време које је провео на слободи урачунава у трајање казне затвора. С тим у вези, постоје различита правила која се разликују у зависности од тога по којем основу осуђени борави на слободи. На пример, осуђени који је превремено отпуштен сматра се да је издржао казну затвора у целости. Са друге стране, време који је осуђени провео на слободи услед прекида извршења казне не урачунава се у трајање казне. Такође се и време која је осуђени провео на слободи за време бекства из затвора не урачунава у време трајања казне.

У вези са изласком осуђеника из казненог завода да *посећује чланове породице који су били предмет овог рада*, време проведено изван казненог завода се *урачунава* у трајање казне затвора.

---

[36] Вид. чл. 51 ст. 5 Правилника о кућном реду.

[37] Вид. Драгиша Дракић, Иван Милић, Превремено отпуштање осуђеника, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2021, 851-868.

6. ПРАВО ПОСЕБНИХ КАТЕГОРИЈА ОСУЂЕНИКА НА КАЗНУ ЗАТВОРА НА ПОСЕТЕ ЧЛАНОВА ПОРОДИЦЕ – НОРМАТИВНИ ОКВИР

Као што је претходно наведено, у Републици Србији је 2009. године донет Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала, који је мењан и допуњаван 2010. године. Њиме се, између осталог, уређује извршење казне затвора према осуђеним лицима за кривична дела организованог криминала и других тешких кривичних дела.[38] Посматрано из угла законописаца и законодавца, овим законом се уређује извршење казне затвора према најопаснијим осуђеницима.[39] Када је реч о правном положају осуђеника на којег се примењује одредбе овог закона, важно је истаћи да се њиме предвиђају и право на посете чланова породице – право које је предмет нашег интересовања у овом раду. Свакако значајан извор који се тиче посета осуђеницима је и Правилник о кућном реду Посебног одељења за издржавање казне затвора за кривична дела организованог криминала.[40] Осуђена лица на која се примењује овај закон, казну затвора издржавају у Посебном одељењу за издржавање казне затвора за кривична дела организованог криминала у казнено-поправном заводу затвореног типа са посебним обезбеђењем.[41] Важно је истаћи и то да се на питања која нису уређена овим законом, сходно примењују одредбе ЗИКС.[42]

6.1. Право посебних категорија осуђеника на посете чланова породице

У погледу права посебних осуђеника на посете чланова породице, Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала предвиђа да је једно од основних права осуђених који казну затвора издржавају у Посебном одељењу право на посете *блиских сродника и других лица*.[43] Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала у једном члану конкретизује ово право осуђеника. Члан 37. носи назив *право на*

---

[38] Као што је кривично дело тероризма.

[39] Детаљно о извршењу казне затвора за у Посебном одељењу вид. Sofija Nešić, Izvršenje kazne zatvora izrečene za krivična dela organizovanog kriminaliteta, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 2/22, 167–181.

[40] Правилник о кућном реду Посебног одељења за издржавање казне затвора за кривична дела организованог криминала, *Службени гласник РС*, бр. 18 од 26. марта 2010, 43 од 17. маја 2013, 76 од 8. августа 2017, 8 од 31. јануара 2020, 45 од 2. јуна 2023. (у даљем тексту: Правилник о кућном реду Посебног одељења).

[41] (у даљем тексту: Посебно одељење).

[42] Вид. чл. 1 ст. 1 ЗКЗ.

[43] Вид. чл. 28 ЗКЗ.

посете блиских сродника и других лица. Из самог назива овог члана закључује се да овде није реч само о посети чланова породице, већ је круг лица која могу да посећују осуђеног шири.

Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала прави дистинкцију између *блиских сродника* и *других лица*. Прво, осуђени има право на посете блиских сродника једном месечно. У самом закону се не одређује који су то *блиски сродници*, тако да се поставља питање ко улази у тај круг лица. Такође, то питање се не уређује ни Правилником о кућном реду Посебног одељења. Имајући у виду да се ово питање не уређује прописима који су *lex specialis* у област извршења казне затвора према осуђенима који казну затвора издржавају у Посебном одељењу, јавља се дилема да ли у овом случају важе сходна примена одредаба ЗИКС. Дакле, да ли би у овом случају могао да се сматра да осуђени има право једном месечно на посету брачног друга, деце, родитеља, усвојеника, усвојитеља и осталих сродника у правој линији и у побочној линији до четвртог степена крвног и тазбинског сродства, као и хранитеља, храњеника и старатеља?[44]

Чини се да би било оправдано да се у овом случају сходно примењује одредбе ЗИКС. Уколико би се тај круг лица *сужавао* то би значило да се прописи, из разлога што Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала изричито не уређује ово питање, тумаче на начин који иде на штету осуђеника – што није оправдано. Са друге стране, ако би се сматрало да ја тај круг блиских сродника треба да се *прошири*, то би значило да би посебни осуђеници имали веће право у односу на обичне осуђеника – што, такође, није оправдано.

Правилником о кућном реду Посебног одељења се предвиђа колико посета може најдуже да траје – а то је један час. Посета може да траје и дуже од једног часа ако то, како пише у Правилнику о кућном реду Посебног одељења, *одреди* управник.[45] Посета се обавља суботом или недељом и у дане државног празника у времену од 9,00 до 17,00 часова.[46]

Имајући у виду да се осуђеним индивидуализује казна затвора у поступку извршења[47], осуђени може да има различит правни положај. Осуђено лице која се добро влада може добити и проширено право на број посета која може да прима у току једног месеца – највише три посете месечно.[48]

---

[44] Вид. чл. 90 ст. 1 ЗИКС.

[45] Вид. чл. 41 ст. 4 и 5 Правилника о кућном реду Посебног одељења.

[46] Вид. чл. 41 ст. 6 Правилника о кућном реду Посебног одељења.

[47] Реч је о пенолошкој индивидуализацији казне затвора, а та индивидуализација траје све док се казна затвора не издржи. О томе вид. Иван Милић, *Индивидуализација казне затвора: криминолошки, кривичноправни и пенолошки аспект*, Нови Сад, Правни факултет, 2017, 329-330. (докторска дисертација).

[48] Вид. чл. 136 Правилника о кућном реду Посебног одељења.

Према Закону о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала – изузетно, управник завода, уз сагласност председника суда, односно овлашћеног судије, може одобрити појединачну посету других лица.[49] Чини се да то могу бити било која лица *осим* блиских сродника – јер за њих важе правила о којима је претходно било речи.

Још једна *специфичност је веома значајна која се односи на посебну категорију осуђеника, а то је да се ток посете аудио-визуелно надзире и снима*.[50] Иако се чини да је ово оправдано решење, имајући у виду о каквој је категорији осуђеника реч, ипак је реч о значајном ограничењу у односу на осуђена лица на која се не примењује Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала.

Не треба изгубити из вида да у области извршења казне затвора постоје „велики број" подзаконских аката којима се, такође, уређују права и обавезе осуђених лица. Неретко се у тим подзаконским актима прописују решења која нису у складу са законом. Њима би заправо требало да се ближе уреде поједина питања која нису уређена законом, и то само она за које је одређено да се могу уређивати подзаконским актима. С тим у вези Правилник о кућном реду Посебног одељења предвиђа и услове које се односе на просторије у којој се може обављати посета. Оно што је за нас значајно јесте да је та просторија *преграђена сигурносним стаклом*. Преграђена између осуђеника и посетилаца. У тако преграђеној просторији *обављала* се свака посета до 2020. године. Међутим, те 2020. године донет је Правилник о изменама и допунама Правилника о кућном реду Посебног одељења за издржавање казне затвора за кривична дела организованог криминала[51] којим се предвиђа да када у посету осуђеном долазе *блиски сродници*, посета се обавља у просторији која *није* преграђена сигурносним стаклом.[52]

ЗАКЉУЧАК

Права осуђеника за време издржавања казне затвора и начин реализације уређује се прописима различите правне снаге. У не тако малом броју случајева јављају се поједини проблеми у погледу остваривања одређених

[49] Чл. 37 ст. 2 ЗКЗ.

[50] Вид. чл. 37 ст. 4 ЗКЗ. Наиме, у наведеном ставу се прописује и изузетак када се ток посете не „надзире", а то није случај када је реч о посети „блиских и других лица". Ток посете се не надзире само у случају посете браниоца, Заштитника грађана и представника међународних организација које се баве заштитом људских права, у складу са међународним уговором.

[51] Правилник о изменама и допунама Правилника о кућном реду Посебног одељења за издржавање казне затвора за кривична дела организованог криминала, *Службени гласник РС*, број 8/2020.

[52] Вид. чл. 42 ст. 2 Правилника о кућном реду Посебног одељења.

права. На пример, поједини проблеми постоје из разлога што није јасно уређено поступак остваривања права. Проблеми се појављују и у погледу непостојања прецизно дефинисаних рокова у којима се може остварити одређено право, непостојању могућности изјављивања жалбе и др. Неспорно је да осуђеници из опште затворске популације имају већи обим права у вези са правом на посете чланова породице, што је и оправдано. Остваривање права на посете у не тако малом број случајева није једноставно, нити јефтино. То пре свега зависи од удаљености казненог завода и чланова породице осуђеног, реда вожње превоза (друмског или железничког), имовног стања чланова породице и др. Такође је неспорно да је за чланове породице осуђеника који живе у иностранству теже да посећују осуђеника. У погледу права на посете не сме се заборавити на специфичност уколико је реч о посети чланова породице осуђеници који има дете – јер је то прилика да се оствари „контакт“ са дететом.

Може се закључити да је право осуђених лица да их посећују чланови породице основно право, које се такође може индивидуализовати. Реч је о значајном праву како за осуђеника тако и за чланове његове породице и њему блиска лица. Међутим, ово право није од значаја за она *осуђена лица* која немају чланове породице да их посећује или они не жели да их посећује чланови породице. Исто тако ово право није од значаја за оне *чланове породице* који не желе да посећују осуђеника. Право осуђених лица на контакт са спољним светом има велики значај за ресоцијализацију осуђених лица и реинтеграцију у друштвену заједницу.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Александра Илић, *Коментар Закона о извршењу кривичних санкција,* Београд, 2022.

Van Zyl Smit, Dirk; Appleton, Chaterine. Life Imprisonment – A Global Human Rights Analysis, 2019, Cambridge-London: Harvard University Press; Ashworth, A. Sentencing and Criminal Justice, 2005, New York: Cambridge University Press.

Драгиша Дракић, Иван Милић, *Основи кривичног извршног права*, Нови Сад, 2023.

Драгиша Дракић, Иван Милић, Превремено отпуштање осуђеника, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2021.

Zdravko Grujić, „Life imprisonment as an answer to contemporary security challenges – (in)adequacy of the retributive approach“, Teme Vol. XLIII, No 4, 2019.

Zdravko Grujić, Dragan Blagić, Ivan Milić, Penitentiary systems and COVID-19 pandemic – prison population in the period of the „new reality“, *Teme*, Vol. XLX, No. 4, doi: https://doi.org/10.22190/TEME210904066G.

Здравко Грујић, Иван Милић, Права лица осуђених на казну затвора у кривичном извршном законодавству Републике Србије, *Зборник радова „Двадесет година Дејтонског мировног споразума“*, Источно Сарајево, 2017.

Иван Милић, Дарко Димовски, Кажњавање осуђених лица – дисциплинске мере, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2016.

Иван Милић, Индивидуализација казне затвора: криминолошки, кривично-правни и пенолошки аспект, Нови Сад, Правни факултет, 2017. (докторска дисертација).

Иван Милић, Упућивање најопаснијих осуђеника на издржавање казне затвора, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 3/2020.

Milica Kovačević, Prava zatvorenika na kontakt sa spoljnim svetom, *Pravo – teorija i praksa*, Broj 4–6 / 2011.

Оксана Валентиновна Полосухина, Понятие, значение и особенности правового положения осужденных, *Уголовно-исполнительное право*. – 2021. – Т. 16 (1–4), № 4.

Sofija Nešić, Izvršenje kazne zatvora izrečene za krivična dela organizovanog kriminaliteta, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 2/22.

* * *

Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС* број 85 од 6. октобра 2005 и 72 од 3. септембра 2009. године.

Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала, *Службени гласник РС* број 72 од 3. септембра 2009 и 101 од 29. децембра 2010. године.

Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС* број 55 од 23. маја 2014 и 35 од 21. маја 2019. године.

Правилник о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора, *Службени гласник РС*, бр. 110 од 14. октобра 2014, 79 од 23. септембра 2016.

Правилник о третману, програму поступања, разврставању и накнадном разврставању осуђених лица, *Службени гласник РС*, број 66 од 27. јула 2015.

Правилник о кућном реду Посебног одељења за издржавање казне затвора за кривична дела организованог криминала, *Службени гласник РС*, бр. 18 од 26. марта 2010, 43 од 17. маја 2013, 76 од 8. августа 2017, 8 од 31. јануара 2020, 45 од 2. јуна 2023.

Правилник о изменама и допунама Правилника о кућном реду Посебног одељења за издржавање казне затвора за кривична дела организованог криминала, *Службени гласник РС*, број 8/2020.

* * *

The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (The Nelson Mandela Rules). Текст Стандардних минимална правила о поступању са осуђеницима доступан на: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prisonsreform/Nelson_Mandela_Rules-E-ebook.pdf, 14.12.2023.

European Prison Rules, Текст Европских затворских правила доступан на: https://rm.coe.int/european-prison-rules-978-92-871-5982-3/16806ab9ae, приступ 14.12.2023.

Ivan D. Milić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
i.milic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-7916-5590

Zdravko V. Grujić
University of Priština in Kosovska Mitrovica
Faculty of Law, Priština, Kosovska Mitrovica
zdravko.grujic@pr.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-7433-1468

Right of Convicted Persons to Visits by Members Families and Making Contacts Outside the Prison Institution

Abstract: *The modern system of execution of the prison sentence, unlike the first classical systems of execution of this sentence, is based on the principles of individualization, resocialization and humane treatment of convicted persons. Adapting the method of execution of the prison sentence to the convicted person in order to achieve the purpose of punishment as efficiently as possible is the basic principle of the modern system of execution of the prison sentence or a prerequisite for the successful resocialization of the convicted person. The principle of humane treatment of convicted persons is based on prescribing the basic (minimum) rights of convicts serving prison sentences by national legal regulations, but also establishing minimum legal standards at the regional and global international level. Bearing in mind the conformity of the legislation of the Republic of Serbia with the standards prescribed by international sources in the field of the rights of persons deprived of their liberty, the right of convicted persons to visits by family members and establish contacts with the outside world represent a significant factor in achieving the resocialization of convicted persons and a prerequisite for their successful reintegration into social community.*

The rights of convicted persons serving prison sentences in penal institutions differ, first of all, depending on whether it is the general population of convicts or, on the other hand, the so-called special categories of persons sentenced to imprisonment. One of the basic rights of convicted persons serving their prison sentence in a penitentiary is the right to be visited by family members. The subject of the author's attention is precisely the right to visit family members, but also to have other contacts with the outside world. It is a right that, basically, all categories of convicted persons have, but the right to visits by family members,

the scope and frequency of visits differs depending on the category and position of the convicted person in the institution and the possibility of using the extended rights (conveniences) of the convicted person.

Keywords: *convict, prison sentence, imprisonment, family member, prison, rights of convicts, right to visits by family members.*

Датум пријема рада: 11.03.2024.
Датум достављања коначне верзије рада: 26.04.2024.
Датум прихватања рада: 14.05.2024.

Оригиналан научни рад 347.751:339.5]:061.1EU
doi:10.5937/zrpfns58-49888

Јован Д. Вујичић
Универзитет у Крагујевцу
Правни факултет у Крагујевцу
jvujicic@jura.kg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-1419-884X

ОД СУБЈЕКТИВНИХ КА ОБЈЕКТИВНИМ ЗАХТЕВИМА У ПОГЛЕДУ САОБРАЗНОСТИ РОБЕ У ПОТРОШАЧКОМ ПРАВУ ЕУ*

Сажетак: *За разлику од Директиве 1999/44/ЕЗ која је, у принципу, имала субјективни приступ утврђивању саобразности робе, Директивом (ЕУ) 2019/771 прописани су критеријуми који, по правилу, морају увек бити испуњени. Осим што одражавају разумна очекивања потрошача, објективни захтеви у погледу саобразности показују и каква су очекивања законодавца у вези са робом. У том смислу, значајно је унапређен концепт саобразности у контексту повећане дигитализације робе. Међутим, што се тиче одрживе потрошње, стање је у великој мери неизмењено, што је у супротности са постојећом политиком Европске уније, али и ширим друштвеним и регулаторним правцима развоја. Могућност одступања од објективних захтева у погледу саобразности сведена је у уске оквире изузетка, од чије правилне примене зависи да ли ће испунити своју сврху.*

Кључне речи*: саобразност робе, субјективни захтеви, објективни захтеви, потрошачко право, право Европске уније.*

1. УВОД

Саобразност робе је један од кључних појмова савременог потрошачког права. Утврђује се упоређивањем (изричито или подразумевано) уговореног

* Рад је резултат научноистраживачког рада аутора у оквиру Програма истраживања Правног факултета Универзитета у Крагујевцу за 2024. годину, који се финансира из средстава Министарства науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије.

и извршеног. Стога је битно утврдити, с једне стране, садржину обавезе продавца и, с друге стране, време релевантно за њену процену.[1]

Не треба напомињати да је сама идеја уговора између продавца (трговца) и потрошача у великој мери „плод маште“.[2] Најчешће, могућност за вођење преговора је занемарљива. Чак и када би постојала, сметњу би вероватно представљао недостатак знања о роби и вештине преговарања на страни потрошача. Због свега тога, неопходан је законски захтев саобразности робе.[3] Пошто се такав захтев редовно примењује на широк спектар робе, мора се водити рачуна о успостављању равнотеже између одређености прописаних критеријума и потребе узимања у обзир природе робе и других околности случаја. Такође, мора се одговорити на питање да ли је, у којој мери и на који начин дозвољено од њега одступити. Другим речима, какав је однос између објективних и субјективних захтева у погледу саобразности робе.

У раду су приказане релевантне одредбе потрошачког права Европске уније (ЕУ), од почетних идеја о комунитарном правно обавезујућем захтеву да испоручена роба буде без недостатака, до Директиве (ЕУ) 2019/771 о одређеним аспектима уговора о продаји робе, која је данас на снази. Расправљена су спорна питања у вези са њиховом применом и дат је критички осврт на њихове недостатке.

2. НАСТАНАК И РАЗВОЈ ИДЕЈЕ О КОМУНИТАРНОМ ЗАХТЕВУ САОБРАЗНОСТИ РОБЕ

Европска (економска) заједница разматрала је предузимање активности са циљем побољшања „гаранцијских аранжмана“ од 1975. године.[4] Идеја о комунитарном правно обавезујућем захтеву да испоручена роба буде без

[1] Jorge Morais Carvalho, „Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771“, *Journal of European Consumer and Market Law* (*EuCML*) 5/2019, 198.

[2] Christian Twigg-Flesner, „Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services“, *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital* (dirs. Esther Arroyo Amayuelas, Sergio Cámara Lapuente), Barcelona – Madrid 2020, 2. Доступно на: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3526228, 23. јануар 2024.

[3] Без обзира на врсту правног односа на који се примењује, када не би постојао било какав правни захтев саобразности, било би неопходно да се продавац и купац усагласе о својствима робе сваки пут приликом закључења уговора. То не би било практично, јер подразумева (често непотребно) губљење времена и средстава.

[4] Вид. Резолуција Савета од 14. априла 1975. о прелиминарном програму Европске економске заједнице за политику заштите и информисања потрошача (Council Resolution of 14 April 1975 on a preliminary programme of the European Economic Community for a consumer protection and information policy), *Official Journal of the European Communities* No C 92, 25.4.1975, 1-16, нарочито, Анекс, пар. 18-31; Robert Bradgate, „Consumer Guarantees: the EC’s

недостатака првобитно је била изражена у предлогу Директиве о неправичним одредбама у потрошачким уговорима из 1990. године.[5] Одговарајућа правила била су садржана најпре у анексу,[6] а затим и у главном делу предлога.[7] Иако је Европски парламент подржао предложене одредбе, Савет је одбио да их укључи у текст који је коначно усвојен. Сматрао је да је прикладније бавити се овим питањима одвојено и детаљније, због чега је затражио од Комисије да посебно испита корисност и пожељност хармонизације националних права у овој области.[8]

Почетни одговор била је Зелена књига из 1993. године[9] у којој је био предложен концепт „законске гаранције"[10] засноване на „легитимним очекивањима" потрошача. Реч је о динамичном појму који се ценио узимањем у обзир свих околности, а посебно, одредаба уговора, представљања робе, цене, марке, оглашавања или било којег податка наведеног на роби, природе робе, њене намене, закона и других прописа који се односе на робу и осталих појединости.[11] Захтевом да очекивања потрошача буду легитимна, овај критеријум, који је у принципу субјективан, суштински се објективизује.[12]

draft Directive", *Web Journal of Current Legal Issues* (*Web JCLI*) 1/1997. Доступно на: http://www.bailii.org/uk/other/journals/WebJCLI/1997/issue1/bradgate1.html, 20. јануар 2024.

[5] Комисија, Предлог Директиве Савета о неправичним одредбама у потрошачким уговорима (Commission, Proposal for a Council Directive on unfair terms in consumer contracts, COM(90) 322 final – SYN 285 – Први предлог Директиве о неправичним одредбама у потрошачким уговорима), *Official Journal of the European Communities* No C 243, 28.9.1990, 2-5.

[6] Први предлог Директиве о неправичним одредбама у потрошачким уговорима, Анекс, пар. ц) тач. 1.

[7] Комисија, Измењени предлог Директиве Савета о неправичним одредбама у потрошачким уговорима (Commission, Amended proposal for a Council Directive on unfair terms in consumer contracts, COM(92) 66 final – SYN 285), *Official Journal of the European Communities* No C 73, 24.3.1992, 7-12, чл. 6 ст. 1-3 и Анекс, пар. 1 тач. б).

[8] Вид. Образложење првог предлога Директиве о продаји робе широке потрошње и повезаним гаранцијама (Commission of the European Communities, Proposal for a European Parliament and Council Directive on the sale of consumer goods and associated guarantees, COM(95) 520 final – COD 96/0161, Brussels, 18.6.1996, Explanatory Memorandum), 2.

[9] Зелена књига о гаранцијама за робу широке потрошње и услугама након продаје (Commission of the European Communities, Green paper on guarantees for consumer goods and after-sales services, COM(93) 509 final, Brussels, 15 November 1993 – Зелена књига из 1993).

[10] Описана као „темељ права потрошача у погледу својстава купљене робе", ова „гаранција" произилази директно из закона. Њена реализација подлеже законом утврђеним условима и поступцима. Није ништа друго до правно дејство које уговор има на основу закона, у погледу одговорности продавца за несаобразност робе. (Вид. *Ibid*., 13 и 14; Образложење првог предлога Директиве о продаји робе широке потрошње и повезаним гаранцијама, 4) За разлику од образложења, у тексту предлога Директиве, израз гаранција користио се само за означавање трговачких гаранција (чл. 5).

[11] Појам (не)испуњавања легитимних очекивања потрошача омогућава да се узме у обзир и купчево посебно техничко знање о роби. Вид. Зелена књига из 1993, 86.

[12] *Ibid*.

Након опсежне јавне расправе,[13] Комисија је значајно ревидирала претходна решења и поднела предлог Директиве о продаји робе широке потрошње и повезаним гаранцијама 1996. године.[14] Стандард легитимних очекивања је замењен захтевом саобразности робе уговору.[15] Следећи корак био је измењени предлог из 1998. године,[16] који је, задржавајући основни захтев, понудио ипак нешто више од првобитног предлога, али и од касније усвојене директиве.[17]

Захтев саобразности уговору био је срж Директиве о продаји робе широке потрошње и повезаним гаранцијама (Директива 1999/44/ЕЗ).[18] Роба је, првенствено, морала бити у складу са уговорним спецификацијама.[19] Иако то може бити неповољно за потрошаче, слобода уговарања није била ограничена у овом погледу.[20] „Покварени аутомобили“ могли су се продавати као такви.[21]

---

[13] Вид. Образложење првог предлога Директиве о продаји робе широке потрошње и повезаним гаранцијама, 28 и даље.

[14] Комисија Европских заједница, Предлог Директиве Европског парламента и Савета о продаји робе широке потрошње и повезаним гаранцијама (Commission of the European Communities, Proposal for a European Parliament and Council Directive on the sale of consumer goods and associated guarantees, COM(95) 520 final – COD 96/0161 – Први предлог Директиве о продаји робе широке потрошње и повезаним гаранцијама), *Official Journal of the European Communities* No C 307, 16.10.1996, 8-11.

[15] Вид. Први предлог Директиве о продаји робе широке потрошње и повезаним гаранцијама, чл. 2.

[16] Комисија Европских заједница, Измењени предлог Директиве Европског парламента и Савета о продаји робе широке потрошње и повезаним гаранцијама (Commission of the European Communities, Amended proposal for a European Parliament and Council Directive on the sale of consumer goods and associated guarantees, COM(98) 217 final – COD 96/0161), *Official Journal of the European Communities* No C 148, 14.5.1998, 12-20.

[17] Вид. David Oughton, Chris Willett, „Quality Regulation in European Private Law“, *Journal of Consumer Policy* 3-4/2002, 300.

[18] Директива 1999/44/ЕЗ Европског парламента и Савета од 25. маја 1999. о одређеним аспектима продаје робе широке потрошње и повезаним гаранцијама (Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees – Директива 1999/44/ЕЗ), *Official Journal of the European Communities* No L 171, 7.7.1999, 12-16. Вид. Christian Twigg-Flesner, Robert Bradgate, „The E. C. Directive On Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – All Talk and No Do?“, *Web JCLI* 2/2000. Доступно на: http://www.bailii.org/uk/other/journals/WebJCLI/2000/issue2/flesner2.html, 20. јануар 2024; Ewoud Hondius, Harriët Schelhaas, „In conformity with the Consumer Sales Directive? Some remarks on transposition into Dutch law“, *European Review of Private Law* (*ERPL*) 2-3/2001, 330; Javier Lete, „The Impact on Spanish contract law of the EC Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees“, *ERPL* 2-3/2001, 352 и 354.

[19] Директива 1999/44/ЕЗ, чл. 2 ст. 1 и Преамбула, тач. 7.

[20] Вид. Директива 1999/44/ЕЗ, Преамбула, тач. 8.

[21] Stefan Grundmann, „European sales law – reform and adoption of international models in German sales law“, *ERPL* 2-3/2001, 246.

Разлика између „легитимних очекивања“ и „саобразности уговору“ је, с једне стране, семантичка. Потрошач легитимно очекује да испоручена роба буде саобразна уговору. Међутим, с друге стране, тест који је коначно усвојен чини се да је мање наклоњен потрошачима од теста који је првобитно разматран и који је јасније усмерен ка ономе што потрошачи оправдано очекују од уговора.[22] Комисија је образложила ову промену нагласка тиме да је принцип саобразности робе уговору „заједнички различитим националним правним традицијама“[23] и да се њиме „омогућава обухватање читавог низа ситуација, а не само критеријума усклађености са легитимним очекивањима потрошача“.[24] Чини се да је прави узор ипак била Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године (Бечка конвенција).[25] Међутим, иако садрже више готово идентичних одредаба,[26] постоји низ значајних разлика између ових прописа. Због тога, приликом тумачења аутономних појмова комунитарног права, било је потребно одупрети се искушењу позивања на одлуке у којима је примењена Бечка

[22] C. Twigg-Flesner, R. Bradgate. Захтев „легитимних очекивања“ „дочекан је веома срдачно“ од стране представника потрошача, док су га трговци „гледали са неодобравањем“. (Образложење првог предлога Директиве о продаји робе широке потрошње и повезаним гаранцијама, 11) Што је и разумљиво. Међутим, његова инхерентна флексибилност не мора нужно довести до знатно повећане правне несигурности. Могао је, можда, бити спасен додатним упутствима. Такође, судска пракса је временом могла пружити смернице у погледу његовог значења. Вид. R. Bradgate.

[23] Појам саобразности уговору није био традиционално обележје права свих држава чланица, на пример, Грчке, Италије, Уједињеног Краљевства Велике Британије и Северне Ирске (Уједињено Краљевство) и Шпаније. Међутим, у сваком од њих постојао је функционални еквивалент. Вид. D. Oughton, C. Willett, 326 н. 14; Christian Twigg-Flesner, „Consumer Sales Directive (99/44)“, *Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, 646. Доступно на: https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=f3a528ad-241c-4092-8750-4cf09a123e97, 1. фебруар 2024; J. Lete, 354.

[24] Образложење првог предлога Директиве о продаји робе широке потрошње и повезаним гаранцијама, 11.

[25] United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – Бечка конвенција, закључена у Бечу 11. априла 1980, ступила на снагу 1. јануара 1988, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1489, 3. Република Србија је држава уговорница ове конвенције (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10-1/84). У овом случају, модел су биле одредбе чл. 35 ст. 1 и 2 Бечке конвенције. Вид. Образложење првог предлога Директиве о продаји робе широке потрошње и повезаним гаранцијама, 5 и 11. Више о томе Dirk Staudenmayer, „The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – A Milestone in the European Consumer and Private Law“, *ERPL* 4/2000, 549 и даље; C. Twigg-Flesner, R. Bradgate; Sonja A. Kruisinga, „What do consumer and commercial sales law have in common? A comparison of the EC Directive on consumer sales law and the UN Convention on contracts for the international sale of goods“, *ERPL* 2-3/2001, нарочито, 179-182. Вид. такође S. Grundmann (2001), 244; J. Lete, 354.

[26] Ове „намерно отворене сличности“ умањиле су могућност њиховог сукоба. Hans-W. Micklitz, „The New German Sales Law: Changing Patterns in the Regulation of Product Quality“, *Journal of Consumer Policy* 3-4/2002, 390.

конвенција.[27] Не само да нису све тадашње државе чланице (још увек) ратификовале Конвенцију,[28] већ, што је још важније, циљеви ова два извора права су различити. Док се усвајањем једнообразних правила, на основама једнакости и узајамне користи, која се примењују на уговоре о међународној продаји робе доприноси отклањању правних баријера у међународној трговини и унапређењу њеног развоја,[29] циљ потрошачког законодавства је, пре свега, заштита потрошача, у овом случају као купаца.[30] С обзиром на ове крајности,[31] може се поставити питање да ли је уопште било прикладно користити Бечку конвенцију као модел приликом доношења Директиве 1999/44/ЕЗ.[32] Мишљење „продаја је продаја" је превазиђено. Данас је углавном препознато да су за потрошачке правне послове потребна другачија правила од трговинских.[33]

---

[27] C. Twigg-Flesner, R. Bradgate. Вид. такође Björn Sandvik, „The Battle for the Consumer: On the Relation between the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the EU Directives on Consumer Sales", *ERPL* 4/2012, 1118. Упор. D. Oughton, C. Willett, 304 и 305.

[28] Изузетак су биле Ирска, Португал и Уједињено Краљевство. У међувремену, Бечка конвенција је ступила на снагу у односу на Португал 2021. године. (Вид. United Nations Commission on International Trade Law, Status: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG), *https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status*, 15. март 2024) Док је Уједињено Краљевство престало да буде држава чланица Европске уније (ЕУ) 2020. године. Вид. Споразум о повлачењу Уједињеног Краљевства из ЕУ и Европске заједнице за атомску енергију (Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community, *Official Journal of the European Union* No L 29, 31.1.2020, 7-187).

[29] Вид. Бечка конвенција, Преамбула. Бечка конвенција се не примењује на продају робе купљене за личну или породичну употребу или за потребе домаћинства, изузев ако продавац у време закључења уговора није знао, нити је морао знати да се роба купује за такву употребу (чл. 2 тач. а)).

[30] Доношењем заједничких правила потрошачког права, која важе без обзира где се роба унутар Заједнице/Уније продаје, доприноси се и остваривању слободног промета робе, чиме се подстиче и тржишна утакмица између трговаца. (Директива 1999/44/ЕЗ, Преамбула, тач. 1-6) Постоји став да је нагласак управо на интеграцији тржишта, а не на социјалној заштити. Вид. H.-W. Micklitz, 385.

[31] S. Grundmann (2001), 245.

[32] Без обзира на ове сумње, Бечка конвенција у извесном смислу надмашује Директиву 1999/44/ЕЗ, јер препознаје као аспекте саобразности, а самим тим и правне обавезе продавца, елементе који нису предвиђени Директивом. Тако се од продавца захтева и да испоручи робу у количини како је то предвиђено уговором (чл. 35 ст. 1) и слободну од права и захтева трећег лица, укључујући оне који се заснивају на индустријској или другој интелектуалној својини (чл. 41 и 42). Строго говорећи, било би непотребно постављати законски захтев да продавац испоручи тачну количину робе, јер је количина најчешће изричито уговорена. Међутим, укључивање овог критеријума неспорно би довело, у случају његовог неиспуњења, до примене правних средстава предвиђених Директивом. Ако ово питање пак не би било обухваћено, последице повреде биле би ствар националног права. У праву Уједињеног Краљевства, на пример, испорука погрешне количине разматра се одвојено од несаобразности. Вид. Закон о правима потрошача из 2015. (Consumer Rights Act 2015), Одељак 25.

[33] C. Twigg-Flesner, R. Bradgate.

Иако се захтев саобразности робе уговору може сматрати заједничким готово свим националним правним порецима, у некима од њих, можда није довољан да би се осигурао минимални ниво заштите потрошача.[34] Стога могу бити корисне додатне одредбе, нарочито у одсуству уговорених мерила. Како би се олакшало спровођење Директиве 1999/44/ЕЗ, државама чланицама је било дозвољено да користе у њој прописане критеријуме за утврђивање претпоставке саобразности робе уговору.[35] Мада то није одређено у нормативном делу, у Преамбули је указано да је претпоставка оборива. Дакле, критеријуми нису, барем начелно, представљали услове који морају увек бити испуњени.[36] Већина држава чланица усвојила је претпоставку да је роба саобразна уговору ако испуњава критеријуме из чл. 2. ст. 2 Директиве 1999/44/ЕЗ.[37] Мада је списак обухватао најчешће ситуације, није био исцрпан, нити се њиме ограничавала слобода уговарања.[38] Роба која би одговарала прописаним критеријумима могла је бити несаобразна ако не би била у складу са другим изричитим или подразумеваним условима уговора. Такође, националним правом могло се захтевати да роба испуни додатне критеријуме како би се сматрала саобразном.[39] Елементи претпоставке саобра-

[34] Директива 1999/44/ЕЗ, Преамбула, тач. 7.

[35] Вид. Директива 1999/44/ЕЗ, чл. 2 ст. 2 и Преамбула, тач. 8.

[36] D. Staudenmayer (2000), 551. Бечка конвенција је у том погледу јаснија, јер условљава примену прописаних критеријума одсуством другачијег споразума између страна (чл. 35 ст. 2). Вид. Francisco de Elizalde, „Should the Implied Term Concerning Quality Be Generalized? Present and Future of the Principle of Conformity in Europe“, *ERPL* 1/2017, 75 и 76.

[37] Поједине земље су то изразиле у виду негативне претпоставке (Грчка, Португал, Словенија, Холандија), чиме се, за разлику од Директиве 1999/44/ЕЗ, терет доказивања пребацује на потрошача. Било је и оних које су, без коришћења претпоставке, у своје право укључиле прописане критеријуме (Аустрија, Малта, Француска), али и оних у којима се није (изричито) упућивало на све критеријуме (као што су узорак, опис и посебна намена у Чешкој или учинак у Уједињеном Краљевству), мада је било мало вероватно да ће због тога бити другачије последице у пракси. Вид. C. Twigg-Flesner, „Consumer Sales Directive (99/44)“, 646, 649, 666 и 667.

[38] Вид. Директива 1999/44/ЕЗ, Преамбула, тач. 8.

[39] Тако се, на пример, у Мађарској додатно захтевало пружање свих потребних информација и упутстава за правилну употребу, у складу са одговарајућим прописима и професионалним стандардима. На Кипру, саобразност је укључивала и доступност резервних делова, додатака и специјализованих техничара, где је то потребно, сигурност, разумну трајност, изглед и завршну обраду. Трајност се захтевала и у Данској, али и одговарајуће паковање, које је било релевантан критеријум и у Естонији, Финској и Шведској. Вид. C. Twigg-Flesner, „Consumer Sales Directive (99/44)“, 649, 668 и 669.

Ово је било дозвољено, јер је Директива 1999/44/ЕЗ представљала меру минималне хармонизације. Државе чланице су могле усвојити или задржати на снази строже одредбе како би осигурале виши ниво заштите потрошача (чл. 8 ст. 2).

зности били су кумулативни.[40] Међутим, ако би због околности случаја било који појединачно био неприменљив, преостали би, упркос томе, и даље важили.[41]

Несаобразност није постојала ако је, у време закључења уговора, потрошачу било познато или му није могло разумно бити непознато да роба није саобразна.[42] Могло би се сматрати да је потрошач пређутно прихватио недостатке за које је знао.[43] Стога би искључење одговорности продавца, начелно, већ произашло из примене захтева саобразности уговору. Ипак, изгледало је пожељно да се конкретно упутити на ово решење.[44] Иако је ово још један пример тенденције да се следе одговарајуће одредбе Бечке конвенције,[45] значајно је да се њом заправо намеће нижи стандард купцу. Продавац неће одговарати уколико купцу несаобразност „није могла бити непозната". Дакле, (пословни) купац неће изгубити своја права у вези са недостацима које није открио, осим ако је било немогуће да му они остану непознати. Потрошач, с друге стране, могао је изгубити своја права у погледу недостатака које неоправдано пропусти да открије.[46] Донекле, ова одредба подразумева да ће потрошач проверити робу.[47] Међутим, било би погрешно ако би то довело до развоја правила којим се захтева да потрошач (у сваком случају) прегледа робу пре куповине.[48] Други случај се односио на уговор о испоруци робе која треба да се изради или произведе.[49] Несаобразност није постојала ако је недостатак потицао од материјала које је испоручио потрошач.[50]

---

[40] Директива 1999/44/ЕЗ, Преамбула, тач. 8; C. Twigg-Flesner, R. Bradgate; Marco Loos, „Consumer Sales Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive", *ERPL* 1/2010, 25 и 26. Вид. такође C. Twigg-Flesner, „Consumer Sales Directive (99/44)", 667.

[41] Вид. Christian Twigg-Flesner, „The EC Consumer Sales Directive: A Lot Still to Do", *Canterbury Law Review* 1/2001, 117 и 118.

[42] Директива 1999/44/ЕЗ, чл. 2 ст. 3, прва алтернатива.

[43] Другачије је ако је продавац поступао преварно. Тада би било могуће позвати се на општа начела комунитарног права, која су развијена у пракси Европског суда правде, иако Директива 1999/44/ЕЗ није изричита у овом погледу. Вид. Stefan Grundmann, „Consumer law, Commercial law, Private law: How can the Sales Directive and the Sales Convention be so Similar?", *European Business Law Review* 3/2003, 242.

[44] Образложење првог предлога Директиве о продаји робе широке потрошње и повезаним гаранцијама, 12. Вид. такође S. Grundmann (2003), 241 фн. 24.

[45] У овом случају, чл. 35 ст. 3.

[46] C. Twigg-Flesner, R. Bradgate. Израз „разумно" упућује да одредбу треба објективно тумачити. Вид. C. Twigg-Flesner, „Consumer Sales Directive (99/44)", 672 фн. 132.

[47] E. Hondius, H. Schelhaas, 333.

[48] C. Twigg-Flesner, R. Bradgate.

[49] Вид. Директива 1999/44/ЕЗ, чл. 1 ст. 4.

[50] Директива 1999/44/ЕЗ, чл. 2 ст. 3, друга алтернатива.

3. САОБРАЗНОСТ РОБЕ ПРЕМА ДИРЕКТИВИ (ЕУ) 2019/771

3.1. Опште напомене

Први покушај реформе био је садржан у предлогу Директиве о правима потрошача из 2008. године.[51] У великој мери, поновљена су правила Директиве 1999/44/ЕЗ, уз неке суптилне варијације, без мењања суштине основног захтева да испоручена роба буде саобразна уговору.[52] Међутим, одредбе које се односе на уговор о продаји изостављене су током законодавног поступка и нису усвојене у коначној верзији Директиве о правима потрошача.[53] Други покушај представљао је предлог Заједничког европског права продаје из 2011. године,[54] од кога се касније одустало.[55]

Циљ је био „нови почетак", како би се у потпуности искористиле могућности јединственог дигиталног тржишта. У оквиру истоимене стратегије, 20. маја 2019. године, донета је Директива о одређеним аспектима уговора о продаји робе (Директива (ЕУ) 2019/771),[56] којом је стављена ван снаге Ди-

---

[51] Вид. Комисија Европских заједница, Предлог Директиве Европског парламента и Савета о правима потрошача (Commission of the European Communities, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, COM(2008) 614 final – COD 2008/0196, Brussels, 8.10.2008).

[52] Али уз примену регулаторног концепта потпуне хармонизације. Више о томе Christian Twigg-Flesner, „Fit for purpose? The proposals on Sales", *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law* (eds. Geraint Howells, Reiner Schulze), Munich 2009, 10 и даље. Доступно на: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1342702, 10. фебруар 2024.

[53] Директива 2011/83/ЕУ Европског парламента и Савета од 25. октобра 2011. о правима потрошача, измени Директиве Савета 93/13/ЕЕЗ и Директиве 1999/44/ЕЗ Европског парламента и Савета и стављању ван снаге Директиве Савета 85/577/ЕЕЗ и Директиве 97/7/ЕЗ Европског парламента и Савета (Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council), *Official Journal of the European Union* No L 304, 22.11.2011, 64-88.

[54] Европска комисија, Предлог Уредбе Европског парламента и Савета о заједничком европском праву продаје (European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM(2011) 635 final – COD 2011/0284, Brussels, 11.10.2011. – Предлог Заједничког европског права продаје). Не ради се о „правој" уредби из чл. 288 ст. 2 Уговора о функционисању ЕУ, већ о опционом инструменту (потпуне) хармонизације који би се могао користити само за прекограничне уговоре, како између трговаца и потрошача, тако и између трговаца. Више о томе Радован Д. Вукадиновић, *Међународно облигационо право: општи и посебни део*, Београд 2021, 353-355.

[55] Вид. најпре Програм рада Комисије за 2015. годину – Нови почетак (European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Commission Work Programme 2015 – A New Start, COM(2014) 910 final, Strasbourg, 16.12.2014), Анекс II, 12.

[56] Директива (ЕУ) 2019/771 Европског парламента и Савета од 20. маја 2019. о одређеним аспектима уговора о продаји робе, измени Уредбе (ЕУ) 2017/2394 и Директиве 2009/22/

ректива 1999/44/ЕЗ.[57] За разлику од претходног регулаторног приступа, Директивом (ЕУ) 2019/771 постиже се циљано потпуно усклађивање националних права. Државе чланице не могу задржати, нити усвојити одредбе које одступају од оних утврђених овом директивом, укључујући и блажа и строжа правила којима се осигурава различити ниво заштите потрошача, осим ако је другачије предвиђено.[58]

3.2. Субјективни захтеви у погледу саобразности робе

Одредбама о субјективним захтевима у погледу саобразности обухваћена су мерила која се обично користе у уговорима за одређивање својстава робе.[59] У чл. 6 тач. а) наводе се општи критеријуми, као што су опис, врста, количина[60] и квалитет.[61] Поред њих, захтева се способност робе да испуни своје функције у складу са својом наменом (функционалност), са хардвером

ЕЗ и стављању ван снаге Директиве 1999/44/ЕЗ (Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC – Директива (ЕУ) 2019/771), *Official Journal of the European Union* No L 136, 22.5.2019, 28-50. Као резултат исте законодавне иницијативе, донета је и „Директива близнакиња“ о одређеним аспектима уговора о испоруци дигиталног садржаја и дигиталних услуга (Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services – Директива (ЕУ) 2019/770, *Official Journal of the European Union* No L 136, 22.5.2019, 1-27). Вид. European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A Digital Single Market Strategy for Europe, Brussels, 6.5.2015, COM(2015) 192 final; European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee: Digital contracts for Europe – Unleashing the potential of e-commerce, Brussels, 9.12.2015, COM(2015) 633 final.

[57] Вид. Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 23 ст. 1.

[58] Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 4. Директива (ЕУ) 2019/771 није спроведена у праву Републике Србије, због чега је посебно важно указати на измене и допуне у односу на претходни правни режим.

[59] Упор. Предлог Заједничког европског права продаје, чл. 99 ст. 1.

[60] Ако је испоручена погрешна количина робе, потрошач може користити правна средства због несаобразности која су предвиђена Директивом (ЕУ) 2019/771, мада она нису у потпуности прикладна за ове случајеве. Више о томе Attila I. Dudás, Ivan M. Jokanović, „The Hierarchy of Consumer Rights in the Event of a Lack of Conformity of the Goods in Slovenian, Croatian, and Serbian Law“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2023, 209-234; Jovan Vujičić, „Pravna sredstva u slučaju nesaobraznosti robe u potrošačkom pravu Evropske unije“, *Ревија за европско право* 2023, 73-89.

[61] Позивање на квалитет робе који је утврђен уговором је такође новина. Међутим, то не значи да квалитет зависи искључиво од воље страна, јер је он део и објективне саобразности. Стога ће уговорени квалитет бити релевантан, по правилу, само ако премашује ниво који проистиче из објективних захтева у погледу саобразности. Више о томе у наставку текста.

или софтвером са којим се редовно употребљава роба исте врсте, без потребе за било каквим прилагођавањем робе, хардвера или софтвера (компатибилност), односно са алтернативним хардвером или софтвером (интероперабилност).[62] Иако изрази „намена“ и „редовна употреба“ робе имају објективно значење, функционалност, компатибилност и интероперабилност као аспекте субјективне саобразности, слично квалитету, треба тумачити у контексту онога што је уговорено. Тако стране могу ближе одредити наведене појмове, али и превазићи прописани минимум.[63] Ови захтеви су нови и одражавају чињеницу да се у робу све више уграђује дигитални садржај или дигитална услуга или се роба повезује са њима, тако да би одсутност тог дигиталног садржаја или те дигиталне услуге онемогућила функционисање те робе (роба са дигиталним елементима).[64] Тиме се омогућава узајамно деловање, укључујући размену и коришћење одређених података. Коначно, упућује се на „друге карактеристике“ које се могу захтевати уговором. Овим изразом, који није дефинисан, могло би се обухватити било које обележје робе које већ није предвиђено у оквиру субјективних захтева у погледу саобразности.

Када потрошач набавља робу за било коју посебну намену, роба мора имати потребна својства ако је потрошач с том наменом упознао продавца најкасније у време закључења уговора и „ако се продавац у односу на ту намену сагласио“.[65] Формулација је непотребно дуга, јер се захтев практично своди на прикладност робе за посебну намену како је уговорено. Потрошач може продавцу изричито или прећутно ставити до знања за коју намену набавља робу. Није одређено са којим степеном прецизности то мора учинити. Ово може бити значајно нарочито када је намена веома необична, јер продавац прихватање да је роба прикладна изражава управо на основу онога што му је о тој намени пружио потрошач.[66]

Следећи захтев је да роба буде испоручена са свим додацима и упутствима, укључујући упутства за инсталацију, како је утврђено уговором о

[62] Вид. Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 2 тач. 8-10.

[63] Вид. C. Twigg-Flesner (2020), 13.

[64] Вид. Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 2 тач. 5(б).

[65] Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 6 тач. б). Слична одредба била је садржана у чл. 2 ст. 2 тач. б) Директиве 1999/44/ЕЗ. Упор. Предлог Заједничког европског права продаје, чл. 100 тач. а) у вези са чл. 99 ст. 2 и 3.

[66] Вид. C. Twigg-Flesner (2020), 10. Примера ради, у праву Уједињеног Краљевства, да би се сматрало да уговор укључује услов да је роба *разумно* погодна за посебну намену за коју је потрошач набавља (и коју је пре закључења уговора ставио до знања трговцу (експлицитно или имплицитно)), не захтева се (изричито) да се трговац „у односу на ту намену сагласио“, али се услов прикладности за посебну намену неће подразумевати ако околности указују да се потрошач није ослонио или је било неразумно да се ослони на стручност или процену трговца. (Закон о правима потрошача из 2015. године, Одељак 10, пододељци 1, 3 и 4. Вид. такође Бечка конвенција, чл. 35 ст. 2 тач. б)) А такво ослањање не би било разумно ако продавац не би располагао важним информацијама о намени за коју потрошач набавља робу.

продаји.[67] За разлику од одговарајуће одредбе Директиве о одређеним аспектима уговора о испоруци дигиталног садржаја и дигиталних услуга, не наводи се обезбеђење пружања услуга након продаје (корисничке подршке),[68] иако то може бити важан елемент при одлучивању потрошача да ли ће закључити уговор. Ипак, ово изостављање је без значаја, јер је, у овом контексту, релевантно само оно што је уговорено.[69]

Пошто се дигитални садржај и дигиталне услуге стално развијају, продавац се може обавезати уговором о продаји да ће потрошачу обезбедити побољшање и унапређење дигиталног елемента робе, његово прилагођавање техничком развоју или заштиту од нових сигурносних претњи, проширење његове, односно функционалности робе или ажурирања којима се постиже друга сврха. У том случају, саобразност робе са дигиталним елементом утврђује се и с обзиром на то да ли је роба испоручена са ажурирањима како је уговорено. Стога се неиспорука таквих ажурирања, као и неисправна или непотпуна ажурирања, сматрају несаобразношћу робе са дигиталним елементима.[70]

Субјективни захтеви у погледу саобразности укључују и оне који проистичу из предуговорних обавештења која, према Директиви о правима потрошача (чл. 6 ст. 5), чине саставни део уговора.[71]

3.3. Објективни захтеви у погледу саобразности робе

Први критеријум објективне саобразности је прикладност за намене[72] за које би се роба исте врсте редовно користила.[73] Иако би могло изгледати да се овај захтев посматра из угла потрошача,[74] приликом оцене редовности коришћења узеће се у обзир, ако су примењиви, прописи ЕУ и држава чланица, технички стандарди и кодекси понашања у датом сектору. Ово није

---

[67] Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 6 тач. ц).

[68] Упор. Директива (ЕУ) 2019/770, чл. 7 тач. ц).

[69] Dirk Staudenmayer, „The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy“, *ERPL* 2/2020, 237; J. Morais Carvalho (2019), 198. Ово се може закључити и на основу формулације да је роба саобразна уговору ако испуњава, *нарочито*, наведене субјективне захтеве.

[70] Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 6 тач. д) и Преамбула, тач. 28.

[71] Вид. Директива (ЕУ) 2019/771, Преамбула, тач. 26.

[72] Употребом множине указује се да није довољно да испоручена роба има својства потребна само за једну такву намену (ако их има више). Исто је било предвиђено у Предлогу Заједничког европског права продаје (чл. 100 тач. б)) и Директиви 1999/44/ЕЗ (чл. 2 ст. 2 тач. ц)). Упор. Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 88/2021, чл. 49 ст. 2 тач. 3.

[73] Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 7 ст. 1 тач. а).

[74] Намене за које би се роба исте врсте редовно *користила*. Упор. Закон о правима потрошача Уједињеног Краљевства из 2015, у коме се упућује на све сврхе за које се роба те врсте обично *испоручује* (Одељак 9, пододељак 3(а)).

било предвиђено у одговарајућој одредби Директиве 1999/44/ЕЗ,[75] мада је израз „редовно“ свакако имао конотацију правилности. Дакле, употреба мора бити у складу и са (евентуалном) предвиђеном наменом робе.

Други захтев се примењује ако је продавац ставио на располагање потрошачу узорак или модел пре закључења уговора. У том случају, испоручена роба, осим по опису, мора одговарати и по „квалитету“ узорку или моделу.[76] Ово је ужи захтев у односу на онај који је претходно важио.[77] Вероватно се ради о редакцијској грешци, јер нема оправдања да остала својства робе коју је продавац показао потрошачу као узорак или модел не буду релевантна.

Трећи захтев је сасвим нов. Роба се мора испоручити „са додацима, укључујући паковање, упутства за инсталацију или друга упутства, чији пријем потрошач може разумно очекивати“.[78] Формулација је помало необична, јер се паковање и различита упутства сматрају додацима. Повезивање паковања са разумним очекивањима потрошача могло би значити да оно мора бити не само прикладно да сачува и заштити робу, већ да мора имати и нека друга својства, као што је, на пример, еколошка прихватљивост.[79] Упутства за инсталацију су се помињала и у Директиви 1999/44/ЕЗ, али само у контексту неправилне инсталације робе.[80] Захтевање и других упутстава, под којима би се могла подразумевати упутства за употребу и упозорења, представља, такође, корисну допуну у циљу упознавања потрошача са својствима робе с обзиром на њену природу и намену.

Четврти захтев је да роба у погледу количине, квалитета и других карактеристика одговара ономе што је редовно за робу исте врсте и што потрошач може разумно очекивати.[81] Пре свега треба напоменути да упућивање на количину, у овом контексту, није уобичајено.[82] Количину најчешће бира потрошач. Самим тим, обухваћена је споразумом страна. Због тога би требало да буде пре аспект субјективне саобразности, што она већ и јесте. Преостали део захтева односи се на широк спектар својстава, што, чини се, има за циљ да одрази да потрошачи очекују више од пуке употребљивости робе.[83]

[75] Вид. Директива 1999/44/ЕЗ, чл. 2 ст. 2 тач. ц).

[76] Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 7 ст. 1 тач. б).

[77] Директива 1999/44/ЕЗ, чл. 2 ст. 2 тач. а). Упор. такође Предлог Заједничког европског права продаје, чл. 100 тач. ц).

[78] Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 7 ст. 1 тач. ц). Упор. Предлог Заједничког европског права продаје, чл. 100 тач. д) и е).

[79] Вид. C. Twigg-Flesner (2020), 15.

[80] Вид. Директива 1999/44/ЕЗ, чл. 2 ст. 5.

[81] Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 7 ст. 1 тач. д).

[82] Упор. Директива 1999/44/ЕЗ, чл. 2 ст. 2 тач. д); Предлог Заједничког европског права продаје, чл. 100 тач. г).

[83] Тако би, на пример, могли бити релевантни изглед и завршна обрада робе или непостојање мањих недостатака. Вид. у том смислу Закон о правима потрошача Уједињеног Краљевства из 2015, Одељак 9, пододељак 3(б) и (ц).

Нека од њих су поменута. Једно је трајност, под којом се подразумева способност робе да задржи своје функције и учинак при редовној употреби.[84] Изричито позивање на трајност у оквиру правила о саобразности робе је добродошла новина на нивоу ЕУ.[85] Укључена је у циљу подстицања одрживије потрошње и кружне привреде.[86] Међутим, приступ је и даље веома бојажљив.[87] У оквиру оцене трајности треба узети у обзир све околности, попут могуће потребе за разумним одржавањем робе, као што је редовни преглед или замена делова у аутомобилу, али и цене робе и интензитета или учесталости њеног коришћења од стране потрошача.[88] Осим тога, релевантни су и прописи ЕУ којима се уређују одређене врсте или групе производа. Сматрано је да су они најпримеренije средство за увођење трајности и осталих захтева, примењивањем у ту сврху прилагођених критеријума,[89] и да, стога, Директивом (ЕУ) 2019/771 треба допуњавати циљеве таквог законодавства. Иако, уз функционалност и компатибилност, није наведена интероперабилност, формулација „и друге карактеристике, укључујући“, која претходи онима које су поменуте,[90] указује да списак није исцрпан. Стога могућност да и

[84] Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 2 тач. 13.

[85] У корист увођење трајности робе као једног од параметара релевантних за оцену саобразности вид. Alberto De Franceschi, „Planned Obsolescence challenging the Effectiveness of Consumer Law and the Achievement of a Sustainable Economy“, *EuCML* 6/2018, 217-221. Трајност се раније могла подразумевати на основу других захтева у погледу саобразности, као што су прикладност за одговарајућу намену и поседовање квалитета и учинка који су редовни за робу исте врсте и које потрошач може разумно очекивати (Директива 1999/44/ЕЗ, чл. 2 ст. 2 тач. б)-д)). Jozefien Vanherpe, „White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content“, *ERPL* 2/2020, 260. Вид. такође Образложење првог предлога Директиве о продаји робе широке потрошње и повезаним гаранцијама, 23 и 25.

[86] Вид. Директива (ЕУ) 2019/771, Преамбула, тач. 32.

[87] J. Morais Carvalho (2019), 198.

[88] Директива (ЕУ) 2019/771, Преамбула, тач. 32.

[89] Вид. на пример Директива 2009/125/ЕЗ Европског парламента и Савета од 21. октобра 2009. о успостављању оквира за утврђивање захтева за еколошки дизајн производа који користе енергију (Directive 2009/125/EC of the European Parliament and of the Council of 21 October 2009 establishing a framework for the setting of ecodesign requirements for energy-related products), *Official Journal of the European Union* No L 285, 31.10.2009, 10-35; Уредба (ЕУ) 2017/1369 Европског парламента и Савета од 4. јула 2017. о утврђивању оквира за означавање енергетске ефикасности и стављању ван снаге Директиве 2010/30/ЕУ (Regulation (EU) 2017/1369 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2017 setting a framework for energy labelling and repealing Directive 2010/30/EU), *Official Journal of the European Union* No L 198, 28.7.2017, 1-23; Уредба Комисије (ЕУ) бр. 666/2013 од 8. јула 2013. о спровођењу Директиве 2009/125/ЕЗ Европског парламента и Савета у вези са захтевима за еколошки дизајн усисивача (Commission Regulation (EU) No 666/2013 of 8 July 2013 implementing Directive 2009/125/EC of the European Parliament and of the Council with regard to ecodesign requirements for vacuum cleaners), *Official Journal of the European Union* No L 192, 13.7.2013, 24-34.

[90] Поред трајности, функционалности и компатибилности, наведена је и сигурност.

друга својства (па и интероперабилност) буду релевантна није искључена.[91] Која ће бити заиста примењива, треба утврђивати од случаја до случаја на основу двоструке провере: шта је редовно за робу исте врсте и шта потрошач може разумно очекивати. Мерило разумности није „субјективни хоризонт" потрошача у питању, већ нешто што треба објективно утврдити, имајући у виду природу и сврху уговора, околности случаја и обичаје и праксу укључених страна.[92] Поред ових општих чинилаца, како би се утврдило шта потрошач може разумно очекивати, узеће се у обзир природа робе и све јавне изјаве које су дали продавац или друга лица у претходним карикама у ланцу правних послова (снабдевања), укључујући произвођача, или које су дате у њихово име, посебно у оглашавању или означавању.[93]

Рекламирање је већ учествовало у обликовању очекивања потрошача у време када је усвојена Директива 1999/44/ЕЗ. Сада, 25 година касније, има још већи значај захваљујући дигиталној технологији и на њој заснованим пословним моделима (посебно услугама друштвеног повезивања). Међутим, као и према претходној директиви, постоје случајеви у којима се јавне изјаве неће узети у обзир при утврђивању разумних очекивања потрошача.[94] „Продавца јавне изјаве не обавезују, како је наведено,"[95] ако докаже: а) да није знао, нити је разумно могао знати за предметну јавну изјаву; б) да је до тренутка закључења уговора јавна изјава била исправљена на исти или упоредиви начин као и када је дата; или ц) да та јавна изјава није могла утицати на „доношење одлуке о куповини робе".[96] Први изузетак би се могао (само привидно) оправдати немогућношћу продавца да исправи или разјасни јавну изјаву са којом није био упознат. Међутим, поставља се питање да ли би ово уопште требало да буде значајно, с обзиром на улогу коју јавне изјаве имају у оквиру објективних захтева у погледу саобразности.[97] Ако је јавна изјава, барем делимично, могла утицати на очекивања потрошача, онда та очекивања не треба подривати на основу критеријума који са њима није повезан.

---

[91] C. Twigg-Flesner (2020), 16; Elias Van Gool, Anaïs Michel, „The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis", *EuCML* 4/2021, 138. Упор. D. Staudenmayer (2020), 237.

[92] Вид. Директива (ЕУ) 2019/771, Преамбула, тач. 24.

[93] Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 7 ст. 1 тач д). Слична одредба била је садржана у чл. 2 ст. 2 тач. д) Директиве 1999/44/ЕЗ.

[94] Али, као последица потпуне хармонизације, више није могуће искључити примену ових изузетака.

[95] Иако продавца обавезују објективни захтеви у погледу саобразности, на чију садржину утичу и јавне изјаве, боље је рећи да се јавне изјаве неће узети у обзир при утврђивању разумних очекивања потрошача, јер се на тај начин јасније изражава сврха ових ограничења.

[96] Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 7 ст. 2. Слична одредба била је садржана у чл. 2 ст. 4 Директиве 1999/44/ЕЗ.

[97] Вид. C. Twigg-Flesner (2020), 18.

Потрошач не може знати да ли су продавцу јавне изјаве биле познате или не. „Чија је корист од нечег, онога је и терет.“[98] Други изузетак садржи уравнотежено решење, при чему, наравно, није извесно (нити је релевантно) да ли ће потрошач који је заиста сазнао за првобитну јавну изјаву сазнати и за исправку.[99] Трећи изузетак се примењује када јавна изјава није ни стигла до потрошача, па, самим тим, није ни могла утицати на његова очекивања (нити на одлуку да закључи уговор). На пример, када је оглас објављен само у једној одређеној држави чланици или одређеном региону ЕУ, за који потрошач није могао да зна. Односи се и на рекламна „обећања“ која су била очигледно преувеличана и нису представљала озбиљну тврдњу у погледу својстава робе. У сваком случају, не поставља се питање да ли је јавна изјава утицала на потрошача, већ да ли је могла утицати.

У складу са опредељењем да се поједностави правни оквир у коме се продаје и употребљава роба са дигиталним елементима, и у том циљу избегне подељени приступ,[100] по први пут у потрошачком праву ЕУ прописана је обавеза ажурирања у контексту (објективне) саобразности.[101] За разлику од традиционалног схватања, одговорност продавца се углавном не завршава преласком ризика, који се редовно везује за испоруку робе.[102] Овом „динамизацијом“[103] уважава се чињеница да се дигитално окружење непрестано мења и да су ажурирања нужна како би се осигурало да роба са дигиталним елементима може служити сврси на исти начин као у време испоруке. Најчешће се састоје у исправкама у рачунарском програму или систему (енгл. *bugs fixing*). Такође, за разлику од традиционалне робе, роба са дигиталним елементима није у потпуности одвојена од сфере утицаја продавца. Продавац или трећа страна, која према уговору о продаји испоручује дигитални садржај или дигиталну услугу,[104] може дигитални састојак робе ажурирати на даљину, обично путем интернета. Уз уговорена ажурирања, продавац је обавезан да обезбеди да потрошач буде обавештен о ажурирањима, укључу-

[98] Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору, чл. 1001; *Ubi emolumentum ibi onus esse debet*.

[99] Захтев да јавна изјава буде исправљена на исти или упоредиви начин као и када је дата није био предвиђен у Директиви 1999/44/ЕЗ.

[100] Више о томе Јован Вујичић, „Саобразност робе са дигиталним елементима према Директиви (ЕУ) 2019/771“, *Зборник радова са XXXI Сусрета правника у привреди Републике Србије* (ур. Татјана Јевремовић Петровић), Београд 2023, 20 и даље.

[101] Упор. Saša Nikšić, „Odgovornost za nedostatke kod ugovora o kupoprodaji stvari s digitalnim elementima“, *Анали Правног факултета у Београду*, посебан број у част професора Михаила Константиновића, 2022, 525.

[102] Вид. Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 10 ст. 1 и 2.

[103] Reiner Schulze, „The German Civil Code on its Way into the Digital Age“, *EuCML* 5/2022, 194.

[104] Најчешће је у питању лице које је развило тај дигитални производ. То може бити произвођач робе, али и неко друго лице (програмер).

јући сигурносна ажурирања,[105] која су неопходна да би роба са дигиталним елементима остала саобразна, и да му се та ажурирања испоручују.[106] Ову обавезу продавац може испунити, на пример, (непосредно или преко треће стране) електронском поштом која садржи обавештење о доступности ажурирања и везу (енгл. *link*) до интернет странице са које се ажурирање може преузети. У пракси је, међутим, чешће да потрошачу стигне нотификација унутар самог дигиталног састојка робе или да у оквиру дигиталног садржаја, односно дигиталне услуге постоји опција за аутоматску инсталацију ажурирања. Трајање обавезе ажурирања утврђује се на један од два начина. Ако је уговором о продаји предвиђена једнократна испорука дигиталног садржаја или дигиталне услуге (или више појединачних аката),[107] обавеза ажурирања важи током периода унутар ког потрошач то може разумно очекивати[108] с обзиром на врсту и сврху робе и дигиталних елемената и узимајући у обзир околности и природу уговора.[109] По правилу, потрошач очекује да ће примати ажурирања у периоду у коме продавац одговара за несаобразност, док би их у неким случајевима могао разумно очекивати и после истека тог рока, посебно кад је реч о сигурносним ажурирањима. Када је реч о роби са дигиталним елементима чија је намена временски ограничена, обавеза ажурирања најчешће би била сведена на тај период.[110] Ако је пак уговором о продаји предвиђена континуирана испорука дигиталног садржаја или дигиталне услуге током одређеног времена,[111] обавеза ажурирања важи две године од тренутка испоруке робе са дигиталним елементима, односно, у дужем периоду у коме се дигитални садржај или дигитална услуга испоручује по уговору о продаји.[112]

Потрошач није обавезан да инсталира ажурирања која су му испоручена. Али, ако то не учини у разумном року, а без тих ажурирања роба више не би била саобразна, продавац неће бити одговоран. Услови су да је несаобразност настала искључиво због неинсталирања релевантног ажурирања, да је продавац обавестио потрошача о доступности ажурирања и последицама

[105] Директивом се не сме утицати на обавезе пружања сигурносних ажурирања које су утврђене у другим правним актима ЕУ или у националном праву. Вид. Директива (ЕУ) 2019/771, Преамбула, тач. 30.

[106] Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 7 ст. 3.

[107] Као у случају претходно инсталираног (или накнадно испорученог) оперативног система, апликације или било ког другог софтвера.

[108] Иако дефинисање рока употребом апстрактног израза није идеално из угла правне сигурности, дозвољава флексибилну процену дужине трајања обавезе ажурирања, што је одговарало већини у Европском парламенту и Савету. Вид. D. Staudenmayer (2020), 241.

[109] Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 7 ст. 3 тач. а).

[110] Вид. Директива (ЕУ) 2019/771, Преамбула, тач. 31.

[111] На пример, непрекидно пружање података о саобраћају у систему за навигацију или појединачно прилагођених планова тренинга у случају паметног сата.

[112] Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 7 ст. 3 тач. б).

пропуштања да га инсталира[113] и пропуштање инсталације или неправилна инсталација није последица недостатака у упутствима за инсталацију која су достављена потрошачу.[114]

За разлику од Директиве о одређеним аспектима уговора о испоруци дигиталног садржаја и дигиталних услуга, није прописано да се испоручује најновија верзија робе (са дигиталним елементима) доступна у време закључења уговора ако стране нису одредиле другачије.[115] Нема разлога да се ова диспозитивна одредба не примењује на продају.[116] Изгледа да се њоме не доводи у питање максимална хармонизација, јер се ради о интерпретативном правилу којим се упућује у правцу који најчешће одговара намери страна.[117]

Завршни елемент објективне саобразности је могућност одступања од прописаних захтева. Полази се од тога да потрошач не треба да има право да се позива на несаобразност ако је за њу знао у време закључења уговора. Осим од продавца, потрошач је могао сазнати за несаобразност и на други начин, на пример, прегледом робе пре закључења уговора или из извештаја о недостатку предметне робе доступних у средствима јавног информисања. Ово, међутим, више није довољно.[118] Сада се захтева да потрошач буде посебно обавештен у време закључења уговора о продаји да одређено својство робе одступа од објективних захтева у погледу саобразности. Осим тога, потрошач мора прихватити то одступање. Ово правило се може сматрати и као посредна забрана општих резерви продавца (на пример „роба са грешком“). Није одређено у којој форми прихватање мора бити учињено.[119] У сваком случају, потрошач мора прихватити одступање при закључењу уговора о продаји изричито и засебно од других изјава или споразума.[120] Прихватање се не може подразумевати само на основу тога што је потрошач закључио

[113] Последице би у овом случају биле несаобразност и искључење одговорности продавца.

[114] Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 7 ст. 4.

[115] Овде не важе строжи услови за одступање од објективних захтева у погледу саобразности. Вид. Директива (ЕУ) 2019/770, чл. 8 ст. 5 и 6. Више о томе у наставку текста.

[116] J. Morais Carvalho (2019), 199. Упор. Rosa Barceló Compte, Gemma Rubio Gimeno, „Supply of Goods with Digital Elements: a New Challenge for European Contract Law“, *EuCML* 3/2022, 89. Вид. такође J. Vanherpe, 261.

[117] Ово решење важи и у случају испоруке дигиталног садржаја или дигиталних услуга и у случају продаје робе, на пример, према праву Португала. Вид. Jorge Morais Carvalho, „The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Portugal“, *EuCML* 1/2022, 32.

[118] Утолико пре није довољно да потрошачу несаобразност није могла разумно бити непозната. Упор. Директива 1999/44/ЕЗ, чл. 2 ст. 3. У Директиви (ЕУ) 2019/771 није поновљена ни одредба из претходне директиве која се односи на недостатке који потичу од материјала које је испоручио потрошач.

[119] У Данској, на пример, пуноважна је и усмена и писана сагласност, при чему продавац мора доказати да се потрошач сагласио. Вид. Marie Jull Sørensen, „The Implementation of EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Denmark“, *EuCML* 5/2022, 198.

[120] Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 7 ст. 5. Упор. Предлог Заједничког европског права продаје, чл. 99 ст. 3.

уговор о продаји. Такође, обавезност општих услова пословања продавца не треба сматрати довољним за ове потребе. На овај начин, „скривене“ одредбе су постале неважеће, чиме се доприноси стварању поштенијег и јаснијег уговорног односа између потрошача и продаваца. У вези са паралелном одредбом из Директиве о одређеним аспектима уговора о испоруци дигиталног садржаја и дигиталних услуга (чл. 8 ст. 5) је наведено да се захтеви могу испунити означавањем поља, притиском на дугме или активирањем сличне функције (Преамбула, тач. 49), дакле, активним и недвосмисленим поступањем.[121] Неизвесно је, међутим, да ли се овим обезбеђује ефикасна заштита потрошача, имајући у виду сазнања науке о понашању. Емпиријска истраживања показују да потрошачи најчешће не читају понуђене услове пре него што их прихвате, а чак и када их прочитају, мало је вероватно да ће у потпуности разумети употребљене правне и технолошке изразе.[122] Може се поставити и питање треба ли искључити могућност одступања од појединих важних норми.[123]

3.4. Неправилна инсталација робе

Још један случај несаобразности који је преузет из Директиве 1999/44/ЕЗ је несаобразност која је резултат неправилне инсталације робе.[124] И поред уочене нејасноће у погледу значења израза инсталација,[125] он није појашњен.[126] Њиме је обухваћена уградња, када се роба пре употребе мора повезати са нечим,[127] али, чини се, и слагање у целину појединих делова робе (састављање, монтажа).[128] У прилог ширег тумачења говори и верзија Директиве (ЕУ) 2019/771 на немачком језику, према којој се чл. 8 односи на оба случаја (нем. *Montage oder Installierung*).[129] Несаобразност настала због неправилне

---

[121] Вид. Директива (ЕУ) 2019/771, Преамбула, тач. 36.

[122] Вид. Rosa Milà Rafel, „The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part II): conformity and remedies for lack of conformity“, *Revista d'Internet, Dret i Política / Revista de Internet, Derecho y Política* (*IDP*) 24/2017, 57; Hugh Beale, „The future of European contract law in the light of the European Commission's proposals for Directives on digital content and online sales“, *IDP* 23/2016, 12.

[123] E. Van Gool, A. Michel, 141.

[124] Директива 1999/44/ЕЗ, чл. 2 ст. 5. Вид. такође Предлог Заједничког европског права продаје, чл. 101 ст. 1.

[125] Вид. C. Twigg-Flesner (2020), 23.

[126] Није одређено ни шта инсталацију чини неправилном. Вероватно се мисли на одступање од предвиђеног начина (под условом да су достављена упутства без недостатка), односно непридржавање правила струке и обичаја.

[127] На пример, повезивање унутрашње и спољне јединице клима-уређаја и прикључење на извор снабдевања електричном енергијом или постављање и припрема рачунара за рад.

[128] Одредба се назива и „IKEA клаузула“. Вид. D. Staudenmayer (2000), 553.

[129] У верзијама на осталим службеним језицима ЕУ користи се само један израз.

инсталације робе сматра се несаобразношћу робе ако инсталација чини део уговора о продаји и обавио ју је продавац или је то учињено под његовом одговорношћу.[130] Ово важи и када је инсталацију, за коју је предвиђено да је обави потрошач, обавио потрошач, а неправилна инсталација је последица недостатака у упутствима за инсталацију[131] које је доставио продавац или, у случају робе са дигиталним елементима, које је доставио продавац или испоручилац дигиталног садржаја или дигиталне услуге.[132] Дакле, није довољно да је роба неправилно инсталирана, већ због тога мора бити и несаобразна. Поставља се, међутим, питање да ли би требало сматрати да је роба увек несаобразна ако, уз испуњење осталих услова, није правилно инсталирана.[133]

3.5. Права трећих лица

За разлику од претходног правног режима, Директива (ЕУ) 2019/771 садржи одредбе о правима трећих лица. Правни недостаци су несумњиво обухваћени концептом несаобразности.[134] Међутим, правне последице нису више тако јасне као што су биле према предлогу Комисије, у коме се непостојање права трећих лица сматрало објективним захтевом у погледу саобразности.[135] Државе чланице сада су дужне да обезбеде да потрошач има право на правна средства због несаобразности, осим ако је националним правом предвиђена неважност или раскид уговора о продаји у таквим случајевима.[136]

4. ЗАКЉУЧАК

За разлику од Директиве 1999/44/ЕЗ која је, у принципу, имала субјективни приступ утврђивању саобразности робе, Директивом (ЕУ) 2019/771 прописани су критеријуми који, по правилу, морају увек бити испуњени. Осим што одражавају разумна очекивања потрошача, објективни захтеви у

[130] Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 8 тач. а).

[131] Претпоставља се да је потрошач следио упутства. То значи да су упутства била погрешна, односно, непотпуна, нејасна или непрецизна за самосталну инсталацију од стране просечног потрошача.

[132] Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 8 тач. б).

[133] Упор. Закон о правима потрошача Уједињеног Краљевства из 2015, одељак 15.

[134] J. Morais Carvalho (2019), 195 и 198.

[135] Вид. D. Staudenmayer (2020), 241 и 242. Упор. J. Morais Carvalho (2019), 198.

[136] Директива (ЕУ) 2019/771, чл. 9. У Италији, на пример, примењују се правна средства прописана за случај несаобразности, са изузетком осталих одредби у вези са ништавошћу, поништавањем и раскидом уговора. Вид. Alberto De Franceschi, „Italian Consumer Law after the Transposition of Directives (EU) 2019/770 and 2019/771“, *EuCML* 2/2022, 73. Упор. Предлог Заједничког европског права продаје, чл. 102.

погледу саобразности показују и каква су очекивања законодавца у вези са робом. У том смислу, Директивом (ЕУ) 2019/771 значајно је унапређен концепт саобразности у контексту повећане дигитализације робе. Међутим, што се тиче одрживе потрошње, стање је у великој мери неизмењено, што је у супротности са постојећом политиком Европске уније, али и ширим друштвеним и регулаторним правцима развоја. Могућност одступања од објективних захтева у погледу саобразности сведена је у уске оквире изузетка, од чије правилне примене зависи да ли ће испунити своју сврху.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографски извори

Alberto De Franceschi, „Italian Consumer Law after the Transposition of Directives (EU) 2019/770 and 2019/771“, *Journal of European Consumer and Market Law* 2/2022.

Alberto De Franceschi, „Planned Obsolescence challenging the Effectiveness of Consumer Law and the Achievement of a Sustainable Economy“, *Journal of European Consumer and Market Law* 6/2018.

Attila I. Dudás, Ivan M. Jokanović, „The Hierarchy of Consumer Rights in the Event of a Lack of Conformity of the Goods in Slovenian, Croatian, and Serbian Law“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2023.

Björn Sandvik, „The Battle for the Consumer: On the Relation between the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the EU Directives on Consumer Sales“, *European Review of Private Law* 4/2012.

David Oughton, Chris Willett, „Quality Regulation in European Private Law“, *Journal of Consumer Policy* 3-4/2002.

Dirk Staudenmayer, „The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – A Milestone in the European Consumer and Private Law“, *European Review of Private Law* 4/2000.

Dirk Staudenmayer, „The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy“, *European Review of Private Law* 2/2020.

Elias Van Gool, Anaïs Michel, „The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis“, *Journal of European Consumer and Market Law* 4/2021.

Ewoud Hondius, Harriët Schelhaas, „In conformity with the Consumer Sales Directive? Some remarks on transposition into Dutch law“, *European Review of Private Law* 2-3/2001.

Javier Lete, „The Impact on Spanish contract law of the EC Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees“, *European Review of Private Law* 2-3/2001.

Jovan Vujičić, „Pravna sredstva u slučaju nesaobraznosti robe u potrošačkom pravu Evropske unije“, *Ревија за европско право* 2023.

Јован Вујичић, „Саобразност робе са дигиталним елементима према Директиви (ЕУ) 2019/771“, *Зборник радова са XXXI Сусрета правника у привреди Републике Србије* (ур. Татјана Јевремовић Петровић), Београд 2023.

Jozefien Vanherpe, „White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content“, *European Review of Private Law* 2/2020.

Jorge Morais Carvalho, „Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771“, *Journal of European Consumer and Market Law* 5/2019.

Jorge Morais Carvalho, „The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Portugal“, *Journal of European Consumer and Market Law* 1/2022.

Marie Jull Sørensen, „The Implementation of EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Denmark“, *Journal of European Consumer and Market Law* 5/2022.

Marco Loos, „Consumer Sales Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive“, *European Review of Private Law* 1/2010.

Радован Д. Вукадиновић, *Међународно пословно право: општи и посебни део*, Београд 2021.

Reiner Schulze, „The German Civil Code on its Way into the Digital Age“, *Journal of European Consumer and Market Law* 5/2022.

Robert Bradgate, „Consumer Guarantees: the EC's draft Directive“, *Web Journal of Current Legal Issues* 1/1997. Доступно на: http://www.bailii.org/uk/other/journals/WebJCLI/1997/issue1/bradgate1.html.

Rosa Barceló Compte, Gemma Rubio Gimeno, „Supply of Goods with Digital Elements: a New Challenge for European Contract Law“, *Journal of European Consumer and Market Law* 3/2022.

Rosa Milà Rafel, „The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part II): conformity and remedies for lack of conformity“, *Revista d'Internet, Dret i Política / Revista de Internet, Derecho y Política* 24/2017.

Saša Nikšić, „Odgovornost za nedostatke kod ugovora o kupoprodaji stvari s digitalnim elementima“, *Анали Правног факултета у Београду*, посебан број у част професора Михаила Константиновића, 2022.

Sonja A. Kruisinga, „What do consumer and commercial sales law have in common? A comparison of the EC Directive on consumer sales law and the UN Convention on contracts for the international sale of goods“, *European Review of Private Law* 2-3/2001.

Stefan Grundmann, „European sales law – reform and adoption of international models in German sales law“, *European Review of Private Law* 2-3/2001.

Stefan Grundmann, „Consumer law, Commercial law, Private law: How can the Sales Directive and the Sales Convention be so Similar?“, *European Business Law Review* 3/2003.

Francisco de Elizalde, „Should the Implied Term Concerning Quality Be Generalized? Present and Future of the Principle of Conformity in Europe“, *European Review of Private Law* 1/2017.

Hans-W. Micklitz, „The New German Sales Law: Changing Patterns in the Regulation of Product Quality“, *Journal of Consumer Policy* 3-4/2002.

Hugh Beale, „The future of European contract law in the light of the European Commission's proposals for Directives on digital content and online sales“, *Revista d'Internet, Dret i Política / Revista de Internet, Derecho y Política* 23/2016.

Christian Twigg-Flesner, „The EC Consumer Sales Directive: A Lot Still to Do“, *Canterbury Law Review* 1/2001.
Christian Twigg-Flesner, „Fit for purpose? The proposals on Sales“, *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law* (eds. Geraint Howells, Reiner Schulze), Munich 2009. Доступно на: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1342702.
Christian Twigg-Flesner, „Consumer Sales Directive (99/44)“, *Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*. Доступно на: https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=f3a528ad-241c-4092-8750-4cf09a123e97.
Christian Twigg-Flesner, „Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services“, *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital* (dirs. Esther Arroyo Amayuelas, Sergio Cámara Lapuente), Barcelona – Madrid 2020, Доступно на: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3526228.
Christian Twigg-Flesner, Robert Bradgate, „The E. C. Directive On Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – All Talk and No Do?“, *Web Journal of Current Legal Issues* 2/2000. Доступно на: http://www.bailii.org/uk/other/journals/WebJCLI/2000/issue2/flesner2.html.

Правни извори

Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, *Official Journal of the European Communities* No L 171, 7.7.1999.
Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, *Official Journal of the European Union* No L 304, 22.11.2011.
Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, *Official Journal of the European Union* No L 136, 22.5.2019.
Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC, *Official Journal of the European Union* No L 136, 22.5.2019.
European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM(2011) 635 final – COD 2011/0284, Brussels, 11.10.2011.
European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee: Digital contracts for Europe – Unleashing the potential of e-commerce, Brussels, 9.12.2015, COM(2015) 633 final.
European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A Digital Single Market Strategy for Europe, Brussels, 6.5.2015, COM(2015) 192 final.

European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Commission Work Programme 2015 – A New Start, COM(2014) 910 final, Strasbourg, 16.12.2014.

Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 88/2021.

United Nations Commission on International Trade Law, Status: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG), *https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status*.

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1489.

Commission, Amended proposal for a Council Directive on unfair terms in consumer contracts, COM(92) 66 final – SYN 285, *Official Journal of the European Communities* No C 73, 24.3.1992.

Commission, Proposal for a Council Directive on unfair terms in consumer contracts, COM(90) 322 final – SYN 285, *Official Journal of the European Communities* No C 243, 28.9.1990.

Commission of the European Communities, Amended proposal for a European Parliament and Council Directive on the sale of consumer goods and associated guarantees, COM(98) 217 final – COD 96/0161, *Official Journal of the European Communities* No C 148, 14.5.1998.

Commission of the European Communities, Green paper on guarantees for consumer goods and after-sales services, COM(93) 509 final, Brussels, 15 November 1993.

Commission of the European Communities, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, COM(2008) 614 final – COD 2008/0196, Brussels, 8.10.2008.

Commission of the European Communities, Proposal for a European Parliament and Council Directive on the sale of consumer goods and associated guarantees, COM(95) 520 final – COD 96/0161, Brussels, 18.6.1996.

Consumer Rights Act 2015, United Kingdom.

Council Resolution of 14 April 1975 on a preliminary programme of the European Economic Community for a consumer protection and information policy, *Official Journal of the European Communities* No C 92, 25.4.1975.

Jovan D. Vujičić
University of Kragujevac
Faculty of Law Kragujevac
jvujicic@jura.kg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-1419-884X

From Subjective to Objective Requirements for Conformity of Goods in EU Consumer Law

***Abstract*:** *Unlike Directive 1999/44/EC which, in principle, had a subjective approach to determining the conformity of goods, Directive (EU) 2019/771 prescribes criteria that, as a rule, must always be met. In addition to reflecting the reasonable expectations of consumers, objective requirements for conformity also show what the legislator's expectations are regarding the goods. In this sense, the concept of conformity has been significantly improved in the context of increased digitalization of goods. However, as far as sustainable consumption is concerned, the situation has largely remained unchanged, which is in contradiction with the existing policy of the European Union, as well as broader social and regulatory directions of development. The possibility of deviating from the objective requirements for conformity is reduced to the narrow framework of the exception, on the correct application of which depends whether it will fulfill its purpose.*

Keywords: *conformity of goods, subjective requirements, objective requirements, consumer law, European Union law.*

Датум пријема рада: 18.03.2024.
Датум достављања коначне верзије рада: 12.04.2024.
Датум прихватања рада: 13.05.2024.

Прегледни рад

331.106.44: 347.91/.95
349.2
doi:10.5937/zrpfns58-46980

Sanda S. Ćorac
University of Kragujevac
Faculty of Law Kragujevac
scorac@jura.kg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-1902-7628

Aleksandar T. Antić
University of Kragujevac
Faculty of Law Kragujevac
aantic@jura.kg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-4117-9401

PROCEDURE IN LITIGATION FOR PROTECTION AGAINST UNLAWFUL TERMINATION OF EMPLOYMENT*

Abstract: *In situations where the fundamental human right to work is threatened by unlawful termination of employment, i.e., if the termination of employment occurs contrary to the provisions of the Labor Law or another special law, the employee achieves protection through the court in a procedure which is regulated by the Civil Procedure Law.*

In the paper, the authors deal with the peculiarities of the litigation procedure for protection against unlawful termination of employment, but also with the normative solutions and legal consequences of unlawful termination of employment that occur for the employer.

Keywords: *unlawful termination of employment, procedure in labor litigations, consequences of unlawful termination of employment, court practice.*

---

* This paper was presented at the V International Scientific Conference: "Legal Tradition and New Legal Challenges," held on October 19th and 20th 2023, organized by the Faculty of Law of the University of Novi Sad.

1. INTRODUCTION

The right to work, as one of basic human rights, due to its importance, is proclaimed by the Constitution of the Republic of Serbia, which provides that all jobs are available to everyone under equal conditions, as well as that everyone is free in choosing their own employment. Everyone shall have the right to respect of his person at work, safe and healthy working conditions, necessary protection at work, limited working hours, daily and weekly interval for rest, paid annual holiday, fair remuneration for work done and legal protection in case of termination of working relations. No person may forgo these rights.[2] Rights, obligations and responsibilities from the employment relationship, that is, on the basis of employment, are regulated by the Labor Law and special law, in accordance with ratified international conventions.[3] The settlement of labor disputes in court is regulated by the Civil Procedure Law,[4] in the section called special proceedings (Art. 436 – 441), in which the procedure in disputes from employment relations are regulated as special. The reason for the separate, special norming lies in the fact that litigations from employment relations have a special social significance, given that employment is an important factor in ensuring the existential needs of the employee and his family. This special procedure, like other special procedures described by the Civil Procedure Law, is not fully regulated, so it is necessary to apply the provisions of general civil procedure accordingly.

2. PROCEDURE IN LABOR DISPUTES – PROTECTION AGAINST UNLAWFUL TERMINATION OF EMPLOYMENT

The CPL in Article 1 states that this law shall govern the rules of proceedings for providing legal protection of the court applied in acting and adjudicating upon civil law disputes arising from personal, family, labour, business, property and other civil legal relations, with and exception of the disputes in respect of which other type of proceedings is provided pursuant to the specific law. Therefore, the purpose of the mentioned law is to determine the rules and tools by which the

---

[2] Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the RS*, No. 98/2006 and 115/2021, Art. 60 para. 3-5.

[3] Labor Law, *Official Gazette of the RS,* No. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – decision of the CC, 113/2017 and 95/2018 – authentic interpretation, Art. 1 para. 1.

[4] Civil Procedure Law, *Official Gazette of the RS*, No. 72/2011, 49/2013 – decision of the CC, 74/2013 – decision of the CC, 55/2014, 87/2018, 18/2020 and 10/2023 – hereinafter referred to as the CPL.

courts will discuss and decide, among others, in litigations concerning employment relations, which also includes litigation for protection against unlawful termination of employment.[5]

The general civil procedure is a fully and detailly regulated procedure. The rules of civil procedure have two types: general civil procedure and special civil procedures.[6] The general procedure regulates all principles of procedure, procedural institutes, conditions for undertaking litigation actions by the court and parties and their procedural effects. Special litigation procedures are regulated in Part Three of the CPL, considering their specific characteristics.[7] Special procedures contain legal norms that regulate only those principles, institutes, procedural situations and litigation actions of the court and parties that the legislator finds should be regulated differently than norms of general litigation prescribe.[8] In other words, the provisions of special procedures are *lex specialis* in relation to the norms of general civil procedure and are applied accordingly, when the situation isn't regulated through the special civil procedure. That means, not necessarily in the same way (as in the general procedure), but adapted to the principles, purpose and peculiarities of each special civil procedure. The reason for the separate, special regulation of the procedure in employment relations disputes is the fact that they have special social significance.

A labor dispute is a dispute between employee and employer, regarding the violation of a legally recognized individual right from employment and based on labor for its duration, upon its termination, as well as in connection with its establishment, which is conducted before the competent court in the established procedure, and upon a lawsuit filed by the employee.[9] The protective function is one of the most important functions of labor legislation, which is reflected in the state's aspiration to establish a balance, through legal protection of employees, between formally (but not actually) equal parties in the employment relationship,

---

[5] See the CPL, Chapter XXIX, Labour-related litigations, Art. 436 – 441.

[6] Both general and special procedural rules are the result of the effort to achieve the optimal realization not only of the protection of subjective civil rights, but also of public interests. Therefore, in each litigation, only that system of procedural rules that is specifically intended for the resolution of a certain dispute can be applied. Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 2004, 755.

[7] However, these are not all special litigation procedures that exist in our legal system. The Civil Procedure Law does not represent a codification of the rules of civil procedure, because some civil procedures are regulated by certain substantive laws (for example, the Law on Public Information and Media, the Law on Prohibition of Discrimination, the Family Law, the Law on Protection of Whistleblowers and other laws). Nikola Bodiroga, *Parnični postupak*, Belgrade 2022, 503.

[8] Borivoje Poznić, Vesna Rakić Vodinelić, *Građansko procesno pravo,* Belgrade 2015, 528.

[9] Zoran Ivošević, *Radno pravo*, Belgrade 2007, 98.

because it is shifted in favor of the employer.[10],[11] Or, as the theory also points out, the right to work is violated by the employer in case of unlawful termination of employment, so therefore it must enjoy special protection.[12]

2.1. Lawsuit in litigations for protection against unlawful termination of employment

The procedure for protection against unlawful termination of employment is initiated with the filing of a lawsuit by the employee against the employer.[13] In the lawsuit, the employee outlines a claim (petitum),[14] which expresses the content of his legal protection request – annulment of the decision on the termination of the employment contract, because the subject of the procedure is the legality of the employer's decision on the cessation of the employee's employment. Therefore, these are disputes in which the invalidation of the employer's decision is asked for, that is, the removal of the effects of the employer's illegal decisions ae demanded, which leads to the annulment or cancellation of such decisions.

Regarding the type of lawsuit, in litigations for protection against unlawful termination, lawsuits are by their legal nature condemnatory – constitutive. They have this nature because the requests will most often be cumulated within the lawsuit, primarily a request to annul the decision on the termination of employment as illegal, then the request for the employee to be reinstated or be assigned to a suitable workplace, then that compensation be paid for damages, as well as the corresponding contributions for mandatory social insurance for the period in which the employee did not work. Of course, this does not exclude the possibility of filing only a constitutive lawsuit, with which the employee would only request

[10] Goran Obradović, „Zaštitna funkcija zakonodavstva o radu",*Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 70/2015, 269.

[11] An employer, in terms of the Labor Law (Art. 5 para. 2), is a national, i.e. foreign legal or natural person which employs, i.e. hires for work one or more persons.

[12] More in Hugh Collins, Virginia Mantouvalou, Human Rights and the Contract of Employment, *T*he Contract of Employment (Mark Freedland (ed.), Alan Bogg (ed.), David Cabrelli (ed.), Hugh Collins (ed.), Nicola Countouris (ed.), A.C.L. Davies (ed.), Simon Deakin (ed.), Jeremias Prassl (ed.), Oxford 2016, 188-208.

[13] In a litigation initiated by the employer against the employee, the general rules of civil procedure apply. Gordana Stanković, Vladimir Boranijašević, *Građansko procesno pravo*, Belgrade 2023, 552.

[14] The court is, always, even in these lawsuits, obliged to move within the limits of the claim set by the lawsuit. Court practice also declares itself in that sense, and one decision states that "the second-instance court's conclusion is correct, that, as the plaintiff did not request in her claim to establish that there was a transformation of the employment relationship from a fixed-term to an indefinite-term, but only asked to cancel the defendant's decision on termination of fixed-term employment, according to the last concluded contract and return to work, that the conclusion of the first-instance court that the claim is unfounded is correct. (Judgment of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 1832/2017, May 24, 2018).

that the court annuls the decision on termination, that is, a lawsuit with which he seeks to exercise one of his rights to change (transformative, potestative).

The prescriptive period for filing a lawsuit is 60 days from the date the employer's decision has been made, that is, from the moment the employee was made aware of the violation of his/her rights.[15] The prescriptive period for initiating a labor dispute is the absolute (preclusive) time limit under substantive law, the missing of which leads to the loss of the right to judicial protection, which results in the inability of the court to decide on the merits of the subject of such a dispute.[16] If the last day of the time period is a public holiday or a Sunday or any other day when the court is not in session, the time limit will expire with the end of the next working day.[17] If the lawsuit is filed after the time limit set by the law has expired, the court rejects the lawsuit as untimely.

The dilemma that may arise in practice regarding unlawful termination of employment relates to the situation in which the employer self-initiatively annulled the decision on the termination of the employment contract, and after the employee initiated a court proceeding. The Labor Law does not contain detailed provisions on this but considering that the employer has autonomy in deciding on the rights and obligations of the employees, he can certainly pass a decision canceling the previous one.[18] In this situation, the plaintiff no longer has a legal interest, so the lawsuit for the annulment of the decision on the termination of the employment contract, due to the lack of legal interest, should be rejected. That is, by canceling the decision on the termination of the employment contract, the employer, of his own accord, removed the decision from legal circulation, and therefore all the legal consequences that it produced.[19] However, the employer should compensate

[15] Labor Law, Art. 195 para. 2.

[16] See e.g. court practice: Judgment of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 1315/21, September 22, 2021.; Decision of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 279/20, February 12, 2020.; Judgment of the Appellate Court in Belgrade, Gž1. 2292/18, March 13, 2019.; Judgment of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 2945/19, October 17, 2019.; Decision of the Supreme Court of Cassation, Rev2.2539/20, March 25, 2021.; Decision of the Supreme Court of Cassation, Rev2.1740/21, November 18, 2021.

[17] The CPL, Art. 103 para. 4 in relation to para. 5

[18] This decision-making autonomy also extends to the termination of the employment contract, however, in the interest of the employees, as the weaker party in the employment relationship, it is significantly limited in the legal system of the Republic of Serbia. In the Anglo-Saxon countries, especially the United States of America, the employer's autonomy, when canceling the employment contract, is much broader compared to the countries that belong to the European-continental legal system. Therefore, there are fewer situations in which one can talk about illegal termination of employment, because the freedom of the employer when canceling the employment contract is widely set. See Kate Andrias, Alexander Hertel-Fernandez, *Ending At-Will Employment: A Guide for Just Cause Reform*, Report, New York 2021, 6-8, *https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2945/*, September 3, 2023.

[19] See in that sense, the Judgment of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 1864/21, August 18, 2021.

the damages (lost salaries) suffered by the employee during the validity period of the annulled decision and reinstate the employee at the workplace he had in the moment when the annulled decision was passed.

2.2. Parties and representation in litigations for protection against unlawful termination of employment

The parties in a litigation for protection against unlawful termination of employment are the employee and the employer. The conditions for party position, party procedural activity and substantive legal effects of litigation for protection against unlawful termination of employment relationship are assessed according to the rules of general litigation procedure, which regulate these institutes. Which means, as theory points out, that in order for litigation to produce the effects that it regularly does, a person appearing as a litigant should meet certain conditions, i.e. have certain traits: party capacity, capacity to litigate, postulation capacity and party legitimation – real and procedural.[20] When a minor, who is at least 15 years old, has established an employment relationship under the conditions provided for in the Labor Law, with the written consent of a legal representative (parent, adoptive parent or guardian), by acquiring work capacity they have acquired limited legal capacity.[21] They have the legal capacity to undertake all legal actions related to their employment, so they also have the procedural capacity to litigate in employment relations litigations.[22]

When it comes to representation of employees in litigation for protection against unlawful termination of employment, the provisions of the CPL, which regulate the procedure in litigations from employment relations (Chapter XXIX, art. 436 – 441), state, as already mentioned, that if it isn't prescribed differently by the provisions in this chapter, other provisions of the Law are applied accordingly. Representation of the parties is not regulated in the rest of the provisions of that chapter of the CPL, which means that other provisions of the CPL apply, including Art. 85.[23]

---

[20] G. Stanković, V. Boranijašević, 126.

[21] In English language there is no adequate term that clearly distinguishes terms 'poslovna sposobnost' and 'pravna sposobnost'. Gordana Kovaček Stanić, Sandra Samardžić, „Legal protection and empowerment of vulnerable adults in Serbia", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2022, 658.

[22] G. Stanković, V. Boranijašević, 554.

[23] Art. 85 para. 1-3 CPL stipulates that the parties can take actions in the procedure personally or via attorney, that the attorney of a natural person can be a lawyer, blood relative in the direct line, brother, sister or spouse, as well as a representative of the legal aid service of the local government unit who is a law school graduate with a passed the state judicial exam. The representative of the employee in an employment relationship dispute can also be a representative of the trade union of which the employee is a member, provided that he or she is a law school graduate with a passed the state judicial exam. The history of the mentioned provision goes back to the decision of the Constitutional Court IUz-51/2012, May 23, 2013, which was published in the

2.3. Jurisdiction and composition of the court in litigations for protection against unlawful termination of employment

In litigation for protection against unlawful termination of employment, the Basic Court has subject-matter jurisdiction as the first instance court,[24] while the second instance court is the Appellate court.[25] In terms of territorial jurisdiction in this procedure, it can be both general (seat of the employer) and special (elective) at the choice of the employee as the plaintiff, because the provision of Art. 60 of the CPL stipulates that "if the plaintiff is an employee in an employment dispute, in addition to the court that has general territorial jurisdiction over the defendant, the court in whose jurisdiction the work is performed or was performed is also competent for the trial". Therefore, in the sense of this provision of the Law, the employee has the right to choose the territorially competent court before which he will initiate the proceedings, and it is considered that the choice of court was made by filing a lawsuit.

In the first instance, in accordance with the dominant monocratic principle aimed at speeding up the procedure and reducing costs, these lawsuits are judged by a single judge,[26] and in the second instance by a panel composed of three judges.

2.4. The course of the procedure and some specific principles in litigations for protection against unlawful termination of employment

Appropriate application of the provisions of the CPL from Art. 436 means that the court, upon receiving the lawsuit, assesses its timeliness and orderliness. If the lawsuit is filed within the legal time limit of 60 days and contains all the

„Official Gazette of the Republic of Serbia", number 49/13 of June 5, 2013, which established the unconstitutionality of the original Article 85 of the Law on civil procedure from 2011 (the Constitutional Court established that the provisions of the Article 85, Paragraph 1 in the part stating "who must be the lawyer", Article 85, Paragraph 2 were unconstitutional), which was changed by the amendments from 2014. In the aforementioned decision of the Constitutional Court, an opinion was stated that this challenged provision completely "takes away everyone's right to freedom of will and the freedom to choose who will represent them... and abolishes the previously already achieved level of human rights". In the amendments to the Law on Civil Procedure, in addition to lawyers, other people who can be attorneys of a natural person are listed, and in a labor dispute, the attorney of a natural person can also be a representative of a trade union.

[24] See The Law on Organization of Courts, *Official Gazette of the RS*, No. 10/2023, which by the provision of Art. 24 para. 3 states that the basic court in the first instance judges housing disputes; a dispute regarding the establishment, existence and termination of an employment relationship; on the right, obligation and responsibility from the employment relationship; on compensation for damage suffered by the employee at work or regarding work; dispute regarding meeting housing needs based on work.

[25] The Law on Organization of Courts, Art. 26 para. 1 item 3. In all four appellate courts on the territory of the Republic of Serbia (Belgrade, Novi Sad, Kragujevac, Niš) special departments for labor disputes were formed.

[26] CPL, Art. 437.

necessary elements for the court to act on it, it is serviced to the defendant and the litigation begins. The court gives the defendant employer a time limit of 30 days to respond to the lawsuit and instructs him on the content of the response to the lawsuit and the consequences of failing to respond to the lawsuit. After receiving the response to the lawsuit, the court schedules a preparatory hearing, the main purpose of which is triage of the procedural material, that is, a discussion about the proposals and requests of the parties and the factual statements used by the parties to justify their proposals and requests.[27] At this hearing, the court will determine which facts are undisputed, i.e. common knowledge and which facts are disputed and which legal issues should be discussed, it will also decide which means of evidence it will admit at the main hearing and will determine the time frame for the conducting of the procedure through a resolution.

The procedure in these lawsuits is urgent in nature. Incidentally, the CPL was passed in 2011 with the primary goal of making the procedure more efficient and economical and removing those weaknesses in the litigation procedure that have been identified in practice as obstacles to achieving the postulate of a fair trial.[28] The principle of urgency in litigation for protection against unlawful termination of employment is applied throughout the entire procedure and is specifically declared by the provision of Art. 438 of the CPL, which in principle directs the court to act efficiently and promptly and without delay. In addition to the court, the parties themselves are obliged to undertake the necessary actions which will contribute to creating the conditions for reaching a decision in this procedure, that is, to a legally valid conclusion of the procedure without delay. The established need for urgent resolution of labor disputes is particularly manifested in the time limits that are shorter in this special procedure. However, it is also manifested when scheduling hearings, of which in this procedure should be as few as possible, in order to end the procedure as quickly as possible, and the interval of their holding i.e., the time between them should be shorter. The urgency in procedure requires the court to ignore non-appearance of the duly summoned defendant to the hearing, so in that sense the CPL states that if the defendant does not appear at the main hearing, and he was duly summoned, the court will hold the hearing and decide based on the established factual situation, and in the summon for the hearing, the court will warn the defendant of the consequences being absent from

[27] According to Art. 308 of the CPL, a party is obliged to present all the facts necessary for the explanation of its proposals at the preparatory hearing at the latest, to propose evidence that confirms the presented facts, to declare itself on the allegations and offered evidence of the opposing party, as well as to propose a time frame for the conducting of the procedure.

[28] Nevena Petrušić, Dragoljub Simonović, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Belgrade 2011, 11.

the main hearing.[29] In this way, the defendant (employer) is prevented from obstructing and delaying the procedure through passivity and inaction.

Apart from the stated urgency of procedure, with the aim of ensuring efficiency, the procedure in litigation for protection against unlawful termination of employment, in relation to the general litigation procedure, also contains a deviation from the principle of party disposition. It is contained in the provision of Art. 439 of the CPL and reflects in the possibility for the court in this procedure to *ex officio* determine provisional measures in terms of the Law on Enforcement and Security,[30] if it considers it necessary in order to prevent violent behavior or the occurrence of irreparable damage.[31] In addition, the court can determine a provisional measure, besides *ex officio*, also at the proposal of the plaintiff and temporarily reinstate the employee at the workplace until the end of the civil proceeding regarding the unlawful termination of employment. The court will decide on determining a provisional measure at a party's proposal within 8 days from the date of submission of the proposal. A separate appeal is not allowed against the decision on determining a provisional measure.

In litigation for protection against unlawful termination of employment, the principle of party control of facts and means of proof in Serbian civil litigation dominates, as a typical and key principle in the process of gathering procedural material.[32] The parties provide the court with the necessary procedural material (facts and evidence) for making a court decision. In this procedure, the court is authorized to determine only the facts presented by the parties and to present only the evidence proposed by them in order to formulate the so-called factual basis of its decision. Therefore, the court usually, as well as in these litigations, must form a complex of indisputably established facts that are relevant to the specific legal matter, it must conduct a very complicated operation of gathering factual material from the written or oral presentations of the parties, as well as some other participants in the proceedings (witnesses, experts), then, by proving, establish whether the facts exist or don't exist, whether the factual claims are true or false, so that at the end of the procedure, it would apply the adequate norm of substantive law to the indisputably established complex of facts and thus decide on the subject of the dispute.[33]

---

[29] CPL, Art. 440 para. 2-3.

[30] Law on Enforcement and Security, *Official Gazette of RS*, No. 106/2015, 106/2016 – authentic interpretation, 113/2017 – authentic interpretation, 54/2019, 9/2020 – authentic interpretation and 10/2023 – as amended, Art. 447-460.

[31] Aleksandar Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Belgrade 2021, 761.

[32] For more details on this principle in Serbian civil litigation, see Marko Knežević, Raspravno načelo u srpskom parničnom postupku, Doctoral thesis, Novi Sad 2014.

[33] Dušica Palačković, *Parnično procesno pravo*, Kragujevac 2004, 29.

2.5. Judgement in litigations for protection against unlawful termination of employment and legal consequences of unlawful termination of employment

The judgement in litigations for protection against illegal termination of employment is, just like the lawsuit, condemnatory – constitutive in nature.[34] The pronouncement of such a judgement, therefore, has an obligatory part, which indicates that this is a so-called mixed – transformative-condemnatory judgement. This judgement (if during the proceeding the court determines that the termination of the employee's employment relationship was not based on a reason prescribed in the law or was not carried out in accordance to a legally pre-determined procedure) firstly annuls the decision of the defendant employer on the termination of the employment relationship as unlawful, and then orders the employer to reinstate the plaintiff (employee) to work,[35] and can also decide on other, cumulative requests from the lawsuit. That is, if the termination of the employment relationship occurs contrary to the provisions of the Labor Law, the employer will face the consequences prescribed in Art. 191 of the Labor Law. The legal consequences of unlawful termination of employment are reinstatement, compensation for damages[36] and payment of the corresponding taxes and social security contributions for the period in which the employee did not work.[37]

Reinstatement implies the reintegration of the employee into the work process. Thereby, the provisions of the Labor Law do not define the way in which the employer will conduct the reintegration of the employee. In this case, there is a

[34] With the condemnation lawsuit, the plaintiff aims for a judgement that will have the character of an executive document, which means a judgement based on which, at his request, the enforced exercise of the right will be carried out if the defendant does not respond to his obligation within the time limit specified in the judgement. Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku, Prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama*, Belgrade 2009, 396. For more on the judgement as an institution of civil procedural law, see e.g., by Vladimir Boranijašević, *Presude u parničnom postupku*, Belgrade 2009; Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo – Sudske odluke i sudska nagodba*, Book IX, Zagreb 2013.

[35] Therefore, the (un)lawfulness due to which the decision on the termination of the employment contract can be annulled can be related, as stated, to its substantive or procedural nature. In contrast to the solutions, which were predicted until 2014, when a major amendment to the Labor Law was implemented, as well as the position of court practice, which until then was unified, that the violation of the provision on the warning or the statute of limitations of a dismissal or any other termination procedure always leads to the conclusion about the illegality of the dismissal and the annulment of the decision, the currently valid legal solution makes the position of the employee as the weaker party more difficult, considering that the employee does not have to be returned to work if the employer made a mistake in the termination procedure.

[36] Compensation for damages is paid to the employee in the amount of lost salaries, which is reduced by the amount of taxes and contributions calculated based on salaries in accordance with the law.

[37] Radoje Brković, Bojan Urdarević, *Radno pravo sa elementima socijalnog prava*, Belgrade 2023, 230.

legal fiction that the employee's employment did not cease, and therefore the employee does not have to conclude a new employment contract with the employer. In other words, the employee's employment contract with the employer is again in power and is considered to have never been canceled. Given the existence of the fiction, the employer may eventually pass a decision stating the existence of a court judgement. The employer should deliver the decision to the employee and use it to invite them to return to work at the workplace they occupied before the unlawful termination of employment. If such a place does not exist, i.e., if this position has been abolished or filled, that is, if the employee cannot return to the position he was at before the unlawful termination of employment, the employer can take two actions. Firstly, if there are jobs that are suitable for the employee according to Art. 171 of the Labor Law, i.e., jobs that require the same type and level of professional qualifications as determined by the employment contract, the employee may be transferred to them by an annex to the employment contract. However, if there are no such jobs, the employee's employment contract could be terminated, in accordance with Art. 179 para. 5 item 1 of the Labor Law, i.e., because the need to perform a job has ceased due to technological, economic or organizational changes at the workplace they occupied before the unlawful termination of employment or because there was a reduction in the workload at the workplace they occupied before the unlawful termination of employment.

Furthermore, if the employee has met the conditions for retirement, the employer is obliged to reinstate the employee, that is, cannot refuse to return him to work.[38] However, after returning to work, we are of the opinion that in this case the employer can, in accordance with Art. 175 para. 1 item 2 of the Labor Law, issue a decision on the termination of the employment relationship of an employee who has reached the age of 65 and has at least 15 years of insured work experience (except if the employer and employee do not agree otherwise – to extend the employee's employment).

The next question that can be asked is whether an employee who had a fixed-term employment contract can request to be reinstated. In court practice, the opinion has been expressed that when the time for which the fixed-term employment contract was concluded has not expired at the time of filing the lawsuit, the employee can request to be returned to work for the employer or to be awarded compensation for damages instead.[39]

Therefore, reinstatement is an option that the employee may or may not use in case of unlawful termination of employment. That is, the employee has the right to decide not to return to work. Namely, the termination of the employment contract can be the consequence of permanently damaged relations between the employer

[38] See Judgment of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 1039/21, May 18, 2021.
[39] See Judgment of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 3248/20, February 24, 2021.

and the employee, which can also arise due to harassment at work, among other things. An unfavorable working environment that exists due to harassment at work can result in the increase of sick leaves, reduced work productivity and inventiveness among employees,[40] so the employee often does not want to return to such an environment, fully aware of the negative repercussions. Therefore, instead of returning to work, they choose compensation for damages. If the employee decides to do so, they can demand the payment of damages in the maximum amount of 18 salaries, depending on the time spent in the employment relationship with the employer, the age of the employee and the number of dependent family members.[41]

After the amendments to the Labor Law, it is clear that the current legal solution is aiming for the annulment of the decision on the termination of the employment contract to not unconditionally lead to the decision to reinstate the employee, but the court can decide not to return the employee to work. The Labor Law, in the provision of Art. 191 para. 6, also prescribes that if the court determines during the proceeding that the employee's employment has been terminated without a legal basis, but during the proceeding the employer proves that there are circumstances that justifiably indicate that the continuation of the employment relationship, taking into account all the circumstances and the interests of both parties in the dispute, is not possible, the court will reject the employee's request to be reinstated and will award him compensation in double the amount of the amount that the court would award to the employee if he chose compensation of damages instead of reinstatement to the workplace. This exception should be interpreted narrowly, considering that it does not reinstate the employee, despite their wishes. The mentioned exception was established after the amendments to the Labor Law from 2014. It's rarely used in practice, and as a reason for that, we could state deeply damaged relations between the employer and the employee or between the employee and the rest of the work collective.

If the court determines during the proceeding that there was a reason for the termination of employment, but that the employer acted contrary to the provisions of the laws that prescribe the procedure for termination of employment, the court will refuse the employee's request to be reinstated, and will award the employee the amount of up to six of their salaries in the name of damages.[42] Until the amendments to the Labor Law in 2014, such a decision of the court would not have been possible, because in this case the decision on the termination of employment would

[40] Jasna Genzić, Maja Bogović, Kristijan Marić, „Utjecaj mobinga na zaposlenike i uspješnost poslovanja organizacije", *Obrazovanje za poduzetništvo* 1/2018, 83.

[41] Salary, which is the basis for compensation, is considered to be the salary earned by the employee in the month preceding the month in which his employment had ended. See The Labor Law, Art. 191 para. 5 and 8.

[42] Labor Law, Art. 191. para. 7.

have been automatically annulled. However, after the amendments, the possibility for the court to make such a decision was established.

Finally, if it assesses that the employee's claim is well-founded, in the judgment in which (apart from the annulment of the decision on the termination of employment) is also decided on other cumulative requests and ordered the execution of some action, the court will set a time limit of 8 days for its execution (time limit for voluntary fulfillment of duty). The mentioned shorter time limit represents a deviation from the rules of general civil proceedings, in which the time limit for voluntary fulfillment of duty amounts to 15 days, and if the execution refers to acts that do not consist of monetary payment, the court can set a longer time limit.[43]

2.6. Legal remedies in litigations for protection against unlawful termination of employment

When it comes to regular legal remedies, in litigations for protection against unlawful termination of employment, an appeal can be filed within 15 days from the date of service of the transcript of the judgment. Special rules of civil procedure on labor disputes exclude the application of the general regime of permissibility of revision (second instance appeal on points of law).[44],[45] Namely, the permissibility of revision in a labor dispute is not assessed by applying Art. 403 para. 2 of the CPL, but by the provision of Art. 441 of the same Law, which expressly prescribes in which disputes from employment relations revision is permitted.

A revision shall be allowed in litigations pertaining to labor disputes on termination of employment (as well as on the establishment or the course of em-

[43] CPL, Art. 345 and 440 para. 1. For more on the concept, justification and legal nature of the time limit for a voluntary fulfillment of duty, see Ranko Keča, Marko Knežević, „Paricioni rok u srpskom parničnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2015, 49-73.

[44] Several terms are being used as translations from the Serbian Revizija and similar remedies in litigation proceedings. Some of these are "second appeal on the points of law," "further appeal on the points of law," or just simply "revision" as translated by Prof. Aleš Galič in his book about civil procedure in Slovenia (Aleš Galič, Civil Procedure in Slovenia, 2019, Alphen aan den Rijn: Walters Kluwer, 309-311), stated according to Branka Babović Vuksanović, Revision (second appeal on the points of law) in Serbian litigation proceedings", Strani pravni život 4/2023, 708.

[45] An important characteristic of revision is that it refutes the final judgment made by the second-instance court. It is an extraordinary, two-sided, devolutive and non-suspensive legal remedy in Serbian litigation proceedings that is decided on by the Supreme Court, to which revision provides the opportunity to eliminate deficiencies in the actions of lower courts, to standardize court practice and take positions on disputed legal issues, to ensure uniform application of law and legal certainty, thereby fulfilling its function as the highest court in the Republic of Serbia. For more on revision of a judgement as an extraordinary legal remedy, see for example G.Stanković, V. Boranijašević, p. 529-535; N. Petrušić, Građansko procesno pravo – Parnično procesno pravo, Book one, Niš, 2024, p. 401-406; N. Bodiroga, p. 480-487; B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, p. 500-510.

ployment).[46] Outside of these labor disputes, revision is not permitted, unless the lawsuit refers to a monetary claim when the general regime of permissibility of this legal remedy is applied according to the value of the dispute from Art. 403 para. 3 of the CPL, which states that revision is not allowed in property disputes if the value of the subject matter of the disputed part does not exceed the dinar equivalent value of 40,000 euros at the middle exchange rate of the National Bank of Serbia on the day of filing the lawsuit.

3. CONCLUSION

The paper gives an overview of the essential features of the litigation procedure that the employee can conduct against the employer with the aim of protection against (un)lawful termination of employment. If, during the proceeding, the court determines that the employee's employment has been terminated due to the absence of a legal basis or due to non-compliance with the termination procedure of the employment contract, at the request of the employee, in the procedure provided for by the law, it can issue a resolution annulling the decision on termination of employment as unlawful and decide for the employee to be reinstated, to be rewarded compensation for damages and to be paid the corresponding contributions for mandatory social insurance for the period in which the employee did not work. The legal consequences of unlawful termination of employment are prescribed by the Labor Law and are established in favor of the employee, and at the expense of the employer, in order to enable the removal of all negative repercussions that occurred for the employee after the passing of the unlawful decision on termination of employment.

The provisions of the Labor Law do not precisely define numerous situations that may occur after the resolution to annul the unlawful decision on the termination of employment has been passed. Some of them are listed in the paper, along with proposed solutions that can be used. However, these legal gaps create legal uncertainty, and it would be necessary, during future amendments to the Labor Law, to more detailly regulate the employer's actions after the passing of the court resolution annulling the decision on the termination of employment.

---

[46] CPL, Art. 441. Court practice also declares itself in that sense. See Judgment of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 871/2020, June 24, 2020; Judgment of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 2163/2019, June 18, 2021; Judgment of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 1682/2019, June 5, 2019; Judgment of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 1753/2019, June 12, 2019.

However, in court practice, many more judgment of the Supreme Court of Cassation (which continued to work as the Supreme Court as of May 11, 2023, after the constitution of the High Council of the Judiciary, in accordance with the Law on the Organization of Courts) can be found on which litigations are not considered to be litigations on disputes about the establishment, existence and termination of the employment relationship, that is, in which it isn't allowed to declare a revision.

REFERENCES

Literature

Aleksandar Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Belgrade 2021.
Aleš Galič, Civil Procedure in Slovenia, Alphen aan den Rijn: Walters Kluwer 2019.
Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku, Prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama*, Belgrade 2009.
Borivoje Poznić, Vesna Rakić Vodinelić, *Građansko procesno pravo,* Belgrade 2015.
Branka Babović Vuksanović, Revision (second appeal on the points of law) in Serbian litigation proceedings", Strani pravni život 4/2023.
Dušica Palačković, *Parnično procesno pravo*, Kragujevac 2004.
Goran Obradović, „Zaštitna funkcija zakonodavstva o radu", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 70/2015.
Gordana Kovaček Stanić, Sandra Samardžić, „Legal protection and empowerment of vulnerable adults in Serbia", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2022.
Gordana Stanković, Vladimir Boranijašević, *Građansko procesno pravo*, Belgrade 2023.
Hugh Collins, Virginia Mantouvalou, Human Rights and the Contract of Employment, The Contract of Employment (Mark Freedland (ed.), Alan Bogg (ed.), David Cabrelli (ed.), Hugh Collins (ed.), Nicola Countouris (ed.), A.C.L. Davies (ed.), Simon Deakin (ed.), Jeremias Prassl (ed.), Oxford 2016.
Jasna Genzić, Maja Bogović, Kristijan Marić, „Utjecaj mobinga na zaposlenike i uspješnost poslovanja organizacije", *Obrazovanje za poduzetništvo* 1/2018.
Marko Knežević, Raspravno načelo u srpskom parničnom postupku, Doctoral thesis, Novi Sad 2014.
Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo – Sudske odluke i sudska nagodba*, Book IX, Zagreb 2013.
Nevena Petrušić, Dragoljub Simonović, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Belgrade 2011.
Nevena Petrušić, Građansko procesno pravo – Parnično procesno pravo, Book one, Niš, 2024.
Nikola Bodiroga, *Parnični postupak*, Belgrade 2022.
Radoje Brković, Bojan Urdarević, *Radno pravo sa elementima socijalnog prava*, Belgrade 2023.
Ranko Keča, Marko Knežević, „Paricioni rok u srpskom parničnom postupku", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2015.
Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 2004.
Vladimir Boranijašević, *Presude u parničnom postupku*, Belgrade 2009.
Zoran Ivošević, *Radno pravo*, Belgrade 2007.

Legal sources

Civil Procedure Law, *Official Gazette of the RS*, No. 72/2011, 49/2013 – decision of the CC, 74/2013 – decision of the CC, 55/2014, 87/2018, 18/2020 and 10/2023.

Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the RS*, No. 98/2006 and 115/2021.
Labor Law, *Official Gazette of the RS,* No. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – decision of the CC, 113/2017 and 95/2018 – authentic interpretation.
Law on Enforcement and Security, *Official Gazette of RS*, No. 106/2015, 106/2016 – authentic interpretation, 113/2017 – authentic interpretation, 54/2019, 9/2020 – authentic interpretation and 10/2023 – as amended.
Law on Organization of Courts, *Official Gazette of the RS*, No. 10/2023.

Internet sources

Kate Andrias, Alexander Hertel-Fernandez, *Ending At-Will Employment: A Guide for Just Cause Reform*, Report, New York 2021, 6-8, *https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2945/*, September 3, 2023.

Court practice

Decision of the Constitutional Court IUz-51/2012, May 23, 2013, which was published in the "Official Gazette of the Republic of Serbia", number 49/13, June 5, 2013.
Decision of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 1740/21, November 18, 2021.
Decision of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 279/20, February 12, 2020.
Decision of the Supreme Court of Cassation, Rev2.1740/21, November 18, 2021.
Decision of the Supreme Court of Cassation, Rev2.2539/20, March 25, 2021.
Judgment of the Appellate Court in Belgrade, Gž1. 2292/18, March 13, 2019.
Judgment of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 1039/21, May 18, 2021.
Judgment of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 1315/21, September 22, 2021.
Judgment of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 1682/2019, June 5, 2019.
Judgment of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 1753/2019, June 12, 2019.
Judgment of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 1832/2017, May 24, 2018.
Judgment of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 1864/21, August 18, 2021.
Judgment of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 2163/2019, June 18, 2021.
Judgment of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 2945/19, October 17, 2019.
Judgment of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 3248/20, February 24, 2021.
Judgment of the Supreme Court of Cassation, Rev2. 871/2020, June 24, 2020.

Санда С. Ђорац
Универзитет у Крагујевцу
Правни факултет у Крагујевцу
scorac@jura.kg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-1902-7628

Александар Т. Антић
Универзитет у Крагујевцу
Правни факултет у Крагујевцу
aantic@jura.kg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-4117-9401

Поступак у парницама за заштиту од незаконитог престанка радног односа*

Сажетак: *У ситуацијама када је фундаментално људско право на рад угрожено незаконитим престанком радног односа, тј. уколико престанак радног односа наступи супротно одредбама Закона о раду или другог посебног закона, запослени заштиту остварује судским путем у поступку који је нормиран Законом о парничном поступку.*

Аутори у раду обрађују особености поступка у парницама за заштиту од незаконитог престанка радног односа, али и нормативна решења и правне последице незаконитог престанка радног односа које наступају по послодавца.

Кључне речи: *незаконит престанак радног односа, поступак у парницама из радних односа, последице незаконитог престанка радног односа, судска пракса.*

Датум пријема рада: 06.10.2023.
Датум достављања коначне верзије рада: 07.05.2024.
Датум прихватања рада: 22.05.2024.

Прегледни рад 004.8:34
doi:10.5937/zrpfns58-50186

Николина Б. Мишчевић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
N.Miscevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-9909-1595

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 ПРАВНОМ СУБЈЕКТИВИТЕТУ ВЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ*

Сажетак: *Вештачка интелигенција постаје све значајнији фактор у друштвеном и привредном животу. Будући да је способна да велики део послова обави једнако добро или чак и боље и брже него човек њена употреба постаје широко распрострањена од нпр. обављања једноставних задатака у производним погонима, учешћа у закључивању уговора путем интернета, до учешћа у дијагностици и оперативним захватима у медицини. Мада стога представља огроман потенцијал за напредак и развој друштва и побољшање квалитета живота појединца, она са собом носи и значајне ризике. Питање правног субјективитета вештачке интелигенције постављено је знатно пре него што је она постала тако значајан фактор у правном промету. Али је у последњој деценији оно постало посебно актуелно. И поред тога, у доктрини постоји несагласност већ на терминолошком плану, а потом у погледу ставова о томе да ли вештачкој интелигенцији треба признати својство правног субјекта или не. У раду су приказани различити аргументи на којима су аутори који заговарају признавање правног субјективитета засновали свој став, као и разлози на којима други аутори заснивају свој скептицизам према ширењу круга правних субјеката у корист вештачке интелигенције. На крају рада, на основу анализе изложених ставова и арگу-*

* Рад је настао као резултат истраживања током 2023. године у оквиру пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

мената аутори заузимају став о томе да ли и под којим условима вештачкој интелигенцији треба признати правни субјективитет.

Кључне речи: *вештачка интелигенција, правни субјективитет, вештачки агент.*

1. УВОД

У литератури се деценијама говори о потенцијалном признавању правног субјективитета вештачкој интелигенцији. Наиме, *Солум* је још 1992. године у свом раду први поставио питање да ли би вештачка интелигенција могла постати правни субјект. Тада он констатује да је ово питање само теоријско будући да ниједан компјутерски програм у том тренутку још увек није достигао степен развоја који би оправдао разматрање признавања субјективитета вештачкој интелигенцији.[2]

Међутим, сведоци смо интензивног развоја вештачке интелигенције која у појединим аспектима већ превазилази људску. Уз то, она у све значајнијој мери узима учешће у свакодневном животу појединца, те постаје важан фактор у савременом правном промету. Због тога, питање које је *Солум* поставио у свом раду временом је све више добијало на актуелности. Уз то, хуманоидни робот Софиа (*Sophia*) у Саудијској Арабији добија држављанство 2017. године, док је у Шибуји, општини Токија, четботу[3] са именом Шибуја Мираи који је програмиран као седмогодишњи дечак додељено пребивалиште.

Ипак, ово питање посебно је добило на значају након Резолуције Европског парламента из 2017. године у којој предлаже Европској комисији признавање статуса „електронског правног субјекта“ (*electronic person*) вештачким агентима. Наиме у пар. 58 ф предлаже се:“стварање специфичног дугорочног правног статуса за роботе тако да бар најсофистициранији аутономни роботи могу да имају статус електронских субјеката са одговорношћу да отклоне штету коју су проузроковали и могућу примену статуса електронских субјеката у случајевима када роботи направе аутономне одлуке или на други начин независно комуницирају са трећим лицима.“[4] Мада се у Закону о

[2] Lawrence B. Solum, „Legal Personhood for Artificial Intelligences“, *North Carolina Law Review*, 4/1992, 1231.

[3] Термином „четбот“ означава се компјутерски програм на интернету који може да води разговор са човеком.

[4] Резолуција Европског парламента о правилима грађанског права за роботику од 16. фебруара 2017. године 2015/2103 (INL), доступно на https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html .

вештачкој интелигенцији Европске уније[5] није нашла таква одредба нити се помиње електронски субјект ова тема је и даље актуелна. Наведени предлог Европског парламента, као и бројни радови на тему правног субјективитета вештачке интелигенције настали су са циљем давања одговора на два питања. Прво, ко је одговоран када ствари крену наопако и друго, ко треба да буде награђен када се ствари одвијају како треба.[6] То јест, ко одговара за штету која настане у вези са учешћем вештачке интелигенције у правном промету, какве је природе учешће вештачке интелигенције у закључивању уговора, као и да ли вештачка интелигенција може да буде титулар ауторског права или патента. Будући да свако од ових питања завређује детаљну анализу, што превазилази обим овог рада, у наставку ће бити приказана различита схватања и аргументи страних аутора којима се настоји оправдати или оспорити идеја признавања правног субјективитета вештачкој интелигенцији.

1. Терминолошка појашњења – вишезначност термина „агент“

У литератури се у контексту правног субјективитета вештачке интелигенције говори о правном субјективитету агента, електронског агента, вештачког агента (*artificial agent*). О вештачким агентима говори се као о „новој категорији бића“ која учествују у друштвеним и економским интеракцијама.[7] У наставку рада ће термини „вештачка интелигенција“ и „вештачки агент“ бити равноправно коришћени.

Термин „агент“ може имати различита значења у свакодневном говору, у техничком, филозофском и правном смислу. Тако се у свакодневном говору под појмом агент подразумева оно што је способно да делује, да предузима, да утиче на дешавања уместо да се нешто дешава њему.[8]

У техничком смислу термином агент означава се софтвер и/или хардвер који делује уместо свог корисника са циљем испуњења одређених циљева или извршавања задатака без непосредног утицаја или непосредног надзора од стране корисника.[9] На општији начин он се дефинише као било шта

[5] Уредба Европског парламента и Савета о утврђивању усклађених правила о вештачкој интелигенцији (Закон о вештачкој интелигенцији) и измени одређених законодавних аката Уније која је усвојена 13. марта 2023. године. Текст предлога Уредбе доступан је на https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206.

[6] Simon Chesterman, “Artificial Intelligence and the Limits od Legal Personality”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 69, 2020, 820.

[7] Samir Chopra, Laurence F. White, *A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents*, Мичиген 2011, 2.

[8] *Ibid*, 11.

[9] John J. Borking, B. M. A. van Eck, P. Siepel, *Intelligent Software Agents and Privacy*, Хаг, 1999, 6; S. Chopra, L. F. White, 6.

што перципира околину путем сензора и делује на ту средину посредством актуатора.[10] У литератури се наводи и да „термин агент одговара различитим ситуацијама када се мање-више аутономни програми различите архитектуре и сложености користе за обављање људских задатака“.[11]

Приликом разматрања правног субјективитета вештачких агената, говори се и о њиховој способности за учење и њиховој аутономности. Под способношћу за учење подразумева се могућност агента да прилагођава себе и своје понашање и одговоре у складу са својом околином.[12] Аутономни вештачки агент има „релативно висок степен способности да делује без непосредног утицаја човека или другог агента, да контролише своје поступке без спољног надзора, способност да комуницира са људима или другим агентима, проактивну способност да иницира понашање које је усмерено на постизање циља, реактивну способност да перципира промене у околини и реагује на њих, способност да се прилагоди навикама, методима рада и преференцијама корисника, других агената или људи, способност да се креће у виртуелном или физичком окружењу и својство представника или посредника за другог агента или лице“.[13]

Реч агент има и своје филозофско значење. *Бертолини* и *Епископо* дефинишу субјекат са филозофског аспекта као „ентитет који се повезује са другим ентитетом ван њега самог – објектом – кроз однос у који субјекат ступа посредством личног искуства и/или свести“.[14] Са друге стране, агенте дефинишу као субјекта који може да делује, односно предузима радње. Да би се субјект сматрао агентом са филозофског становишта најчешће се захтева да радње предузима намерно при чему постоје различита схватања о степену рационалности који је потребан за испуњење услова намерног поступања. Према једном, за то су потребне вештине резоновања и одлучивања какве имају само људи. Према другом схватању, намерно поступање подразумева ментално стање попут веровања, жеље, воље које не захтева резоновање које је карактеристично за човека. Дакле, да би се неки ентитет сматрао агентом у филозофском смислу потребно је да поступа са намером. Према још блажем схватању од наведених, агентом се сматра сваки ентитет који се може разликовати од његове околине и који нешто самостално чини у складу са својим циљевима.[15] Мишљења аутора у погледу могућности вештачке интелигенције, односно вештачких агената да буду агенти у фило-

[10] Stuart Russel, Peter Norvig, *Artificial Intelligence – A Modern Aproach*, треће издање, Њу Џерси, 2010, 33.

[11] S. Chopra, L. F. White, 7.

[12] *Ibid*, 9.

[13] *Ibid*.

[14] A. Bertolini, F. Episcopo, 5.

[15] *Ibid*, 5-6.

зофском смислу су веома различита. Тако нпр. *Бертолини* и *Епископо* заузимају став да вештачка интелигенција и роботи не могу имати својство агента који поступа са намером (*intentional agent*). Са друге стране, *Chopra* наводи да се вештачка интелигенција и роботи могу сматрати агентима у смислу наменог поступања, те да би се у том смислу требало вештачке агенте сматрати агентима који поступају са намером.

О томе да ли вештачка интелигенција има, односно може имати својство агента говори се и у правном контексту. У доктрини се под правним агентом подразумева лице које „може свесно и вољно да поступа по правним нормама".[16] Они могу да делају у своје име и за своју корист или у туђе име и за туђи рачун, тј. као заступник.[17] У радовима који се односе на вештачку интелигенцију овај појам се углавном користи у контексту испитивања улоге вештачке интелигенције у закључивању уговора. То јест, да ли би се учешће вештачких агената који учествују у закључивању уговора могло подвести под правила о заступништву.[18]

2. О ПРАВНОМ СУБЈЕКТИВИТЕТУ ВЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ

2.1. О правном субјективитету уопште

Правни субјективитет се најчешће дефинише као способност неког бића да буде ималац права и обавеза. Међутим, овај аспект правног субјективитета представља само једну од три способности које могу бити обухваћене правним субјективитетом, а то су правна, пословна и деликтна способност.[19] Под правном способношћу се подразумева управо способност лица да поседује права и обавезе. Пословна способност је способност лица да изјавама воље производи правна дејства, односно стиче, преноси, мења и укида права и обавезе. Деликтна способност представља способност лица да одговара за последице својих недопуштених радњи. Уз то, *Николић* као један од елемената правног субјективитета наводи и процесну способност, односно способност лица да предузима радње у судском поступку, као и да према

[16] Радомир Д. Лукић са Будимиром Кошутићем, *Увод у право*, Београд 1977, 282-283.

[17] *Ibid*.

[18] S. Chopra, L. F. White, 5-27.

[19] Владимир В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2014, стр. 333-334; Слободан Р. Мартиновић, *Питање правног субјективитета*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду 2012, 33-35. *Мартиновић* ова три аспекта правног субјективитета назива још и правно-статичка (правна) способност, правно-делатна (пословна) способност и правно-деликтна (деликтна) способност.

њему буду предузете радње од стране суда.[20] Правна способност је обавезан део правног субјективитета, за разлику од пословне и деликтне способности. То јест, „нема субјекта без правне способности, али има без пословне и деликтне".[21]

Својство правног субјекта у готово свим правним системима укључујући наше признаје се физичким и правним лицима. Ипак, у појединим земљама ово својство је признато и творевинама, односно појавама које су потпуно нељудског карактера попут храмова у Индији, реке на Новом Зеланду и целокупног екосистема Еквадора.[22] Како се то у теорији наглашава, правни субјект може бити свако биће односно творевина које објективно право призна као такво. Тако се и круг лица којима је током историје признаван субјективитет разликовао, на шта указује пример робова и жена које су у римском праву имали ограничен правни субјективитет, као и пример правних лица која раније нису постојала као посебан правни субјект или пак животиња којима данас у већини система још увек није признат правни субјективитет, а које су у римском праву имале деликтну способност.[23] То значи да не постоји биће или субјект које је нужно или неприкосновено правни субјект, већ због тога што му је то својство признато, а то зависи од тога да ли предметно биће или творевина има особине, својства која су за то у одређеном правном систему потребна.

И у домаћој теорији као једини правни субјекти најчешће се наводе физичка и правна лица.[24] Ипак, према *Водинелићу,* осим физичких и правних лица, правни субјективитет имају и животиње. Он наглашава да су животиње са једне стране правни субјекти *sui generis*, а са друге стране објекти права *sui generis*. Као субјекти могу имати она лична права на оним добрима која имају подједнако као људи и њихове организације попут права на име, права на живот, здравље, на физички и психички интегритет. Са друге стране, за разлику од других правних субјеката они немају имовинска права, нити могу имати пословну, нити деликтну способност. *Мартиновић* пак констатује да животињама још увек није признат правни субјективитет иако се од друге половине 20. века ово питање разматра. Након навођења различитих аргумената који се у теорији користе у циљу оправдавања признавања правног субјективитета животињама он закључује да то „није толико немогуће колико је непотребно". Он наглашава да је много значајније регулисати понашање човека као јединог природног бића које је разумно и способно за етичко понашање тако да се обезбеди испуњење његових обавеза

[20] Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад 2020, 254-255.
[21] В. Водинелић, 334.
[22] S. Chestermann, 822 са даљим упућивањима.
[23] С. Мартиновић, 180.
[24] Д. Николић, 254; Даница Попов, *Грађанско право (општи део)*, Нови Сад 2012, 71.

у циљу очувања животне средине, биолошког диверзитета, као и добробити животиња.[25]

Правни субјективитет правних лица и потенцијално животиња значајни су са становишта теме рада јер је њихово признавање у литератури често служило као аргумент у прилог признавању правног субјективитета вештачким агентима.

2.2. Аргументи у прилог признавању правног субјективитета вештачкој интелигенцији

2.2.1. Поређење са правним лицима

Правно лице служило је најчешће у страној литератури као аргумент у прилог признавању правног субјективитета вештачкој интелигенцији будући да се такође ради о вештачкој творевини. Према овом схватању, пример правног лица указује на то да правни субјект не мора бити само људско биће, већ то може бити и вештачка творевина као скуп више лица окупљених око истог циља која иступа самостално, као носилац права и обавеза независно од њених чланова.

Међутим, примењивост овог аргумента зависи од становишта о разлогу којим се оправдава признавање субјективитета правном лицу. Тако, према једној теорији правним лицима се признаје субјективитет како би се омогућило физичким лицима да се организују у групу како би одразили ту организацију у њиховим правним односима са другим странама. Физичка лица која чине ту групу би могла да заснују индивидуалне уговорне односе са тим странама ограничавајући одговорност, али чинећи то посредством правног лица смањују трошкове. Ово становиште је било предмет критика, а у сваком случају најмање је примењиво на вештачку интелигенцију.[26]

Према теорији фикције, правна лица имају својство правног субјекта зато што правни систем бира да им призна правни субјективитет. Ради се о невидљивом, неопипљивом вештачком бићу које постоји само са становишта закона.[27] Овој теорији најприближније је и схватање *Мартиновића* који указује на значај фикције у контексту правног субјективитета. Према овом аутору, „сам појам правног субјекта, не само када се ради о правним лицима, никада се не поклапа ни са чим што постоји у спољном свету. За правна лица је јасно на први поглед да је реч о творевини која је производ фикционисања. Али, није друкчије ни када је реч о физичком/природном лицу као правном субјекту. Појам природног лица представља апстрахујућу фикцију – од мноштва

[25] С. Мартиновић, 245-246.
[26] S. Chestermann, 823.
[27] *Ibid*, 823 са даљим навођењем.

особина свих стварних лица издвајају се само особине које право сматра релевантним."[28] У сваком случају, ова теорија је најадекватнија да послужи као аргумент за евентуално признавање правног субјективитета вештачкој интелигенцији.[29] *Митровић* и *Трајковић* који говоре о правном субјективитету виртуелних ликова наводе теорију фикције као најадекватнију за његово објашњење. Ови аутори наводе да је, према теорији фикције, виртуелни лик попут правног лица за физичко лице једна фикција, али фикција која производи значајне правне последице.[30]

Према теорији реалности пак правна лица нису фикције већ стварна бића која постоје независно од признања од стране правног система. „Ова друштевна творевина је једна реалност, јер се људи који се у њој повезују стварно тако понашају да извесне последице не урачунавају себи, него тој творевини. Овакву друштвену реалност право признаје и треба да призна, јер би, рекли смо, без таквог признања правнотехнички било врло тешко да се ово урачунавање врши".[31] У том смислу, правни субјективитет правног лица није просто додељен, већ је заслужен. Када говоре о виртуелном лику, *Митровић* и *Трајковић* наводе да би према теорији релности њему могао бити признат субјективитет „као још једном центру делатности и интереса, као да је реч о физичком или правном лицу".[32] Ипак, закључују да је теорија фикције још увек прихватљивија за објашњење суштине виртуелног лика, с тим што ће можда у једном тренутку превагнути теорија реалности.[33]

2.2.2. Поређење са животињама

О правима животиња у контексту признавања права вештачкој интелигенцији говори *Андреота*.[34] Он полази од начина на који је разматрано питање евентуалног признавања права животињама. Наиме, приликом дискусија на ову тему као критеријум је узета свест животиња. То јест, према овом схватању, животињама треба признати права ако су свесна.

Проблем у вези са заснивањем признавања права вештачкој интелигенцији на њеној свести је у томе како утврдити да ли је вештачка интелигенција, односно вештачки агент свестан или није.[35] Узимење постојања свести

---

[28] С. Мартиновић, 280.

[29] S. Chestermann, 823.

[30] Драган М. Митровић, Марко С. Трајковић, „Може ли виртуелни лик да буде субјект права?", Анали Правног факултета у Београду, 2/2011, 39-40. Исто и у Драган Митровић, „Virtual Reality and Ethical Neutrality of the Virtual Subjects of Law", *Law and Politics*, 2/2017,

[31] Радомир Лукић, *Теорија државе и права II – Теорија права*, Београд 1995, 192.

[32] Д. М. Митровић, М. С. Трајковић, 40-41. Исто и у Д. Митровић, 123-124.

[33] *Ibid*.

[34] Adam J. Andreotta, "The hard problem of AI rights", *AI & SOCIETY* 36/2021, 19–32.

[35] *Ibid*, 25.

као критеријума за признавање права одређеном ентитету оспоравано је због непостојања јасне и јединствене дефиниције овог појма. Међутим, према *Андреоти*, када су у питању животиње, односно бића слична нама знамо да трпе бол, тугују, изражавају радост или љутњу. Осим тога, животиње сисари имају сличан еволутивни развој и сличан нервни систем као човек.[36] Дакле, за животиње које са човеком имају много тога заједничког лако је претпоставити да имају свест, али поставља се питање да ли је то случај и са животињама које се значајно разликују од човека, као што су нпр. рибе. Последњих година, велики број научника из различитих области заступа схватање да је свест широко распрострањена међу живим бићима, те да су и оне животиње које немају нервни систем сличан човековом или других сисара подобне да развију свест.[37] Према *Андреоти*, то је важно јер нам, са једне стране, говори то да и други ентитети осим човека могу имати свест и, са друге стране, указује на то да бића која имају нервни систем сличан нашем и понашају се на сличан начин имају свесна искуства.[38]

Ипак, утврђивање да ли вештачка интелигенција има свест је много теже. Уколико нпр. робот исказује бол или тугу може бити да је само програмиран да имитира људска осећања, те таквог робота *Андреота* назива „зомби вештачком интелигенцијом". Питање је, стога, како утврдити разлику између „зомби вештачке интелигенције" и „свесне вештачке интелигенције".[39] Након анализе предлога различитих метода[40] овај аутор констатује да сваки од њих има недостатке, те да се њима проблем утврђивања постојања свести не решава. Зато он истиче да се са сталним и изузетно брзим развојем вештачке интелигенције може догодити да са намером или без ње буде створена вештачка интелигенција која ће имати свест, те да ће тада бити потребно да се узму у обзир и интереси таквих вештачких агената. Због тога одлука о стварању такве свесне вештачке интелилгенције не треба да буде схваћена олако. Уколико се она и донесе, а проблем утврђивања постојања свести не буде решен, према овом аутору, најбоље је покушати да вештачки агенти

[36] *Ibid*, са даљим упућивањем.

[37] A. Andreotta, 26 са даљим упућивањем; Tony J. Prescott, „Robots are not just tools", *Connection Science*, вол. 2, 2/2017, 145-146.

[38] *Ibid*, 26.

[39] *Ibid*, 26-27.

[40] *Андреота* наводи тест за испитивање постојања свести вештачке интелигенције (*AI consciousness test* – ACT) који подразумева постављање низа питања вештачкој интелигенцији са циљем да се утврди да ли се ради само о тзв. зомби вештачкој интелигенцији или је присутна и свест. Пример таквог питања је „Како изгледа бити ти тренутно?". Осим ове, у раду се наводи и теорија интегрисане информације (*Integrated information Theory* – IIT) према којој количина интегрисаних информација која је присутна у одр. обејкту или систему зависи од тога да ли је тај објекат или систем свестан. Вид. A. Andreotta, 28-30 са даљим упућивањем.

буду створени тако да буду што сличнији људима. И ово решење међутим има недостатке попут недовољног техничког развоја којим би се то постигло, као и потенцијалних етичких питања која би се у вези са тиме појавила. Стога, према *Андреоти*, најбоље је избегавати креирање свесне вештачке интелигенције. Односно најбоље је дизајнирати је тако да буде што другачија од човека, мада ни то не би представљало гаранцију да створена вештачка интелигенција нема свест будући да је већ указано на то да и бића која су знатно другачија од човека могу имати свест. Ипак то је највише што може да се уради све док не буде решен проблем свести, односно до давања одговора на питање зашто су одређене функције одн. стања мозга праћена искуством.[41]

2.2.3. Постојање особина које карактеришу правног субјекта

Бројни аутори су приликом тражења одговора на питање да ли вештачкој интелигенцији треба признати правни субјективитет пошли од особина које мора да има одређени ентитет да би могао стећи својство правног субјекта. Око тога која се то особина треба сматрати нужном за признавање субјективитета не постоји сагласност у доктрини. Према једнима, својство правног субјекта треба признати само оним бићима, творевинама која имају разум, способност за расуђивање. Према другима, неопходно је постојање способности за комуникацију као ужег смисла способности за расуђивање. Ово због тога што „...правне норме делују на правне субјекте само посредно, преко њихове свести и воље, другачије речено, разменом, разумевањем и прерадом порука, комуникацијом између правних субјеката“.[42]

У овом контексту говори се и о моралној одговорности одређеног ентитета, односно о томе да ли има својство моралног агента. Под моралном одговорношћу се у традиционалној филозофији подразумева стање које карактерише субјекте чије су радње вредне хвале или осуде, а да би радња могла бити предмет такве оцене потребно је да се испуне два услова. Прво, потребно је да онај ко предузима радњу има контролу над својим поступцима и изборима и друго, да је свестан последица које из те радње произлазе.[43] У том смислу, под моралним агентима подразумевају се лица која поимају исправно и погрешно и на основу тог поимања праве моралне изборе и одговарају за своје поступке. Осим рационалности, способности да разликује добро и лоше, односно исправно и погрешно, за својство моралног агента потребно је и постојање аутономије како би се испунио услов контроле над својим поступцима. Према *Хими*, морални агент мора да има рационалност,

[41] *Ibid*, 19, 30-31,

[42] С. Мартиновић, 158-159.

[43] A. Bertolini, F. Episcopo, 8 са даљим навођењем.

способност да препозна разлику између доброг и лошег и способност да исправно примени ова правила.[44] То међутим, тренутно није случај. „Машине свакако могу да предузимају радње које су, у апстрактим условима, вредне реактивних моралних ставова, међутим, будући да не могу да учествују у моралним разматрањима, оне не могу да се квалификују као морални субјекти, те им се не може доделити морална одговорност.[45] Поједини аутори пак настоје да изједначе моралну одговорност са могућношћу да се произведу морално релевантне последице без обзира на постојање свести и намере са циљем да се и роботи, односно вештачка интелигенција подведу под појам моралног агента. Према овом схватању, моралним агентом се може сматрати свако ко својим радњама производи последице које могу бити оцењене као добре или лоше.[46] *Бертолини и Епископо*, међутим, постављају питање зашто је уопште потребно то радити када је са практичног становишта бескорисно. Машина не осећа страх од санкције што норму лишава њене примарне функције, а то је да изазове жељено понашање агента. Коначно, вештачка интелигенција не може бити морални агент јер не дели људску аутономију и моралну свест.[47]

2.2.4. Признавање правног субјективитета као дискрециона одлука законодавца

У посебну групу могу се сврстати аутори које не искључују начелно могућност признавања правног субјективитета вештачкој интелигенцији, али указују на неподобност већине критеријума и аргумената које користе аутори који се залажу за то да се вештачким агентима призна својство правног субјекта.

Тако *Чопра* и *Вајт* наводе да је схватање вештачког агента као правног субјекта више питање одлуке него открића, те да ће аргумент за признавање или непризнавање својства правног субјекта бити пре прагматичан него концептуалан, односно да ће зависити од функционалности и друштвене улоге вештачких агената.[48] Правни систем признаје правни субјективитет под

---

[44] Kenneth Einar Himma, "Artificial agency, consciousness, and the criteria for moral agency: what properties must an artificial agent have to be a moral agent?", *Ethics and Information Technology*, 11/2009, 22-24.

[45] A. Bertolini, F. Episcopo, 8.

[46] Иако према овом критеријуму и људи и машине, односно вештачке творевине представљају врсте моралних агената, то не значи да међу њима не постоје разлике у степену моралне интерактивности, аутономије и прилагодљивости. Вид. Fabio Fossa, "Artificial moral agents: moral mentors or sensible tools?", *Ethics and Information Technology*, Vol. 20, 115-126 са даљим навођењем.

[47] A. Bertolini, F. Episcopo, 9.

[48] Samir Chopra, Laurence F. White, *A legal theory for autonomous artificial agents*, Michigan 2011, 154.

правним, политичким или моралним притиском у настојању да обезбеди унутрашњу функционалну кохерентност. Примери из различитих правних система показују да својство правног субјекта није резервисано само за људска бића. Осим правних лица, ово својство у појединим правним системима признавано је и храмовима, мртвим лицима, духовима...[49] Дакле, у случају ентитета који нису људска бића законодавац признавањем својства правног субјекта одлучује да тај ентитет третира аналогно људском бићу у одређеним ситуацијама попут нпр. иступања у својству странке у поступку или поседовања способности за остваривање различитих права и моћи.[50]

Чопра и *Вајт*, дакле, не оспоравају могућност признавања правног субјективитета вештачким субјектима. Они, међутим, наглашавају да би, и када би се то десило, они имали својство зависног правног субјекта.[51] Под таквим правним субјектом ови аутори подразумевају оне субјекте који своја права могу да остварују само посредствоом заступања од стране другог правног субјекта. Такви субјекти су нпр. деца, одрасли који су неспособни за расуђивање, правна лица, а у ову групу спадале би и животиње уколико би дошло до признавања њиховог правног субјективитета. Стога, техничка немогућност да се нешто лично предузме није препрека за признавање зависног правног субјективитета.[52] Због тога је једино важно утврдити да ли постоји потреба за тиме. То би нпр. могла бити потреба да се на јединствен начин регулишу уговори које закључује вештачка интелигенција са човеком, али и са другим вештачким агентом у оквиру електронске трговине.[53]

Са друге стране, да би вештачким агентима било признато својство независног правног субјекта неопходно је стицање значајних интелектуалних капацитета које пак подразумевају изузетно софистициране техничке могућности. *Чопра* и *Вајт* разликују пет услова за стицање својства независног правног субјекта: интелектуални капацитет и рационалност који су потребни да би се за неко лице могло рећи да је *sui iuris*, способност да схвати и да се повинује правним обавезама, подложност санкцији, способност да закључи уговор и способност да контролише новац и сопствену имовину.[54] Ни за један од ових услова наведени аутори не искључују могућност да буду испуњени од стране вештачких агената, макар и у будућности са додатним развојем вештачке интелигенције. Међутим, они закључују да ће од највећег утицаја на доношење одлуке о признавању правног субјективитета вештачким агентима бити њихов друштвени значај. Наиме, да ли ће одређеном

[49] *Ibid*, 158.
[50] *Ibid*.
[51] *Ibid*, 159.
[52] *Ibid*, 158.
[53] *Ibid*, 160.
[54] S. Chopra, L. F. White, 162-163.

ентитету бити признат правни субјективитет зависи од тога да ли ће законодавац проценити да дати ентитет има „такав друштвени значај да заслужује или да му је потребна правна заштита у форми додељивања својства правног субјекта“.[55] Дакле, што улога вештачких агената буде већа у друштвеним, политичким и економским односима већа ће бити шанса да постану правни субјекти. Према овим ауторима, у друштву у којем вештачки агенти имају све већу улогу нема много користи од континуираног порицања правног субјективитета. Они то називају „шовинистичким очувањем специјалног статуса за биолошка бића попут нас“, те да нас сталне тврдње о људској јединствености и јединствености људског ума и осећаја за морал чине „аутистичним“ бићима која су неспособна да схвате умове других бића.[56]

У ову групу аутора могу се сврстати и *Бертолини* и *Епископо* које говоре о онтолошкој и функционалној перспективи у погледу признавања правног субјективитета одређеном ентитету. Према онтолошком приступу, правни субјективитет ентитета је јасно одређен њиховим инхерентим карактеристикама спрам којих се одређују правна правила која се примењују на дате субјекте. Присталице признавања правног субјективитета вештачкој интелигенцији истичу да је њене суштинске особине чине више субјектима него објектима. Такође, са овог аспекта, будући да је вештачка интелигенција значајно другачији ентитет у односу на постојеће правне субјекте било би потребно донети нова правила или изменити постојећа. Према функционалној теорији, правна квалификација и одговарајућа правна правила треба да се формирају у складу са функцијама које треба да оствари, односно њиховим друштвеним, правним и економским импликацијама.[57]

Оне након констатације да не постоје онтолошки разлози за признавање правног субјективитета вештачкој интелигенцији будући да нема потребну свест, нити јаку аутономију да би се сматрала моралним агентом истичу да то не значи да им то својство не може бити признато будући да је дискрециона оцена на законодавцу.[58]

Оне наглашавају потребу за дистинкцијом појмова субјективитета, агента и одговорности у моралном и правном смислу. Тако, иако вештачка интелигенција не испуњава услове да буде означена као агент нити морални агент, њој може бити признат *ad hoc* субјективитет као што је и правним лицима.[59] У погледу одговорности, признавање субјективитета вештачким агентима би водило ограничењу одговорности, мада то не би донело значајне

[55] Jane Nosworthy, “The Koko dilemma: A challenge to legal personality”, *Southern Cross University Law Review* 2, 1/1998, 1–23. Наведено према S. Chopra, L. F. White, 187.

[56] S. Chopra, L. F. White, 190-191.

[57] A. Bertolini, F. Episcopo, 4.

[58] *Ibid*, 8.

[59] *Ibid* 11.

промене у погледу личности, особе која би сносила трошкове, нити у погледу случајева у којима би накнада била додељена. Уколико сам вештачки агент не би могао самостално да зарађује, његов капитал морао би бити обезбеђен од стране човека или корпорације који стоје иза њега или пак путем механизама осигурања.

У сваком случају, *Бертолини* и *Епископо* не одбацују *a priori* признавање правног субјективитета вештачкој интелигенцији, али истичу да овом проблему не треба приступати са онтолошког, већ са функционалног становишта. Оне чак непостојање јасне дистинкције између ова два приступа наводе као главни разлог нејасноћа које се у доктрини могу уочити у вези са питањем признавања правног субјективитета, својства заступника или одговорности вештачкој интелигенцији. Дакле, одлука о наведеном питању треба да произађе из темељне анализе и испитивања постојања искључиво правних разлога попут нпр. потребе за поједностављивањем правних односа; праћењем, регистрацијом и транспарентношћу ентитета и оних лица која имају интересе у њему и у његовом раду као и потребе за одвајањем имовине и ограничењем одговорности.[60]

2.3. Аргументи против признавања правног субјективитета вештачкој интелигенцији

Са тиме да је признавање правног субјективитета дискрециона одлука законодавца, те да она не зависи од одређених особина ентитета у етичком и метафизичком смислу сагласни су и *Брајсон*, *Диамантис* и *Грант*. Међутим, за разлику од претходних, ови аутори исказују значајно већи скептицизам ка признавању овог својства вештачкој интелигенцији. Они указују на то да се овој идеји, иако се она многима чини привлачном, мора приступити са нарочитим опрезом. Приликом одлучивања о признавању правног субјективитета одређеном ентитету правни систем мора да води рачуна о својим крајњим циљевима, те да се води питањем да ли би то имало позитиван или негативан утицај на испуњење тих циљева.[61] Осим тога, они истичу да је појам правног субјективитета еластичан и дељив, те да га не треба посматрати и о њему одлучивати по принципу „све или ништа“ будући да различити субјекти могу бити носиоци ширег или ужег круга права и обавеза. Стога, важно је одредити и која права и обавезе би била призната вештачким агентима уколико би се законодавац определио за тај корак.[62] Уз то, потребно је обезбедити да правни субјекат којем се одређено право при-

[60] *Ibid*, 11.

[61] Joanna J. Bryson, Mihailis E. Diamantis, Thomas D. Grant, „Of, for and by people: the legal lacuna of syntetic persons“, *Artificial Intelligence Law*, Vol. 25, 3/2017, 278.

[62] *Ibid*, 280-281.

знаје заиста може и да га остварује у одговарајућем поступку, али исто тако и да обавезе које су му наметнуте могу бити принудно извршене. Управо у вези са тиме јављају се одређене стрепње. Наиме, признавање правног субјективитета вештачким агентима подразумева и њихово заснивање правних односа са другим правним субјектима из којих би произлазила различита права и обавезе. Уколико пак вештачки агенти не би могли бити принуђени на испуњење обавезе, односно ако не би одговарали за њихово испуњење тиме би се створио простор за две врсте злоупотреба. Прво, физичка лица би могла да их користе као заштиту од сопствене одговорности због повреде права других правних субјеката. У том случају законодавац би морао да пронађе начин да дође до физичког лица које посредством вештачког агента настоји да избегне одговорност за своје поступке. То би могао да учини посредством института пробијања правне личности који се са истим циљем примењује у привредном праву у циљу спречавања злоупотреба у привредним друштвима.[63] Међутим, уколико би се радило о вештачкој интелигенцији, односно вештачком агенту иза којег не постоји физичко лице која га контролише, односно које њиме управља проблем не би могао бити решен путем пробијања правне личности. У том случају, како наводе аутори, проблем одговорности за повреду права других субјеката не би постојао уколико би вештачка интелигенција, односно вештачки агент који има својство правног субјекта имао процесну способност и ако би био солвентан или на би на који други начин могао да одговара за повреду права.[64] Ипак, није сасвим јасно како би се ова два услова обезбедила. Док правна лица имају физичка лица као заступнике, постоје вештачки агенти који немају физичко лице које њиме управља или га контролише и које би га заступало у евентуалним поступцима. Ови аутори наводе да би вештачки агент могао да ангажује адвоката да га заступа, али се у вези са тим поставља и питање његове солвентности. То јест, да ли би имао своју имовину и како би могао да је стиче. Уколико би је и стекло посредством нпр. улога од стране његових твораца поставља се питање шта се дешава када се та имовина потроши, односно када постане инсолвентан. Док код физичких лица постоји могућност да лице и на други начин одговара нпр. путем извињења или осудом на казну затвора, таква могућност код вештачких агената је или „недоступна или је незадовољавајућа или/и неделотворна“.[65] *Брајсон*, *Диамантис* и

[63] *Ibid*, 285-287.

[64] *Ibid*, 288.

[65] *Ibid*. Овде се може приговорити то да за обавезе које нису личног карактера које се не могу принудно намирити јер је дужник инсолвентан он за то не може бити кажњен казном затвора, нити би нпр. извињењем могла да се испуни обавеза која је имовинског карактера. У том смислу, инсолвентност дужника може бити препрека за остваривање права повериоца и ако је дужник физичко лице.

Грант на крају закључују да је признавање правног субјективитета вештачким агентима „морално непотребно и правно проблематично“.[66] Електронски субјект о којем се говори у предлогу Европског парламента из 2017. године би према речима ових аутора представљао „правну црну рупу“ у којој би се изгубила одговорност физичких лица. Постојећи правни систем је створен од стране човека и за човека, те за одржавање његове кохерентности потребно је обезбедити да вештачки ентитети никада не постану особе, односно субјекти ни у правном, ни у фактичком смислу.[67]

Међу скептике у погледу признавања правног субјективитета вештачким агентима, иако знатно умеренији у односу на претходно наведене ауторе, може се сврстати и *Паїало*. Наиме, он истиче да овај ентитет још увек не испуњава услове за стицање својства правног субјекта, те апелује да се ова тема остави по страни бар још неко време. Према његовом схватању, непризнавање субјективитета вештачкој интелигенцији не представља препреку за њено учешће у правном животу указујући на пример Европске уније која је скоро две деценије успешно функционисала без својства правног субјекта.[68] Он у раду заступа схватање да поједини аутори погрешно сматрају признавање правног субјективитета условом за то да се вештачки агент сматра правним агентом, односно заступником. Признавање правног субјективитета је према *Паїалу* увек значајна политичка одлука. Код правних лица попут привредних друштава, такве одлуке имају везе са ефикасношћу, финансијском транспарентношћу, одговорношћу и сл, а код физичких са човековим достојанством, свешћу, човековом унутрашњом вредношћу, способношћу човека да пати и потребом да се та патња спречи... Према *Паїалу*, када је реч о вештачкој интелигенцији, тему правног субјективитета још неко време треба оставити по страни, али то питање свакако треба одвојити од заступништва. У вези са могућношћу вештачких агената да делују у својству заступника у уговорном и пословном праву, према овом аутору, треба размотрити нове облике одговорности како би се избегли ризици, односно злоупотребе на које упозоравају претходно наведени аутори.[69]

3. ЗАКЉУЧАК

С обзиром на разноврсност аргумената којима се служе аутори чија су схватања приказана у претходном делу рада тешко је класификовати их

[66] *Ibid*, 289.

[67] *Ibid*.

[68] Ugo Pagallo, „Vital, Sophia, and Co.—The Quest for the Legal Personhood of Robots”, *Information* 9/2018, 5.

[69] *Ibid*, 9-11.

према јасном критеријуму. Штавише, у доктрини још увек нема сагласности ни око дефиниције вештачке интелигенције, а потом ни у погледу означавања ентитета о чијем потенцијалном правном субјективитету се расправља. Ово указује на то да упркос интересовању које ова идеја буди међу ауторима широм света она није довољно сазрела за доношење тако значајне одлуке какво је ширење круга правних субјеката. Аутори рада деле став према којем могућност признавања правног субективитета вештачкој интелигенцији није спорна будући да се ради о дискреционој одлуци законодавца. Ипак, ова одлука мора бити заснована на темељној анализи њених правних последица. Учешће вештачких агената као самосталних правних субјеката у правном промету подразумева заснивање права и обавеза. Као што наводе поједини претходно наведени аутори, пре признавања правног субјективитета неопходно је утврдити круг права који би таквим субјектима био признат, начин на који би остваривали ова права, тј. да ли би имали свог заступника и ко би то био. Такође, ризици који се односе на могућност да одговарају за неиспуњење обавеза о којима је било речи захтевају јасан став законодавца и о начинима на који би ови ентитети одговарали за своје обавезе, а пре свега начину на који би се обезбеђивала средства из којих би се могле намирити обавезе вештачких агената према другим правним субјектима. Коначну одлуку о признавању правног субјективитета законодавац треба да донесе након налажења одговора на ова питања. Али и тада, као што наводе *Брајсон*, *Диаманшис* и *Гранш*, законодавац мора да се води крајњим циљевима правног система, односно тиме какав би утицај то имало на остваривање ових циљева. Бројни аргументи аутора који се залажу за признавање правног субјективитета вештачкој интелигенцији чине се смисленим. Ипак, као што *Маршиновић* наводи за животиње, и за вештачке агенте се може рећи да је могуће наћи аргументе у прилог томе да им се призна правни субјективитет, али је важније питање да ли је то потребно.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Andreotta Adam J., “The hard problem of AI rights”, *AI & SOCIETY* 36/2021, 19–32.

Bertolini Andrea, Episcopo Francesca, „Robots and AI as Legal Subjects? Disentangling the Ontological and Functional Perspective”, *Frontiers in Robotics and AI*, 2022 April, 9:842213, 4.

Borking John J, van Eck B. M. A, Siepel P, *Intelligent Software Agents and Privacy*, Хаг, 1999.

Bryson Joanna J, Diamantis Mihailis E, Grant Thomas D, „Of, for and by people: the legal lacuna of syntetic persons“, *Artificial Intelligence Law*, Vol. 25, 3/2017, 278.

Chesterman Simon, “Artificial Intelligence and the Limits od Legal Personality”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 69, 2020, 820

Chopra Samir, White Laurence F., *A legal theory for autonomous artificial agents*, Michigan 2011, 154.

Fossa Fabio, "Artificial moral agents: moral mentors or sensible tools?", *Ethics and Information Technology*, Vol. 20, 115-126 са даљим навођењем.

Himma Kenneth Einar, "Artificial agency, consciousness, and the criteria for moral agency: what properties must an artificial agent have to be a moral agent?", *Ethics and Information Technology*, 11/2009, 19-29.

Pagallo Ugo, „Vital, Sophia, and Co.—The Quest for the Legal Personhood of Robots", *Information* 9/2018, 1-11.

Prescott Tony J, „Robots are not just tools", *Connection Science*, вол. 2, 2/2017, 142-149.

Russel Stuart, Norvig Peter, *Artificial Intelligence – A Modern Aproach*, треће издање, Њу Џерси, 2010.

Solum Lawrence B., „Legal Personhood for Artificial Intelligences", *North Carolina Law Review*, 4/1992, 1231-1287.

Водинелић Владимир В, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2014.

Драган М. Митровић, Марко С. Трајковић, „Може ли виртуелни лик да буде субјект права?", Анали Правног факултета у Београду, 2/2011, 28-42.

Драган Митровић, „Virtual Reality and Ethical Neutrality of the Virtual Subjects of Law", Law and Politics, 2/2017, 115-125.

Лукић Радомір Д. са Кошутићем Будимиром, *Увод у право*, Београд 1977.

Лукић Радомир, *Теорија државе и права II – Теорија права*, Београд 1995.

Мартиновић Слободан Р, *Питање правног субјективитета*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду 2012.

Мартиновић Слободан Р, *Питање правног субјективитета*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012.

Николић Душан, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад 2020.

Попов Даница, *Грађанско право (општи део)*, Нови Сад 2012, 71.

Резолуција Европског парламента о правилима грађанског права за роботику од 16. фебруара 2017. године 2015/2103 (INL), доступно на https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html.

Уредба Европског парламента и Савета о утврђивању усклађених правила о вештачкој интелигенцији (Закон о вештачкој интелигенцији) и измени одређених законодавних аката Уније која је усвојена 13. марта 2023. године.

Nikolina B. Miščević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Miscevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-9909-1595

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 Legal Personhood of Artificial Intelligence

Abstract: *Artificial intelligence is becoming an increasingly significant factor in social and economic life. As it is capable of performing a large portion of tasks as well as or even better and faster than humans, its use is becoming widespread, ranging from simple tasks in manufacturing plants to participating in online conclusion of contract and even in diagnostics and surgical procedures in medicine. Although it represents a huge potential for progress and development in society and the improvement of quality of life of an individual, it also brings significant risks. The question of the legal personhood of artificial intelligence was raised long before it became such a significant factor in legal transactions. However, in the last decade, it has become particularly relevant. Despite this, there is disagreement in the doctrine, both in terms of terminology and regarding whether artificial intelligence should be recognized as a legal subject or not. The paper presents various arguments on which authors advocating for the recognition of legal personhood of AI have based their stance, as well as reasons on which other authors base their skepticism towards expanding the circle of legal subjects in favor of artificial intelligence. At the end of the paper, based on the analysis of the presented views and arguments, the authors take a stance on whether and under what conditions legal personhood should be recognized to artificial intelligence.*

Keywords: *artificial intelligence, legal personhood, legal personality, artificial agent.*

Датум пријема рада: 01.04.2024.
Датум прихватања рада: 14.05.2024.

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ

Прегледни рад 347.65/.68(437.6)
doi:10.5937/zrpfns58-49429

Alexandra Löwy
Comenius University, Bratislava, Slovakia
Faculty of Law
Alexandra.lowy@flaw.uniba.sk
ORCID ID: 0009-0003-3403-4794

Karin Rakova
Comenius University, Bratislava, Slovakia
Faculty of Law
karin.rakova@flaw.uniba.sk
ORCID ID: 0000-0001-9227-7864

SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL ASPECTS OF DISINHERITANCE UNDER THE SLOVAK LAW

Abstract: *The subject of this paper is to provide with the analysis of the substantial and procedural aspects of disinheritance under the Slovak law, based on the revision of the Slovak Civil Code and certain selected court decisions. The paper also analyses the procedural aspects of disinheritance disputes, which mostly results in the proceedings before the court and emphasises the different approach of the courts in assessing the various grounds for extradition.*

Keywords*: succession, disinheritance, deceased, testator, heir, disputes.*

1. INTRODUCTORY CONSIDERATIONS

The basic principle of the Slovak succession law is based on the autonomy of the will of the testator to decide about the distribution of the whole assets or its part to a certain person after his death. The testator is practically free in this decision, as the testamentary freedom is one of the most fundamental principles of the Slovak succession law. However, this freedom is limited by the right to a claim a compulsory portion by forced heirs, in Slovakia they are only deceased descendants.

The Slovak law recognizes the testators right to deprive his descendants of their compulsory portion based on the disinheritance, which is considered to be a strictly formal legal act of the testator, excluding testator's descendant from his right to inherit a cpmpulsory portion based on the statutory grounds of disinheritance. To achieve the effect of disinheritance, the legal act must meet the formal and substantive grounds prescribed by the law.

The Slovak Civil Code[1] recognizes the right for the compulsory portion only for the descendants of the testator, which means that only the children of the testator are entitled to compulusory portion in case they were omitted by the testator in his will.[2] With respect to the compulsory portion, extra marital children have the same rights as the children born in marreage, the same applies to the adopted children, who have the same rights as biological children. The descendant becomes the legal successor of the testator provided the he has exluded him in his will and at the same time he claimed his right at the court. In such a case omitted descendant becomes intestate heir and receives a real right (*ius in re).* This means that as compulsory portion arises without reference to testator's wishes, it cannot be normally excluded by the testator in his will other then by act of disinheritance. The testator can exclude from the succession line his descendant otherwise entitled to a compulsory portion only by a will where expression of disheritance is included or by a separate disinheritance deed whereby the reasons given by the law for dishinheritance are stated.[3]

The grounds for disinheritance are defined in Article 469a Sect. 1a) – d) of the Civil Code (hereinafter the "CC" or „Civil Code") and reflect the social and moral views of the society.

Acdcording to the Civil Code, the reasons for disinheritance are: a) a contrary to good morals, failure of descendant to provide the testator with necessary assistance in sickness, old age or other serious cases, b) permanent demonstration of no real interest in the testator which should have to, as a descendant, c) conviction of a deliberate criminal offence and sentenced to a term of imprisonment of at least one year, d) the persistent disorderly life.

Disinheritance is valid if the deed of disheritance preciselly states the reason however the grounds for disheritance are formulated broadly and hence are opened to judical interpretation. A valid disinheritance has the effect both that a person otherwise entitled as the intestate successor will not inherit anything and at the same time will not be entitled to a compulsory portion.

---

[1] Act No. 40/1964 Call. Civil Code, as amended

[2] §479 of the Civil Code

[3] Borkowski, A. Textbook on Succession, Second edition. Oxford: Oxford University Press, p. 185.

2. SUBSTANTIVE CONDITIONS FOR DISINHERITANCE

As mentioned above, disinheritance is an unilateral legal act of the testator by which he deprives his descendant from the right of intestate succession that would otherwise his by law. For such an act to be valid, the law requires that formal and substantive requirements must be met.

The provisions governing the formalities of a will apply similarly to the formalities of a deed of disinheritance, with reference to Article 469a Sect. 3 of the Civil Code[4].

Formal defects of disinheritance may be, for example, the absence of a signature on the deed of disinheritance, the absence of two witnesses, the absence of the date of the signature of disinheritance.

The **substantive elements** of the disinheritance we include the definition of one of the grounds for disinheritance set out in the law. As mentioned above, these grounds are specifically enumerated in the Civil Code, but it should be noted that the way they are formulated leave the courts sufficient room their own interpretation.

The assessment of the fulfilment and existence of the material and formal requirements of the disinheritance may subsequently be the subject of a specific dispute which may arise in the succession proceedings. In practice, it is possible to identify cases where the testator, in the deed of disinheritance, states a reason for disinheriting a descendant which the descendant did not commit, or states a reason for disinheritance which is not recognised by the law. Such disinheritance will be null and void under the law[5]. In practice, there may also be a situation where the testator does not state any reason in the deed of disinheritance, in which case the disinheritance will again be void.

The main requirement for disinheritance is the existence of a ground for disinheritance, which must exist at the time the deed of disinheritance is executed (i.e. not at the time of the death of the testator)[6]. The specification of other grounds for disinheritance results in the nullity of the deed of disinheritance[7].

---

[4] Art. 469a Sect. 3 of the CC: *„The provisions of Sections 476 and 480 shall apply mutatis mutandis to the particulars of the instrument of disinheritance and to its revocation; however, the instrument must state the reason for the disinheritance"*.

[5] Švestka, J., Dvořák, J., Fiala, J. a kol. *Civil Code. Commentary. Vol. IV.* 2. edition, Prague : Wolters Kluwer ČR, 2019. s. 393.

[6] Decision of the Supreme Court dated 24. June, 2020, sp. zn. 6 Cdo 98/2018

[7] R 50/1985

3. DISSINHERITANCE ACCORDING TO THE ART. 469A SECT. 1 LETTER A)

According to the Article 469a Sect. 1 letetter a), the testator is entitled to disinherit a descendant "*if, contrary to good morals, he has failed to provide the testator with the necessary support in sickness, old age or in other serious cases".*

Under the above provision, the testator may disinherit a descendant providing the descendant has failed to provide testator with necessary assistance in sickness, old age or other serious cases, provided that such conduct by the descendant is contrary to good morals.

There is extensive case law interpreting this provision in practice. First of all, in relation to the failure to provide the necessary assistance in sickness, old age or other serious cases, the courts address the question of the testator's reliance on the descendant for such support. In respect of failure to provide assistance, this is particularly the case where the heir has failed to provide the necessary assistance to the testator who is dependent on assistance in sickness and old age, even though he was aware of the testator's dependence and, having regard to his objective capacities and abilities, could have provided him with such assistance.

According to this rcondition of disinheritance, the testator is dependent or in need of assistance in old age, sickness or other serious case (e.g. financial need, accident, immobility) and the descendant has not provided assistance contrary to good morals must be fulfilled.

The need for assistance on the part of the testator and the objective possibility for the descendant to provide assistance to the testator must be assessed on a separate and individual case-by-case basis.

The failure to provide assistance must be assessed in the light of whether the heir's behaviour was contrary to good morals. The term good morals represents certain rules of behaviour that are largely accepted in society and form the basis of a fundamental values[8].

According to the case-law of the courts, when assessing whether the behaviour of the descendant can be regarded as contrary to good morals, must be taking into account the testator's behaviour towards the descendant. It will not be regarded as contrary to good morals if the failure to provide the necessary assistance in sickness or old age was caused by objective reasons such as the fact that the descendant lives abroad or is ill himself, or at the same time has a responsibility to care for his minor children. A contrary to a good morals will not be also considered the failure to take an appropriate interest where that failure has been provoked to

[8] Decision of the Constitutional Court of the Slovak republic, dated 24.2.2011, No. IV.ÚS 55/2011-19

a large extent by the testator himself.[9] Making reference and condition to the good morals when assessing the fulfillment of these criterias is, according to our opinion, redundant argument of the legislator. Not to mention the problems associated with the interpretation of the content of good morals, with which the court practice has been "struggling" for a long time, the term itself is not defined by any law and is part of the different interpretation.

When assessing the above mentioned grounds for disinheritance, the courts do not focus on the reasons for the testator's difficult life situation, but on the testator's dependence on the assistance of his or her descendants. According to the Court of Appeal, it must also be a situation where the testator's basic necessities of life are not otherwise taken care of, which is closely related to the question of the testator's dependence on anyone, including a third person, to provide assistance. In such cases, it is necessary to assess and consider the objective possibility of the descendant to provide such an assistance as well as the necessity of the descendant providing assistance to the testator. On the part of the descendant, there may be objective obstacles which prevent him or her from providing assistance to the testator (stay abroad, illness of the descendant himself or herself, other impossibility). On the part of the testator, there may be a fundamental refusal towards descendant. In such a cases, it is necessary to assess and consider the objective possibility of the descendant providing assistance as well as the necessity of the descendant providing assistance to the testator.

4. DISINHERITANCE ACCORDING TO THE ART. 469A SECT. 1 LETTER B)

Article 469a Sect.1 letter b) Civil Code requires, as a ground for disinheritance, that *"the descendant has not permanently shown the true interest in the testator which he should have shown as a descendant"*.

It is clear from the provision of the Article 469a Sect. 1 letter b) CC that this is a very general provision and that its content is determined by the case-law, which, inter alia, repeatedly emphasises the specific circumstances of the case. Thus, in the event of a dispute, space is left to the assessment of the specific situation, and the case-law has been quite clearly inclined (in our opinion, not always reasonably) towards the protection of the interest of the disinherited descendant when, in several decisions, it emphasises the conditionality of the descendant's failure to show interest in the testator, depending on the fact that the testator himself was not interested in such contact or even refused it. In our opinion it is questionable whether the conditionality of a descendant's lack of interest in the

[9] Decision of the Supreme Courte of the Czech Republic, No. 21 Cdo 3772/200

testator by the testator's lack of interest in the descendant is a legitimate reason to be emphasised by the courts on a case-by-case basis. Disinheritance is a legal act of the testator by which he himself decides about his property and who will inherit it from him or, in the case of disinheritance, not to inherit it.

The testator is the one who has the only authority to make this decision and who assesses this decision depending on how the descendant has behaved towards him or her. We therefore perceive no legal reason which would admit of an interpretation according to which, unless the testator shows a continuing interest in the issue, the testator cannot require the descendant to do so, and, as a consequence of his absence, use such an absence as a ground of disinheritance. That interpretation is based on the case-law of the courts, which is more or less consistent in emphasising the conditional nature of the descendant's failure to show a true interest in the testator on the testator's own failure to show such an interest in the descendant.

In one of the first Supreme Court decisions related to this topis the Supreme Court stated, that the reason for disinheritance in this case must be assessed objectively, whether it was such a lack of interest that was continuous, contrary to good morals, as a result of which the descendant did not show even a minimum interest in the testator's life and health, etc[10]. In this decision, the court considered it relevant in assessing the validity of the disinheritance if the descendant had any real opportunity to express a real interest towards the testator, i.e. whether the testator was at any point interested in meeting the deceased and in maintaining normal family relations with the children. In the court's view, disinheritance is only applicable where it is apparent from the testator's conduct that the testator does not care about this close relationship, is not personally concerned by the descendants' lack of interest, is indifferent to this situation, or has himself contributed to such a situation. A certain defect of this decision is that the court did not deal with what can be considered as normal family relations, and although in this decision it also emphasises other circumstances, subsequent court decisions refer in most cases only to the fact that for the assessment of the grounds for disinheritance it is essential whether the testator was interested in maintaining the family relationship or whether the descendant was interested in showing an interest in maintaining it.

The other Supreme Court decision in its judgment dealt similarly with the above arguments[11], according to which the question of assessing whether a descendant has shown a real interest in the testator must be considered in the light of all the circumstances of the case and within the scope of good morals established

[10] The first interpretation of these grounds for disinheritance can be found in the Supreme Court decision decision of the Regional Court in České Budějovice of 9 August 1996, published by the Supreme Court of the Czech Republic in the Collection of Judicial Decisions under R 23/1998.

[11] Decision of the Supreme Court of the Czech Republic, No. 21 Cdo 48/2000

in society. According to the court's reasoning, one of the aspects to be examined in the assessment of the validity of the disinheritance under Article 469a Sect. 1 letter b) of the Civil Code is always whether the descendant had a real possibility of expressing a real interest in the testator, i.e. whether the testator himself had an interest in maintaining normal relationships with the descendant. According to the court's opinion, disinheritance is only considered where the testator is interested in such a relationship, where he is personally emotionally affected by the disinterest of the descendant, this disinterest upsets him and it is not a situation in which he is indifferent to this situation, or he himself has caused such a situation by himself. This Decision was followed by another decision of the Regional Court, which rejected the claim on the ground that the plaintiff (a descendant of the testator) had failed to prove that he was interested in the testator and assumed that the plaintiff's lack of interest in the testator pursuant to Article 469a(1)(b) CC was present.

The Supreme Court of the Czech Republic in its further decision[12] in the assessment of the existence of grounds for disinheritance under Article 469a(1)(b) of the Civil Code stated that a testator cannot validly disinherit his or her descendant if the absence of a real interest resulted from the testator's lack of interest in the descendant. According to the reasoning of the Court, the disinheritance legal provision cannot be applied to a case where the testator does not even seek the interest of a direct descendant, which results from his demonstrated lack of interest in the descendant. It can be positively evaluated that the Court in this decision did not limit itself to a simple interpretation of the reasons given in the aforementioned decision of the Court, but also gave examples of the descendant's behaviour which fulfils the legal essence of disinheritance, such as being passive, as well as behaviour in which the descendant shows interest in the testator, but in a manner that does not correspond to the proper behaviour of the descendant towards the parents, i.e. in a manner that permanently exceeds the principles of social politeness, for example. In this case too, however, the Court did not complete the aforesaid by leaving open to interpretation what can be understood by such principles of social politeness.

The Supreme Court of the Slovak Republic commented the existence of grounds for disinheritance under the Article 469a Sect. 1 letter b) of the Civil Code in one of its first published decisions of 24 February 2010, Case No. 5 Cdo 239/2009[13], in which stated that when assessing the grounds for disinheritance, it is significant to consider the relationship between the testator and the descendant, particularly whether that relationship was a true relationship and not merely a

[12] Decision of the Supreme Court of the Czech Republic, dated 15. May 2007, No. 21 Cdo 688/2006.

[13] Decision of the Supreme Court of the Slovak Republic, dated 24. February 2010, No. 5 Cdo 239/2009.

pretended, formal one. According to the reasoning, when assessing whether there is a ground for disinheritance due to the Article 469a Sect. 1 letter b) of the Civil Code, the real possibilities of the heir to show such interest cannot be excluded, as well as the circumstances under which the disinheritance took place, in particular whether the descendant was not prevented from showing a genuine interest in the testator by objective circumstances, or whether the descendant's failure to show such a real interest was not due to fault on his or her part. Again in the context of the decision of the Regional Court in České Budějovice, the Supreme Court of the Slovak Republic repeated that if the fact that a descendant does not permanently show a real interest in the testator is a consequence of the fact that the testator does not show an interest in the descendant, it cannot be further justified that the descendant's failure to show this interest could be a reason for his or her disinheritance.

Similarly, the Supreme Court of the Slovak Republic has adopted in several decisions the reasoning set out in the aforementioned decisions of the Courts in Czech Republic, despite the fact that in its reasoning it states the need to take into account the objective possibilities of the descendant to show interest in the testator, according to which the lack of interest of the descendant towards the testator cannot be a reason for the disinheritance of the descendant by the testator, if such consequence is the fact that the testator does not show interest in the descendant himself.

A certain uniqueness that has emerged in the interpretation of the given ground of disinheritance, which also has an impact on the question of proving the relevant facts, was brought by the decision of the Supreme Court of the Slovak Republic[14], in which the court dealt with interpretation of the term ***"failure to show real interest in the testator"*** pursuant to the provision of Article 469a Sect. 1, letter b) of the Civil Code.

The Supreme Court of the Slovak Republic has also stated in relation to the resolution of this legal question that when assessing whether there is a ground for disinheritance under Article 469a(b) CC, the capacity of the heir to exercise such an interest and the circumstances under which the disinheritance occurred must be considered, particularly whether the descendant was not prevented from exercising a real interest in the testator by objective circumstances, or whether the descendant's failure to exercise such a real interest was not due to his/her negligence. It may therefore be concluded that, in the light of the above interpretation, the disinherited heir is free to focus his evidence on proving that he was interested in the testator, but may also direct his evidence on the fact that it was the testator himself who, by his conduct, caused the disinterest, and it is therefore not appropriate for the disinherited to suffer the consequences of disinheritance. This interpretation significantly denies the recent trend in the decision-making practice

[14] Decision of the Supreme Court of the Slovak Republic, No. 1 Cdo/173/1996, ZSP 61/1997.

of the highest judicial authorities in the Slovak Republic, namely the desire to respect and preserve the will of the testator.

The Supreme Court in its other decision[15], in line with previous decisions stressed the need to assess objectively whether the descendant's lack of interest in the testator was such as to be permanent, contrary to good morals, with the result that the descendant did not show even a minimum of interest towards the testator. In its reasoning, the Court uses the concept of a 'standard relationship between the testator and the descendant', the existence of which is sufficient to prevent the testator from validly disinheriting the descendant under Article 469a Sect. 1 letter b) of the CC. As in previous cases, this decision can be criticised for the ambiguity of the meaning of "standard relationship between testator and descendant", which again leads to inconsistent interpretation and application in the courts' decision-making.

As can be seen from the above analysis of the court decisions, the vague formulation of the ground of disinheritance, which is given too broadly, leads the courts to their own interpretation and orientation to decide in favour of the protection of disinherited descendants, when the courts more or less interpret this ground of disinheritance in a similar way in the interest of the protection of the disinherited descendant.

5. DISINHERITANCE ACCORDING TO THE ART. 469A SECT. 1 LETTER C) AND D)

For the ground of disinheritance of a descendant under Art.469a Sect. 1 letter c) of the Civil Code it is necessary that there is a final conviction for a deliberate criminal offence of the descendant and at the same time a sentence of imprisonment of at least 1 year has been imposed on the descendant, again this ground must exist at the time the deed of disinheritance is issued. If the descendant had been sentenced to a penalty other than that required by law for the offence or if the offence was negligent, this ground would not be satisfied. It cannot be inferred from the statute that this ground of extradition must involve the imposition of an unconditional sentence. It is also irrelevant whether or not the sentence has already been served, obliterated or not. Justification for the ground of disinheritance under section 469a(1)(d) will be given if the descendant leads a disorderly life for a long time, i.e. does not live in an ordinary way. Above all, it must be a permanent condition, not of a temporary nature. A disorderly way of life may be regarded as one which is abnormal and objectionable because it is generally

[15] Decision of the Supreme Court of the Slovak Republic, dated 27th May 2014, No. 4 Cdo 59/2012

dangerous to the descendant himself or to persons close to him, and in particular to his family. Alcoholism, drug use, gambling, indebtedness and non-payment of debts, deliberate unemployment, vagrancy, prodigality and neglect of the family may be included here. All of these manifestations of disordered living have a common feature – the fear that the descendant, as a result of his or her disordered life, will not preserve the inheritance for his or her descendants.

6. PROCEDURAL ASPECTS OF DISINHERITANCE

It is not unlikely that the deed of disinheritance is an unexpected expression of the testator's will, or one whose conclusions are difficult or totally unacceptable to the testator[16]. This creates a platform for the creation of a so-called succession dispute, which is linked to the need to examine the material prerequisites for disinheritance. The lack of acceptability of such an expression of the testator's will is mainly linked to the consequence of disinheritance, which is the partial or total exclusion of the intestate heir from the succession.[17]

Section 193 of the CMP assumes the existence of facts which are not in dispute between the parties. Therefore, the question would arise whether, for example, an intestate heir objects the absence, i.e. the existence of a ground for disinheritance, and the other heirs state that they agree with the objection in question, the notary could proceed further with the disinherited, due to the absence of material requirements for disinheritance and the absence of his exclusion from inheritance. In the past, the identical will of the heirs could not negate the will of the testator, i.e. they could not have stated in agreement that the grounds for disinheritance, which are set out in the deed of disinheritance, are not given and that the disinherited heir is to be called in the course of the succession proceedings and his right to inherit is established. However, the current legislation provides directly for that alternative. Based on these essential considerations, we can conclude that a dispute over the right of inheritance will most often result in the need for its direct resolution in court proceedings.

In the succession proceedings, the burden of factual evidence is transferred from the plaintiff to the notary, with reference to the provision of Section 194 of the CMP.

The notary's ruling, within the meaning of Article 194(1) CMP, constitutes a condicio sine qua non, without the issuance of which the heir does not have active capacity to bring an action for the establishment of the right of succession for the purposes of the pending succession proceedings.

---

[16] Lattal, F.A. Contracts Not to Revoke Joint or Mutual Wills e Joint or Mutual Wills. William and Marry Law Review, 1973.

[17] R 67/1997.

According to Article 194(1) of the CMP, *'where the resolution of the right of succession depends on the determination of disputed facts, the court shall refer by order, after a failure to attempt settlement, the heir whose right of succession appears less likely to be established to bring an action for the resolution of the disputed fact. It shall determine the time-limit for bringing the action, which shall not be less than one month.'*.

Thus, the one who is referred by the court to bring an action in the context of the disputed facts relating to the deed of disinheritance will be actively legitimated.

If several persons have been named in the deed of disinheritance and all of them are challenging the deed of disinheritance, either formally or substantively, the court will refer each one of them to bring the action as such. It is not likely that in such cases, assuming that an action against the disinheritance has been brought (whether for defects in form or substance), the court will combine the trial of the two heirs as plaintiffs in a single action. The subject-matter of the proving is the different factual circumstances relating to the grounds of the disinheritance. Even if the case were joined, the plaintiffs would form a separate procedural community.[18]

While active legal capacity will result from the court's decision referring a particular heir to bring an action before the court in the context of an inheritance dispute, passive legal capacity will be correlated to the circle of heirs who come into consideration in the context of the inheritance proceedings, whether by virtue of a legal or testamentary succession.

The parties to the litigation on the part of the defendants include all the heirs who form the forced community. In the absence of any of the heirs on the defendant's side, the deficiency in question will lead to the dismissal of the action as such.[19]

While compulsory community reflects substantive grounds, it does not in itself express the effects of the procedural status of the heirs on the part of the defendants. In order to answer the question at issue, it is necessary to resolve whether the heirs on the defendants' side will form a separate or an inseparable community. This has implications for the acquisition of legal validity, the effects of procedural defences and so on. In this case, we consider that the parties to the litigation on the defendants' side form a so-called separate community, i.e. the individual procedural acts do not affect the other entities acting in the community. The decision itself may thus also become final individually and progressively in relation to the remedies applied or not applied.

---

[18] Ficová, S., Križan, M., Fekete, Im., Hamřík, M., Ivančo, M., Klincová, Z., Raková, K. Fundamental reform of inheritance law – necessity or irrelevance, Prague : Wolters Kluwer ČR, 2023. s. 392.

[19] R 65/2003.

However, in the academic literature we also find the interpretation that a forced community is not formed by an heir whose right of succession is not affected by how the disputed question of fact is resolved.[20]

Therefore, we can conclude that the scope of actively and passively legitimated subjects is declared in the decision of the competent court (notary), which is authorized to hear the inheritance and which, due to the impossibility to resolve such a disputed issue in the inheritance proceedings, in principle determines the scope of the parties to the dispute by its own decision.

It is stated in the academic literature that a dispute over the right of succession does not have the character of a dispute within the meaning of Section 137(c) of the CCP as a dispute over the determination of a right, but is governed by the provisions of Section 192 of the CMP, which distinguishes between two types of disputes. It then indicates that the deceased party must carefully identify the legally relevant disputed fact and define, if possible, the factual issue (usually defined in the notary's order) so as to make the proposed petition enforceable.[21]

Prior to the enactment of the new CSP, the procedure in cases where the material prerequisites of the deed of disinheritance were challenged was that the plaintiff challenged a specific formal defect by an action for a declaration of nullity of the legal act, and thus sought a declaration that the deed of disinheritance was null and void, or that the disinheritance was void by its petition.

The court decision has agreed that an action brought within the meaning of Section 175k(2) of the Civil Procedure Code (now Section 194(1) of the CMP – author's note) is not an action for determination within the meaning of Section 80(c) of the Civil Procedure Code, but is an action for the determination of a legal fact in respect of which a compelling legal interest arises from a provision of law. Such an action cannot therefore be dismissed for lack of a compelling legitimate interest in the determination sought, but only if the procedure laid down in the above provision is applicable.[22]

When examining disputes related to disinheritance in more depth, especially with regard to the absence of material prerequisites, we see that the plaintiff's petition is formulated in such a way that the plaintiff seeks a declaration that the deed of disinheritance (with further specification of the person of the testator, date, etc.) is null and void.

However, we do not consider such a formulation of the petition to be correct, as it does not comply with the requirement under section 194 of the CMP, where the subject matter of the litigation is and must be the assessment of a particular

---

[20] Smyčkova, R., Števček, M., Tomašovič, M., Kotrecová, A.. *Komentár.* Civil non-dispute order. Bratislava : C. H. Beck, 2017.

[21] Kirst J.: Exheredation, In/validity. In *Studia Iuridica Cassoviensia*. Roč. 9, 2021, č. 1

[22] Decision of the Supreme Court of Slovakia, dated 29. september 2009, sp. zn. 2 Cdo 108/2008.

fact in dispute. We are of the view that the determination of the invalidity of the deed of disinheritance cannot be regarded as a disputed fact.

The disputed fact is the actual reason which is supposed to cause the nullity of the deed of disinheritance (nullity of the disinheritance), i.e., for example, the lack of the testator's will or the disputed authenticity of the signature on the disinheritance deed, i.e., a question of fact and not a question of law. The legal assessment of the matter will only be carried out by the notary in the succession proceedings, on the basis of the court's decision in the litigation proceedings. The validity or invalidity of the deed of disinheritance (disinheritance) consists of certain factual elements (hypothesis of the legal norm) and their legal assessment (disposition of the legal norm), i.e. it is not exclusively a question of legal assessment. It is therefore not for the petitioner to establish the validity or invalidity of the deed of disinheritance.

In the cases we have formulated, i.e. if the intestate heir argued that the testator suffered from a mental disorder at the time the deed of disinheritance was executed for which he was unable to assess the consequences of his conduct, the statement of claim should read as follows: The Court finds that the testator XY was suffering from a mental disorder at the time of the execution of the deed of disinheritance (further specification) for which he was incapable of assessing the consequences of his conduct. On the basis of the issue thus resolved, i.e. a final court decision, the notary will legally assess the invalidity of the deed of disinheritance and will then proceed with the succession proceedings, i.e. on the basis of the judgment on the determination of the legal fact, it will be the task of the court of succession to legally assess the matter and to evaluate that the deed of disinheritance is valid (if the court rejects the claim) or invalid (if the signature is falsified).[23]

A different case, which responds precisely to the need to establish the relevant facts, is the assessment of the validity of the individual grounds for disinheritance, i.e. the fulfilment of the individual statutory grounds.

The examination of the individual grounds for disinheritance is expressly a question of fact, in particular in cases under Article 469a(1)(a), (b) and (d). The actual procedural procedure in terms of proof and the definition of the relevant facts and the burden of proof will be discussed in the next section of the article.

In the event of an attempt to challenge the grounds for disinheritance, the disinherited heir should formulate the petition in such a way as to seek a ruling that the ground for disinheritance (specified) set out in the disinheritance deed of XY drawn up by the testator is not given. The argument that the disinheritance is null and void also appears in application practice. We consider it redundant to

[23] Fajnor, M. Action for determination that the thing belongs to the inheritance of the testator from the point of view of the subject of the proceedings. In. Private law. No.3/2018, 105-117 p.

mention the fact that the disinheritance is invalid, because, as we have already stated, it is again only a question of law and the invalidity of the disinheritance itself will be assessed by the notary in the court proceedings if the court approves the action.

If the disinherited heir wishes to challenge the validity of the ground of disinheritance, it is also not correct to formulate the claim in such a way as to combine a declaration that the deed of disinheritance is void and a declaration that the ground of disinheritance is not valid.

We have pointed out, first of all, that the determination of the invalidity of the deed of disinheritance is not a question of fact and that doubts may therefore arise as to the admissibility of such an action, in particular where the notary himself has not referred to the bringing of such an action.

We have also pointed out that the assessment of nullity is a mixed question of law, which is based primarily on an examination of the relevant facts of fact, with the legal aspect itself subsequently being dealt with only by the notary in the succession proceedings.

Lastly, we would emphasise that, in formulating the claim, it is also necessary to remain grammatically precise in relation to the claims raised; although we have indicated that we consider that it is incorrect to claim the nullity of a legal act, we consider it necessary to at least draw attention to it in this context.

The grammatical accuracy indicated then concerns the distinction between the nullity of the deed of disinheritance and the nullity of the disinheritance. Some authors have been critical of the decisions of the courts, precisely without making the differentiation referred to above.

The invalidity of the deed of disinheritance for formal or material reasons logically constitutes a total nullity of this deed, i.e. it is not taken into account as such in the succession proceedings. If it is established in the court proceedings that there is no reason for the disinheritance, the issue in question relates exclusively to the specific reason and, in any event, only to the heir who invoked that fact in the court proceedings. It would therefore mean that, if the deed of disinheritance listed several forced heirs, the determination that the specific grounds of disinheritance were not given would, even in terms of the subjective effects of the decision, apply only to the one who raised the ground in question. The other forced heirs are to be taken into account as if they had not contested the matter in question.

We may conclude that the basis for the formulation of the statement of claim is the order pursuant to section 194 of the CCP, by which the notary, as a court commissioner, refers to the filing of the statement of claim with a specific definition of the disputed fact. Consequently, the statement of claim must reflect a determination which reflects the statutory regulation under section 137 of the C.C.P., while at the same time ensuring that the outcome of the proceeding itself is a sufficient basis for the notary to make a subsequent legal assessment.

7. FINAL CONSIDERATIONS

It follows from the formulation of the reasons for disinheritance set out in Art.469a(1)(b) CC that a wide range of negative facts existing in the relationship between the testator and the descendant can be affected.

In the present article, we have emphasized the analysis of the courts' assessment of the continuous failure to show real interest, concluding that the courts, when assessing the fulfilment of the stated ground of disinheritance, place emphasis on the circumstances which caused such lack of interest on the part of the descendant. In all the judicial decisions we have reviewed, it has been taken into account that if the lack of interest on the part of the descendant was the result of the testator's lack of interest in the descendant, then such lack of interest on the part of the descendant cannot be a ground for disinheritance.

It is possible to agree with such an argument on the part of the courts, but we are of the opinion that the above should always be evaluated individually and based on the objective possibilities of the descendant, such interest in the testator should be shown.

In our opinion, it is necessary to distinguish situations where the testator disinherits a minor descendant whose he has not shown any interest, where it is beyond doubt that, even in view of the age and intellectual maturity of the minor, the minor is often not objectively capable of deciding for himself whether or not to show an interest. In the case of disinheritance of an adult descendant on the ground that he or she has not shown a real interest towards the testator, in our view, making the non-validity of the disinheritance subject to the testator's own lack of interest in the descendant is often argumentatively dubious, placing an unreasonable burden on the other heirs to sustain the testator's will in the event of a dispute.

In our opinion, when a descendant is disinherited for not showing a real interest towards the testator, it is essential to consider whether the descendant not only had the opportunity to show an interest but also wanted to show an interest in the testator.

We are of the opinion that the interpretation formulated in the decisions of the Slovak Courts, which constitutes the currently established decision-making practice and is also maintained in other decisions of the courts of the Czech Repubilic makes it significantly more difficult to defend the testator's last will in the form of a deed of disinheritance. It may be difficult for the defendant to clarify the subjective feelings of the testator, especially if the reason for the disinheritance is formulated only in very general terms, i.e., for example, with reference to a specific statutory provision. On the other hand, the above interpretation to some extent denies the recent trend in the decision-making practice of the highest judicial authorities in the Slovak Republic, that is the desire to respect and preserve the will of the testator.

Therefore, as the case-law of the highest judicial authorities pursues the objective of protecting and maintaining the testator's will, it may be appropriate to reconsider, in the light of and with reference to the development of social values, the established case-law in the direction of strengthening and preserving the testator's will as expressed in the instrument of disinheritance.

In addition to the substantive legal grounds for disinheritance, which indicate a high degree of contentiousness, procedural aspects and many procedural issues also come to the force.

While the question of active or of passive real legitimation is stabilized and does not show significant deficiencies, with reference to the change in legislation in § 194 CMP, as well as the concept of lawsuits according to § 137 CSP, we emphasize the necessity to waive the decision on the invalidity of disinheritance or deed of disinheritance, when the issue of invalidity itself, as a legal issue, will be assessed depending on the outcome of the court case by the notary in the inheritance proceedings. The disinherited heir must make the subject of the litigation a specific factual circumstance (fact), which the court will mark as disputed, and, following this, respond exactly with a claim petition. The correct wording of the claim petition is then a determinant of success in dispute proceedings, as well as in inheritance proceedings. Some disinheritance disputes also require linguistic exactitude, when it is decisive whether only the deed of disinheritance or the disinheritance as such is contested.

Undoubtedly, even in the area of procedural issues, there are many specific areas and determinants that could lead to the improvement of legal regulation for the future. However, procedural regulation is limited in this place by substantive regulation. Therefore, further calls for the elimination of existing deficiencies and changes in the procedural regulation will clearly depend on the eventual recodification of substantive law in the given area.

REFERENCES

Borkowski, A. Textbook on Succession, Second edition. Oxford: Oxford University Press, 434 p., ISBN 978-18-4174-221-2.

Fekete, I.: *Občiansky zákonník: Veľký komentár: 1. zväzok: Všeobecná časť: (§ 1 až § 122).* 2. vyd. Bratislava: Eurokódex, s. r. o., 2014. 817 s. ISBN 978-80-8155-039-3.

Ficová, S., Križan., M., Fekete, I., Hamřik, M., Ivančo, M., Klincová, Z., Raková, K.: Fundamental reform of inheritance law – necessity or irrelevance, Prague: Wolters Kluwer ČR, 2023, 391 s., ISBN 978-80-7676-865-9.

Klenová, V.: K niektorým otázkam vydedenia; Justičná revue, 65, 2013, č. 11, s. 1419 – 1431.

Kirst, J. Vydedenie, ne/platnosť, procesná ochrana. In *Studia Iuridica Cassoviensia*. Roč. 9, 2021, č. 1.
Krajčo, J. (2015). Občiansky zákonník pre prax (komentár). Judikatúra NS SR, NS ČR, ESD, ESĽP. Bratislava: Eurounion 2015. s. 2022.
Lattal, F.A. Contracts Not to Revoke Joint or Mutual Wills e Joint or Mutual Wills. William and Marry Law Review, 1973.
Lazar, J. a kol.: *Občianske právo hmotné: Tretie doplnené a prepracované vydanie: 1 zväzok*. 3. vyd. Bratislava: Iura Edition, 2006. 648 s. ISBN 80-8078-084-6.
Smyčkova, R., Števček, M., Tomašovič, M., Kotrecová, A. *Civilný mimosporový poriadok. Komentár.* Bratislava : C. H. Beck, 2017.
Šešina, M., Muzikář, L., Dobiáš, P. *Dědické právo. Praktická příručka.* Praha: Leges, 2019, s. 264
Švestka, J., Dvořák, J., Fiala, J. a kol. *Civil Code. Commentary. Vol. IV.* 2. edition, Prague.
Števček, M. a kol.: *Občiansky zákonník: Komentár: § 1 – 450.* Praha: C. H. Beck, 2015. 1616 s. ISBN 978-80-7400-597-8

Александра Леви
Универзитет Коменског у Братислави
Правни факултет
Alexandra.lowy@flaw.uniba.sk
ORCID ID: 0009-0003-3403-4794

Карин Ракова
Универзитет Коменског у Братислави
Правни факултет
karin.rakova@flaw.uniba.sk
ORCID ID: 0000-0001-9227-7864

Материјалноправни и процесноправни аспекти разбаштињења према словачком праву

Сажетак: *Предмет овог рада је анализа материјалних и процесних аспеката разбаштињења према словачком праву, на основу прегледа Словачког грађанског законика и појединих одабраних судских одлука. У раду се анализирају и процесни аспекти спорова поводом разбаштињења који углавном резултирају вођењем поступка пред судом, а у раду се истиче и различит приступ судова у процени различитих основа за искључење.*

Кључне речи: *наслеђивање, разбаштињење, преминуло лице, завешталац, наследник, спорови.*

Датум пријема рада: 07.03.2024.
Датум достављања коначне верзије рада: 30.04.2024.
Датум прихватања рада: 13.05.2024.

Оригиналан научни рад 347.763(476)
doi:10.5937/zrpfns58-48625

Сигаева Татьяна Адамовна
Белорусский государственный экономический университет
296405@tut.by
ORCID ID: 0009-0007-5215-0667

КОНЦЕПЦИЯ БЕЛОРУССКОГО ТРАНСПОРТНОГО ПРАВА

Аннотация: *Статья посвящена определению понятия и места в белорусской системе права транспортного права. Отмечается дискуссионность, имеющая место в юридической литературе относительно понятия и места транспортного права в системе права, современные подходы к понятию отрасли права и критериям ее определения в теории права. На данной основе дается авторское обоснование концепции белорусского транспортного права как отрасли права.*

Ключевые слова: *транспортное право, предмет транспортного права, метод транспортного права, принципы транспортного права, перевозки.*

Термин «транспортное право» появился в юридической литературе с конца XIX века[1] и с тех пор закрепился в тезаурусе правовой науки. Вместе с тем, несмотря на активное его употребление, смысл его остается не определенным до конца и по сей день. Ученые предлагают разные определения транспортного права, приводят отличные общественные отношения, составляющие предмет его регулирования. В то же время, решение вопроса осложняется квалификацией образования его норм и институтов, установлением их места в системе права.

По поводу понятия транспортного права и его места в системе права сложился ряд научных концепций.

Одним из первых подходов[2] явилось понимание транспортного права как института (раздела) гражданского права. К представителям данной

---

[1] Андреев, В.К. Транспортное право / В.К. Андреев. – Калинин : КГУ, 1977. – С. 3

[2] Стрельникова, И.А. Понятие и место транспортного права в системе права России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / И.А. Стрельникова ; Гос. ун-т управления. – М., 2009. – С. 37.

концепции можно отнести Л.И. Дембо, В.Н. Изволенского.[3] В настоящее время данная концепция не имеет широкой поддержки.

Существует мнение о том, что отдельные ветви транспортного права представляют собой комплексные отрасли или подотрасли права. Так, С.С. Алексеев в качестве комплексной отрасли выделял морское право.[4]

Значительное количество представителей юридической науки придерживаются концепции о том, что транспортное право представляет собой комплексную отрасль права. К их числу относятся И.В. Спирин, В.А. Егиазаров, Р.Г. Воронов, Н.А. Духно, А.И. Землин и др.[5]

Для ученых, не поддерживающих идею о существовании комплексных отраслей права, свойственна квалификация транспортного права как отрасли законодательства. Сторонником такого подхода является В.К. Андреев, полагавший что, транспортное право является отраслью законодательства, включающей нормы гражданского, административного, гражданско-процессуального, земельного и трудового права.[6] А.Н. Романович определяла транспортное право как подотрасль хозяйственного законодательства, включающую в себя правила различной отраслевой принадлежности, преимущественно административно-правовые и гражданско-правовые, регулирующие отношения, связанные с организацией и деятельностью транспорта.[7]

В русле концепции о транспортном праве как о комплексном правовом образовании, но не являющимся ни отраслью права, ни отраслью законодательства, И.А. Стрельникова определяет транспортное право как «объединение комплексных межотраслевых функциональных правовых инсти-

---

[3] Дембо, Л.И. О принципах построения системы права / Л.И. Дембо // Советское госво и право. – 1956. – № 8. – С. 98; Изволенский, В.Н. Правовые вопросы железнодорожных перевозок / В.Н. Изволенский. – М. : гос. трансп. железнодор. изд-во, 1955. – С. 11.

[4] Алексеев, С.С. Избранное / С.С. Алексеев. – М. : Статут, 2003. – С. 81.

[5] Спирин, И.В. Транспортное право / И.В. Спирин. – М. : Транспорт, 2001. – С. 18; Егиазаров, В.А. Транспортное право / В.А. Егиазаров. – М. : Юстицинформ, 2018. – С. 12; Воронов, Р.Г. Актуальные проблемы развития транспортного права как комплексной отрасли права России / Р.Г. Воронов // Искусственный интеллект и тренды цифровизации: техногенный прорыв как вызов праву : материалы Третьего Международного транспортно-правового форума, Москва, 10-11 февраля 2021 г. – С. 605 / Рос. ун-т транспорта [Электронный ресурс] – Режим доступа: https://www.elibrary.ru/download/elibrary_47461651_83763253.pdf. – Дата доступа: 07.06.2023; Духно, Н.А. Транспорт и транспортное право: исторические взаимосвязи и перспективы / Н.А. Духно // Мир транспорта. – 2019. – № 3. – С. 63 [Электронный ресурс] – Режим доступа: https://www.elibrary.ru/download/elibrary_40804230_98537118.pdf. – Дата доступа: 07.06.2023; Землин, А.И. К вопросу о месте транспортного права в системе российского права / А.И. Землин // Транспортное право и безопасность. – 2016. – № 4. – С. 68. [Электронный ресурс] – Режим доступа: https://www.elibrary.ru/download/elibrary_30487335_57574593.pdf. – Дата доступа: 07.06.2023.

[6] Андреев, В.К. Транспортное право / В.К. Андреев. – Калинин : КГУ, 1977. – С. 5.

[7] Романович, А. Н. Транспортные правоотношения / А.Н. Романович. – Минск: Университетское, 1984. – С. 9, 14.

тутов морского, железнодорожного, внутреннего водного, воздушного и автотранспортного права, совокупность правовых норм которого регулирует посредством сбалансированного сочетания приоритетных частноправовых совместно со вспомогательными публично-правовыми началами разнородные общественные отношения, складывающиеся в процессе исполнения транспортом своих функций и нуждающиеся в силу своих особенностей в специальном правовом регулировании».[8] Как комплексный межотраслевой институт рассматривает транспортное право Е.В. Уфимцева.[9]

В юридической науке существует концепция о транспортном праве и как самостоятельной отрасли. Так, В.С. Тадевосян указывал, что «в системе ... права реально существует такая отрасль, как транспортное право, которое охватывает совокупность норм, регулирующих деятельность различных видов транспорта».[10] В.С. Мельников и Ю.В. Мельникова обосновывая самостоятельность отрасли транспортного права спецификой категориального аппарата, предмета и метода, отмечают, что «Характеристика транспортного права как комплексной отрасли права – это уже прошлое, которое не является настоящим и, конечно же, не может быть будущим».[11]

Широкий спектр взглядов на понятие транспортного права обусловлен, в первую очередь, дискуссионностью вопроса о том, что представляет собой отрасль права, каковы критерии ее образования и определения в системе права. В современных исследованиях при определении отрасли права делается акцент на объективно существующих особенностях, признаках, позволяющих судить о том, что соответствующее правовое образование сформировалось как отрасль права.[12] Проведя анализ ряда научных

[8] Стрельникова, И.А. Понятие и место транспортного права в системе права России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / И.А. Стрельникова ; Гос. ун-т управления. – М., 2009. – С. 170.

[9] Уфимцева, Е.В. Отраслеобразование в современном российском праве: доктринальные основы и критерии : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Е.В. Уфимцева ; Федер. гос. бюдж. образоват. учр. Высш. обр. «Уральский государственный юридический университет». – Екатеринбург, 2017. – С. 206.

[10] Тадевосян, В.С. Некоторые вопросы системы советского права / В.С. Тадевосян // Советское государство и право. – 1956. – № 8. – С. 104.

[11] Мельников, В.С. Транспортное законодательство и транспортное право / В.С. Мельников, Ю.В. Мельникова // Образование и право. – 2021. – № 3. – С. 110 [Электронный ресурс] – Режим доступа: https://cyberleninka.ru/article/n/transportnoe-zakonodatelstvo-i-transportnoe-pravo/viewer – Дата доступа: 07.06.2023.

[12] Бастрыкина, О.А. Системообразующие связи внутреннего содержания права : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О.А. Бастрыкина ; Коломен. гос. пед. ин-т. – Коломна, 2006. – С. 39; Головина, А.А. Критерии образования самостоятельных отраслей в системе российского права : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / А.А. Головина ; Моск. гос. юрид. акад. им. О.Е. Кутафина. – Москва, 2012. – С. 55-56; Петров, Д.Е. Дифференциация и интеграция структурных образований системы российского права : дисс. ... докт. юрид. наук : 12.00.01 / Д.Е. Петров ; Саратов. гос. юрид. акад. – Саратов, 2015. – С. 86, 261; Шаповалов, А.А. Отрасль современного российского права (вопросы теории) : дисс. ... канд. юрид.

работ[13], отметим, что в качестве распространенных критериев, используемых современными исследователями при идентификации отрасли права, отмечаются предмет и метод правового регулирования, принципы, функции, наличие понятийного аппарата, специальных юридических конструкций, цель правового регулирования, заинтересованность государства и общества в самостоятельном нормировании общественных отношений, источники права.

Думается, что транспортное право является самостоятельной отраслью права в виду следующих факторов, выражающих ее основные особенности в системе права.

1. Предмет правового регулирования составляют общественные связи, образующиеся и развивающиеся в сфере осуществления транспортной деятельности: по перемещению грузов, пассажиров и багажа автомобильным, воздушным, железнодорожным, морским, внутренним водным, городским электрическим транспортом, метро и иным транспортом, а по оказанию транспортно-экспедиционных и иных, связанных с перевозкой транспортных работ и услуг; по обеспечению материально-технического обеспечения транспортной деятельности, установлению правового режима и реализации вещных полномочий в отношении объектов транспортной деятельности; по определению дозволенного и должного поведения субъектов транспортной деятельности; по обеспечению транспортной безопасности, а также ликвидации последствий чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, оказанию помощи (спасанию) в случаях, угрожающих жизни и (или) здоровью физических лиц, имуществу, окружающей среде; по государственному регулированию и управлению транспортной деятельностью,

---

наук : 12.00.01 / А.А. Шаповалов; Саратов. юрид. ин-т Мин-ва внутр. Дел Российской Федерации. – Саратов, 2011. – С. 31.

[13] Головина, А.А. Критерии образования самостоятельных отраслей в системе российского права : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / А.А. Головина ; Моск. гос. юрид. акад. им. О.Е. Кутафина. – Москва, 2012. – С. 127-139, 150; Курдюк, Г.П. Отрасль права как элемент системы права (теоретико-правовое исследование) : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Г.П. Курдюк ; Краснодар. академия Мин-ва внутр. дел России. – Краснодар, 2004. – С. 80; Уфимцева, Е.В. Отраслеобразование в современном российском праве: доктринальные основы и критерии : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Е.В. Уфимцева ; Федер. гос. бюдж. образоват. учр. Высш. обр. «Уральский государственный юридический университет». – Екатеринбург, 2017. – С. 100, 105, 170; Макеева, Е.М. Система права Российской Федерации (вопросы теории и практики) : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Е.М. Макеева; Моск. гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. – Москва, 2006. – С. 71–72; Шаповалов, А.А. Отрасль современного российского права (вопросы теории) : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / А.А. Шаповалов; Саратов. юрид. ин-т Мин-ва внутр. Дел Российской Федерации. – Саратов, 2011. – С. 75; Петров, Д.Е. Дифференциация и интеграция структурных образований системы российского права : дисс. ... докт. юрид. наук : 12.00.01 / Д.Е. Петров ; Саратов. гос. юрид. акад. – Саратов, 2015. – С. 265.

контролю и надзору за ее осуществлением; трудовые отношения работников отдельных видов транспорта, а также непосредственно связанных с обеспечением безопасности транспортной деятельности; по защите прав и законных интересов субъектов транспортной деятельности, в том числе посредством применения мер юридической ответственности, в судебной и иных формах защиты; иные общественные отношения, связанные с осуществлением транспортной деятельности (строительство объектов транспортной инфраструктуры, пользование земельными участками, ими занимаемыми, путевые работы и др.).

Общественные отношения, составляющие предмет транспортного права, регулируются нормами конституционного, гражданского, административного, трудового, земельного, экологического, финансового, гражданского (хозяйственного) процессуального права. В силу этого они являются разноотраслевыми. Вместе с тем, им свойственно и предметное единство, – все они возникают в сфере осуществления транспортной деятельности.

2. Транспортное право в своем правовом воздействии на общественные отношения использует все основные средства: позитивного обязывания, дозволения, запрета, поощрения, рекомендаций, а также сочетает приемы диспозитивного и императивного регулирования. С одной стороны, правовое нормирование главной функции транспорта – осуществления перевозок – основывается на дозволительных началах с характерной для них диспозитивностью. С другой стороны, государственное регулирование, контроль и надзор в сфере транспортной деятельности основываются на разрешительном регулировании с присущей ему императивностью.

Своеобразие метода белорусской отрасли транспортного права проявляется, на наш взгляд, в следующих чертах:

1) сочетание централизованного и децентрализованного правового регулирования транспортной деятельности. Централизованное правовое регулирование осуществляется государством на уровнях принятия законов и подзаконных актов. Децентрализованное правовое регулирование выражается в возможности заключения коллективных соглашений с работниками, соглашений о государственно-частном партнерстве и др.;

2) единство и дифференциация правового регулирования. Единство правового регулирования проявляется в установлении и действии общих норм права, распространяющихся на общественные отношения, существующие на всех видах транспорта. Дифференциация состоит в создании и активности правовых положений, регулирующих общественные отношения на отдельных видах транспорта;

3) субъекты транспортного права и их правовое положение. Основными субъектами транспортного права являются: производители транспортных работ и услуг, их работники, пользователи транспортных работ и услуг,

владельцы объектов транспортной инфраструктуры, органы государственной власти, осуществляющие исполнительно-распорядительную деятельность, контроль и надзор в сфере транспортной деятельности. Особенности правового положения субъектов обусловлены природой отношений, в которые они вступают для удовлетворения потребностей. В организационных и имущественных отношениях, регулируемых гражданским правом, отношения между субъектами строятся на основе равенства, в отношениях государственного управления, контроля и надзора – на началах власти и подчинения, в трудовых, земельных, экологических, цивилистических процессуальных отношениях – на базе координации и субординации, в финансовых отношениях – на основе власти и подчинения;

4) основанием возникновения транспортных прав и обязанностей при реализации диспозитивной составляющей метода являются договоры, иные сделки, создание и приобретение имущества, акты государственных органов и органов местного управления и самоуправления, которые предусмотрены законодательством в качестве оснований возникновения гражданских прав и обязанностей и др. В случае реализации императивного элемента транспортно-правового метода транспортные отношения возникают на основании индивидуальных правовых актов;

5) государственное управление и регулирование транспортной деятельности, к основным функциям которого относятся: проведение государственной политики в области транспортной деятельности; реализация направлений и программ развития транспортной деятельности; обеспечение условий для развития рынка транспортных работ и услуг и др.;

6) специфический правовой режим труда работников, связанных непосредственно с движением транспортных средств и обеспечением безопасности транспортной деятельности;

7) договорной способ осуществления транспортных работ и услуг;

8) сочетание свободных и регулируемых цен за транспортные работы и услуги;

9) специфика ответственности за нарушение транспортных обязательств, заключающаяся в установлении ограниченной ответственности перевозчика за необеспечение сохранности перевозимого груза, багажа в форме возмещения реального ущерба; штрафной неустойки за просрочку доставки груза;

10) специальный претензионный порядок урегулирования требований к перевозчику, возникающих из перевозок грузов, багажа; сокращенный срок исковой давности по притязаниям, возникающим из перевозок грузов.

3. Принципы транспортного права. Основываясь на нормах белорусского транспортного законодательства, анализе исследований о принципах

права[14], в том числе, – транспортного права[15], на наш взгляд, к отраслевым принципам транспортного права следует отнести:

1) гармоничное сочетание публичных и частных интересов в правовом регулировании транспортной деятельности. Данный принцип вытекает из ст.ст. 13, 23, 44, 53, 59, 63 Конституции Республики Беларусь (далее – Конституция) и выражается в возможностях сбалансированного удовлетворения государственных, общественных и частных интересов в процессе осуществления транспортной деятельности. Его реализация осуществляется посредством заключения и исполнения договоров, опосредствующих транспортную деятельность, с учетом требований, предъявляемых к ней в рамках государственного регулирования и управления, контроля в области ее осуществления (ст.ст. 12, 10-11, 23 Закона от 5 мая 1998 года № 140-З «Об основах транспортной деятельности» (в ред. от 17.07.2020 г.) (далее – Закон «Об основах транспортной деятельности»)), соглашений о государственно-частном партнерстве в сфере транспортной деятельности (ст. 6 Закона «Об основах транспортной деятельности»; ч. 3 ст. 12 Кодекса внутреннего водного транспорта Республики Беларусь (далее – КВВТ); ст. 14 Закона Республики Беларусь от 6 января 1999 года № 237-З «О железнодорожном транспорте» (в ред. от 17.07.2018 г.) (далее – Закон «О железнодорожном транспорте»); ст. 6 Закона Республики Беларусь от 2 декабря 1994 года № 3434-XII «Об автомобильных дорогах и автомобильной деятельности» (в ред. от 05.01.2022 г.)), отраслевых тарифных соглашений (ст. 42 КВВТ). В отраслевом транспортном законодательстве данный принцип проявляется в нормах ст.ст. 9, 21, 94

[14] Бондаренко, Н.Л. Принципы гражданского права Республики Беларусь / Н.Л. Бондаренко. – Минск : Белорус. гос. эконом. ун-т, 2007. – С. 55-56, 64, 103; Дробязко, С.Г. Принципы в праве / С.Г. Дробязко // Юрыдычная навука і адукацыя ў Беларускім дзяржаўным універсітэце: гісторыя і сучаснасць / Беларускі дзяржаўны ўніверсітэт. – Мінск : БДУ, 2020. – С. 54-60; Каменков, В.С. Реализация конституционных норм и принципов в экономическом правосудии / Т.И. Довнар, Г.А. Василевич и др. // Актуальные вопросы совершенствования правовой системы на современном этапе : материалы междунар. науч.-практ. конф., посвященной 90-летию проф. С.Г. Дробязко, Минск, 11-12 окт. 2012 г. / под ред. С.А. Балашенко, С.А. Калинина и др. – Минск, 2012. – С. 32, 36; Тиковенко, А.Г. К вопросу о принципах национальной правовой системы / А.Г. Тиковенко // Юрыдычная навука і адукацыя ў Беларускім дзяржаўным універсітэце: гісторыя і сучаснасць / Беларускі дзяржаўны ўніверсітэт. – Мінск : БДУ, 2020. – С. 105-115.

[15] Гречуха, В.Н. Транспортное право России / В.Н. Гречуха. – М. : Юрайт, 2013. – С. 20-21; Духно, Н.А. Теория транспортного права / Н.А. Духно, В.М. Корякин. – М. : Юрлитинформ, 2016. – С. 60-61; Транспортное право. Общая часть / С.В. Борисова [и др.] ; под ред. Н.А. Духно, А.И. Землина. – М. : Юрид. ин-т МИИТа. – 2017. – С. 49-51 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : https://www.miit.ru/content/%D1%81%D0%BE%D0%B4%D0%B5%D1%80%D0%B6%D0%B8%D0%BC%D0%BE%D0%B5.pdf?id_vf=223299. – Дата доступа 23.10.2023; Стрельникова, И.А. Понятие и место транспортного права в системе права России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / И.А. Стрельникова ; Гос. ун-т управления. – М., 2009. – С. 111-115.

Воздушного кодекса Республики Беларусь (далее – ВК); ст.ст. 13, 14, 44 КВВТ; **ст. 11,** 13, 148 Кодекса торгового мореплавания Республики Беларусь (далее – КТМ); ст.ст. 2, 6, 14 Закона «О железнодорожном транспорте»; п. 87 Устава железнодорожного транспорта общего пользования, утвержденного постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 2 августа 1999 года № 1196 (в ред. от 03.11.2023 г.) (далее – УЖТ) и др.

2) свободное передвижение пассажиров, перемещения грузов и багажа. Принцип свободного передвижения пассажиров, перемещения грузов и багажа основывается на положениях, в первую очередь, ст. 30 Конституции, предусматривающей право граждан Республики Беларусь свободно передвигаться и выбирать место жительства в пределах Республики Беларусь, покидать ее и беспрепятственно возвращаться обратно, ст. 13 Основного Закона, регламентирующей свободу предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности, а также ст.ст. 2, 9, 21, 25, 44 Основного Закона. Данный принцип основывается на отсутствии внутриреспубликанских территориальных границ для передвижения пассажиров, перемещения грузов и багажа. Он находит развитие в праве на заключение договоров перевозки, публичном характере соглашений, опосредствующих перевозки транспортом общего пользования, а также некоторых договоров – в нерегулярном сообщении. Реализация данного принципа обнаруживается в абз. 2 ч. 1 ст. 8 Закона «Об основах транспортной деятельности»; ч. 5 ст. 19, ч. 8 ст. 27, абз. 2 ч. 1 ст. 28, 31 Закона Республики Беларусь от 14 августа 2007 года № 278-З «Об автомобильном транспорте и автомобильных перевозках» (в ред. от 18.07.2022 г.) (далее – Закон «Об автомобильном транспорте и автомобильных перевозках»); ст. 100 ВК, ст. 78, 129, 148 КТМ, ст. 79, 109 КВВТ и др.

3) обеспечения доступности транспортной деятельности. Необходимым условием свободного передвижения пассажиров, перемещения грузов и багажа является доступность транспортной деятельности. Правовые истоки данной идеи усматриваются в ст.ст. 21, 25, 30, 44, 47 Конституции. На обеспечение доступности транспортной деятельности направлены нормы Закона «Об основах транспортной деятельности», содержащиеся в: ст. 6 о возможности любых субъектов права владеть объектами транспортной инфраструктуры, что содействует развитию конкуренции и, как следствие обеспечивает доступность транспортной деятельности; ст. 7 о соблюдении производителями транспортных работ и услуг условий добросовестной конкуренции, а также предоставлении информации о выполняемых транспортных работах и оказываемых транспортных услугах и условиях их выполнения, оказания, в том числе информации о тарифах на транспортные работы и услуги, обеспечении возможности выбора этих работ и услуг; ст. 13 о регулировании цен на отдельные перевозки в виде тарифов, компенсации

непокрытых тарифами затрат за счет бюджетных средств, установлении льгот для отдельных категорий граждан.

Данные положения конкретизируются в правовом регулировании деятельности отдельных видов транспорта: ст.ст. 98-99 ВК, ст.ст. 11, 23, 106 КВВТ, ст.ст. 11, 79, 146 КТМ, ст.ст. 12-13 **Закона «О железнодорожном транспорте» и др.**

3) обеспечение безопасности транспортной деятельности. В соответствии с абз. 2 ч. 1 ст. 1 Закона «Об основах транспортной деятельности», безопасность транспортной деятельности – состояние транспортной деятельности, при котором обеспечена минимальная вероятность возникновения опасности для жизни, здоровья и имущества граждан Республики Беларусь, иностранных граждан и лиц без гражданства, имущества юридических лиц Республики Беларусь, иностранных и международных юридических лиц (организаций, не являющихся юридическими лицами), Республики Беларусь, ее административно-территориальных единиц, иностранных государств, а также для окружающей среды. Обеспечение безопасности является важнейшей основополагающей и руководящей идеей транспортного права. Она пронизывает фактически все транспортное законодательство. Истоки данного положения находятся в ст.ст. 2, 13, 21, 24, 44, 45, 46, 55 Конституции. В том или ином акте законодательства, регулирующем общественные отношения на соответствующем виде транспорта, содержится основной структурный элемент, посвященный обеспечению транспортной безопасности: гл. 11 «Авиационная безопасность» и гл. 12 «Безопасность полетов воздушных судов» в ВК, гл. 13 «Безопасность судоходства судов внутреннего плавания, судов смешанного (река-море) плавания» в КВВТ, гл. 25 «Безопасность плавания судов» в КТМ, гл. 5 «Безопасность движения и эксплуатации железнодорожного транспорта. Охрана грузов и объектов организаций железнодорожного транспорта общего пользования. Организация работы железнодорожного транспорта в чрезвычайных ситуациях» в Законе «О железнодорожном транспорте», раздел V «Обеспечение безопасного выполнения автомобильных перевозок грузов» в Правилах автомобильных перевозок грузов, утвержденных постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 30 июня 2008 года № 970 (в ред. от 30.08.2022 г.), гл. 17 «Обеспечение безопасного выполнения автомобильных перевозок пассажиров» в Правилах автомобильных перевозок пассажиров, утвержденных постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 30 июня 2008 года № 972 (в ред. от 31.08.2018 г.).

Помимо правил приведенных выше глав собственно об обеспечении безопасности в транспортном законодательстве содержатся множество норм, направленных на реализацию данной правовой идеи: ст. 17 Закона «Об основах транспортной деятельности», ст.ст. 5–6, 16^1, 18, 22, 29, 37, 36, 38^1 ВК;

ст.ст. **ст. 9**[1], 29–34, 38, 41, 45–46, 48[1], 48[2], 48[3], 79, 106 КВВТ; ст.ст. 7, 8, 22, 42, 43, 49, 53-54, 56-57, 66, 73, 114, 146, 148, 151, 165 КТМ; ст.ст. 20, 21, 34, 36 Закона «О железнодорожном транспорте»; ст.ст. 18, 19, 32 Закона «Об автомобильном транспорте и автомобильных перевозках» и др.

4) обеспечение качества транспортной деятельности. Если обратиться к толкованиям понятия качество в филологическом, философском, правовом аспектах, то все они сходятся в его определении как свойствах, выражающих определенность вещи, свойство же представляет собой обнаружение какой-то стороны качества, достоинства чего-либо[16]; совокупности свойств и характеристик товара (работы, услуги), определяющих соответствие товара (работы, услуги) установленным и (или) обычно предъявляемым к товару (работе, услуге) такого рода требованиям (безопасность, функциональная пригодность, эксплуатационные характеристики, надежность, экономические, информационные и эстетические требования и др.)[17]. Исходя из данных способов толкования, полагаем, что доступность и безопасность являются одними из свойств, определяющих качество транспортной деятельности. Вместе с тем, наряду с ними она может обладать и рядом других: надежностью, устойчивостью, рациональностью, экономичностью, инновационностью, комфортностью и пр. Представляется, что в роли основополагающего начала транспортного права следует рассматривать обеспечение наряду с доступностью и безопасностью иного качества транспортной деятельности. В то же время, в виду закрепившегося словосочетания «качество транспортной деятельности» в законодательстве (абз. 3 ч. 1 ст. 6, ч. 4 ст. 34 Закона «О железнодорожном транспорте», абз. 2-3 ч. 2 ст. 27 Закона «Об автомобильном транспорте и автомобильных перевозках» и др.), выделения в правовом нормировании отдельных свойств транспортной деятельности – доступности, безопасности, полагаем допустимым именовать данный принцип как принцип обеспечения качества наряду с принципами обеспечения доступности и безопасности транспортной деятельности.

Данный принцип проистекает из ст.ст. 21, 47 Конституции. На обеспечение качества транспортной деятельности направлены нормы ч. 2 ст. 7 Закона «Об основах транспортной деятельности»; ч. 5 ст. 24, абз. 2 ч. 2 ст. 27 Закона «Об автомобильном транспорте и автомобильных перевозках»; ч. 1 ст. 18, ст. 20, 38, 94, абз. 5 ч. 5 ст. 99, 117 ВК; ст. 10, ч. 1 ст. 41, **ст.ст.** 51, 73, абз. 5 ч. 1 ст. 106, ст. 112 КВВТ; ст.ст. 49, 53, 93, абз. 2 ч. 1 ст. 146, ст. 164, ч. 1 ст. 165 КТМ; п.п. 14, 17, 95-96, 107-108 УЖТ и др. В правовом регулировании качества транспортной деятельности акцент делается на комфортности,

[16] Ожегов, С.И. Словарь русского языка / С.И. Ожегов. – М. : Русский язык, 1990. – С. 272; Философия / под ред. Н.И. Жукова. – Минск : НТЦ «АПИ», 2000. – С. 189.

[17] Абз.8 ч. 1 ст. 1 Закона Республики Беларусь от 9 января 2002 года № 90-З «О защите прав потребителей» (в ред. от 05.01.2022 г.).

сервисе обслуживания пассажиров, а также коммерческой пригодности транспортных средств перевозимым грузам.

6) оперативной защиты жизни, здоровья, имущества, а также окружающей среды в транспортной деятельности. Данное основное начало исходит из положений ст.ст. 2, 24, 44, 46 Конституции, в соответствии с которыми жизнь, здоровье, имущество, благоприятная окружающая среда признаются основными благами человека, которые охраняются и защищаются государством. В отличие принципа транспортной безопасности, который предполагает создание превентивных условий осуществления транспортной деятельности с минимальным риском возникновения опасности для жизни, здоровья и имущества граждан, организаций, государства, а также окружающей среды и направлен на обеспечение ее нормального осуществления, предлагаемый нами принцип сфокусирован на принятие оперативных мер по защите жизни, здоровья, имущества, окружающей среды при возникновении реальной опасности, препятствий в осуществлении прав, необходимость в которых возникает как вследствие правовых нарушений участников транспортной деятельности, так и иных обстоятельств внешнего характера (природных, социальных явлений, деяний третьих лиц, свойств грузов и т.п.).

На реализацию данного принципа направлены нормы ст. 7, 19 Закона «Об основах транспортной деятельности» об обязанности производителей транспортных работ и услуг незамедлительно принимать меры по ликвидации последствий чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера в случаях, предусмотренных законодательством. В ВК на реализацию принципа оперативной защиты основных нематериальных и материальных благ в случаях авиационных событий направлены нормы, в частности, гл. 13 о поисковом и аварийно-спасательном обеспечении полетов воздушных судов; в КВВТ – гл. 15 о спасании людей, судов и иного имущества; в КТМ – гл. 26 о спасании судов и другого имущества. Помимо отмеченных положений в данных кодексах присутствуют и иные нормы о принятии срочных мер реагирования в целях защиты жизни, здоровья, имущества (ст.ст. 83-84 ВК; ст. 44, 47, 48^3, 109, 128, 129 КВВТ; ст.ст. 61-64, 67 КТМ).

На железнодорожном транспорте принцип оперативной защиты жизни, здоровья, имущества, окружающей среды на ходит отражение в ч. 6 ст. 26 Закона «О железнодорожном транспорте», предусматривающей обязанность организаций железнодорожного транспорта общего пользования, владельцев железнодорожных путей необщего пользования принимать меры по локализации и ликвидации последствий транспортных происшествий, в том числе крушений, аварий и инцидентов, спасению жизни и сохранению здоровья граждан, снижению размеров вреда окружающей среде, имуществу юридических и физических лиц; ст. 32 данного Закона, регламентирующей обязанность организаций железнодорожного транспорта общего пользования

принимать незамедлительные меры по ликвидации чрезвычайных ситуаций, вызвавших нарушение работы железнодорожного транспорта общего пользования, незамедлительно информировать соответствующие государственные органы о фактах возникновения чрезвычайных ситуаций и принимаемых мерах по их ликвидации, а также оповестить население, которое может оказаться в опасной для жизни и здоровья зоне воздействия факторов, обусловленных чрезвычайной ситуацией. Для ликвидации чрезвычайных ситуаций владельцами инфраструктуры, иными организациями железнодорожного транспорта общего пользования, определенными в соответствии с законодательными актами, создаются аварийно-спасательные службы и др.

В правовом регулировании деятельности автомобильного транспорта принцип оперативной защиты жизни, здоровья, имущества находит реализацию в абз. 16-17 п. 230 Правил автомобильных перевозок пассажиров, утвержденных постановлением Совета Министров Республики Беларусь 30 июня 2008 года № 972 (в ред. от 31.08.2018г.), предписывающий членам экипажа транспортного средства (водителю, кондуктору) оказать при необходимости пассажиру доврачебную помощь или вызвать скорую медицинскую помощь либо принять меры по доставке этого пассажира в ближайшее лечебное учреждение и др.

В определенной степени развитие принципа оперативной защиты жизни, здоровья и имущества при аномалиях, выраженных в нарушениях прав, связанных с перевозками, прослеживается в нормах о претензионном порядке, предусматривающем, в том числе, сроки предъявления претензий, а также сокращенных сроках исковой давности (п. 297-298 Авиационных правил воздушных перевозок пассажиров, багажа, грузов, утвержденных постановлением Министерства транспорта и коммуникаций Республики Беларусь от 12 августа 2009 года № 70 (в ред. от 16.07.2014 г.) ст. 123 ВК; ст.ст. 160, 163 КВВТ; ст.ст. 312, 316 КТМ; п.п. 248, 261 Правил автомобильных перевозок пассажиров, утвержденных постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 30 июня 2008 года № 972 (в ред. от 31.08.2018 г.), п. 115, 122 Правил автомобильных перевозок грузов, утвержденных постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 30 июня 2008 года № 970 (в ред. от 30.08.2022 г.), ст. 58 Закона «Об автомобильном транспорте и автомобильных перевозках»; п.п.140, 145 УЖТ).

6) обеспечение интеграции белорусской транспортной системы в международную транспортную систему. Данный принцип базируется на ст.ст. 8-9, 11, 13, 23, 30, 59 Конституции и призван обеспечить передвижение пассажиров, перемещение грузов, багажа через Государственную границу Республики Беларусь по международным транспортным коридорам. В развитие данного принципа ст. 2 Закона «Об основах транспортной деятельности», ст. 4 ВК, ст. 4 КВВТ, ст. 5 КТМ, ст. 5 Закона «О железнодорожном транспорте»,

ст. 3 Закона «Об автомобильном транспорте и автомобильных перевозках» устанавливают приоритет норм международного договора по отношению ко внутреннему законодательству Республики Беларусь. В специальном законодательстве данный принцип прослеживается в гл. 10, ст.ст. 3, 55, 71, 89, 92, 98, 99-100 ВК; ст.ст. 32, 38, 106, 109 КВВТ; гл. 3, ст.ст. 6, 24, 28, 40, 42, 45, 146, 148 КТМ; ст.ст. 9, 12, 13, 18, 19, 22, 24 Закона «О железнодорожном транспорте»; ст.ст. 1, 4, 9-10, 14-16, 18, 29-32, 35-36, 40 Закона «Об автомобильном транспорте и автомобильных перевозках» и др.

Выделенные принципы выражают существенные идеи транспортного права, их руководящая роль согласуется с целями и задачами Государственной программы «Транспортный комплекс» на 2021–2025 годы, утвержденной постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 23 марта 2021 года № 165 (в ред. от 10.05.2023 г.); Программы социально-экономического развития Республики Беларусь от 29 июля 2021 года № 292 (в ред. от 23.06. 2023 г.).

4. Функции транспортного права. Транспортному праву свойственны специально-юридические функции: 1) регулирующе-статическая функция, выраженная в закреплении его основных категорий и институтов, принципов правового регулирования, субъектов транспортной деятельности, их основных прав и обязанностей, государственных органов, осуществляющих государственное регулирование и управление в сфере транспортной деятельности, их компетенции, договоров и иных юридических фактов как основаниях возникновения прав и обязанностей и др.; 2) регулирующе-динамическая функция, состоящая в разработке направлений и программ развития транспортного комплекса, конкретизации прав и обязанностей субъектов транспортной деятельности в форме договоров, заключаемых в сфере транспортной деятельности и пр. 3) регулирующе-охранительная функция заключается в установлении мер ответственности, иных способов защиты прав или законных интересов и др. Специфика регулятивного воздействия транспортного права состоит в том, что оно в значительной степени наполнено охранительными элементами, выходящими за пределы охранительной функции в ее классическом понимании, не связанными с нарушением или оспариванием прав или законных интересов, направленными на обеспечение транспортной безопасности. Через юридические функции реализуется социальное воздействие транспортного права.

5. Цель транспортного права и заинтересованность государства и общества в самостоятельном регулировании отношений в сфере транспортной деятельности; источники права. Функции транспортного права предопределены его целью, которую можно сформулировать как упорядочивание общественных отношений в сфере транспортной деятельности, направленное на обеспечение функционирования транспортного комплекса, удовлетворение

потребностей потребителей и государства в транспортных услугах и работах, а также общества состоянием его функционирования. Заинтересованность государства в самостоятельном регулировании общественных отношений в сфере транспортной деятельности прослеживается, на наш взгляд, в двух аспектах: 1) экономическом, что обусловлено значимостью транспортной отрасли для национальной экономики, возможности удовлетворения ее посредством имущественных и иных потребностей граждан, общества, государства, в то же время, – спецификой и сложностью общественных связей на транспорте; 2) в формально-правовом, что выражается в закреплении предписаний в правовых актах определенного вида и уровня: основополагающих Законе «Об основах транспортной деятельности», содержащим общие правовые конструкции для всех видов транспорта: дефиниции основных терминов транспортного права, принципы правового регулирования транспортной деятельности, правоспособность субъектов транспортной деятельности, основы государственного регулирования и управления и др., Гражданском кодексе Республики Беларусь, устанавливающим общие положения о перевозке и транспортной экспедиции. На каждом виде транспорта принят специальный законодательный акт, закладывающий фундамент правового регулирования общественных отношений на данном виде транспорта, положения которого находят свое развитие в иных специальных нормативных правовых актах подзаконного уровня (ВК, КВВТ, КТМ, Закон «О железнодорожном транспорте», Закон «Об автомобильном транспорте и автомобильных перевозках», Закон Республики Беларусь от 5 мая 2014 года № 141-З «О городском электрическом транспорте и метрополитене» (в ред. от 09.01.2019 г.)). Уровень принятия, содержание и количество нормативных правовых актов, регулирующих общественные отношения в сфере транспортной деятельности, свидетельствуют о приоритетной важности их правового нормирования, значительном объеме транспортного законодательства, весомости систематизированных правовых положений, регулирующих общественные отношения на отдельных видах транспорта, становлении и развитии общих правовых дефиниций, принципов и конструкций для всех видов транспорта.

6. Понятийный аппарат и специальные юридические конструкции. Помимо общих конструкций, содержащихся в Законе «Об основах транспортной деятельности», Гражданском кодексе Республики Беларусь, в законодательстве, регулирующем общественные отношения на соответствующем виде транспорта, содержатся специальные юридические конструкции: договоры об оказании услуг диспетчера такси, на подачу и уборку вагонов, выполнение авиационных работ и пр., которые при потенциальной кодификации транспортного законодательства претендуют на место в Особенной части.

Полагаем, что транспортное право представляет собой общность норм права, регулирующих общественные отношения в сфере транспортной деятельности, интегрированных по таким признакам как предмет, метод правового регулирования, принципы, общие понятийный аппарат и правовые конструкции и некоторым иным в отрасль права в системе права.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

Алексеев, С.С. Избранное / С.С. Алексеев. – М. : Статут, 2003. – 480 с.

Андреев, В.К. Транспортное право / В.К. Андреев. – Калинин : КГУ, 1977. – 84 с.

Бондаренко, Н.Л. Принципы гражданского права Республики Беларусь / Н.Л. Бондаренко. – Минск : Белорус. гос. эконом. ун-т, 2007. – 179 с.

Бастрыкина, О.А. Системообразующие связи внутреннего содержания права : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О.А. Бастрыкина ; Коломен. гос. пед. ин-т. – Коломна, 2006. – 197 с.

Воронов, Р.Г. Актуальные проблемы развития транспортного права как комплексной отрасли права России / Р.Г. Воронов // Искусственный интеллект и тренды цифровизации: техногенный прорыв как вызов праву : материалы Третьего Международного транспортно-правового форума, Москва, 10-11 февраля 2021 г. – С. 600-605 / Рос. ун-т транспорта [Электронный ресурс] – Режим доступа: https://www.elibrary.ru/download/elibrary_47461651_83763253.pdf. – Дата доступа: 07.06.2023.

Головина, А.А. Критерии образования самостоятельных отраслей в системе российского права : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / А.А. Головина ; Моск. гос. юрид. акад. им. О.Е. Кутафина. – Москва, 2012. – 195 с.

Гречуха, В.Н. Транспортное право / В.Н. Гречуха. – М. : МГИУ, 2002. – Ч. 1. – С. 12.

Гречуха, В.Н. Транспортное право России / В.Н. Гречуха. – М. : Юрайт, 2013. – 583 с.

Дембо, Л.И. О принципах построения системы права / Л.И. Дембо // Советское гос-во и право. – 1956. – № 8. – С. 88–98.

Дробязко, С.Г. Принципы в праве / С.Г. Дробязко // Юрыдычная навука і адукацыя ў Беларускім дзяржаўным універсітэце: гісторыя і сучаснасць / Беларускі дзяржаўны ўніверсітэт. – Мінск : БДУ, 2020. – 534 с.

Духно, Н.А. Теория транспортного права / Н.А. Духно, В.М. Корякин. – М. : Юрлитинформ, 2016. – 288 с.

Духно, Н.А. Транспорт и транспортное право: исторические взаимосвязи и перспективы / Н.А. Духно // Мир транспорта. – 2019. – № 3. – С. 63 (56-70). [Электронный ресурс] – Режим доступа: https://www.elibrary.ru/download/elibrary_40804230_98537118.pdf. – Дата доступа: 07.06.2023.

Егиазаров, В.А. Транспортное право / В.А. Егиазаров. – М. : Юстицинформ, 2018. – 403 с.

Землин, А.И. К вопросу о месте транспортного права в системе российского права / А.И. Землин // Транспортное право и безопасность. – 2016. – № 4.

– С. 58-68. [Электронный ресурс] – Режим доступа: https://www.elibrary.ru/download/elibrary_30487335_57574593.pdf. – Дата доступа: 07.06.2023.

Изволенский, В.Н. Правовые вопросы железнодорожных перевозок / В.Н. Изволенский. – М. : гос. трансп. железнодор. изд-во, 1955. – 188 с.

Каменков, В.С. Реализация конституционных норм и принципов в экономическом правосудии / Т.И. Довнар, Г.А. Василевич и др. // Актуальные вопросы совершенствования правовой системы на современном этапе : материалы междунар. науч.-практ. конф., посвященной 90-летию проф. С.Г. Дробязко, Минск, 11-12 окт. 2012 г. / под ред. С.А. Балашенко, С.А. Калинина и др. – Минск, 2012. – С. 32–37.

Курдюк, Г.П. Отрасль права как элемент системы права (теоретико-правовое исследование) : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Г.П. Курдюк ; Краснодар. академия Мин-ва внутр. дел России. – Краснодар, 2004. – 221 с.

Макеева, Е.М. Система права Российской Федерации (вопросы теории и практики) : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Е.М. Макеева; Моск. гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. – Москва, 2006. – 189 с.

Мельников, В.С. Транспортное законодательство и транспортное право / В.С. Мельников, Ю.В. Мельникова // Образование и право. – 2021. – № 3. – С. 108–111 [Электронный ресурс] – Режим доступа: https://cyberleninka.ru/article/n/transportnoe-zakonodatelstvo-i-transportnoe-pravo/viewer – Дата доступа: 07.06.2023.

О защите прав потребителей [Электронный ресурс] : Закон Респ. Беларусь, 9 янв. 2002 г., № 90-З : в ред. от 05.01.2022 г. // ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2024.

Ожегов, С.И. Словарь русского языка / С.И. Ожегов. – М. : Русский язык, 1990. – 921 с.

Петров, Д.Е. Дифференциация и интеграция структурных образований системы российского права : дисс. ... докт. юрид. наук : 12.00.01 / Д.Е. Петров ; Саратов. гос. юрид. акад. – Саратов, 2015. – 505 с.

Романович, А. Н. Транспортные правоотношения / А.Н. Романович. – Минск: Университетское, 1984. – 126 с.

Спирин, И.В. Транспортное право / И.В. Спирин. – М. : Транспорт, 2001. – 302 с.

Стрельникова, И.А. Понятие и место транспортного права в системе права России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / И.А. Стрельникова ; Гос. ун-т управления. – М., 2009. – 241 с.

Тадевосян, В.С. Некоторые вопросы системы советского права / В.С. Тадевосян // Советское государство и право. – 1956. – № 8. – С. 99–108.

Тиковенко, А.Г. К вопросу о принципах национальной правовой системы / А.Г. Тиковенко // Юрыдычная навука і адукацыя ў Беларускім дзяржаўным універсітэце: гісторыя і сучаснасць / Беларускі дзяржаўны ўніверсітэт. – Мінск : БДУ, 2020. – 534 с.

Транспортное право. Общая часть / С.В. Борисова [и др.] ; под ред. Н.А. Духно, А.И. Землина. – М. : Юрид. ин-т МИИТа. – 2017. – 259 с. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : https://www.miit.ru/content/%D1%81%D0%BE%D0%B4%D0%B5%D1%80%D0%B6%D0%B8%D0%BC%D0%BE%D0%B5.pdf?id_vf=223299. – Дата доступа 23.10.2023.

Уфимцева, Е.В. Отраслеобразование в современном российском праве: доктринальные основы и критерии : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Е.В. Уфимцева ; Федер. гос. бюдж. образоват. учр. Высш. обр. «Уральский государственный юридический университет». – Екатеринбург, 2017. – 240 с.
Философия / под ред. Н.И. Жукова. – Минск : НТЦ «АПИ», 2000. – 352 с.
Шаповалов, А.А. Отрасль современного российского права (вопросы теории) : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / А.А. Шаповалов; Саратов. юрид. ин-т Мин-ва внутр. Дел Российской Федерации. – Саратов, 2011. – 155 с.

Tatyana Adamovna Sigaeva
Belarusian State Economic University
296405@tut.by
ORCID ID: 0009-0007-5215-0667

The Concept of Belarusian Transport Law

Abstract: *The article is devoted to the definition of the concept and place of transport law in the Belarusian legal system. It describes the discussion that takes place in the legal literature regarding the concept and place of transport law in the legal system, and modern approaches to the concept of the branch of law and the criteria for its definition in legal theory. On this basis, the author gives her own justification for the concept of Belarusian transport law as a branch of law.*

Keywords: *transport law, subject of transport law, method of transport law, principles of transport law, transportation.*

Тајана Адамовна Сигаева
Белоруски државни економски универзитет
296405@tut.by
ORCID ID: 0009-0007-5215-0667

Концепт Транспортног права Белорусије

Сажетак: *Овај чланак је посвећен дефиницији концепта и места транспортног права у белоруском правном систему. Бави се дискусијом која се одвија у правној литератури узимајући у обзир концепт и место транспортног права у правном систему, и модерне приступе концепта те гране права и критеријум за његову дефиницију у правној теорији. На овим основама, ауторка даје њену личну дефиницију концепта транспортног права Белорусије као гране права.*

Кључне речи: *транспортно право, предмет транспортног права, метод транспортног права, принципи транспортног права, превоз.*

Датум пријема рада: 15.01.2024.
Датум прихватања рада: 13.05.2024.

Прегледни рад 347.65/68:341.9(497.11+497.16)
doi:10.5937/zrpfns58-49842

Милана В. Ранковић
Универзитет Црне Горе
Правни факултет
milanatmc@gmail.com
ORCID ID: 0009-0006-9332-6326

МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО ЦРНЕ ГОРЕ И СРБИЈЕ У ОБЛАСТИ НАСЛЕЂИВАЊА И ОСТВАРИВАЊЕ ХАРМОНИЈЕ У ОДЛУЧИВАЊУ* **

Сажетак: *У овом раду се компаративним методом анализирају норме међународног приватног права Црне Горе и Републике Србије у области наслеђивања.*

Прво се анализирају норме о међународној надлежности обе државе, са аспекта превенције позитивних сукоба надлежности, а након тога се, упоредним методом испитују одредбе о одређивању меродавног права за наслеђивање. Међународно приватно правна питања (надлежност, меродавно право и међусобно признање одлука) се разматрају кроз шест хипотетичких чињеничних ситуација, како би се илустровали проблеми координације са којима се судови, односно нотари у ове две државе могу суочити приликом расправљања заоставштине са елементом иностраности везаним за другу посматрану државу.

Рад има за циљ да испита да ли разлике у нормама о међународној надлежности и о меродавном праву негативно утичу на решавање наследноправних предмета везаних за две државе и да размотри могућа решења како би се тај негативни утицај могао отклонити.

Кључне речи: *међународно приватно право Црне Горе, међународно приватно право Србије, наслеђивање са елементом иностраности, надлежност*

---

* Посебну захвалност изражавам проф. др Маји Станивуковић, редовном професору Правног факултета у Новом Саду, чије су сугестије и коментари били од кључног значаја приликом конципирања и унапређења садржаја овог рада.

** Овај рад под називом „Private International law in Area of Inheritance: Comparative Analysis of Legal Solutions in Serbia and Montenegro“ је изложен 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.

за расправљање заоставштине са иностраним елементом, меродавно право за наслеђивање, оставински поступци.

УВОД

Приликом расправљања заоставштине пред црногорским, односно, српским судовима често се јавља елемент иностраности везан за другу посматрану државу[1]. Црна Гора и Република Србија деле исту правну традицију, па је већина закона ове две државе слична. Обе државе су на наследноправне односе са иностраним елементом све до доношења Закона о међународном приватном праву Црне Горе 2014. године (у даљем тексту: „ЗМПП ЦГ")[2], примењивале исти закон – Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (у даљем тексту: „ЗРСЗ РС")[3], који и даље важи у Србији. Доношењем новог закона у Црној Гори извршена је свеобухватна реформа међународног приватног права, а одредбе закона су у великој мери усклађене са правом ЕУ. У области наслеђивања, одредбе ЗМПП ЦГ предвиђају слична решења као и Уредба (ЕУ) бр. 650/2012 Европског Парламента и Савета од 4. јула 2012. о наслеђивању, меродавном праву, признању и извршењу страних пресуда, и прихватању и спровођењу аутентичних инструмената у питањима наслеђивања и о стварању европског сертификата о наслеђивању (у даљем тексту: „Уредба о наслеђивању ЕУ")[4].

У раду се упоредним методом анализирају норме међународног приватног права у области наслеђивања у Црној Гори и Србији, последице које изазива различитост правних режима и да ли те разлике могу утицати на решавање наследноправних предмета. У том циљу, прво се анализирају одредбе о међународној надлежности, са освртом на питање признања и извршења одлука. Затим се разматрају норме о одређивању меродавног права и испитује се да ли ће различите норме о одређивању меродавног права утицати на то по ком праву ће се расправити заоставштина и да ли одређивање права Републике Србије или права Црне Горе, као меродавног може довести до различитог наследноправног резултата. Ова три питања међународног

[1] Инострани елемент везан за другу посматрану државу може се огледати у свим елементима наследноправног односа: у субјектима (оставилац, наследници и др.), предмету наслеђивања (заоставштина) и у основу наслеђивања (тестамент).

[2] Закон о међународном приватном праву Црне Горе – ЗМПП ЦГ, *Сл. лист ЦГ*, бр. 1/14, 6/14 – испр., 11/14 -испр., 14/14 и 47/15 – др. закон.

[3] Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља – ЗРСЗ РС, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр., *Сл. лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Сл. гласник РС*, бр. 46/06 – др. закон.

[4] Regulation (EU) no. 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession.

приватног права (надлежност, меродавно право и међусобно признање одлука) се разматрају кроз шест хипотетичких чињеничних ситуација.

Рад има за циљ да испита да ли разлике у нормама о међународној надлежности и о меродавном праву негативно утичу на решавање наследноправних предмета везаних за обе државе и да размотри могућа решења како би се тај негативни утицај могао отклонити.

1. МЕЂУНАРОДНА НАДЛЕЖНОСТ

У обе посматране државе, расправљање заоставштине врши се у ванпарничном поступку и то тако што суд по службеној дужности покреће оставински поступак чим сазна да је неко лице умрло или проглашено за умрло. Потом, суд испитује да ли су испуњене процесне претпоставке, између осталих и то да ли постоји његова међународна, стварна и месна надлежност, а тек када утврди да су оне испуњене, прелази у фазу одлучивања о суштини предмета[5]. Правила о међународној надлежности за парнични поступак сходно се примењују и на ванпарнични, односно оставински поступак[6]. За поступак расправљања заоставштине у обе државе стварно је надлежан основни суд, месно је надлежан основни суд на чијем је подручју оставилац у време смрти имао пребивалиште, односно боравиште, а ако оставилац у време смрти није имао ни пребивалиште ни боравиште на територији те државе, месно је надлежан основни суд на чијем се подручју налази претежни део његове заоставштине[7].

Оставински поступци са иностраним елементом у ове две државе се разликују у погледу органа који расправља заоставштину и правила о међународној надлежности.

1.1. Орган који је надлежан да расправља заоставштину

У Србији заоставштину најчешће расправља оставински суд, који може донети одлуку о поверавању спровођења оставинског поступка јавном бе-

[5] Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво, Београд 2021, 381.

[6] Чл. 2, ст. 2 Закона о ванпарничном поступку – ЗВП ЦГ, *Сл. лист РЦГ*, бр. 27/06 и *Сл. лист ЦГ*, бр. 20/15, 75/18 – др. закон и 67/19, у вези са чл. 29 Закона о парничном поступку Црне Горе, *Сл. лист РЦГ*, бр. 22/04, 28/05 – одлука УС и 76/06 и *Сл. лист ЦГ*, бр. 47/15 – др. закон, 48/15, 51/17, 75/17 – одлука УС, 62/18 – одлука УС, 34/19, 42/19 – испр. и 76/20; Чл. 30, ст.2 Закона о ванпарничном поступку – ЗВП РС, *Сл. гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 – др. закон, 18/05 – др. закон, 85/12, 45/13 – др. закон, 55/14, 6/15, 106/15 – др. закон и 14/22, у вези са чл.26, ст.1 Закона о парничном поступку Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 72/11, 49/13 – одлука УС, 74/13 – одлука УС, 55/14, 87/18, 18/20 и 10/23 – др. закон.

[7] Чл. 88, ст. 1 и 2 ЗВП РС, и чл. 95, ст. 1 и 2 ЗВП ЦГ.

лежнику само ако је за сва наследноправна питања меродавно спрско право[8]. *Ratio legis* ове одредбе је да се избегне да јавни бележник примењује страно право на наслеђивање[9]. Са друге стране, у Црној Гори, Законом о изменама и допунама ЗВП из 2015. године, предвиђено је да се поступак расправљања заоставштине спроводи код нотара као повереника суда, с тим да се у случају спора у односу на правна питања или у односу на чињенице, предмет враћа суду на одлучивање[10]. Суд ће поверити нотару спровођење поступка расправљања заоставштине и доставити му смртовницу, односно предлог којим је покренут поступак расправљања заоставштине[11]. Када нотар спроводи радње у поступку расправљања заоставштине као повереник суда, овлашћен је, као и суд, да предузима радње и доноси одлуке, па је тако овлашћен да по службеној дужности примени страно меродавно право.

1.2. Правила о међународној надлежности

Норме о међународној надлежности српских судова, садржане у чл. 71-73 ЗРСЗ РС, заснивају се на принципу подељене заоставштине, и оне као критеријум предвиђају држављанство оставиоца и разликовање између покретне и непокретне заоставштине. За непокретности које се налазе у Србији, постоји искључива надлежност суда Републике Србије (у даљем тексту „Србије" и „РС").[12] Српски судови по правилу неће расправљати непокретну заоставштину која се налази у иностранству, јер са њихове тачке гледишта, о томе треба да одлучује држава у којој се непокретност налази.[13]

---

[8] Чл. 110а, ст.1 ЗВП РС.

[9] Јавни бележник може одлучивати о појединим процесноправним питањима са елементом иностраности, нпр. он може утврдити страначку и процесну способност странца у складу са правом његовог држављанства (чл. 79 ЗРСЗ РС) и одлучивати о приговору међународне литиспенденције (чл. 80 ЗРСЗ РС). Међутим, ако се у току повереног оставинског поступка постави питање међународне надлежности, он о томе не може одлучивати, већ треба да прекине оставински поступак и предмет врати суду. Такође, јавни бележник не може одлучивати о признању стране судске одлуке као о претходном питању. Види више: Славко Ђорђевић, „Поверавање спровођења оставинског поступка јавном бележнику – неколико напомена из угла међународног приватног права", *Форум*, 2020, 79.

[10] Velibor Korać, *Notari i notarski zapisi*, 3M Makarije, Podgorica 2018, 262.

[11] Чл. 94, ст. 1 и 2 ЗВП ЦГ.

[12] Маја Станивуковић, Петар Ђундић и Сања Ђајић, *Међународно приватно право – посебни део*, ЈП „Службени гласник", Београд 2022, 234-240.

[13] Slavko Đorđević and Zlatan Meškić, „The relations of Bosnia and Herzegovina, Serbia, North Macedonia and Montenegro with EU Member States", *European Private International Law and Member State Treaties with third states: The case of the European Succession Regulation* (eds. Anatol Dutta and Wolfgang Wurmnest), Intersentia 2019, 213; Mihailo Dika, Gašo Knežević i Srđan Stojanović, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Nomos, Beograd 1991, 234.

Ова правила готово да немају ништа заједничко са правилима о међународној надлежности црногорског суда, из чл. 127 ЗМПП ЦГ, која се заснивају на принципу јединствене заоставштине, уз одступања од тог принципа предвиђена у чл. 128-129. Суд Црне Горе је међународно надлежан за наслеђивање целокупне заоставштине ако је оставилац у време смрти имао уобичајено боравиште у Црној Гори,[14] без обзира на то где се заоставштина налази. Наиме, приликом доношења ЗМПП ЦГ 2014. године, одустало се од правила о искључивој надлежности за непокретну заоставштину, па се тако међународна надлежност за наслеђивање, било непокретних или покретних ствари, утврђује према правилима о конкурентној надлежности.[15]

Из тога проистиче да, посматрано из перспективе српског суда, у одређеним ситуацијама када се непокретна заоставштина налази на подручју Србије и на подручју Црне Горе, неће бити могуће спровести јединствени поступак[16].

Чл. 71, ст. 2 ЗРСЗ РС, прописује да је српски суд само помоћно надлежан да расправља непокретну заоставштину српског држављанина која се налази у иностранству и то ако по праву државе у којој се налазе непокретности није надлежан њен орган[17]. Према ставу прихваћеном од стране правне

[14] Чл. 127 ЗМПП ЦГ. Више речи о концепту уобичајеног боравишта биће у делу у којем се говори о меродавном праву.

[15] Чл. 119 ЗМПП ЦГ који прописује да је суд Црне Горе искључиво надлежан у поступцима у којима је предмет стварно право на непокретности или закуп непокретности ако се непокретност налази у Црној Гори, не може се екстензивно тумачити на начин да се исти тај члан може применити на непокретну заоставштину. Превасходно је сметња таквом тумачењу чл. 107 ЗМПП ЦГ који прописује да искључива надлежност мора бити изричито законом прописана.

[16] Посматрано са аспекта српског суда није могуће спровести јединствени поступак у случају када је оставилац био црногорски држављанин, који је иза себе оставио непокретну заоставштину која се налази у Црној Гори, јер чл. 72. ЗРСЗ не предвиђа међународну надлежност српског суда у том случају. Даље, ако је оставилац био српски држављанин са уобичајеним боравиштем у Црној Гори, на основу чл. 71, ст. 2 ЗРСЗ, произилазило би да српски суд не би могао да прошири своју надлежност на непокретну заоставштину која се налази у Црној Гори, јер је за тај део заоставштине предвиђена надлежност органа Црне Горе, према ЗМПП ЦГ. Међутим, према ставу који је прихваћен у делу правне доктрине (Види: S. Đorđević, „Some remarks on prevention and resolution of positive jurisdiction conflicts", 37.), чл. 71, ст. 2 ЗРСЗ, не треба тумачити рестриктивно, већ на начин да српски суд није надлежан да расправља непокретну заоставштину српских држављана у иностранству, једино ако право стране државе предвиђа искључиву надлежност у тој ствари. Ако би се прихватило ово тумачење, произилази да би српски суд могао да прошири своју надлежност на непокретности које се налазе у Црној Гори.

[17] Да би утврдио надлежност, српски суд прво мора размотрити одредбе о међународној надлежности стране државе у којој се заоставштина налази. Уколико нађе да постоји искључива надлежност страног суда, српски суд се мора огласити међународно ненадлежним за расправљање оног дела непокретне заоставштине који се налази у иностранству, па у овим ситуацијама не може доћи до позитивних сукоба надлежности.

доктрине, овај члан не треба тумачити рестриктивно, јер то може довести до непотребног ограничавања надлежности српских судова. Па тако, српски суд неће бити надлежан да одлучује о непокретној имовини која се налази у страној држави, само ако постоји искључива надлежност страног суда[18]. Односно, конкурентна надлежност страног суда неће бити довољна да искључи надлежност српског суда у овом случају.

Са друге стране, правила о помоћној надлежности суда Црне Горе из чл. 128 ЗМПП ЦГ примењују се када оставилац није имао уобичајено боравиште у Црној Гори и она прописују да ће у том случају суд Црне Горе бити надлежан на основу чињенице да се ствари које чине заоставштину налазе у Црној Гори и уколико је испуњен један од додатних услова: да је право Црне Горе изабрано као меродавно за наслеђивање; или да је оставилац у време смрти био црногорски држављанин; или да се примена овог члана односи само на те ствари.

Као што смо напред навели, правила о надлежности српског суда се разликују у зависности од тога да ли се ради о покретној или непокретној заоставштини. Тако међународна надлежност за покретну заоставштину постоји ако се покретности налазе на територији Србије или ако по праву државе у којој се покретности налазе није надлежан страни орган, односно ако тај орган одбија да расправља заоставштину[19].

Српски суд је такође надлежан да расправља покретну заоставштину страног држављанина која се налази у Србији, осим ако у држави оставиоца суд није надлежан да расправља покретну имовину српских држављана[20]. За расправљање покретне заоставштине лица без држављанства, лица чије се држављанство не може утврдити или лица које има статус избеглице, надлежност суда Србије постоји ако се покретности налазе у Србији или ако је оставилац у време смрти имао пребивалиште у Србији[21]. Ако оставилац у време смрти није имао пребивалиште у Србији, сходно ће се примењивати одредбе које важе за расправљање заоставштине страног држављанина,

---

[18] Slavko Đorđević, „Some remarks on prevention and resolution of positive jurisdiction conflicts between Croatian (Member State) and Serbian Courts in Cross- Border Succession Cases – From Croatian (EU) and Serbian Point of view", *Pravni Vjesnik* 36/2/2020, 37.

[19] Чл. 71, ст.3 ЗРСЗ РС.

[20] Види чл. 72, ст. 2 ЗРСЗ РС. У овом случају суд мора прво да узме у обзир норме стране државе о међународној надлежности. Српски суд неће бити надлежан ако у држави чији је оставилац држављанин суд није надлежан да расправља покретну заоставштину држављанина Србије. Уколико суд утврди да није међународно надлежан да расправља покретну заоставштину страног држављанина, потребно је да изврши попис покретне имовине и да је преда конзуларном представништву државе чији је држављанин био оставилац . Међутим, и у случају када не постоји надлежност домаћег суда, он може одредити мере за обезбеђење заоставштине и за заштиту права према заоставштини која се налази у Србији.

[21] Чл. 73, ст. 2 ЗРСЗ РС.

подразумевајући под страном државом државу у којој је оставилац у време смрти имао пребивалиште.

ЗМПП ЦГ даје значај аутономији воље, на начин што у чл. 129 прописује да оставилац може располагањем имовином за случај смрти, одредити да суд или судови државе чије право може изабрати као меродавно за наслеђивање у складу са чл. 72 овог закона, буду надлежни и за расправљање целокупне заоставштине или дела заоставштине[22]. Овако изабрана надлежност суда је искључива.

Могућност избора суда који ће бити надлежан да расправља део заоставштине доводи до цепања заоставштине на процесном нивоу и може проузроковати бројне проблеме координације у пракси. Проблеми такође могу настати уколико тестатор изабере право и надлежни суд за део заоставштине за који постоји искључива надлежност српског суда. На пример, уколико тестатор изабере да буде надлежан суд Црне Горе за непокретну заоставштину која се налази у Србији, за коју постоји искључива надлежност суда Србије[23]. Таква одлука касније у Србији неће моћи да бити призната, због постојања искључиве надлежности српског суда[24].

У српском праву је такође дозвољен споразум о избору суда у наследноправним стварима, сходно чл. 49 ЗРСЗ РС, али се у пракси не користи[25]. Стране у овом споразуму (наследници, легатари и сл.) могу уговорити надлежност српског суда, ако је барем једна од странака српски држављанин или правно лице са седиштем у Србији[26]. Уколико стране желе да надлежан буде страни суд, бар једна од њих мора бити страни држављанин или правно лице са седиштем у иностранству и не сме да буде у питању предмет за који је предвиђена искључива надлежност српског суда[27].

Дакле, неминовно је да долази до позитивних сукоба надлежности, јер се правила о надлежности ове две државе заснивају на различитим критеријумима и принципима. Позитивни сукоби надлежности угрожавају правну сигурност и излажу странке непотребним трошковима, а у коначном исходу могу проузроковати да одлука која је донета у Црној Гори, не буде призната у Србији, односно одлука која је донета у Србији, не буде призната у Црној Гори[28].

---

[22] Maja Kostić-Mandić, *Međunarodno privatno pravo,* Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, Podgorica 2017, 369.

[23] Чл. 71, ст. 1 ЗРСЗ РС.

[24] S. Đorđević and Z. Meškić, 215.

[25] *Ibid*.

[26] Чл. 49, ст. 2 ЗРСЗ РС.

[27] Чл. 49, ст. 1 ЗРСЗ РС.

[28] То ће на пример бити случај уколико наследник, на основу чл. 135, ст. 2 ЗОН ЦГ, закључи уговор са претком којим се одриче наследства које би му припало после смрти претка (оставиоца), који је држављанин Србије, који је имао уобичајено боравиште у Црној

2. РЕШАВАЊЕ ПОЗИТИВНИХ СУКОБА НАДЛЕЖНОСТИ

С обзиром на то да се оставински поступак покреће *ex officio* чим суд сазна да је неко лице умрло, или проглашено за умрло[29], постоји могућност да се у обе државе паралелно покрену и воде оставински поступци, да се два пута расправља заоставштина истог лица и да се два или више пута обрачунава наследни део истих наследника, што може резултовати одлукама које касније неће моћи бити признате у другој држави.

Приговор међународне литиспенденције је један од начина на који се проблем паралелног вођења оставинских поступака у две или више држава, може макар делимично решити.

Закони обе државе[30]превиђају да ће суд, односно нотар, на захтев странке, прекинути оставински поступак, ако је пред судом, односно нотаром, стране државе раније започет оставински поступак у истој оставинској ствари, односно, поступак којим се расправља иста заоставштина или један њен део, уколико за ту оставинску ствар није предвиђена искључива надлежност и уколико се оправдано може очекивати да ће та судска одлука бити подобна за признање и извршење у другој држави[31]. Поред наведених услова, ЗРСЗ РС предвиђа и узајамност као услов за уважавање приговора међународне литиспенденције.

Гори, и ако је изабрана надлежност суда Црне Горе. Са аспекта црногорског суда, меродавно је право Црне Горе, а тако изабрана надлежност суда Црне Горе је искључива, сходно чл. 129 ЗМПП ЦГ. Међутим, ако би се догодило да након смрти оставиоца буде покренут поступак расправљања заоставштине пред судом у Србији, са аспекта српског суда, за расправљање заоставштине биће надлежан српски суд, сходно чл. 71 ЗРСЗ РС и меродавно ће бити право Србије, сходно чл. 30 ЗРСЗ. Надлежни орган у Србији ће сматрати уговор о одрицању од наслеђа које није отворено непуноважним (на основу чл. 218 ЗОН РС, који прописује да је ништаво одрицање од наслеђа које није отворено), спровести оставински поступак и донети оставинско решење. Таква одлука српског суда касније неће моћи бити призната у Црној Гори, због постојања искључиве надлежности суда Црне Горе.

[29] Чл. 89 ЗВП РС.

[30] Ово решење представља резултат сходне примене члана 80 ЗРСЗ РС на оставински поступак, односно добија се применом чл. 80 ЗРСЗ РС, у вези са чл. 71,72 и 73 ЗРСЗ РС. Са друге стране, услови за прекид поступка због међународне литиспенденције у Црној Гори прописани су чл. 114 ЗМПП ЦГ, у вези са чл. 2, ст. 2 ЗВП. Види више у: Slavko Đorđević, Primena međunarodnog privatnog prava u javnobeležničkoj praksi (kratka uputstva i objašnjenja) *https://beleznik.org/public/documents/upload/uputstvo_za_primenu_mpp_u_jb_praksi.pdf,* 1. септембар 2023.

[31] ЗРСЗ РС не прописује изричито да је потребно да одлука српског суда буде подобна за признање и извршење у другој држави. Међутим, у доктрини влада став да је услов узајамности потребно тумачити екстензивно, на начин да је поред осталих услова потребно утврдити и узајамност у погледу признања и извршења одлуке. М. Станивуковић и М. Живковић, *Међународно приватно право – општи део*, осмо издање, ЈП „Службени гласник“, Београд 2023, 210.

Применом наведених правила, произилази да би нотар у Црној Гори прекинуо поступак у вези са истом непокретном заоставштином која се налази у Црној Гори, уколико је поступак у вези исте заоставштине раније био покренут у Србији. Српски суд, у обрнутом случају, ако би се непокретна заоставштина налазила у Србији, не би усвојио приговор литиспенденције, јер постоји искључива надлежност српског суда.

Уколико суд, односно нотар, усвоји приговор литиспенденције, поступак се прекида до окончања поступка пред страним судом, односно нотаром. Ако страни суд оконча поступак одлуком о расподели заоставштине, која касније буде призната, захтев за расправљање заоставштине би требало одбацити због постојања правоснажне одлуке страног суда. Уколико се поступак пред страним судом не оконча доношењем правоснажне одлуке или ако решење страног суда не буде признато, поступак се наставља пред домаћим судом.

Ако је пред српским судом раније покренут поступак у истој оставинској ствари, српски суд ће застати са признањем стране судске одлуке и то до правоснажног окончања поступка пред српским судом, дакле, правоснажност стране одлуке не може имати предност у односу на ранију литиспенденцију пред домаћим судом[32].

Међутим, примена правила о међународној литиспенденцији зависи од приговора странке, па ако ниједна од странака не истакне приговор, може се догодити да у две државе буду донете две контрадикторне одлуке, које у другој држави неће моћи бити признате због постојања раније пресуђене ствари[33].

3. МЕРОДАВНО ПРАВО

3.1. Опште колизионо правило

Приликом одређивања меродавног права за расправљање заоставштине, обе државе полазе од принципа јединствене заоставштине и предвиђају персонално право оставиоца у време смрти као меродавно, међутим, оно се јавља у виду различитих тачака везивања.

Наиме, према општем колизионом правилу садржаном у чл. 30, ст. 1 ЗРСЗ РС, за наслеђивање целокупне заоставштине меродавно је право државе чији је држављанин био оставилац у време смрти[34].

---

[32] М. Станивуковић и М. Живковић, 209.

[33] Чл. 146 ст. 1 ЗМПП ЦГ; Чл. 90 ст.1 ЗРСЗ РС.

[34] Решења за лица без држављанстава и за лица са више држављанстава садржана су у чл. 11 и 12 ЗРСЗ РС; Види: М.Станивуковић, П.Ђундић и С. Ђајић, 234-240.

Са друге стране, чл. 71 ЗМПП ЦГ предвиђа да је за наслеђивање целокупне заоставштине меродавно право уобичајеног боравишта[35] оставиоца у време његове смрти. [36] Како би се избегло настајање проблема квалификације, црногорски законодавац је у чл.76 прецизирао круг питања на која се односи овако одређено меродавно право.

Ове колизионе норме представљају опште правило у обе државе, које се примењује на сва питања законског и тестаментарног наслеђивања са елементом иностраности. Њима се одређује меродавно право за основ позивања на наслеђе, круг лица која су позвана на наслеђе, нужни наследници, наследни ред, тренутак стицања наследства, искључење и одрицање од наследства, одговорност за дугове оставиоца и сл[37].

Овако одређено меродавно право, у обе државе, примењује се на целокупну заоставштину за коју је суд надлежан, без обзира на то где се она налази и да ли се ради о покретним или непокретним стварима.

Међутим, у ситуацијама када се заоставштина налази у више различитих држава принцип јединствене заоставштине се тешко може постићи[38]. Наиме, из правила о међународној надлежности из чл. 71-73 ЗРСЗ РС, произилази да ће српски суд ретко бити надлежан да расправља целокупну заоставштину, уколико се део те заоставштине налази у иностранству, па је надлежност у тим случајевима подељена између више држава, које ће одвојено на основу својих прописа из области међународног приватног права, одређивати које право је меродавно за одређену заоставштину[39].

3.2. Избор меродавног права

У Србији, тестатор не може изабрати право које ће бити меродавно за наслеђивање. Међутим, у теорији влада став[40]да треба признати дејство из-

---

[35] ЗМПП ЦГ не предвиђа посебну дефиницију уобичајеног боравишта физичког лица за наслеђивање, већ се оно утврђује уз помоћ опште дефиниције из чл. 12, ст.1, као место у којем физичко лице претежно борави, независно од уписа у евиденцију надлежног органа или одобрења боравка или настањења и без обзира на то да ли је боравак временски унапред ограничен. Приликом одређивања уобичајеног боравишта треба водити рачуна о околностима личне или пословне природе које указују на трајније везе са тим местом или на намеру да се такве везе заснују.

[36] Maja Kostić-Mandić, *Private International Law of Montenegro*, International Encyclopaedia of Laws, Kluwer Law International, The Netherlands, Alphen aan den Rijn 2022, 571.

[37] Tibor Varadi *et al, Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo, Beograd 2017, 342.

[38] Slavko Đorđević, „Application of renvoi in cross-border succession cases connected to EU member states and Serbia – some remarks from EU and Serbian point of view“, *Revija za evropsko pravo* 22/2020*,* 95.

[39] *Ibid*.

[40] *Ibid*., 96.

бору меродавног права, уколико је тестатор био држављанин државе чији закон о међународном приватном праву садржи правило које га на то овлашћује (тзв. индиректни избор)[41]. То ће на пример бити случај уколико је тестатор држављанин Црне Горе, који жели да сачини тестамент који се односи на имовину која се налази у Србији. У том случају, српски суд ће применити чл. 30 ЗРСЗ РС, који упућује на право држављанства оставиоца у време смрти, односно право Црне Горе.

Са друге стране, у Црној Гори тестатор може да бира меродавно право за наслеђивање своје целокупне заоставштине, при чему он може да изабере право државе чији је држављанин или право државе у којој има уобичајено боравиште у време избора меродавног права или у време смрти[42]. Предвиђена је и могућност одступања од правила да се на целокупну имовину примењује јединствен режим наслеђивања и омогућено је да оставилац за наслеђивање непокретне заоставштине може изабрати право државе где се непокретност налази[43]. Из тога произилази да се у Црној Гори принцип јединствене заоставштине може „поцепати“ на основу воље тестатора, и у коначном исходу водити примени више права за наслеђивање. Ово решење је такође проблематично јер пружа могућност да меродавно право буде циљано одабрано како би се нанела штета лицима која су позвана на наслеђе, што нарочито може бити случај када одабрано право смањује, у већој или мањој мери, заштиту нужним наследницима[44].

Посебна колизиона правила прописана су у чл. 30, ст. 2 ЗРСЗ РС, која предвиђају да је за питање тестаментарне способности меродавно право државе чије је држављанство тестатор имао у моменту састављања тестамента.

Са друге стране, чл. 74, ст.1 ЗМПП ЦГ предвиђа да се постојање, материјална пуноважност, дејства и тумачење располагања имовином за случај смрти одређују према праву које би било меродавно за наслеђивање оставиоца у време кад је располагање учињено. Располагање ће бити пуноважно и кад је пуноважно по праву меродавном за наслеђивање у време смрти

[41] Ђорђевић у прилог овом схватању наводи како би до истог резултата дошли применом института узвраћања и преупућивања, јер уколико право државе чији је држављанин био тестатор у време смрти, допушта тестатору да изабере меродавно право за наслеђивање, и он изабере меродавно право, тако изабрано право треба применити, *Ibid*.

[42] Чл. 72 ЗМПП ЦГ. Даље, чл. 72, ст. 4 ЗМПП ЦГ предвиђа да избор права мора бити изричит или јасно произилазити из околности случаја и бити у форми предвиђеној за располагање имовином за случај смрти (тестамент, заједнички тестамент или уговор о наслеђивању). У том случају, постојање и материјална пуноважност избора меродавног права цени се према изабраном праву.

[43] Чл. 72, ст. 2 ЗМПП ЦГ.

[44] Evangelos Vassilakakis, „The Choice of the Law Applicable to the Succession under Regulation 650/2012 – An Outline.” *Annals of the Faculty of Law of the University of Zenica* 18/2016, 222.

оставиоца[45]. Меродавно право за способност за састављање тестамента се такође одређује уз помоћ одредби из чл. 74, ст. 1 и 2, а на тако утврђену тестаментарну способност неће утицати каснија промена меродавног права[46].

У погледу одређивања меродавног права за формалну пуноважност тестамента закони обе државе су инкорпорисали одредбе Хашке конвенције о сукобу закона у погледу форме тестаменталних располагања из 1961. године[47].

3.3. Узвраћање и преупућивање (*renvoi*)

Потребно је имати у виду да приликом примене напред наведених колизионих правила може доћи до узвраћања и преупућивања из чл. 6 ЗРСЗ РС, односно чл. 4 ЗМПП ЦГ[48]. Применом овог института, домаћи суд може да дође у ситуацију да на различите делове заоставштине примењује различита права[49], без обзира на то што је прихваћен принцип јединствене заоставштине[50].

Наиме, у случајевима када је оставилац страни држављанин, колизиона норма из чл.30 ЗРСЗ РС, налаже да се треба применити право државе чији је оставилац држављанин. Том приликом, српски суд треба да узме у обзир и колизионе норме те стране државе, које могу узвраћати на право Србије, или могу упућивати на супстанцијално право те државе или преупућивати на право неке треће земље. У случају када страна колизиона норма узвраћа на право Србије, примениће се право Србије не узимајући у обзир правила о одређивању меродавног права[51].

---

[45] Чл. 74, ст.2 ЗМПП ЦГ. У том случају, исто право је меродавно за дејства и тумачење располагања имовином за случај смрти. Иако су и у српском (чл. 179 ЗОН РС) и у црногорском праву (чл.121 ЗОН ЦГ) ништави уговори о наслеђивању, ЗМПП ЦГ предвиђа да стране из заједничког тестамента или уговора о наслеђивању могу да се споразумеју да је за постојање, материјалну пуноважност, дејства и тумачење њиховог располагања меродавно право које једна од њих може одредити у складу са чл. 72 ст. 1, 2 и 5 овог закона.

[46] Чл. 74, ст.3 ЗМПП ЦГ.

[47] Одредбе Хашке Конвенције за формалну ваљаност тестаментарних одредаба инкорпорисане су у чл. 31 ЗРСЗ РС, односно чл. 73 ЗМПП ЦГ. Хашка конвенција о сукобу закона у погледу облика тестаменталних одредаба (Convention on the Conflicts of laws relating to the form of testamentary dispositions), усвојена 5. октобра 1961., ступила на снагу 5. јануара 1964., 510 U.N.T.S. 175, Црна Гора и Република Србија су чланице ове конвенције („*Službeni list FNRJ*“, broj 10/1962).

[48] С. Ђорђевић, „Поверавање спровођења оставинског поступка јавном бележнику”, 69.

[49] Michael Bogdan, „Private International Law as Component of the Law of the Forum”, *Hague Academy of International Law, Collected Courses* 348/2011, 162.

[50] T. Varadi *et al,* 340.

[51] Са тачке гледишта српског суда потешкоће у вези са применом *renvoi* настају због тога што, за разлику од чл. 4 ЗМПП ЦГ, одредбе чл. 6 ЗРСЗ РС, не садрже јасно дефинисане границе примене *renvoi*, ни решење за проблем тзв. „зачараног круга”. О начинима да се ове потешкоће превазиђу прагматичним тумачењем, видети М. Станивуковић и М. Живковић, 285.

Црногорски ЗМПП ЦГ у чл. 4, ст. 1, предвиђа да када би по том закону требало применити право стране државе, примењују се правне норме те државе, укључујући и колизионе норме, осим ако тим или другим законом није друкчије прописано[52]. Закон предвиђа обавезну примену узвраћања и преупућивања, осим у случајевима који су таксативно наведени у чл. 4, ст. 2 ЗМПП ЦГ, када *renvoi* није допуштен. Црногорски законодавац се определио за селективни *renvoi* у једном кораку, и предвидео да се, у случају када колизионе норме стране државе узвраћају на право Црне Горе или упућују на право треће државе, примјењује материјално право Црне Горе, односно материјално право треће државе[53].

4. ХИПОТЕТИЧКИ СЛУЧАЈЕВИ

4.1. Оставилац је држављанин Србије, са уобичајеним боравиштем у Србији, а заоставштина или неки њен део се налази на територији Црне Горе.

Српски суд, ако би одлучивао у овом случају, наћи ће да је међународно надлежан да расправља непокретну[54] и покретну заоставштину која се налази у Црној Гори, на основу чл. 71, ст. 2 и 3 ЗРСЗ РС[55]. Након што утврди своју међународну надлежност,[56] суд ће наћи да је за расправљање целокупне заоставштине меродавно право Србије, на основу чл. 30 ст. 1 ЗРСЗ РС, и заоставштину ће расправити према Закону о наслеђивању РС (У даљем тексту: „ЗОН РС")[57].

Уколико би у наведеној ситуацији одлучивао суд Црне Горе, наћи ће да је међународно надлежан за расправљање дела заоставштине на основу чл. 128, ст. 1, тач. 3., јер се ствари које чине заоставштину налазе у Црној Гори[58]. Након што утврди своју међународну, стварну и месну надлежност, оставински суд ће поверити нотару спровођење поступка расправљања заоставштине

[52] Чл. 4, ст. 1 ЗМПП ЦГ.

[53] Чл. 4, ст. 3 ЗМПП ЦГ; M. Kostić-Mandić, 87.

[54] За непокретну заоставштину постоји искључива надлежност српског суда.

[55] Конкурентна надлежност суда Црне Горе, да одлучује у погледу непокретне заоставштине која се налази у Црној Гори (чл.128 ЗМПП ЦГ), неће бити довољна да искључи надлежност српског суда да одлучује о непокретној заоставштини која се налази у Црној Гори. У погледу покретне заоставштине, чл. 71, ст. 3 предвиђа да ће српски суд бити надлежан, ако се покретности налазе на територији Србије или ако по праву државе у којој се покретности налазе није надлежан страни орган, односно ако тај орган одбија да расправља заоставштину.

[56] Јер не постоји искључива надлежност црногорског суда.

[57] *Сл. гласник РС*, бр. 46/95, 101/03 – одлука УСРС и 6/15.

[58] Чл. 95, ст. 1 ЗВП ЦГ.

и доставити му смртовницу, односно предлог којим је покренут поступак расправљања заоставштине[59]. Даље, нотар ће применити чл. 71 ЗМПП ЦГ и наћи да је за наслеђивање целокупне заоставштине меродавно право Србије, па ће заоставштину расправити према ЗОН РС.

Закључујемо да би у овој хипотетичкој ситуацији оба суда, сваки из свог угла, сматрали да су надлежни, али да то не би имало утицаја на коначан наследноправни резултат, јер је у оба случаја меродавно исто право, па ће се и заоставштина у коначном расправити према ЗОН РС.

4.2. Оставилац је држављанин Црне Горе, са уобичајеним боравиштем у Црној Гори, а заоставштина или њен део се налази на територији Србије.

Посматрано из перспективе српског суда, који када би расправљао заоставштину оставиоца који је држављанин Црне Горе, који је имао непокретну заоставштину која се налази у Црној Гори и у Србији, ће бити искључиво надлежан да одлучује у погледу непокретне заоставштине која се налази у Србији, а неће бити надлежан да одлучује у погледу непокретне заоставштине која се налази у Црној Гори. Чак и уколико би поступак у односу на целокупну заоставштину био прво покренут пред судом Црне Горе, српски суд неће уважити приговор литиспенденције, јер постоји искључива надлежност српског суда да одлучује о непокретној заоставштини која се налази у Србији[60].

Српски суд ће такође бити надлежан да одлучује и у погледу покретне заоставштине која се налази на територији Србије, а сходно чл. 72, ст. 2 ЗРСЗ РС. Међутим, да би одлучио да ли је надлежан да расправља покретну заоставштину црногорског држављанина која се налази у Црној Гори, српски суд мора прво узети у обзир норме Црне Горе о међународној надлежности. У конкретном случају не постоји узајамност која би довела до оглашавања ненадлежности, односно, српски суд ће бити надлежан, јер је суд Црне Горе надлежан да расправља целокупну заоставштину, ако је оставилац у време смрти имао уобичајено боравиште у Црној Гори без обзира на држављанство[61]. Након тога, српски суд ће одредити меродавно право применом чл. 30, ст. 1. ЗРСЗ РС, и заоставштину која се налази на територији Србије расправити према Закону о наслеђивању Црне Горе (У даљем тексту: „ЗОН ЦГ")[62].

Међутим, ако би се овај случај расправљао пред судом, односно нотаром у Црној Гори, постојаће његова међународна надлежност да расправља

---

[59] Чл. 94, ст. 2 ЗВП ЦГ.

[60] S. Đorđević, „Some remarks on prevention and resolution of positive jurisdiction conflicts", 39.

[61] Чл. 127 ЗМПП ЦГ.

[62] *Сл.лист ЦГ*, бр. 74/2008 и 75/2017 – одлука УС.

целокупну заоставштину на основу чл.127 ЗМПП ЦГ. Поступање суда по пријему предлога за расправљање заоставштине, у овом и свим доле наведеним хипотетичким примерима ће бити исто као и у примеру 4.1. Након тога, нотар ће меродавно право одредити уз помоћ чл. 71 ЗМПП ЦГ, и расправиће заоставштину према ЗОН ЦГ.

У овој ситуацији може настати проблем уколико нотар расправи и непокретну заоставштину која се налази у Србији, за коју постоји искључива надлежност српског суда[63]. Да би се спречио сукоб надлежности, када је поступак у вези са том непокретном заоставштином, већ био покренут у Србији, странка у поступку може истаћи приговор међународне литиспенденције, у ком случају ће нотар прекинути оставински поступак, ако су испуњени сви услови прописани чл. 114 ЗМПП ЦГ. Уколико нису испуњени услови за прекид поступка, односно уколико је оставински поступак у Србији касније покренут, може доћи до тога да се у погледу исте заоставштине, паралелно воде два поступка, односно да се иста заоставштина расправи два пута, и да се донесу две контрадикторне одлуке, при чему судови прве државе, неће признати одлуку суда друге државе, због постојања пресуђене ствари.

Дакле, сваки суд ће из свог угла сматрати да је надлежан, па може доћи до ситуације да се иста заоставштина расправља у различитим правним порецима и да се донесу две одлуке. Међутим, оба суда ће наћи да је меродавно право ЦГ према којем ће расправити заоставштину, па ће, претпостављамо, у коначном исходу наследноправни резултат бити исти.

Овај проблем би био решен, да је ЗМПП ЦГ предвидео могућност ограничења надлежности, по узору на чл. 12, ст. 1 Уредбе о наслеђивању ЕУ[64], што би омогућило наследнику, да у ситуацијама попут ове, од суда или нотара затражи да не расправља непокретни део заоставштине који се налази у Србији. [65]

---

[63] Искључива надлежност страног суда представља сметњу за признање стране одлуке, сходно чл. 89 ЗРСЗ РС.

[64] Уредба о наслеђивању ЕУ, у чл. 12, ст. 1 предвиђа институт ограничења поступка (*limitation of proceedings*) као један од начина за решавање позитивних сукоба надлежности који настају са државама које нису чланице ЕУ, и прописује: „Ако се заоставштина оставиоца састоји од имовине која се налази у трећој држави, суд који треба да одлучи о наслеђивању може, на захтев једне од страна, одлучити да неће одлучивати о неком делу те заоставштине, ако се може очекивати да његова одлука у погледу тог дела заоставштине неће бити призната и, према потреби, проглашена извршивом у тој трећој држави."

[65] Црногорски законодавац је у време доношења ЗМПП ЦГ, имао за узор текст тадашњег Предлога Уредбе ЕУ о наслеђивању из 2009, који није предвиђао одредбе о ограничењу поступка. M. Kostić, 367; Proposal of a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, no. 2009/0157 (COD), *https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0154:FIN:*

4.3. Оставилац је држављанин Србије са уобичајеним боравиштем у Црној Гори, а заоставштина или њен део се налази у Србији.

Уколико би се посматрана заоставштина расправљала пред српским судом, он ће бити искључиво надлежан да расправља непокретну заоставштину која се налази у Србији[66], а биће и међународно надлежан да одлучује о покретној заоставштини која се налази у Србији[67].

Након што нађе да је за наслеђивање целокупне заоставштине меродавно српско право[68], суд ће поверити спровођење поступка расправљања заоставштине јавном бележнику[69], који ће расправити заоставштину према ЗОН РС.

Са друге стране, када би наведену заоставштину расправљао нотар у Црној Гори, може настати исти проблем као и у примеру бр. 4. 2, јер постоји међународна надлежност суда Црне Горе да расправља целокупну заоставштину[70]. Нотар ће на основу чл. 30 ст. 1 одредити да је меродавно право Црне Горе, и расправиће целокупну заоставштину према црногорском ЗОН. Међутим, таква одлука неће моћи бити призната у делу који се односи на непокретности које се налазе у Србији, за које постоји искључива надлежност суда Србије.

У овом случају такође долази до сукоба надлежности, односно до ситуације да се иста заоставштина расправља у две државе. Додатан проблем који настаје у овом хипотетичком случају, је то што је меродавно право различитих држава, па ће се заоставштина расправити према различитим ЗОН, што може имати значајног утицаја на коначан наследноправни резултат и довести до контрадикторних одлука, које у другој држави неће моћи бити признате[71].

4.4. Оставилац је држављанин Црне Горе са уобичајеним боравиштем у Србији, а заоставштина или њен део се налази у Црној Гори.

Српски суд неће бити међународно надлежан да расправља заоставштину (непокретну и покретну) која се налази у Црној Гори. Српски суд ће бити искључиво надлежан да расправља непокретну заоставштину која се налази

en:PDF#:~:text=The%20objective%20of%20this%20proposal,as%20creditors%20of%20the%20succession, 18. април 2024.

[66] Чл. 71, ст. 1 ЗРСЗ РС.

[67] Чл. 71, ст. 3 ЗРСЗ РС.

[68] На основу чл. 30, ст. 1 ЗРСЗ РС.

[69] Чл. 30а ЗВП РС.

[70] Чл. 127 ЗМПП ЦГ.

[71] На пример, уколико је меродавно право Црне Горе, примениће се ЗОН Црне Горе, према којем ће ванбрачни супружник бити законски наследник првог наследног реда оставиоца заједно са његовим потомцима. Са друге стране, уколико се заоставштина расправља према ЗОН РС, ванбрачном партнеру неће припасти ништа, јер се он не сматра законским наследником.

у Србији, а конкурентно надлежан да расправља и покретну заоставштину која се налази у Србији[72]. Након тога, суд ће применити чл. 30, ст. 1 ЗРСЗ РС и наћи да је за наслеђивање покретне и непокретне заоставштине која се налази у Србији, меродавно право Црне Горе.

С обзиром на то да ЗРСЗ РС упућује на право стране државе, Црне Горе, суд треба да узме у обзир и колизионе норме те државе,[73] и примени чл. 71 ЗМПП ЦГ који предвиђа да је за наслеђивање целокупне заоставштине меродавно право државе у којој је оставилац имао уобичајено боравиште у време смрти, па долази до узвраћања на право Србије. Суд ће ову ситуацију решити тако што ће применити чл. 6, ст. 2 ЗРСЗ РС, који предвиђа да ако правила стране државе о одређивању меродавног права узвраћају на право Србије, примениће се право Србије, не узимајући у обзир правила о одређивању меродавног права. Српски суд ће заоставштину расправити према ЗОН РС[74].

Са друге стране, посматрано из угла нотара у Црној Гори, он ће бити надлежан да расправља целокупну заоставштину оставиоца који је био држављанин Црне Горе, са уобичајеним боравиштем у Србији, а који је имао покретну и непокретну заоставштину и у Црној Гори и у Србији[75]. Даље, нотар ће применити чл. 71 ЗМПП ЦГ, који прописује да је за наслеђивање целокупне заоставштине меродавно право Србије. Дакле, колизиона норма ЗМПП ЦГ упућује на право Србије[76], чији чл. 30, ст.1 ЗРСЗ РС, узвраћа на право држављанства оставиоца, односно право Црне Горе. Ланац узвраћања и упућивања ће се прекинути применом чл. 4, ст. 3 ЗМПП ЦГ који предвиђа да у случају да колизионе норме стране државе узвраћају на право Црне Горе, примењује се материјално право Црне Горе, па ће нотар целокупну заоставштину расправити у складу са ЗОН Црне Горе.

У конкретном случају позитивни сукоб надлежности може резултовати тиме да одлука суда Црне Горе неће моћи бити призната у Србији у делу у којем је одлучено о непокретној заоставштини која се налази у РС, а у преосталом делу због пресуђене ствари, под условом да је поступак у Србији раније покренут. Такође, с обзиром на то да оба суда у конкретном случају примењују *renvoi*, обе државе ће заоставштину расправити према свом праву, што може довести до неправичних резултата, да лице које је наследник према праву једне државе, не може наследити према праву друге државе. На пример, уколико би оставилац из овог примера имао ванбрачну супругу, она неће бити позвана за наслеђе према српском праву, док је према црногорском праву она законски наследник првог наследног реда.

[72] Чл. 72, ст. 2 ЗРСЗ РС.
[73] Чл.6, ст.1 ЗРСЗ РС.
[74] Александар Јакшић (2021), 381.
[75] Чл. 128, ст. 1, тач. 2 ЗМПП ЦГ.
[76] Чл. 4, ст.1 ЗМПП ЦГ.

4.5. Ситуација када су у поступку расправљања заоставштине у Црној Гори наследници држављани Србије и обрнуто.

У случају када се у поступку расправљања заоставштине у Црној Гори као наследници појављују држављани Србије, и обратно, суд ће након што утврди своју међународну надлежност и право које је меродавно за наслеђивање, у односу на питање права странаца, применити Двострани уговор између Републике Србије и Црне Горе о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима[77].

Двострани уговор садржи клаузулу којом се држављанима Србије у Црној Гори, односно, држављанима Црне Горе у Србији, гарантује национални третман у наслеђивању. Наиме, чл. 24, ст. 1 Двостраног уговора прописује да држављани једне државе уговорнице могу на територији друге државе уговорнице стицати имовинска права на основу законског или тестаментарног наслеђивања под истим условима и у истом обиму као и држављани те стране уговорнице. За стицање права својине наслеђивањем не захтева се постојање узајамности, односно право својине може се стицати наслеђивањем без ограничења која су прописана законским одредбама.[78] Овде се конкретно мисли на ограничења која су прописана чл. 415 ЗОСО Црне Горе[79] и чл. 82 а и чл. 82 б ЗОСПО Србије[80]. Одредбе Двостраног уговора искључују та

---

[77] Закон о потврђивању Уговора између Црне Горе и Републике Србије о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Сл. лист ЦГ – Међународни уговори* , бр. 4/09 од 20. октобра 2009. године; Закон о потврђивању Уговора између Републике Србије и Црне Горе о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/10 од 21. маја 2010. године (у даљем тексту: „Двострани уговор између Србије и Црне Горе").

[78] Закони о наслеђивању обе државе прописују да страни држављани имају, под условом узајамности, иста наследна права као и домаћи држављани, ако међународним уговором није друкчије одређено. Чл. 5 Закона о наслеђивању Црне Горе – ЗОН ЦГ, *Сл. лист ЦГ*, бр. 74/08 и 75/17 – одлука УС и Чл. 7 Закона о наслеђивању Србије – ЗОН РС, *Сл. гласник РС*, бр. 46/95, 101/03 – одлука УСРС и 6/15.

[79] Чл. 415 Закона о својинско-правним односима – ЗОСПО ЦГ, *Сл.лист ЦГ*, бр. 19/09, прописује да страно лице не може имати право својине на: 1) природном богатству; 2) добру у општој употреби; 3) пољопривредном земљишту; 4) шуми и шумском земљишту; 5) споменику културе од изузетног и посебног значаја; 6) непокретној ствари у копнено-пограничном подручју у дубини од једног километра и острвима; 7) непокретној ствари која се налази на подручју које је, ради заштите интереса и безбједности земље, законом проглашено подручјем на коме страно лице не може имати право својине.

Изузетно, страно физичко лице може стећи и право својине на пољопривредном земљишту, шумама и шумском земљишту површине до 5.000 м^2 само ако је предмет уговора о отуђењу (купопродаја, поклон, размјена и др.) стамбена зграда која се налази на том земљишту. Страно лице може имати право дугорочног закупа, концесије, БОТ и других аранжмана приватно – јавног партнерства, на непокретним стварима из става 1 тач. 1 до 6 овог члана као и домаће лице.

[80] Чл. 82а Закона о основама својинскоправних односа – ЗОСПО РС, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Сл. лист СРЈ,* бр. 29/96 и *Сл. гласник РС*, бр. 115/05 – др. закон, предвиђа у

ограничења. Такође, на црногорске држављане се не примењује ограничење предвиђено Законом о пољопривредном земљишту Републике Србије,[81] односно, црногорски држављанин може у Србији стећи право својине наслеђивањем на пољопривредном земљишту.

Такође, Двострани уговор предвиђа да држављани једне државе уговорнице могу изјавом последње воље располагати својом имовином која се налази на територији друге државе уговорнице[82].

4.6. Ситуација када је оставилац у време смрти држављанин обе државе или када постоји проблем у вези са одређивањем уобичајеног боравишта

Уколико је оставилац имао два или више држављанстава, од којих је једно држављанство домаће, судови у обе посматране државе неће испитивати које је од два држављанства заиста ефективно (односно да ли то лице заиста живи на територији те државе) него ће поћи од принципа искључивости домаћег држављанства и наћи да домаће држављанство искључује свако истовремено страно држављанство[83].

Ово решење доводи до проблема из угла међународног приватног права, јер ће обе државе исто лице сматрати својим држављанином, а то може утицати на надлежност, а у Србији и на меродавно право, а тиме и на саму расподелу заоставштине.

Приликом расправљања заоставштине може се поставити питање како одредити уобичајено боравиште код оставилаца који су проводили извесни део године у Србији, а други део године у Црној Гори[84].

чл. 82(б) ЗОСПО РС да страна физичка лица могу на територији Србије, под условима узајамности, стицати право својине на непокретностима наслеђивањем као и држављанин Србије. Изузетно од одредаба ст. 1. и 2. овог члана, савезним законом може се предвидети да страно физичко или правно лице не може стицати право својине на непокретностима које се налазе на одређеним подручјима у Србији.

[81] Закон о пољопривредном земљишту прописује у чл. 1, да страно физичко, односно правно лице, не може бити власник пољопривредног земљишта. (*Сл. гласник РС*, бр. 62/06, 65/08 – др. закон, 41/09, 112/15, 80/17 и 95/18 – др. закон).

[82] Чл. 24, ст. 2 Двостраног уговора између Србије и Црне Горе.

[83] Чл. 11 ЗРСЗ РС и чл. 11 ЗМПП ЦГ.

[84] Да би се сматрало да је оставилац имао уобичајено боравиште у одређеној држави, потребно је да ту буде присутан довољно дуго. Међутим, фактор времена (редовно присуство), иако указује на стабилност боравка, не може се сам по себи сматрати одлучујућим, већ је уз њега потребно је да буду испуњени и други услови, као што су породична ситуација и друштвена интеграција оставиоца у одређену заједницу, који би указивали на блискост са дотичном државом. Уколико се уобичајено боравиште не може ни на основу тога одредити, оно ће се одредити на основу очигледне и најближе везе. Види: Clive E Lamont, „The Concept of Habitual Residence", *Juridical Review* 3/1997, 137; Carolina Nita, „The Concept of Habitual Residence, as the Main Connecting Factor in Resolving Conflicts of Laws and Jurisdictions

Како наведену дилему није могуће решити применом опште дефиниције уобичајеног боравишта из чл. 12 ЗМПП ЦГ, ослонац за решење проблема може се пронаћи у начелима међународног приватног права. Судија у конкретном случају треба да истражи решења која су прихваћена у државама чији је правни систем близак домаћем, решењима из међународних уговора и решењима предвиђеним у државама са репрезентативним системима МПП[85].

У предмету *Е.Е,*[86] *Суд правде ЕУ је* успоставио принцип да оставилац може имати само једно уобичајено боравиште у време смрти[87]. Такође, наведена одлука је значајна јер наводи хијерархију критеријума уз помоћ којих суд може одредити уобичајено боравиште оставиоца. Прво, да би утврдио уобичајено боравиште, орган који расправља заоставштину треба да изврши свеобухватну процену околности живота преминулог током година које су претходиле његовој смрти и у тренутку његове смрти, узимајући у обзир све релевантне чињенице, посебно трајање и сталност присуства оставиоца у дотичној држави и услове и разлоге за ту присутност. Тако утврђено уобичајено боравиште требало би упутити на блиску и стабилну везу између наслеђа и дотичне државе[88]. Након тога, орган треба да провери где је био центар интереса породице преминулог и његовог друштвеног живота. Само ако то још увек није довољно за успостављање уобичајеног боравишта, треба узети у обзир и секундарни скуп критеријума – држављанство оставиоца и место налажења заоставштине. Дакле, поменута два критеријума из тачке 24 Преамбуле Уредбе о наслеђивању узимају се у обзир тек на крају испитивања, као помоћно средство за одређивање уобичајеног боравишта[89].

---

in Matters of Cross-Border Succession, according to EU Regulation No. 650/2012." *Conferinta Internationala de Drept, Studii Europene si Relatii Internationale* 2022, 269.

[85] М. Станивуковић и М. Живковић, 68.

[86] Оставиља је била држављанка Литваније, која се удала за немачког држављанина, и од момента удаје, па све до своје смрти живела је у Немачкој са њим и својим малолетним сином из ранијих веза Е.Е. Док је живела у Немачкој, отпутовала је назад у Литванију где је у нотарској канцеларији саставила тестамент којим је сву своју заоставштину оставила свом сину Е.Е. Након смрти мајке, Е.Е. је контактирао нотарску канцеларију у Литванији са захтевом за покретање поступка наслеђивања и издавање уверења о наследним правима. Нотар је одбио да покрене оставински поступак, тврдећи да је, према Уредби о наслеђивању, оставиља имала своје уобичајено боравиште у тренутку смрти у Немачкој, и да су према томе надлежни органи Немачке. Супружник оставиље је јасно изјавио да се одриче од наследства и да пристаје на надлежност литванских судова. Једно од питања која су се поставила у поступку је да ли, за потребе Уредбе, неко лице може имати више од једног уобичајеног боравишта.

[87] *E. E.,* Court of Justice of the European Union, C-80/19, Judgment of the 16 July 2020, paragraph 40. *E. E.,* Суд правде Европске уније, предмет број 80/19, пресуда од 16. јула 2020, пасус 40.

[88] *Ibid.,* пасус *38*.

[89] Тачка 24 Преамбуле Уредбе о наслеђивању предвиђа да „у ситуацијама када је оставилац због професионалних или економских разлога отишао живети у иностранству како

5. ПОСЛЕДИЦЕ ПРОБЛЕМА НЕКООРДИНИСАНОГ РАСПРАВЉАЊА ЗАОСТАВШТИНЕ

Из спроведене анализе, може се закључити да проблеми приликом наслеђивања са елементом иностраности између Црне Горе и Србије, који се везују за другу посматрану државу, најчешће настају због различитих норми о међународној надлежности. Принцип подељене заоставштине који је усвојен у српском праву, између осталог, проузроковао је то да српски суд може засновати надлежност за расправљање само одређених делова заоставштине, док се преостали делови морају расправити пред иностраним судом[90]. На тај начин, долази до тзв. „цепања заоставштине" услед примене норми о међународној надлежности.

Међутим иако је у праву Црне Горе усвојен принцип јединствене заоставштине, одређене норме ЗМПП ЦГ омогућавају слично „цепање заоставштине". Такав је случај, на пример, са чл. 129 који омогућава странци да изабере суд који ће бити надлежан за део заоставштине и чл. 72, ст.2 који даје могућност да се примени право државе у којој се непокретност налази.

Овакво фрагментарно одлучивање два суда о заоставштини, може имати за последицу доношење две различите одлуке, које нису међусобно усклађене, односно одлуке према којој је исто лице законски наследник према праву једне државе, док уопште није позвано на наслеђе према праву друге државе, или одлуке којом ће један од наследника добити већи или мањи део заоставштине, него што би добио када би се целокупна заоставштина расправљала само пред органима једног правног поретка.

У тим ситуацијама може се поставити питање обрачунавања нужног наследног дела, као и питање у односу на који део заоставштине треба извршити урачунавање поклона, тј. у који део заоставштине треба „сврстати" поклон који се, потом, урачунава према праву које је за тај део заоставштине меродавно[91]. Такође, услед примене више права на наслеђивање, може доћи

би тамо радио, понекад дуго времена, али је задржао блиску и стабилну везу са својом државом порекла, могло би се и даље сматрати, у зависности од околности случаја, да је оставилац имао своје уобичајено боравиште у својој држави порекла *(„state of origin")* у којој је било средиште интереса његове породице и његов друштвени живот. Други сложени случајеви могу се појавити ако је оставилац живео у неколико држава наизменце или ако је путовао из једне државе у другу, а да се није стално настанио у било којој од њих. Ако је оставилац био држављанин једне од тих држава или ако је имао претежан део своје имовине у једној од тих држава, држављанство или место те имовине могли би бити посебан чинилац у укупној процени свих чињеничних околности."*Ibid.,* пасус 39.

[90] Славко Ђорђевић, „О проблемима некоординираног расправљања заоставштине једног лица у различитим правним порецима", *Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе* (ур. Станко Бејатовић), Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу, Књига V, 2010, 377.

[91] *Ibid*., 387.

до неправичних резултата и неједнаког третмана, чије се последице могу уклонити прилагођавањем или телеолошким или екстензивним тумачењем (супституција, транспозиција).

Ако је поступак пред судом друге државе правоснажно окончан, онда није проблем узети у обзир резултате одлучивања страног суда, јер ће таква страна одлука, након што прође поступак признања, производити дејство у тој држави. Проблеми настају, када поступак у другој посматраној држави није покренут. Тада је задатак суда да, приликом решавања наследноправних питања у вези са делом заоставштине за чије расправљање је надлежан, узме у обзир антиципативни резултат решавања страног суда[92].

Проблеми координације такође могу настати због различитих норми о одређивању меродавног права, што у коначном исходу може имати утицаја на расподелу заоставштине. На пример, одређивање права Србије или права Црне Горе као меродавног, може у одређеним случајевима битно утицати на наследноправни резултат (уколико је, на пример, један од потенцијалних наследника ванбрачни партнер), без обзира на то што Закони о наслеђивању две државе на сличан начин одређују правила о расподели заоставштине[93] (наследне редове, круг нужних наследника и њихов наследни део итд.)

Неке од значајних разлика између ЗОН две државе, које могу имати утицаја на наследно правни резултат, су: 1) Црногорски ЗОН предвиђа шири круг законских наследника у односу за ЗОН Србије;[94] 2) У праву Црне Горе ванбрачни супружник је законски наследник који је у погледу наслеђивања изједначен са брачним;[95] 3) Разлике у наследноправном положају супружника; 4) Разлике у правилима у погледу смањења наследног дела супружника[96]и правилима о плодоуживању када супружник нема нужних средстава за живот, а позван је на наслеђивање са другим наследницима[97];

---

[92] *Ibid*., 384.

[93] О разликама између закона о наслеђивању Црне Горе и Србије, који могу имати утицаја на наследноправни резултат видети уџбеник: Оливер Антић и Љиљана Кадић, *Основи наследног права Црне Горе и Србије*, Правни факултет у Подгорици, Подгорица 2012, 28- 32.

[94] Оливер Антић, *Наследно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2014, 106.

[95] Чл. 4, ст. 1 ЗОН ЦГ. Даље, чл. 9, ст.3 ЗОН ЦГ предвиђа да је потребно је да се испуне три услова да би се ванбрачни супружник оставиоца сматрао законским наследником: 1) да је био у заједници живота са оставиоцем дуже времена; 2) да није било сметњи за закључење пуноважног брака; 3) да је ванбрачна заједница постојала у тренутку смрти оставиоца.

[96] ЗОН РС прописује следеће промене законског наследног дела: смањење наследног дела супружника у првом наследном реду, повећање наследног дела у другом наследном реду и смањење наследног дела супружника у другом наследном реду до ¼. Са друге стране, ЗОН ЦГ не познаје институт смањења наследног дела супружника до ¼.

[97] У Србији ово правило важи ако је супружник позван на наслеђе са другим наследницима само у другом наследном реду, а у ЦГ нема овог ограничења.

5) ЗОН ЦГ предвиђа могућност да се изузетно, потомак може уговором са претком одрећи од наслеђа које није отворено[98], који уговор је ништав према ЗОН РС[99]; 6) У праву Црне Горе број наследних редова је ограничен на четири, док је према ЗОН РС број наследних редова теоријски неограничен, с тим да се на наслеђе могу позвати само родоначелници тих наследних редова, и да је после трећег наследног реда искључено право представљања[100].

6. МОГУЋА РЕШЕЊА ПРОБЛЕМА

Остваривање билатералне хармоније одлучивања између Црне Горе и Србије у наследноправној области зависиће од чињеница у конкретном случају, али би се, у принципу, могло рећи да оно представља тешко достижан идеал. Разлике у нормама о међународној надлежности и о меродавном праву су суштинске и негативно утичу на решавање наследноправних предмета који су везани за обе државе. Резултат поступка не би смео да зависи од државе у којој се одлучује.

Када се суд једне државе огласи надлежним да решава у оставинској ствари, тада је право странака да буду третиране једнако у истим ситуацијама. Односно, интерес странака је да материјално правно решење буде једнако без обзира на то пред судом које државе се одлучује,[101] а неостваривање овог идеала може проузроковати да не буду остварена легитимна очекивања странака[102].

Проблем некоординисаног расправљања заоставштине се може делимично решити уз помоћ приговора литиспенденције, закључивањем двостраног уговора између две државе којим би се регулисала питања надлежности и меродавног права, и признањем стране одлуке (у којем случају ствар постаје *res iudicata*). С тим у вези чл. 26-28 Двостраног уговора закљученог између Србије и Црне Горе садржи одредбе о признању и извршењу, којим се гарантује да ће државе уговорнице признавати судске одлуке под условима утврђеним чл. 27 Уговора.

Доношење новог ЗМПП у Србији којим би се приближила садржина норми о директној међународној надлежности и о одређивању меродавног права, је свакако пожељно решење. Али, ни тиме се овај проблем у целости не решава, јер и тада може доћи до „цепања" заоставштине, услед могућно-

[98] Чл. 135, ст.2 ЗОН ЦГ.

[99] Чл. 218 ЗОН РС.

[100] О. Антић и Љ. Кадић, 28.

[101] Александар Јакшић, *Међународно приватно право – Општа теорија*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво, Београд 2017, 537.

[102] *I.,* 115.

сти избора надлежног суда за део заоставштине, коју пружа чл. 129 ЗМПП ЦГ и примене права места налажења ствари сходно чл. 72, ст.2 ЗМПП ЦГ[103].

Нацрт закона о међународном приватном праву РС из 2014. године (У даљем тексту: „Нацрт ЗМПП РС")[104], предвиђа законска решења која су усклађена са правним тековинама ЕУ[105], односно заснива се на истим главним карактеристикама као ЗМПП Црне Горе, и то: уобичајено боравиште, принцип јединствене заоставштине на оба нивоа и увођење аутономије воље[106]. Међутим, и овај Нацрт, полазећи од истих узора као и црногорски ЗМПП, оставља могућност да дође до подељене заоставштине[107].

Због тога, инкорпорација одредби о ограничењу надлежности у националним ЗМПП, у складу са чл. 12, ст.1 Уредбе о наслеђивању ЕУ, може у одређеним случајевима представљати ефикасно средство за превенцију позитивних сукоба надлежности, па се у том делу предлаже будућа законодавна интервенција.

Увођење аутономије воље у српски ЗМПП ће омогућити странкама да се споразумеју да судови државе чије право је изабрано као меродавно, буду надлежни за одлучивање о наслеђивању у целини[108].

Доношењем новог ЗМПП у Србији, садржина норми међународног приватног права ове две државе би се приближила, а позитивни сукоби надлежности са правом Црне Горе би се у великој мери спречили и проблем некоординисаног расправљања заоставштине свео на најмању могућу меру. Такође, правила о ограниченој слободи избора меродавног права од стране тестатора у Србији требала би омогућити тестаторима да на практичнији начин могу планирати расподелу своје заоставштине.

ЗАКЉУЧАК

У раду се компаративном методом анализирају разлике које постоје у нормама међународног приватног права Црне Горе и Републике Србије у

---

[103] Претпоставка је да ће ова могућност постојати ако у Србији буде усвојен Нацрт ЗМПП ЦГ из 2014. године.

[104] *https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna,* 13. март 2024.

[105] Anatol Dutta, „Novo međunarodno nasljedno pravo Evropske unije – prvo čitanje Uredbe o nasljednom pravu", *Nova pravna revija* 2/2013, 10.

[106] Vladimir Čolović, „Određivanje i primena merodavnog prava u stvarima nasleđivanja u pravu Evropske unije", *Pravni život* 12/2013, 309.

[107] Mireia Artigot Golobardes, „Will Regulation 650/2012 Simplify Cross-Border Successions in Europe?", *European Property Law Journal* 4/2015, 27.

[108] Katarina Knol Radoja, „Deviations from the Principle of the Unity of Succession in the EU Regulation on Succession", *Pravni Vjesnik Journal of Law, Social Sciences and Humanities* 35/2/2019, 49.

области наслеђивања. У том циљу, прво се анализирају норме о међународној надлежности са аспекта превенције сукоба надлежности у обе државе, а затим се разматрају норме о одређивању меродавног права. Кроз шест хипотетичких ситуација се илуструју примери могућих проблема координације, са којима се судови, односно нотари могу суочити приликом расправљања заоставштине.

Показало се да различите норме о међународној надлежности битно утичу на расподелу наследно правних ствари између судова, а са друге стране, разлике у нормама о одређивању меродавног права, могу имати утицаја и на коначан наследноправни резултат.

Проблем некоординисаног расправљања заоставштине постоји чак и међу државама које деле исту правну традицију, а он се само делимично може решити признањем стране одлуке, приговором литиспенденције, прописивањем одредби о ограничењу поступка, по узору на чл. 12, ст. 1 Уредбе о наслеђивању ЕУ, закључењем двостраног уговора између две државе или усвајањем новог ЗМПП РС којим би се садржина норми приближила.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Антић Оливер, *Наследно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2014.

Антић Оливер и Кадић Љиљана, *Основи наследног права Црне Горе и Србије*, Правни факултет у Подгорици, Подгорица 2012.

Artigot Golobardes Mireia, „Will Regulation 650/2012 Simplify Cross-Border Successions in Europe?", *European Property Law Journal* 4/2015, 27.

Bogdan Michael, „Private International Law as Component of the Law of the Forum", *Hague Academy of International Law, Collected Courses* 348/2011, 162.

Varadi Tibor, Bordas Bernadett, Knežević Gašo i Pavić Vladimir, *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo, Beograd 2017.

Vassilakakis Evangelos, „The Choice of the Law Applicable to the Succession under Regulation 650/2012 – An Outline", *Annals of the Faculty of Law of the University of Zenica* 18/2016, 222.

Dika Mihailo, Knežević Gašo i Stojanović Srđan, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Nomos, Beograd 1991.

Dutta Anatol, „Novo međunarodno nasljedno pravo Evropske unije – prvo čitanje Uredbe o nasljednom pravu", *Nova pravna revija* 2/2013, 10.

Ђорђевић Славко, „Поверавање спровођења оставинског поступка јавном бележнику – неколико напомена из угла међународног приватног права", *Форум* 2020, 79.

Ђорђевић Славко, „О проблемима некоординираног расправљања заоставштине једног лица у различитим правним порецима", *Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе* (ур. Станко Бејатовић), Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу, Књига V, 2010, 377.

Đorđević Slavko and Meškić Zlatan, „The relations of Bosnia and Herzegovina, Serbia, North Macedonia and Montenegro with EU Member States“, *European Private International Law and Member State Treaties with third states: The case of the European Succession Regulation* (eds. Anatol Dutta and Wolfgang Wurmnest), Intersentia 2019, 213.

Đorđević Slavko, „Application of renvoi in cross-border succession cases connected to EU member states and Serbia – some remarks from EU and Serbian point of view”, *Revija za evropsko pravo* 22/2020, 95.

Đorđević Slavko, „Some remarks on prevention and resolution of positive jurisdiction conflicts between Croatian (Member State) and Serbian Courts in Cross- Border Succession Cases – From Croatian (EU) and Serbian Point of view”, *Pravni Vjesnik* 36/2/2020, 27.

Đorđević Slavko, Primena međunarodnog privatnog prava u javnobeležničkoj praksi (kratka uputstva i objašnjenja) *https://beleznik.org/public/documents/upload/uputstvo_za_primenu_mpp_u_jb_praksi.pd*, 1. септембар 2023.

E. E., Court of Justice of the European Union, C-80/19, Judgment of the 16 July 2020. Е. Е., Суд правде Европске уније, предмет број 80/19, пресуда од 16. јула 2020.

Јакшић Александар, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво, Београд 2021.

Јакшић Александар, *Међународно приватно право – Општа теорија*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво, Београд 2017.

Коначна верзија Нацрта Закона о међународном приватном праву РС, *https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna*, 13. март 2024.

Kostić-Mandić Maja, *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, Podgorica 2017.

Korać Velibor, *Notari i notarski zapisi*, 3M Makarije, Podgorica 2018.

Kostić-Mandić Maja, Primjena međunarodnog privatnog prava u notarskoj praksi (Application of Private International Law in Notaries' Practice), GIZ, Podgorica 2021.

Kostić-Mandić Maja, *Private International Law of Montenegro*, International Encyclopaedia of Laws, Kluwer Law International, The Netherlands, Alphen aan den Rijn 2022.

Lamont Clive E, „The Concept of Habitual Residence”, *Juridical Review* 3/1997, 137.

Nita Carolina, „The Concept of Habitual Residence, as the Main Connecting Factor in Resolving Conflicts of Laws and Jurisdictions in Matters of Cross-Border Succession, according to EU Regulation No. 650/2012”, *Conferinta Internationala de Drept, Studii Europene si Relatii Internationale* 2022, 269.

Radoja Katarina Knol „Deviations from the Principle of the Unity of Succession in the EU Regulation on Succession”, *Pravni Vjesnik Journal of Law, Social Sciences and Humanities* 35/2/2019, 49.

Станивуковић Маја, Ђундић Петар и Сања Ђајић, *Међународно приватно право – посебни део*, ЈП „Службени гласник“, Београд 2022.

Станивуковић Маја и Живковић Мирко, *Међународно приватно право – општи део, осмо издање*, ЈП „Службени гласник“, Београд 2023.

Čolović Vladimir, „Određivanje i primena merodavnog prava u stvarima nasleđivanja u pravu Evropske unije”, *Pravni život* 12/2013, 309.

Milana V. Ranković
University of Montenegro
Faculty of Law
milanatmc@gmail.com
ORCID ID: 0009-0006-9332-6326

Private International Law of Montenegro and Serbia in the Field of Inheritance and Achieving Harmony in Decision-Making

Abstract: *In this paper, the provisions of the private international law of Montenegro and the Republic of Serbia in the field of inheritance are comparatively analysed.*

Firstly, the legal norms on the international jurisdiction in both states, from the aspect of prevention of positive conflicts of jurisdiction are examined, followed by the analysis of the rules for determining the applicable law for inheritance. Then, Private International law issues (jurisdiction, applicable law and mutual recognition of decisions) are discussed through six hypothetical factual situations, in order to illustrate the problems of coordination that courts, i.e., notaries in these two countries may face in deciding the cases regarding inheritance with a foreign element.

The aim of the paper is to examine whether the differences in the legal norms on international jurisdiction and applicable law have a negative impact on the resolution of inheritance law cases related to two states and to consider possible solutions in order to eliminate this negative impact.

Keywords: *Private International law of Montenegro, Private International law of Serbia, inheritance with a foreign element, jurisdiction to discuss inheritance with a foreign element, applicable law for inheritance.*

Датум пријема рада: 18.03.2024.
Датум достављања коначне верзије рада: 19.04.2024.
Датум прихватања рада: 13.05.2024.

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ЗБОРНИК РАДОВА

Досадашњи главни уредници:

Проф. др Владимир Капор (1966), проф. др Никола Воргић (1967–1968), проф. др Милош Стеванов (1969–1973), проф. др Боривоје Пупић (1974–1976), проф. др Милијан Поповић (1977–1983), проф. др Станко Пихлер (1984–1988), проф. др Момчило Грубач (1989–1990), проф. др Јован Мунћан (1991–1997), проф. др Милијан Поповић (1998–2003), проф. др Родољуб Етински (2004–2006), проф. др Драгиша Дракић (2006–2013), проф. др Слободан Орловић (2013–2022).

Чланови Уредништва:

Проф. др Љубомир Стајић, prof. dr Damjan Korošec (Словенија), prof. dr Wilhelm Brauneder (Аустрија), prof. dr Zoltán J. Tóth (Мађарска), prof. dr Serge Regourd (Француска), prof. dr Heinz Mayer (Аустрија), prof. dr Peter Mader (Аустрија), prof. dr Suphawatchara Malanond (Тајланд), prof. dr András 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 Самарџић, др Ратко Радошевић, др Илија Јованов, др Владан Мирковић, др Слобода Мидоровић, Оливера Јокић.

Компјутерска обрада текста
Владимир Ватић, „Графит”

Штампа:
„Футура”, Нови Сад
Тираж: 100 примерака

2024

CIP - Каталогизација у публикацији
Библиотека Матице српске, Нови Сад

34(082)

ЗБОРНИК радова = Collected Papers / Правни факултет у Новом Саду ; главни уредник Владимир Марјански - 1966, 1- . - Нови Сад : Правни факултет, 1966-. - 24 cm

ISSN 0550-2179

COBISS.SR-ID 16397826

ISSN 0550-2179
eISSN 2406-1255