

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ

NOVI SAD FACULTY OF LAW SERBIA

ЗБОРНИК РАДОВА

COLLECTED PAPERS

LVIII

4/2024



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 4 (2024)

НОВИ САД, 2024.

ЗРПФНС, година LVIII Нови Сад, бр. 4 (2024)

УДК 3

ISSN 0550-2179

eISSN 2406-1255

САДРЖАЈ TABLE OF CONTENTS

<i>Драјо Љ. Дивљак</i> Појмовно одређење и битна обележја концесија у праву Европске уније	785
<i>Senad R. Jašarević, Darko M. Božičić</i> Implementation of Decent Work Standards on Platform Workers: Different Approaches .	803
<i>Снежана С. Бркић</i> Начело непосредности у скраћеном кривичном поступку према ЗКП Србије из 2011. године	821
<i>Драјица С. Дракић, Иван Д. Милић</i> Десет година од доношења Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера .	847
<i>Пејтар М. Бундић</i> Међународна надлежност судова Србије и повреда ауторског права на интернету: тумачење члана 53. став 1. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља	863
<i>Ненад С. Тешић</i> О једногодишњем року застарелости	887
<i>Марко З. Јовановић, Сања Ђ. Марјановић</i> Упоредна анализа система признања страних судских одлука према Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља и према Хашкој конвен- цији из 2019. године	925
<i>Далибор Б. Ђукић</i> Верска припадност деце у пројектима међуверских закона Краљевине СХС – Југославије 1919–1941	957
<i>Оливера Ж. Јокић</i> Поступак за решавање спорног правног питања	973
ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ	
<i>Michael Binder</i> Consolidation of the Creditor and Debtor. Confusio in Roman Law and in the Austrian Civil Code (ABGB)	1007

Драго Љ. Дивљак
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Divljak@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-7698-0189

ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ И БИТНА ОБЕЛЕЖЈА КОНЦЕСИЈА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*

Сажетак: Предмет правне анализе у овом раду је појмовно одређење и битна обележја концесија у праву ЕУ. Посебна пажња је усмерена ка преносу оперативног ризика, који се јавља као кључно обележје ово одређења. Размишљање је засновано на релевантној регулативи ЕУ, а у значајној мери и на пракси Суда правде ЕУ која је незаобилазна у овој материји. Истовремено, анализа указује на отворена питања и недоследности у погледу нормативног стања у дајој области.

У раду се изводи закључак да Директива о концесијама из 2013, по први пут, на појединачни начин, покушава да појмовно одреди концесију и утврди њена битна обележја. При том за основу свој регулисања преузима праксу Суда правде ЕУ и њене релевантне закључке. У том аутономном концепту концесија, она фактички подиже пренос оперативног ризика на ране најважније обележја концесија у праву ЕУ. Но и поред значајне пажње која је посвећена овом питању, његов нормативни оквир и даље садржи отворена питања и недоследности. Посебно је то изражено у погледу нејасноћи и неусаглашености правних решења. У управљању ових недоследности главни задатак ће имати Суд правде ЕУ. Међутим, не треба исцисити из вида и одређене могућности националних закона држава чланица у том погледу.

Кључне речи: појам концесија, битна обележја, право ЕУ, Директива о концесијама, оперативни ризик, Суд правде ЕУ.

* Рад је настао као резултат истраживања у 2024. години у оквиру пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

1. УВОД

Потреба за концесијама, као алтернативним начином развоја инфраструктуре и вршења услуга од јавног интереса у Европској унији је обновљена након економске кризе почетком XXI века. Тренд раста интереса за овим питањем није јењавао и било је нужно креирање одговарајуће специфичне правне регулативе. Стога је донета Директива Европског парламента и Савета 2014/23/EУ од 26. фебруара 2014. о додели уговора о концесији¹ (у даљем тексту Директива о концесијама) као средства за превазилажење додашњег стања правне несигурности.² Ова несигурност је узрокована парцијалим регулисањем концесија на нивоу ЕУ³ и постојањем широког спектра различитих правних концепата и националних прописа у државама чланицама ЕУ⁴ овој области. Све то је било потребно усагласити⁵ доношењем једног акта који би на потпунији начин директно регулисао ову област.⁶ Наведена директива је настала као део модернизацијског пакета у области јавних набавки, при чему се нормативно раздваја област јавних уговора и концесија. По својој садржини је компромисног карактера а по својим донетима се оцењује и као својеврсни политички пројекат.⁷

У раду који следи, предмет правне анализе је појмовно одређење и битна обележја концесија у праву ЕУ. Посебна пажња је усмерена ка преносу

¹ Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts, *OJ L 94*, 28.3.2014.

² Graells, Albert Sanchez; “*What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance?*”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 7.2, 2012, 130.

³ Први пут концесије у праву ЕУ су биле предмет парцијалног нормативног обухвата у Директиви 2004/18/EЦ Европског парламента и Савета о координација процедура за доделу уговора о јавним радовима, уговора о јавном снабдевању и уговора о јавним услугама, односно у Директиви о јавном сектору из 2004. године како се скраћено најчешће назива (Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, *OJ L 134*, 30.4.2004).

⁴ Почетком XX века, једанаест држава чланица имало је национално законодавство о концесијама. Упор: Rainer d’Haussonville, „*Towards a New Concessions Regime in the EU: About the Merits and Shortcomings of the Concessions’ Directive.*“ *US-China L. Rev.*, 11, 2014., 1551.

⁵ Потешкоће њиховог усаглашавања истовремено је служило као оправдање за неукључивање уговора о концесији услуга у делокруг директиве о јавним набавкама, али и као аргумент за доношење посебне директиве за концесије. Упор: Sue Arrowsmith, “*The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*”, 2014, 427; Richard Craven, “*The EU’s 2014 Concessions Directive*”, *Public Procurement Law Review*, 2014, 4, 189.

⁶ Упор: Roxana Vornicu, “*The rules on performance of the concession contract under the 2014 Concession Directive and the triangle of rights: a brief dialectic*”, *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* 11, 2016, 159.

⁷ Упор: R. d’Haussonville, 1547.

оперативног ризика који се појављује као кључно обележје тог одређења. Разматрање је засновано на релевантној регулативи ЕУ, а у значајној мери и на пракси Суда правде ЕУ, која је незаобилазна у овој материји. Истовремено, анализа указује на отворена питања и недостатке у погледу нормативног стања у датој области.

2. ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ КОНЦЕСИЈА У ПРАВУ ЕУ

Потреба за комплетнијим појмовним одређењем концесија у праву ЕУ је била дуго изражена. Она није имала за циљ само да потпуније устроји један важан институт већ, у великој мери, и да се направи дистинкција између концесија и јавних набавки, као сродних области. У Преамбули Директиве о концесијама то се јасно акцентује и указује се да би та дефиниција требала на прави начин одражавати посебност концесија у односу на јавне уговоре.⁸ Иако се овај нормативни приступ којим се појмовно одређење концесија заснива на супстрату јавних уговора може оспоравати, јасно је да ово разликовање има и практичну функцију, јер фактички уоквирује регулаторни домен дате директиве.⁹

Полазећи од наведеног генералног циља, Директива о концесијама одређује концесије као уговоре којима се остварује новчани интерес једног или више јавних наручитеља, при чему се извођење радова или омогућавање услуга и управљање њима поверава једном или више привредних субјеката. Циљ таквих уговора је набавка радова или услуга концесијом, чија се накнада састоји од права на искориштавање радова или услуга или тог права заједно с плаћањем.¹⁰ У нормативном делу се утврђује да „концесије” значи концесије радова или концесије услуга. При том се одвојено дефинишу наведене врсте.¹¹

Свеукупно гледано, ово одређење и критеријуми идентификације су другачији од дефиниција концесија датих у националним законима.¹² На тај начин је дошло до значајног одступања од класичног поимања концесија као аката јавне власти којима се додељују одређена права концесионару, па чак и до одклона од докумената ЕУ који су се пре тога бавили проблемима концесија у оквиру ЕУ.¹³ Свеукупно гледано, може се закључити да се ради се

⁸ Пар. 2. Преамбуле Директиве о концесијама.

⁹ Упор: Simona Gherghina, “*Difficult decisions: the limits of choice by contracting authorities when awarding concession contracts*”, Rom. Pub.-Priv. Partnership L. Rev. 14, 2015, 27.

¹⁰ Пар.11. Преамбуле Директиве о концесијама.

¹¹ Чл. 5. ст. 1. Директиве о концесијама.

¹² Упор: Christopher H. Bovis, “*Public Service Partnerships as Instruments of Public Sector Management in the EU*”, European Public Private Partnership Law Review 6.4, 2011.1.

¹³ Упор: “*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of Concession Contracts*” – Frequently Asked Questions MEMO/11/932 Brussels, 20 December 2011.

аутономном концепту права ЕУ,¹⁴ који је у највећој мери иницирао¹⁵ и креирао Суд правде ЕУ тумачећи раније важеће прописе,¹⁶ и који је као такав инкорпориран у Директиву о концесијама.

3. БИТНА ОБЕЛЕЖЈА КОНЦЕСИЈА У ПРАВУ ЕУ

3.1. Уопште

Напред представљено одређење концесија, на први поглед, не даје јасну слику у погледу битних обележја тог појма. Међутим, пар. 18. Преамбуле наведене директиве у том погледу дефинитивно даје недвосмислено разјашењење правилу да је “основно обележје концесије, право на искоришћавање радова или услуга, увек подразумеваало пренос оперативног ризика економске природе на концесионара.“ На основу њега, види се да је најважнија формална одредница концесија право на искоришћавање радова или услуга, али да се фактички акценат у том погледу са наведеног права преноси на преузимање оперативног ризика од стране концесионара. Оваквом стилизацијом наведеног правила се индиректно фактички може закључити да би исправније било рећи да је главно обележје концесија, односно критеријум за идентификацију концесија само један, а то је оперативни ризик. О томе нема дилеме у теорији.¹⁷ Оваквом посматрању у прилог иду и нека друга објашњења у Директиви о концесијама. У том погледу је посебно индикативна одредба дате директиве у којој се каже да би: „стога требало појаснити дефиницију концесије, посебно упућујући на концепт оперативног ризика.“¹⁸

И овде треба поновити да је овакав нормативни приступ у Директиви о концесијама суштински заснован на одлукама Суда правде ЕУ које су претходиле њеном ступању на снагу.¹⁹ Ипак, подизање елемента преноса ризика на ранг прворазредног обележја концесија у праву ЕУ, није плод првобитног концепта већ постепене еволуције у пракси овог суда. У почетном периоду ове праксе, битно обележје и једини дистинктиван елемент који је концесије разликовао од јавних уговора био је садржан у чињеници да кон-

¹⁴ Шире: Ulla B. Neergaard, “Public service concessions and related concepts 10 the increased pressure from Community law on Member States’ use of concessions”, in Public Procurement Law Review 2007, 6.

¹⁵ Case: Commission of the European Communities v Italian Republic, C-382/05, ECLI:EU:C:2006:668.

¹⁶ Упор: S. Gherghina, 33.

¹⁷ Упор: Marco Ceruti, “The allocation of risk in the public-private partnership (PPP) between public contracts and concessions”, Varese, 2016, 40 С. Н. Bovis, 2, S. Gherghina, 33

¹⁸ Пар.18. Преамбуле Директиве о концесијама.

¹⁹ Упор: S. Gherghina, 34.

цесионар стиче право на остваривање прихода од коришћења изграђених објеката, при чему ту накнаду не прима директно од наручиоца, већ од крајњих корисника. Такав „концесивни модел“, који карактерише директна веза између концесионара и крајњег корисника на основу наплаћених накнада је једно време био једини прихваћени модел.²⁰

Међутим, такав приступ се у пракси Суда правде ЕУ постепено напушта јер није могао покрити различите околности у којима држава користи приватно финансирање за остварење јавних интереса.²¹ Уместо наведеног модела креира се нови у којем се све више потенцирао фактор преласка оперативног ризика. У том погледу су индикативни случајеви *Parking Brixen*²² и *Contse*.²³ У тој еволуцији,²⁴ посебно је парадигматичан случај *Stadler*,²⁵ и од њега долази до коначног заокрета у прихватању значаја дефинисања појмова порекла накнаде и преноса оперативног ризика, при чему оперативни ризик постаје незаобилазно обележје концесија у праву ЕУ.²⁶

Наведени развој се верификује и у Директиви о концесијама. Наиме, одредбом да „треба јасно да се стави до знања да одређене аранжмане које искључиво наплаћује наручилац треба квалификовати као концесије када надокнада инвестиција и трошкови оператера за извршење посла или пружање услуге зависе од стварне потражње или понуде услуге или имовине“.²⁷ На овај начин се у овом акту одустаје од примене критеријума порекла накнаде.²⁸ У таквој ситуацији, када се појам уговора о концесији заснива на концепту оперативног ризика,²⁹ његов пренос постаје једино битно обележје идентификације концесија и уједно елемент дистинкције од јавних уговора.

²⁰ То јасно прозилази из Интерпретативног саопштења Европске комисије (European Commission, Interpretative Communication on Concessions Under Community Law (2.1.2), 29 Apr. 2000).

²¹ Упор: European Commission, Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004), par. 23.

²² Case: *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG*. ECJ, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605

²³ Case: *Contse SA, Vivisol Srl and Oxigen Salud SA v Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa)*, formerly Instituto Nacional de la Salud (Insalud), C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644.

²⁴ Шире: Hernández González, Francisco Lorenzo. “*The Evolving Concept of Works and Service Concessions in European Union Law.*” *Public Procurement Law Review* 25, 2016, 52-55.

²⁵ Case: *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler v Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*, C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130.

²⁶ Упор: М. Ceruti, 42.

²⁷ Пар. 18. Преамбуле Директиве о концесијама.

²⁸ Упор: S. Gherghina, 29.

²⁹ Упор: Gian Franco Cartei, “*Risks and Risk Transfer in Concessions.*” *Eur. Pub. L.* 25, 2019., 505.

3.2. Пренос оперативног ризика као кључно обележје

У Директиви о концесијама се први пут нормативно устројава концепт оперативног ризика у праву ЕУ, чији је пренос кључно обележје концесија у праву ЕУ. То се може оценити и као њена најзанимљивија новина³⁰ која је као таква добила посебну пажњу. У наведеном контексту два питања заслужују посебно пажњу а то је питање обухвата појама оперативног ризика и питање потребног нивоа ризика који се мора пренети на концесионара, да би дати уговор имао карактер концесија.

3.2.1. Обухват појама оперативног ризика

3.2.1.1. Регулаторне одреднице

Већ на први поглед је видљиво да је обухват појама оперативног ризика у Директиви о концесијама доста широко постављен.³¹ Он се покушава разјаснити са неколико инструктивних правила. Анализирајући дефиницију оперативног ризика из члана 5. став 1. и члана 20. Преамбуле Директиве о концесијама, и узимајући у обзир праксу Суда правде ЕУ која је генерално послужила као основ релевантних правила ове директиве, можемо закључити да оперативни ризици у праву ЕУ подразумевају оне ризике који имају три одреднице и којима се уоквирује обухват појама оперативног ризика.

Прво, ризици би требали произићи из фактора који су изван контроле учесника у концесији.³² Ризици попут оних који су повезани са лошим управљањем, неиспуњењем уговорних обавеза од стране привредних субјеката или с разлозима више силе нису пресудни у класификацији о концесији. Исто тако, битно је и одређење да наведени ризици не обухватају оне ризике који су инхерентни сваком уговору, било да се ради о уговору о јавној набавци или о концесији, као што су ризици попут оних који су повезани са лошим управљањем, неиспуњавањем уговорних обавеза од стране привредних субјеката или с разлозима више силе. Они нису релевантни за квалификацију уговора о концесији. Овај услов је фактички пренет у Преамбулу Директиве о концесијама из већ споменутог случаја *Stadler*,³³ где је појашњено да у њих не улазе ризици попут оних који су повезани са лошим управљањем, неиспуњавањем уговорних обавеза од стране привредних субјеката или с разлозима више силе. Суд је такође заузео исти став. Ризици у вези са грешкама у управљању или ризицима финансирања не спадају у оперативни ризик те стога не могу бити параметар за квалификацију уговора.

³⁰ Упор: Интерпретативно саопштења Европске комисије из 2000. године.

³¹ Упор: G. F. Cartei, 505.

³² Пар. 20. Преамбуле Директиве о концесијама.

³³ Case: Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler v Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, par. 37-38.

Наведени услов укључује и временску компоненту јер су концесије дугорочни и сложени уговорни аранжмани који су пропорционални животном циклусу инфраструктуре.³⁴ Следствено томе потребно је водити рачуна и о околностима које се могу појавити у дужем периоду трајања концесија. У том контексту је корисна и одлука датог суда у случају *Commission vs. Italy*³⁵ где се акценатује потреба да ризик концесионара мора бити реалан.³⁶

Друго, оперативни ризици увек подразумевају излагање непредвидивим променама на тржишту. Ради се пре свега о ризицима економске природе у вези са техничким, финансијским и управљачким аспектима пословања.³⁷ Они би се требали схватити као ризик од излагања непредвидивим променама на тржишту који се могу састојати од ризика потражње или ризика понуде, или из ризика потражње и ризика понуде истовремено.³⁸ Ризик потражње тумачи се као ризик који је повезан са стварном потражњом за радовима и услугама који су предмет уговора. Исто тако, ризик понуде обухвата ризик повезан с пружањем радова или услуга који су предмет уговора, посебно ризик да пружање услуга не одговара потражњи. У сврху оцењивања оперативног ризика, морају се узети сви елементи као што су нето садашња вредност свих улагања, трошкови и приходи концесионара, при том би се то морало чинити на доследан и уједначен начин.³⁹

Овај услов је инаугурисан, али и додатно прецизиран у пракси Суда правде ЕУ. Тако је у случају *WAZV Gotha* суд заузео став да ризик везан за концесију подразумева ризик „изложености“ условима на тржишту.⁴⁰ Истовремено, у датом случају се развија и концепт тржишног ризика и прецизира се да се ризик економског пословања концесионара мора разумети као “ризик изложености хировима тржишта који се може састојати у ризику од конкуренција других оператера, ризику да се понуда услуга неће подударати са потражњом, ризик да корисници неће бити у могућности да плате пружене услуге, ризик да трошкови рада услуга неће бити у потпуности покривени приходима, укључујући и ризик од одговорности за штету или штету насталу због неадекватности услуге”.⁴¹

³⁴ Упор: Пар. 68. Преамбуле Директиве о концесијама; Т. Prosser & L. Butler, “*Rail Franchises, Competition and Public Service*”, *Modern L. Rev.*, 2018, 32.

³⁵ Упор: М. Ceruti, 27.

³⁶ Case: *Commission of the European Communities v Italian Republic*.

³⁷ Упор: М. Ceruti, 14.

³⁸ Према члану 5. Директиве о концесијама оперативни ризик обухвата „ризик потражње или понуде или обоје“.

³⁹ Пар. 19. Преамбуле Директиве о концесијама.

⁴⁰ Case: *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) v Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*, C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540, par. 66 and 67.

⁴¹ Case C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, par. 37.

Треће, последица преузимања оперативног ризика се састоји у томе да концесионар нема гаранцију у погледу надокнаде својих улагања и трошкова везаних за извршење уговора о концесији у нормалним радним условима чак и ако део ризика сноси јавни наручилац.⁴² У складу са пар. 18. Преамбуле Директиве о концесијама, уговор нема карактер концесија кад год јавни наручилац ослободи „привредни субјект од сваког потенцијалног губитка гарантујући минимални приход, једнак или виши од уложених средстава и трошкова које привредни субјект има у односу на извршење уговора.“ У датом контексту, врло важна је и одредница да се концепт оперативног ризика у концесијама не примењује у свим околностима, већ је његова примена специфицирана на „нормалне услове рада“. У овом погледу је релевантно и објашњење садржано у истом параграфу Преамбуле Директиве о концесијама да би аранжмани који су у искључиво плаћени од стране јавног наручитеља требали бити прознати као концесије у случајевима када накнада уложених средстава или трошкова које је имао субјект при извршењу радова или пружању услуга зависи од стварне потражње за услугом или имовином или понуди услуге или имовине.

У покушају да прецизира ширину овог услова, у Директиви о концесијама се утврђују конкретна правна правила са условима постојања специфичних околности. Тако се утврђује ситуација када пропис специфичан за одређени сектор уклања ризик гарантујући концесионару покриће везано уз улагања и трошкове који настају при извршењу уговора. Упућује се на то да такав уговор не би требало окарактерисати као концесију.⁴³ Међутим, у случају када је ризик од почетка ограничен не искључује се могућност квалификације уговора као концесије. То може бити случај, на пример, у секторима с утврђеним тарифама или када је оперативни ризик ограничен средствима уговорних аранжмана којима се осигурава делимична надокнада, укључујући надокнаду у случају превременог раскида концесије из разлога који се односе на јавног наручиоца или због више силе.

3.2.1.2. Отворена питања

Изнете релевантне одредбе Директиве свакако су допринеле томе да почетна неизвесност у погледу обухвата оперативног ризика буде делимично умањена, али пуни искорак није постигнут,⁴⁴ Непрецизност регулације довела је до тога да и даље постоји не мали број отворених питања.⁴⁵

⁴² Пар. 18. Преамбуле Директиве о концесијама.

⁴³ Пар. 19. Преамбуле Директиве о концесијама.

⁴⁴ Упор: G. F. Cartei, 504, 508.

⁴⁵ То је нотификовано и у пракси Суда правде ЕУ. Case: Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) v Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540, par. 33, 79.

У датом контексту је потребно споменути конструкцију „нормални услови рада,“ која је сама по себи непрецизна и подложна различитим тумачењима које није лако помирити. С друге стране, она није лако уклопива ни са неким од наведених одредница оперативног ризика, посебно оних који се односе на повезаност са излагањем непредвидивим променама на тржишту и њихову узрокованост факторима који су ван контроле учесника у концесији.⁴⁶

Већи број отворених питања односи се на специфични облик концесија када су концесионари искључиво плаћени од стране јавног наручиоца и када надокнада уложених средстава или трошкова које је имао субјект при извршењу радова или пружању услуга зависи од стварне потражње за услугом или имовином или понуди услуге или имовине. У том погледу, одмах се отвара проблем нејасноће у вези примене критеријума идентификације таквих концесија, као што је на пример утврђивање ризика пренетих на концесионара, квантификације ефеката индиректних гаранција концесионара или релевантности извора пословних прихода.⁴⁷

С друге стране, наведени специфични облик концесија продукује и дубље проблеме, као што је проблем неусклађености у погледу значења и садржине појединих врста ризика и утврђивања њихових односа. То се посебно односи на неизвесност у погледу значења ризика потражње⁴⁸ и његовог односа са ризиком доступности, при чему се овај други односи на способност концесионара да испуни захтеве квалитета услуга и да испоручи уговорени обим радова. Ризик доступности је посебно релевантан за наведени специфични облике концесије када концесионар заправо преузима ризик доступности када услуга не испуњава прописане стандарде квалитета. Овај ризик такође може бити карактеристичан и за концесије где је њихов предмет специфична инфраструктура, као што су нпр. болнице, школе или затвори, код којих фактички и не постоји ризик потражње. Код оваквих концесија новчани поврат за трошкове концесионара не долази од накнада које плаћају корисници већ од плаћања јавног субјекта и немогуће је говорити о конкуренцији или тржишним условима привређивања.⁴⁹

У наведеним околностима се логично поставља и питање тачног обухвата ризика потражње и потреби и оправданости укључења ризика доступности у корпус ризика потражње. У том погледу, прихватиљива је оцена да ризик доступности не би могао спадати у оперативне ризике, јер он превентивно зависи од способности концесионара да пружи адекватну услугу према

⁴⁶ Пар. 20. Преамбуле Директиве о концесијама.

⁴⁷ S. Gherghina, *“The Financing of Public Investments”*, C.H. Beck Publishing House, 2015, 184-189.

⁴⁸ Шире: G. F. Cartei, 509.

⁴⁹ Упор: H. González, F. Lorenzo, 57.

квалитативним и квантитативним стандардима.⁵⁰ То је супростављено одредници да оперативни ризик мора произлазити из фактора који су изван контроле страна у концесији и да треба да буде везан за непредвидиве промене на тржишту.⁵¹ Исто тако, такав ризик очигледно повлачи неадекватно испуњење уговора. То би такође било противно већ изнетом ставу из праксе Суда правде ЕУ да ризици који су повезани са лошим управљањем или неизвршењем уговорних обавеза од стране концесионара економског оператора не могу бити коришћени у сврху класификације једног уговора као концесије, будући да су ти ризици својствени сваком уговору било да се ради о уговору о јавној набавци или о концесији.

Напред изнета отворена питања у вези ризика потражње, посебно она везана за конкретни обухват тог појма као последицу могу отворити и проблем његовог правног третмана. У крајњој линији, могуће је проблематизовање и оправданости његове укључености у појам оперативног ризика уопште.

Решење напред наведених отворених питања се може тражити у коришћењу два механизма. Први се састоји у парцијалној надоградњи и прецизирању односних правила ЕУ у правима држава чланица. У неким правима то је и практично реализовано. Тако су у италијанском праву прецизирали садржину појма „нормални услови рада“ као „одсуство непредвидивих догађаја.“ Ипак ни ова формула не превазилази све наведене потешкоће у тумачењу датог појма. Такав приступ је демонстриран у румунском праву. Конкретно овде су грађевински ризици уврштени у корпус оперативних ризика. Исто тако, у шпанском праву је дати проблем правног третмана ризика потражње јасно разрешило на начин да концесионар може да преузме само ризик понуде, али не и спорни ризик потражње.⁵² И поред ових искорак на националном плану, јасно је да он има врло ограничене домете у садржинском и просторном плану. Стога је као такав недовољан за суштинско решавање отворених питања у датој области.

Други механизам је додатно екстензивно коришћење праксе Суда правде ЕУ. У напред изнетом делу рада се већ може видети да је управо она дала кључан допринос у погледу прецизирања помало неухватљивог концепта⁵³ као што је концепт оперативног ризика. Фактички, управо је ова пракса директно креирала битне ставове у овој области а који се у Директиви у концесијама преузимају и развијају.⁵⁴ Међутим, то није био праволинијски

⁵⁰ Упор: М. Ceruti, 34.

⁵¹ Упор: G. F. Cartei, 509.

⁵² Пар. 257, Закона о концесија Шпаније од 8. новембра 2017. бр. 9.

⁵³ Упор: М. Ceruti, 2.

⁵⁴ Упор: Charles M. Clarke, "An Overview of the CJEU's Current Approach Towards the Application of the Underlying Treaty Principles Governing Concessions", in *European Procurement and Public Private Partnership Law Review* no 4/2015, 285.

процес.⁵⁵ Тек у другој, новијој фази, почев од пресуде *Parking Brixen*,⁵⁶ судска пракса достиже виши степен зрелости који доводи до прогресивног усавршавања концепта оперативног ризика мада су и даље остале сиве зоне у том погледу. То је управо карактеристично за конкретизацију обухвата оперативног ризика,⁵⁷ где и даље остаје не мали број отворених питања.⁵⁸

Са отвореним питањима које је Директива о концесији својим нејасноћама и неусклађеностима креирала, фактички је она и осигурала континуирану релевантност ове јуриспруденције у смислу тумачења њених одредби.⁵⁹ Даље коришћење овог начина надоградње нормативних оквира концесија у сегменту појма оперативног ризика не само да је потребно већ је и реално оствариво и са ширим дometима него працијална надоградња путем националних закона земаља чланица ЕУ. Међутим постоје и ограничења у погледу крајњих дoмета. Наиме, она по својој природи у себи садржи основни недостатак а то је да реагује по потреби од случаја до случаја,⁶⁰ дајући конкретне одговоре који понекад немају ширу системску употребљивост као у случају *Helmut Müller*.⁶¹

3.2.2. Ниво оперативног ризика који треба иренији

У контексту оперативног ризика, осим његовог обухвата, врло важно је и питање нивоа оперативних ризика који је потребан да се пренесе на концесионара да би се један посао назвао концесијом.

3.2.2.1. Опште правило

Директивом о концесијама се директно не утврђује дати минимални праг или ниво оперативног ризика. Међутим, она ипак садржи једно опште правило у датом контексту. Њиме се утврђује да део ризика пренесен на концесионара укључује стварно излагање непредвидивим променама на тржишту, тако да било какав потенцијални процењени губитак који је претрпео

⁵⁵ Case: *Helmut Müller GmbH v Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168, par. 75; *Commission of the European Communities v Italian Republic*, Case C-437/07; *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik v AOK Rheinland/Hamburg*, C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358, par. 74;

⁵⁶ Case: *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG*.

⁵⁷ Упор: М. Ceruti, 43.

⁵⁸ Упор: А. S. Graells, 4.

⁵⁹ Шире: С. Н. Bovis, “*Public procurement in the EU: Jurisprudence and conceptual directions.*” *Common market law review* 49.1 (2012).

⁶⁰ Упор: S. Gherghina, “*The Financing of Public Investments*”, С.Н. Beck Publishing House, 2015, 37.

⁶¹ Case: *Helmut Müller GmbH v Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, C-451/08.

концесионар није тек номиналан и занемарив.⁶² Овакво одређење само је у мањој мери умањило наведени проблем. Свакако би било више извесности да је задржана одредница „значајан“ ризик која постојала у предлогу дате директиве, али у коначној верзији она је нестала.⁶³

У оваквој ситуацији, прецизнију квантификацију преноса оперативног ризика нужно је морао је дати Суд правде ЕУ. Дужи низ судске праксе по овом питању, започет је случајем WAZV Gotha. У овом случају суд је захтевао да се на концесионара мора пренети оперативни ризик у потпуности, или барем у значајној мери, да би се уговор третирао као концесија.⁶⁴ Сагласно том ставу тамо где то није постигнуто уговор мора бити третиран једино као уговор о јавним набавкама.

И поред датих разјашњења у пракси Суда правде ЕУ, искорак који је учињен је ипак био непотпун и недовољан јер и даље није било потпуно извесно који ниво оперативног ризика треба пренети на концесионара да би се уговор квалификовао као концесија.⁶⁵ Гранична линија је и даље остављала простор субјективном тумачењу што је значило да правна несигурност по овом питању није потпуно уклоњена.⁶⁶ С друге стране, овакав приступ може бити концептуално споран са аспекта природе концесија. Ризик који не сноси концесионар ипак ће нужно сносити, барем у једном делу, концедент, дакле јавни субјект. Стога није изненађујуће што је и Европска комисија закључила да „ова судска пракса још увек није довољно јасна, посебно у погледу нивоа оперативног ризика који треба пренети на економског оператора тако да се уговор може квалификовати као концесија“.⁶⁷

Подизање нивоа прецизирања у датој области посебно подразумева идентификовње значајног дела оперативног ризика који мора преузети концесионар како би се уговор окарактерисао као концесија. То значи да је у сваком случају неопходно да он буде јасно дефинисан и измерен.⁶⁸ Рационалан захтев је и да се ризик мора одредити од стране наручилаца, пре доделе концесије тако да сви потенцијално заинтересовани субјекти могу унапред стећи увид. Међутим, треба узети у обзир и непредвиђене ситуације и промене на тржишту које могу да настану након закључења уговора о концесији. С друге стране, то не значи да концесија нужно мора да укључује такав ризик да се економска операција претвори у тоталну коцку, већ само да

⁶² Чл. 5. ст.1. Директиве о концесијама

⁶³ Упор: М. Ceruti, 12.

⁶⁴ Case: Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) v Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH., par. 77.

⁶⁵ Case: Commission of the European Communities v Italian Republic. C-382/05, par. 34.

⁶⁶ Упор: С. М. Clarke, 275.; М. Ceruti, 45.

⁶⁷ Упор: Commission Staff Working Document, Impact Assessment of an Initiative on Concessions, Brussels, 20 Dec. 2011, SEC (2011), 1588 final (4.1.1).

⁶⁸ Упор: G. F. Cartei, 507.

непостојање преноса оперативног ризика практично искључи концесију.⁶⁹ Постизање одговарајуће равнотеже није лако оствариво, јер пренети ризик мора бити значајан, а он не постоји ако је велика вероватноћа да концесионар неће доживети никакав потенцијални губитак или да је такав губитак занемарљив.⁷⁰ С друге стране, увек треба имати у виду да је концесија инструмент које јавни субјекти користе за остварење јавних интереса.

3.2.2.2. Правило за специфичне ситуације

У погледу потребног нивоа оперативног ризика, Директива о концесијама поред општег правила, садржи и посебно правило које се односи на одређену специфичну ситуацију, односно на случај када је ризик од почетка ограничен. То може бити случај, на пример, у секторима с утврђеним тарифама или када је оперативни ризик ограничен уговорним аранжманима којима се осигурава делимична надокнада, укључујући и надокнаду у случају превременог раскида концесије из разлога који се односе на јавног наручиоца или због “више силе”. У таквој ситуацији, чињеница да је ризик од почетка ограничен не би требала искључивати квалификацију датог уговора као концесије.⁷¹ Другим речима чињеница да правила јавног права или уговорне клаузуле ограничавају оперативни ризик и смањују га у поређењу са оним што би сносио јавни субјект, али га и даље одржавају на нивоу ефикасности, не отклања квалификовање таквог уговора као уговора о концесији.⁷²

Напред наведено правило је резултат ставова праксе Суда правде ЕУ.⁷³ У његовој разради посебан значај има случај *Gotha*.⁷⁴ По мишљењу овог суда у наведеном случају, у одређеним секторима активности, попут оних који укључују комуналне услуге, у складу са правилима која могу утицати на ограничавање финансијских ризика, довољно је да је пренет „значајан удео у оперативном ризику са којим се суочава концесионар”.⁷⁵ Заузет је став да уколико оператер услуге преузима значајан део постојећег, али ограниченог ризика у датој ситуацији, уговор би се могао сматрати концесијом за услуге. Исти став је поново потврђен и у случају *Augstākās*.⁷⁶

⁶⁹ Пар. 18. пар. 20 Преамбуле и чл. 5. Директиве о концесијама.

⁷⁰ Case: *Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden v BFI Holding BV*. C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525.

⁷¹ Пар. 19. Преамбуле Директиве о концесијама.

⁷² Упор: М. Ceruti, 43.

⁷³ Упор: G. F. Cartei, 506.

⁷⁴ Упор: S. Gherghina, “*Difficult decisions: the limits of choice by contracting authorities when awarding concession contracts.*” 38 Case T-167/01.

⁷⁵ Case: *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) v Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*, par. 77

⁷⁶ Case: *Augstākās tiesas — Latvia* — Rūdolfs Meroni v Recoletos Limited, Case C-559/14.

Изнети ставови праксе Суда правде ЕУ су делом дочекани са резервом јер потенцијално могу имати збуњујућу улогу у контексту решавања наведеног проблема потребног оперативног ризика у концесији.⁷⁷ Међутим, и поред тога ти ставови су директно преузети у Преамбули Директиве о концесијама.⁷⁸ С друге стране, видљиво је и то да је изван делокруга овог суда остало и даље важно питање до ког нивоа ово почетно ограничење преноса оперативног ризика може бити прихватљиво.⁷⁹ У том погледу јуриспруденција Суда правде ЕУ је само начелно потврдила да за квалификацију једног уговора као концесије, није неопходно да оперативни ризик који преузима концесионар буде неограничен, у смислу да имплицира потпуни неуспех пројекта.⁸⁰

4. ЗАКЉУЧАК

Директива о концесијама из 2014. године по први пут, на потпунији начин, покушава да појмовно одреди концесију и утврди њена битна обележја. При том за основу свог регулисања преузима праксу Суда правде ЕУ и његове релевантне закључке. У том аутономном концепту концесија, она фактички подиже пренос оперативног ризика на ранг најважнијег обележја концесија у праву ЕУ. Но и поред значајне пажње која је посвећена овом питању, његов нормативни оквир и даље садржи отворена питања и недостатке. Посебно је то изражено у погледу непрецизности и неусаглашености правних решења. Већи број отворених питања односи се на специфични облик концесија када су концесионари искључиво плаћени од стране јавног наручиоца и када надокнада уложених средстава или трошкова које је имао субјект при извршењу радова или пружању услуга зависи од стварне потражње за услугом или имовином или понуди услуге или имовине. Они продукује и дубље проблеме, као што је проблем неусклађености у погледу значења и садржине појединих врста ризика и утврђивања њихових односа.

Решење напред наведених отворених питања се може тражити у коришћењу два механизма. Први се састоји у парцијалној надоградњи и прецизирању односних правила ЕУ у правима држава чланица. У неким правима

⁷⁷ Шире: Totis Kotsonis, “The role of risk in defining a services concession contract: Wasser- und Abwasser zweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (VWAZV Gotha) c. Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (C-206108) (WAZV)”, in Public Procurement Law Review, 2010, 1, NA9-1.

⁷⁸ Пар. 19 Преамбуле Директиве о концесијама.

⁷⁹ Упор: G. F. Cartei, 506.

⁸⁰ Case: Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik v AOK Rheinland/Hamburg, C-1 C-360/96; Club Hotel Loutraki AE and Others v Ethnico Symvoulío Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias (C-145/08) and Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) v Ethnico Symvoulío Radiotileorasis, C-149/08.

то је и практично реализовано. Тако су у италијанском праву прецизирали садржину појма „нормални услови рада“ као „одсуство непредвидивих догађаја.“ Ипак ни ова формула не превазилази све наведене потешкоће у тумачењу датог појма. Такав приступ је демонстриран у румунском праву. Међутим, у исправљању ових недостатака и даље ће главни задатак имати Суд правде ЕУ.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Arrowsmith, Sue „*The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*“, Bd. 1, 3.” *Aufl.*, London, 2014
- Bovis, Christopher H. “*Public Service Partnerships as Instruments of Public Sector Management in the EU*”, *European Public Private Partnership Law Review* 6.4, 2011
- “*Public procurement in the EU: Jurisprudence and conceptual directions.*” *Common market law review* 49.1 (2012).
- Caranta, Roberto “*The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works*”, *Common Market Law Review* 52.2, 2015
- Cartei, Gian Franco “*Risks and Risk Transfer in Concessions.*” *Eur. Pub. L.* 25, 2019.
- Ceruti, Marco „*The allocation of risk in the public-private partnership (PPP) between public contracts and concessions*“, Varese, 2016
- Clarke, Charles M. “*An Overview of the CJEU’s Current Approach towards the Application of the Underlying Treaty Principles Governing Concessions.*” *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* 10 (2015): 273.
- Clifton, Judith C. – Díaz-Fuentes, Daniel “*The European Union’s Concessions Directive: A Critical Reading*” *Intereconomics* 3, 2013.
- Craven, Richard “*The EU’s 2014 Concessions Directive*”, *Public Procurement Law Review*, 2014
- d’Haussonville, Rainer „*Towards a New Concessions Regime in the EU: About the Merits and Shortcomings of the Concessions’ Directive.*” *US-China L. Rev.*, 11, 2014
- Divljak, Drago “*ИЗМЕНЕ УГОВОРА О КОНЦЕСИЈИ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 55.4, 2021.
- Gherghina, Simona “*Difficult decisions: the limits of choice by contracting authorities when awarding concession contracts.*” *Rom. Pub.-Priv. Partnership L. Rev.* 14. 2015.
- „*The Financing of Public Investments*“, C.H. Beck Publishing House, București, 2015
- Graells, Albert Sanchez “*What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance?*”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 7.2, 2012
- González Hernández, Lorenzo Francisco “*The Evolving Concept of Works and Service Concessions in European Union Law.*” *Public Procurement Law Review* 25, 2016.
- Kotsonis, Totis „*The role of risk in defining a services concession contract: wasser—und Abwasserzwekverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) v*

- Eurawasser Aufbereitungs—und Entsorgungsgesellschaft mbH (C-206/08)(WAZV)*.“
Public Procure Law Rev, NA4, 2010.
- Matei, Mădălina Georgiana “*Differences between the Concession Contract of Public Services and other Contracts.*” Bulletin of the Transilvania University of Braşov, Series VII: Social Sciences and Law 1, 2013.
- Neergaard, Ulla B. “*Public Service Concessions and Related Concepts: The Increased Pressure from Community Law on Member States’ use of Concessions.*” Public Procurement Law Review 6, 2007.
- Prosser T. & Butler L. „*Rail Franchises, Competition and Public Service*“, Modern L. Rev., 2018.
- Vornicu, Roxana “*The rules on performance of the concession contract under the 2014 Concession Directive and the triangle of rights: a brief dialectic*”, Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev. 11, 2016
- Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts, *OJ L 94, 28.3.2014*.
- Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC .*OJ L 94, 28.3.2014*
- Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, *OJ L 134, 30.4.2004*
- Interpretative Communication on Concessions Under Community Law (2.1.2), 29 Apr. 2000
- European Commission, Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004)
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of Concession Contracts – Frequently Asked Questions MEMO/11/932 Brussels, 20 December 2011
- Commission Staff Working Document, Impact Assessment of an Initiative on Concessions, Brussels, 20 Dec. 2011, SEC(2011), 1588 final (4.1.1).

Drago Lj. Divljak
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Divljak@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-7698-0189

Definition and Important Features of Concessions in European Union Law

Abstract: *The subject of the legal analysis in this work is the definition and important features of concessions in EU law. Special attention was paid to the transfer of the operational risk, which appears as the key feature of that definition. Consideration is based on relevant EU norms and to a more significant extent on the practice of the EU Court of Justice, which is inevitable in this area. At the same time, the analysis points to open issues and flaws regarding normative state of play in the given area.*

The work contains a conclusion that the EU Directive on Concessions on 2013, for the first time, in a more comprehensive manner, tries to define the concession and establish its important features. In that autonomous concept of the concessions, it actually raises the transfer of the operational risk to a level of the most important concession feature in EU law. Nevertheless, even beside the significant attention paid to this matter, its norm frames keep containing open issues and flaws. It is particularly visible in reference to inaccuracy and non-alignment of legal solutions. The EU Court of Justice will have the leading role in making these flaws right. However, one should not omit also certain possibilities of the respective Members States' national laws in that regard.

Keywords: *concession, important features, EU law, Directive on Concessions, operational risk, the EU Court of Justice.*

Датум пријема рада: 20. 12. 2024.

Датум достављања коначне верзије рада: 22. 01. 2025.

Датум прихватања рада: 23. 01. 2025.

Senad R. Jašarević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Jasarevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-9402-7770

Darko M. Božičić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Bozicic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9405-7424

IMPLEMENTATION OF DECENT WORK STANDARDS ON PLATFORM WORKERS: DIFFERENT APPROACHES*

Abstract: *The question of the legal status of platform workers has occupied the attention of the professional public for quite a time, but still remains without an unified answer. Thus, in judicial practice there are situations where different courts make different decisions under the same or similar factual circumstances. On the other hand, there are different views in the labour law theory regarding the aforementioned question. They start from equating platform workers with the employees. This approach is undoubtedly the most favorable for platform workers because it implies that they enjoy all the employment relationship rights. Opposite to this position is the idea of introducing a certain scope of rights that would be enjoyed by platform workers. In this connection, the question arises as to what rights would that entail and to what is their scope? The answer contains several alternatives.*

The first is based on establishing a special legal category for platform workers, for whom the enjoyment of a limited set of rights from the employment relationship is foreseen. Second alternative comes from the ILO. In this organization's study on digital platforms, the ILO lists three groups of rights that can and have

* This paper is the result of research conducted as part of the project of the Faculty of Law University of Novi Sad, under the title "Legal Tradition and New Legal Challenges."

to be applied to platform workers, citing specific sources of ILO in this regard. Although certain instruments that ensure the protection of the social and economic position of platform workers are aimed at particular occupations, the study concludes that it is about the rights that are necessary to protect the specific position of platform workers.

But still the main question remains unanswered – how to ensure the application of all those instruments and the rights contained in them to platform workers?

Keywords: *platform work, subordination, decent work, legal presumption.*

1. INTRODUCTION

Information technology brought a series of changes to our everyday life. The widespread use of digital technology has led to all aspects of social life being digitized to such an extent that modern production relations are referred to as a *digital economy*.¹

It is clear that even the sphere of labor relations could not remain outside of those changes. Due to the mass use of information and communication technologies, the world of work is also changing drastically. Certain jobs cease to exist, new ones appear. New forms of work are also emerging. Workers and employers appear in new roles, and in addition to them, new subjects in the world of work with insufficiently clear functions, rights, obligations and especially insufficiently clear (legal) responsibilities.²

The changes that are taking place are happening quickly and labor legislation is not coming fast enough to adjust. However, as it usually happens in the field of labor relations, the changes that take place leave more drastic and unfavorable consequences on workers. The realization of basic rights of workers such as (minimum) wages, annual leave, rights in case of temporary disability for work (sick leave), protection against dismissal, rights from the sphere of social security is being questioned.

In this regard, we particularly emphasize the emergence of (relatively) new, multilateral relationships related to work, embodied in the work through digital labour platforms. The legal regulation of those relations is particularly challenging, especially the legal position of persons who perform work through platforms. Their status ranges from self-employed persons, through special forms of legal

¹ Senad Jašarević, „Uticaj digitalizacije na radne odnose“, *Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu 4/2016*, 1104; UNCTAD, *Digital Economy Report: Value creation and capture: Implications for developing countries*, 2019, 4.

² Ajay Agrawal, John Horton, Nicola Lacetera, Elizabeth Lyons, *Digitalization and the contract labour market: a research agenda*, National Bureau Of Economic Research, 2013, <http://www.nber.org/papers/w19525.pdf>.

status to employees. Each of these legal positions implies a different volume of labor-based rights. In paper, we will present the positive and negative aspects of different labor law statuses of platform workers and their impact on (decent) rights based on work.

2. THE COMPLEXITY OF THE RELATIONS IN PLATFORM WORK

By entering the market, digital platforms have greatly changed the way of how business is run in a large number of economic activities. The reason for this is the specific functioning of these digital services. In the broadest sense, online platform refers to an undertaking operating in two (or multi)-sided markets, which uses the Internet to enable interactions between two or more distinct but interdependent groups of users so as to generate value for at least one of the groups.³ It is actually a new business model where temporary needs for certain goods or services, which are mainly provided by private entities, are realized through the platform, which is a *window* to the open market. As important features of digital platforms, we can single out the fact that: 1) they operate online, i.e. on the Internet and through the Internet; 2) they represent a virtual market that gathers several different participants who can not enter into a direct relationship on their own (*Multi-Sided Market*);⁴ 3) the connection of participants in such a market is done through the algorithm of the platform. Thus, the digital platform acts as a catalyst for the realization of various social needs, whereby, it should be noted that today, for almost every social need, there is a platform that combines supply and demand to satisfy a specific need. Of course, the need for work is not an exception.

The digital platform through which the work takes place is actually an internet service, i.e. an application, which is accessed, on the one hand, by entities that have a need for a certain work to be done (hereinafter: the clients), and on the other hand, by entities that can perform the required work, i.e. those who need to find a job (hereinafter: platform workers). And right between them stands the digital platform itself. In fact, the specificity of the relationship that is established within and on the occasion of work through digital platforms is the core of the (labor law) problem.

³ European Commission, *Public Consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, Brussels, September 2015, 5.

⁴ According to Evans and Schmalensee „a multi-sided platform has (a) two or more groups of customers; (b) who need each other in some way; (c) but who cannot capture the value from their mutual attraction on their own; and (d) rely on the catalyst to facilitate valuecreating interactions between them.“ David S. Evans, Richard Schmalensee, „The antitrust analysis of multi-sided platform businesses“, *National Bureau of Economic Research*, NBER working paper series, Working Paper 18783, 7. https://www.nber.org/system/files/working_papers/w18783/w18783.pdf

In this form of work, a specific relationship is established in which three entities participate – the client, the digital platform and the platform worker. The traditional understanding of the relationship between people regarding (subordinate) work is based on a bipartite model, which implies two parties – a person who performs work for the appropriate financial compensation on the one hand, and on the other hand a person who has a need for that work and who pays for that work (employer), issues orders – where, (by) when and in what way to perform the necessary work. If we were to transfer this to the field of platform work, a platform worker would be in the role of a person who performs the work, and in the role of a person who has a need for work would be a client. However, between them, in platform work, there is no direct, immediate relationship, but a digital platform appears between them.⁵ Both entities, the client and the platform worker, are essential users of the platform through which the worker performs work, and the client makes payment for the work performed. The client makes the payment for the work to the platform, which then forwards the certain amount to the platform worker, keeping a part of that amount for itself as a commission for matching the worker and the client.

However, the platform's role in this triangle of complex relationships does not end there.⁶ They do not act as mere intermediaries between participants in the labor market, but have a far more active position and essentially share with the client certain roles that the employer has in the traditional understanding of employment. Thus, the digital platform (can) perform the selection of platform workers and match them with clients, monitor the results and evaluate the work of platform workers, and also determines the amount of financial compensation that platform workers receive for their work.⁷

From the above, it can be concluded that platform workers are not independent entrepreneurs (self-employed persons) because their social and economic position primarily depends on the (algorithmic) decisions of the platform itself. For this reason, the need for precise determination of the status of platform workers and their rights, obligations and responsibilities based on the work they perform through digital platforms is imposed.

⁵ On the impossibility of applying the traditional bipartite model of regulating relationships related to platform work, see: Jeremias Prassl, Martin Risak, „Uber, Taskrabbit, And Co.: Platforms As Employers? Rethinking The Legal Analysis Of Crowdwork“, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 3/2016.

⁶ European Commission, *Study to gather evidence on the working conditions of platform workers*, final report, Luxembourg, 2020, 42.

⁷ All these activities are carried out by the digital platform through the so-called algorithmic management. More about algorithmic management of digital platforms as well as its impact on rights based on the work of platform workers: Darko Božičić, *Na šta mislimo kada kažemo... Algoritamski menadžment i prava radnika*, Edicija Trg, Institut za filozofiju i društvenu teoriju, Beograd, 2022. <https://ifdt.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2022/05/Darko-Bozicic.pdf>

3. DIFFERENT (LEGAL) APPROACHES IN ESTABLISHING DECENT WORK STANDARDS ON PLATFORM WORKERS

Both in labor law practice and in theory, there are different answers to the question of how to regulate the legal status of platform workers and thus ensure the exercise and protection of labor-based rights. However, each of these legal approaches has its positive and negative sides. We will try to analyze the positive and negative aspects of these approaches through the prism of their effectiveness.

3.1. Legal assumption: platform workers are employees

From the point of view of the worker's social and economic position, the employment relationship represents the most adequate form of exercising the right to work because this form of work provides the highest quantity and quality of rights based on work.⁸ The implementation of the legal assumption that platform workers are actually employees of the platform is based on the concept of examining the fulfillment of certain criteria based on which in each individual case it is assessed whether a specific worker in a specific situation is an employee of the platform or a self-employed person. Thus, if in a specific situation the necessary number of certain criteria are met, it will be considered that the worker is in an employment relationship with the platform.

Observing the legal practice, the courts in the USA were the first to encounter the problem of determining the legal status of platform workers. This should not be a surprise considering that the most popular digital platforms started their activity precisely in the USA, where they have their headquarters. The main problem faced by the courts is how to apply the norms intended for bilateral labor relations to modern tripartite relations. Or as the judge in case *McGillis vs. LLC Uber*, stated that the main task of the court was that "we must decide whether a multi-faceted product of new technology should be fixed into either the old square hole or the old round hole of existing legal categories when neither is a perfect fit."⁹

The next question that arises by itself is what are the criteria on the basis of which, in each individual situation, it is determined whether a worker has the status of an employee of the platform or a status of a self-employed person. In

⁸ Although the employment relationship is the central subject of labor law, in theory, legislation and international standards, there is no universal, generally accepted definition of it. In the broadest sense, "The employment relationship is a legal notion widely used in countries around the world to refer to the relationship between a person called an employee (frequently referred to as a worker) and an employer for whom the employee performs work under certain conditions in return for remuneration." ILO, *The employment relationship*, International Labour Conference, 95th Session, International Labour Office, 2006, para. 5, 3.

⁹ *Darrin E. McGillis v Department of Economic Opportunity*; and *Rasier LLC, d/b/a UBER* Florida DC Appeal, 3d No. 3D15-2758, 01.02.2017, 7.

American judicial and legislative practice, various criteria in the form of tests were used, such as the Borello test,¹⁰ the ABC test,¹¹ or the ten-factor test in the aforementioned *McGillis vs. LLC Uber*. All these tests, i.e. the criteria contained in them, are essentially aimed at assessing whether in a specific case the worker is in a subordinate position in relation to the platform, more precisely, whether the platform has the relevant degree of control in relation to the work and results of the work of the platform worker. If the existence of subordination, as the main characteristic of the employment relationship, i.e. the appropriate degree of control, is determined, the worker is considered to be in employment relationship with the platform regardless of how their business relation is formally defined.

This concept based on the criteria for assessing the existence of subordination in the relationship between the platform and the workers is, of course, also present in Europe and is applied both by national courts of European countries and by EU courts.

When it comes to EU courts, we particularly highlight the case *B v Yodel Delivery Network Ltd*,¹² where the court considered that the existence of the status

¹⁰ Borello test is used in the case *Uber Technologies, Inc. v. Barbra Berwick* which was the first case of determining the employment status of a platform worker. The test itself proceeds from the decision in the case *S. G. Borello & Sons, Inc. v. Department of Industrial Relations* (1989), [48 Cal. 3d 341] from 23/03/1989. This test consists of several criteria on the basis of which it is assessed whether the employer had an appropriate degree of control in relation to the work of worker, on the basis of which it is determined whether in this particular case it is an employment relationship or not. Borrell test consists of the following criteria: 1) whether the worker performs tasks that are from the main activity of the employer or not; 2) whether the worker uses his own resources for work or the employer provides those funds for the execution of the work; 3) Whether it is necessary for the performance of tasks that the worker possesses special skills and knowledge; 4) Whether the employer issues detailed orders as necessary to carry out the work; 5) whether the worker only bears the risk to his business; 6) whether the work carried out is short-lived or of a permanent character; 7) whether the payment is made for the work carried out or by the hour; 8) whether, when entering into a business relationship, the parties could have been convinced that they were entering into an employment relationship.

¹¹ ABC test has been established by California Supreme Court in a case *Dynamex Operations West, Inc., v. The Superior Court of Los Angeles County and Charles Lee, Real Party in Interest*. It is a three factor test which include: a) Is the worker free from the control and direction of the hiring entity in the performance of the work, both under the contract for the performance of the work and in fact; b) Does the worker perform work that is outside the usual course of the hiring entity's business; c) Is the worker customarily engaged in an independently established trade, occupation, or business of the same nature as the work performed for the hiring entity?; More on ABC test in Abigail S. Rosenfeld, „ABC to AB 5: The Supreme Court of California Modernizes Common Law Doctrine in *Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court*“, *Boston College Law Review* 9/2020; Braden Seibert, „Protecting the Little Guys: How to Prevent the California Supreme Court's New “ABC” Test from Stunting Cash – Strapped Startups“, *Journal of Business, Entrepreneurship and the Law* 1/2019.

¹² C-692/19, *B v Yodel Delivery Network Ltd*, 22.04.2020. See more in: Elena Gramano, „On the notion of ‘worker’ under EU law: new insights“, *European Labour Law Journal* 1/2021, 26-47.

of an employee exists if two conditions are met: 1) if the platform worker's independence in performing tasks is only fictitious, or 2) if subordination is present in the relationship between the platform and the worker. In which, it is important to point out, the court set these two conditions as alternatives.¹³ The court then singled out four circumstances through which it tried to determine the fulfillment of one or other condition. When it comes to the latter condition (the subordination), the Court established four criteria on the basis of which the national court should determine in a specific case whether subordination of the platform worker is present.¹⁴

The groundbreaking moment was the establishment of a legislative framework for this normative approach. The first country to introduce a legal assumption of the existence of an employment relationship between a platform worker and a platform is Spain. This was done on May 11, 2021, with the adoption of the so-called *Riders Law*, which entered into force on August 12 of the same year. This legislative act brings two important innovations in improving the position of the platform worker. The first is that it establishes the assumption that platform workers working through platforms that provide delivery services are actually its employees. This (rebuttable)¹⁵ assumption is based on the fulfillment of three cumulative criteria. Namely, it will be considered that the platform worker is in a working relationship with the platform if: 1) the activities consist of the delivery or distribution of any consumer product or merchandise; 2) employers who exercise directly, indirectly or implicitly business powers of organization, management and control through a digital platform or tool; 3) through the use of algorithms to manage the service or to determine the working conditions.¹⁶ Another novelty concerns the introduction of transparency in connection with the functioning of

¹³ Christina Hiebl, *Case law on the classification of platform workers: Cross-European comparative analysis and tentative conclusions*, Report prepared for the European Commission, Directorate DG Employment, Social Affairs and Inclusion, Unit B.2 – Working Conditions, within the framework of the European Centre of Expertise in the Field of Labour Law, Employment and Labour Market Policies (ECE), 2021, 53.

¹⁴ These are the following criteria: 1) whether the worker can independently and freely decide to hire a subcontractor for the performance of his duties through the platform or to find a replacement (para 38 and 39); 2) whether the worker enjoys the freedom of choice regarding the acceptance of a specific work assignment, i.e. delivery (para 40. In this place, we express concern that the court has not engaged in a deeper analysis of the actual existence of freedom of choice of work in the context of the way the platform algorithm that allows the establishment of hidden subordination works); 3) whether the worker can perform tasks simultaneously through other similar digital platforms (para 41); 4) whether the worker independently decides on his working hours, only taking into account the nature of the work carried out through the payment (para 42).

¹⁵ In theory, there are arguments that it is not fully defined whether this is a rebuttable or irrebuttable assumption. Adrian Todoli Signes, „Cambios normativos en la digitalización del trabajo: comentario a la ‘Ley Rider’ y los derechos de información sobre los algoritmos“, *IUSLabor 2/2021*.

¹⁶ European Agency for Safety and Health at Work, *Spain: The ‘Riders’ Law’, New Regulation on Digital Platform Work*, Policy Case Study, 2022, 4. <https://osha.europa.eu/en/publications/spain-riders-law-new-regulation-digital-platform-work>

the platform algorithm. In this sense, the law establishes an obligation for digital platforms that provide delivery services, to inform unions of all relevant indicators on the basis of which the platform's algorithm functions, and which concern the working conditions of platform workers.

The initial act for the adoption of this legal solution was the decision of the highest judicial instance in Spain from September 25, 2020,¹⁷ regarding the lawsuit of a platform worker who worked through the Glovo platform. In the claim, the plaintiff stated the Court to adjudge and declare the existence of an employment relationship between him and Glovo. The first-instance court did not accept the claim, and after the appeal, the competent second-instance court confirmed the first-instance decision. In the end, the Supreme Court, as the highest court instance in that country, overturned the decision of the lower courts, and adjudged and declared that in the specific case exists an employment relationship between the worker and the platform that provides delivery service. The Supreme Court based its judgment on the existence of a subordination relationship between the worker and the platform. In its reasoning, the court started from the position that the concept of subordination, as a key criterion for determining the existence of an employment relationship, should be interpreted flexibly, in order to adapt to the modern way of business, which is largely based on digital technology. Starting from how the business model of digital platforms works, in this particular case the court derived the existence of subordination from the way of evaluating platform workers, i.e. the principles on which the construction of the rating of the platform worker on an individual platform is based upon, which were determined to represent a special form of supervision, which is based on a pronounced subordination of the platform worker. In addition, although the platform worker himself owns the means of work, in the form of a means of transport (in this particular case, the plaintiff used a motorcycle to make deliveries) and a mobile phone, the court held that the key tool for the work of a platform worker is actually the platform itself, i.e. the application. Because, if the worker does not own the application and is not present on it, he cannot perform work tasks in the form of providing delivery services. As another core point of its reasoning, the court singled out the judgment of the Court of Justice of the European Union which found that the company Uber does not provide software services, as it declares itself, but that it is *de facto* a company that provides taxi transportation services.¹⁸ In this sense, the Supreme Court of Spain points out that the true nature of Glovo's activity is the provision of delivery services, and given that the platform worker performs

¹⁷ Tribunal Supremo of 25.9.2020, rec. 4746/2019, the judgement is available on the website <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/f0956b14a72ff217df076c0e9ad89c79ceb6f15323e93ff2>

¹⁸ C-434/15, *Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain*, 20.12.2017.

tasks that directly concern the company's activities, he should be considered an employee and not a self-employed person.

In addition to all of the above, the Court highlighted several other circumstances that further strengthen its opinion that the particular case is about an employment relationship, and not a relationship between two independent business entities. Those circumstances are as follows: 1) Glovo company makes all important business decisions; 2) the price of the delivery service to clients, as well as the price paid to the platform worker for each individual delivery service, is determined exclusively by the Glovo company; 3) platform workers are not paid directly by the client as a user of the service, but the client pays for the service to the company, which then pays a part of that price to the platform worker, and keeps a part for itself as a commission for the work provided; 4) the platform worker is not involved in the relationship with the business entities whose products are delivered.¹⁹

Originating from court practice, and then receiving its legislative form, there is no doubt that this normative approach, based on the existence of the legal assumption that platform workers are in a working relationship with the platform, ensures the highest quality and scope of work-based rights for platform workers. However, we see the problem with this approach in its implementation. Past practice has already shown that there is a considerable possibility that the same criteria for assessing the existence of a relationship of (labor) subordination between the platform and the worker who works through it, are interpreted differently and consequently applied differently even by the same courts in the same or similar factual circumstances.²⁰ In addition, in countries such as the USA, an additional problem for the courts, but it seems even more for the platforms and the platform workers, is the fact of that there is a presence of a large number of seemingly similar criteria, packed in different tests to assess the existence of control powers of the platforms in relation to workers.²¹ All of this contributes to a high degree of legal insecurity for all actors involved in this issue, but it on the other hand

¹⁹ On the analysis of the aforementioned judgment and the importance it has produced for the position of platform workers in Spain more in: Adrian Todoli-Signes, *Notes on the Spanish Supreme Court Ruling That Considers Riders to Be Employees* (23.10.2020). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3717599.

²⁰ Alberto Barrio, „Contradictory decisions on the employment status of platform workers in Spain“, dispatch, *Comparative Labor Law&Policy Journal*, January 2020; Grant E. Brown, „An Uberdilemma: Employees and Independent Contractors in the Sharing Economy“, *Maryland Law Review Endnotes* 2016, 23-25.

²¹ In addition to a large number of tests for determining employment relationship, there is also a large number of tests for determining discrimination, tax treatment of earned income, fulfillment of conditions for achieving achieving social security rights that also use it for the purpose of assessing the employment status of platform workers. More about all these tests: Megan Carboni, „A New Class of Worker for the Sharing Economy“, *Richmond Journal of Law and Technology* 4/2016, 13-14.

lacks certainty in the socio-economic position of workers, which should be the one of the main features of the employment relationship.

3.2. Special legal category for platform workers on the basis of which they enjoy a limited set of rights

As an alternative to the previously presented approach, the idea of introducing a certain scope of rights that would be enjoyed by platform workers based on their work.²² With this concept of providing decent work for platform workers, we can distinguish two modalities. Their difference between these modalities rests on how and which rights are exercised by platform workers.

The first option rests on the establishment of a special legal category for platform workers, according to which they are expected to enjoy a limited set of rights from the employment. Thus, some states have provided a special status in their legislation for entities that perform work outside of the employment, and therefore enjoy certain rights based on work. The reason for the introduction of special categories is to, prevent abuses in terms of work engagement and evasion of the employer's obligations in this regard, with a wider field of application of labor legislation.²³ This has been done, for example, in United Kingdom, whose labor legislation recognizes several types of persons who perform work. In addition to the traditional term *employee*, which denotes a person who performs work in an employment based on a concluded employment contract, there is also the category *worker*, which includes any person who earns a living through his work.²⁴ Persons categorized as workers enjoy the right to a minimum wage and the right to a paid vacation.²⁵

A similar legal category exists in Spain. An *economically independent entrepreneur*, as a category that is between an employee and an entrepreneur. Economically independent entrepreneur is a person who fulfills all the requirements for an entrepreneur, but unlike them, does not employ or hire other persons and 75% of their total annual income comes from only one (main) client.²⁶ For entities exercising the right to work within the category of economically independent entrepreneur, a narrower volume of rights is provided in relation to persons in employment. It is about the right to paid annual leave, the right to union organiz-

²² Miriam Kullmann, „Work-related Securities: An Alternative Approach to Protect the Workforce”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 4/2018, 395-412.

²³ Senad Jašarević, „Uređenje radnog odnosa u Srbiji u kontekstu novih okolnosti u svetu rada”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2015, 1062.

²⁴ Astra Emir, *Selwyn's Law of Employment*, Oxford University Press, 2016, 36-44.

²⁵ Well-known case is *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)*, Supreme Court, UK (19.02.2021.) in which Uber drivers are categorized as Worker, and on that basis exercise certain employment rights provided for this legal category.

²⁶ Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, Article 11.

ing and collective bargaining, the right to financial compensation in case of unemployment, the right to compensation for material damage if the main client does not fulfill his contractual obligations. Labor courts, not courts of general jurisdiction, are competent for disputes in which they participate.

However, everything that we expressed as concerns regarding the implementation of the legal assumption that platform workers are employed, applies here as well. Namely, the assessment of this specific status is also based on the application of various criteria that serve to determine the existence of an appropriate degree of subordination of workers, and their application is associated with the same risks.

A particularly interesting solution is present in France, where the so-called *El Khomri law* was adopted in 2016,²⁷ which guarantees certain rights to platform workers.²⁸ Platform workers, in the light of this law, are self-employed workers, who are economically and technically subordinate to the digital platform,²⁹ where the digital platform entails a company that, regardless of its headquarters, operates through the Internet and connects people in relation with the sale of goods, providing services or otherwise exchanging goods and services.³⁰ For digital platforms determined in this way, a kind of social responsibility towards platform workers is introduced.³¹ This social responsibility is reflected in the duties of the platform to provide insurance for workers in case of injury at work and occupational disease, as well as the right to training and further professional development, but also the right to establish and be a member of a union, as well as the right to collective bargaining.³² Therefore, we see that it is a limited set of rights, but what is significant, bearing in mind the conceptual definition of a platform worker, is that almost everyone is covered by these protective norms.

Second alternative comes from the ILO. Namely, in this organization's study on digital labour platforms,³³ the ILO lists three groups of rights that can and must be applied to platform workers, citing specific sources of ILO rights in this regard.

²⁷ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

²⁸ On the development of French labour legislation towards expanding the field of application to platform workers see more in: Isabelle Daugareilh, Christophe Degryse, Philippe Pochet, *The platform economy and social law: Key issues in comparative perspective*, ETUI, Brussels, 2019, 52-53.

²⁹ On the legal concepts of economic and technical subordination see in: European Commission, *Study to gather evidence on the working conditions of platform workers*, final report, Luxembourg, 2020, 106.

³⁰ Article 242 of the aforementioned law, which received the aforementioned formulation of Article 10 (V) of the Law on Amendments to the Law from 23.10.2018. LOI n°2018-898 du 23 octobre 2018 – art. 10 (V).

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ ILO, *The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, World Employment and Social Outlook, Geneva, 2021.

The first group of rights includes those contained in the Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work.³⁴ As it is a question of fundamental human rights, their realization should not evade platform workers. The second group of rights includes those, that in addition to the aforementioned basic rights, are considered minimal elements of decent work. Those are the right to safety and health at work, the right to social security, the right to employment, and the right to inspection protection.

And while the rights from the first and second groups are presented in the function of ensuring decent work for platform workers, which the ILO sees as the minimum level of their labor law protection, in the third group of rights, the ILO classifies those rights that directly concern the circumstances in which platform workers perform work and which are necessary to improve the working conditions of platform workers. Although certain instruments that ensure the protection of the social and economic position of platform workers are aimed at specific occupations, the study indicates that it is about the rights that are necessary to protect the position of platform workers.³⁵ Those instruments are ILO sources concerning the right to compensation for performed work, protection against termination of employment, the right to access information and protection of personal data, the right to transparent working conditions, the right to labor mobility, and the right to effective legal protection.

Although the ILO points to its key instruments that contain solutions for the establishment of labor law protection for platform workers, it does not answer the question of how to practically ensure the application of all those instruments and rules contained in them, to platform workers, but states that “the subject of their application should be the subject of professional discussion in the future.”³⁶ We believe that this conclusion is a consequence of the ILO’s awareness that the effective implementation of its instruments depends exclusively on member states, assuming that they have previously ratified specific conventions. There is no possibility of ILO standards to be directly applied to digital platforms, unless digital platforms incorporate those standards into their acts, which we doubt will ever happen.

Finally, the issue of regulating platform work (by convention or recommendation) was also put on the agenda by the International Labor Organization, for the session of the General Conference in June 2025).³⁷ In the mentioned document

³⁴ It is about freedom of association and the right to collective bargaining, abolition of all forms of compulsory or forced labor; abolition of child labor; elimination of discrimination in relation to employment and occupation.

³⁵ ILO, *The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, *op. cit.*, 206.

³⁶ *Ibidem*, 208.

³⁷ See point 876 of the document: *Governing Body, Minutes of the 347th Session of the Governing Body of the International Labour Office*, 347th Session, Geneva, 13–23 March 2023,

of the Administrative Board of the ILO, in point. 810. talks about the need to adopt a new convention that would ensure “decent work” for workers on digital platforms. Also, in the exact 813 of the document, the need to “protect, recognize and realize the rights of platform workers and improve their working conditions” is highlighted.³⁸

4. EU ACTION AS AN ADEQUATE SOLUTION?

Faced with the fact that the volume of platform work is growing intensively, and that as such platform work leaves significant economic consequences, both positive ones on the overall economy, and negative ones on the social and economic position of those who perform such work, on October 23rd 2024 a European Union (hereinafter: EU) adopted Directive on improving working conditions in platform work.³⁹ The purpose of this document can be guessed from its very name – improving the social and economic position of platform workers while ensuring the sustainable development of the gig economy in the EU. This objective is ensured through three sets of measures provided by this directive: 1) measures to determine the adequate employment status of persons who perform work through digital platforms (assumption of the existence of an employment relationship); 2) measures that ensure fairness, transparency and accountability of the use of algorithmic management of digital platforms; and 3) measures that improve the transparency of platform work, with a particular emphasis on cross-border cases of platform work.⁴⁰ For this paper, the analysis of the first group of measures is crucial – bearing in mind the different modalities of work for platform workers, the question arises whether the measures provided in the directive can contribute to improving their employment position.

The second chapter of the directive is devoted to the norms for determining the adequate legal status of platform workers. In this regard, Article 4 of the directive introduces an obligation for Member States to establish an appropriate legal framework for the correct determination of the employment status of persons working through digital platforms. The essence is that this legal framework should

International Labour Organization, GB.347/PV(Rev.), https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_884393.pdf

³⁸ The latest ILO study, which was prepared for the mentioned conference in 2025, can be found in: *Realizing decent work in the platform economy*, International Labor Conference 113th Session, 2025, International Labor Organization, 2024.

³⁹ Directive (EU) 2024/2831 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2024 on improving working conditions in platform work, OJ L, 2024/2831, from 11.11.2024.

⁴⁰ Annika Rosin, „Towards a European Employment Status: The EU Proposal for a Directive on Improving Working Conditions in Platform Work“, *Industrial Law Journal* 2/2022, 478.

be based on the concept of primacy of facts,⁴¹ which means that the decision on the employment status of persons working through platforms must be based primarily on facts related to the actual performance of the work, regardless of how the relationship between the platform and the worker is determined in their (eventual) contractual relationship. Then, the directive foresees the existence of a legal presumption that it is an employment relationship if facts are established that point to the existence of direction and control of the platform worker's work by the platform. In this case, the assessment of the existence of the relationship of direction and control of work is determined in accordance with national law, collective agreements or practice applicable in the member states and taking into account the case law of the European Court of Justice.

And here is the main problem in the text of the directive, which is why we express doubts about the effectiveness of this presumption. Namely, different countries will have different criteria for assessing the existence of the relationship of direction and control of work, while it is a particularly open question when countries that do not already have such legal criteria will introduce them. Those different criteria can potentially be viewed differently by the national courts that will be competent to decide in the procedures for determining the existence of an employment relationship between the platform worker and the platform. All of this will result in uneven judicial practice in similar factual situations, and the need for a significant period of time to pass before the interpretation of national criteria is standardized by the courts.

After all, the normative solution regarding the legal presumption of the existence of an employment relationship from the adopted text of the directive differs to a significant extent from the solution from the proposal of the directive.⁴²

Article 4 from the proposal of the directive introduces the assumption of the existence of an employment relationship between platform worker and digital platform if two of the five criteria for assessing the existence of an employment relationship in platform work are met. These are the following criteria: 1) effectively determining, or setting upper limits for the level of remuneration; 2) requiring the person performing platform work to respect specific binding rules with regard to appearance, conduct towards the recipient of the service or performance of the work; 3) supervising the performance of work or verifying the quality of the results of the work including by electronic means; 4) effectively restricting the freedom, including through sanctions, to organise one's work, in particular the discretion to choose one's working hours or periods of absence, to accept or to refuse tasks or to use subcontractors or substitutes; 5) effectively restricting the

⁴¹ Valerio DE Stefano, „The EU Commission's proposal for a Directive on Platform Work: an overview“, *Italian Labour Law e-Journal* 1/2022, 108-111.

⁴² Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work COM/2021/762 final, 9.12.2021.

possibility to build a client base or to perform work for any third party. This solution seems more favorable to platform workers because it sets clear criteria for evaluating their factual relationship with the platform itself. In addition bearing in mind the given criteria on the one hand, and the way digital platforms function, and above all the role played by their algorithmic management in this regard, on the other hand, it would be hinted that in most cases of platform work, regardless of the modality of work engagement of the platform workers, there will be a realization of the stated assumption about the existence of an employment relationship.

5. CONCLUDING REMARKS

From the previous parts of this paper, we have seen that, both in practice and among researchers in the field of labor law, there are different solutions regarding the status of platform workers and consequently their rights based on work. Each of these solutions has its advantages and disadvantages, depending on the social, economic or legal aspect from which they are viewed. In the end, the professional public expected a saving solution from the EU through the Directive on improving the working conditions of platform workers, believing that it will contribute to the unification of rules which will lead to a clear and efficient determination of the legal position and rights of platform workers. Considering that the member states are obliged to adopt national regulations for its implementation within a period of two years from the date of entry into force of this directive, it remains for us to see whether the described expectations are really justified. In this momentum, for authors of this paper a pessimistic view prevails regarding the realization of the described expectations, primarily due to the significant divergence about the specific criteria for the assessment of the relationship of direction and control of the work of platform workers from the text of the proposal of the directive, which we consider a key factor for the effective application of the presumption of the employment relationship between platform workers and the digital platform.

REFERENCES

- Senad Jašarević, „Uticaj digitalizacije na radne odnose“, *Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2016.
- UNCTAD, *Digital Economy Report: Value creation and capture: Implications for developing countries*, 2019.
- Ajay Agrawal, John Horton, Nicola Lacetera, Elizabeth Lyons, *Digitalization and the contract labour market: a research agenda*, National Bureau Of Economic Research, 2013, <http://www.nber.org/papers/w19525.pdf>.

- European Commission, *Public Consultation on the regulatory environment for platform forms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, Brussels, September 2015.
- David S. Evans, Richard Schmalensee, „The antitrust analysis of multi-sided platform businesses“, *National Bureau of Economic Research*, NBER working paper series, Working Paper 18783. https://www.nber.org/system/files/working_papers/w18783/w18783.pdf
- Jeremias Prassl, Martin Risak, „Uber, Taskrabbit, And Co.: Platforms As Employers? Rethinking The Legal Analysis Of Crowdwork“, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 3/2016.
- European Commission, *Study to gather evidence on the working conditions of platform workers*, final report, Luxembourg, 2020.
- Darko Božičić, *Na šta mislimo kada kažemo... Algoritamski menadžment i prava radnika*, Edicija Trg, Institut za filozofiju i društvenu teoriju, Beograd, 2022. <https://ifdt.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2022/05/Darko-Bozicic.pdf>
- ILO, *The employment relationship*, International Labour Conference, 95th Session, International Labour Office, 2006.
- ILO, *Realizing decent work in the platform economy*, International Labor Conference 113th Session, 2025, International Labor Organization, 2024.
- Abigail S. Rosenfeld, „ABC to AB 5: The Supreme Court of California Modernizes Common Law Doctrine in Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court“, *Boston College Law Review* 9/2020.
- Braden Seibert, „Protecting the Little Guys: How to Prevent the California Supreme Court’s New “ABC” Test from Stunting Cash – Strapped Startups“, *Journal of Business, Entrepreneurship and the Law* 1/2019.
- Elena Gramano, „On the notion of ‘worker’ under EU law: new insights“, *European Labour Law Journal* 1/2021.
- Christina Hiebl, *Case law on the classification of platform workers: Cross-European comparative analysis and tentative conclusions*, Report prepared for the European Commission, Directorate DG Employment, Social Affairs and Inclusion, Unit B.2 – Working Conditions, within the framework of the European Centre of Expertise in the Field of Labour Law, Employment and Labour Market Policies (ECE), 2021.
- Adrian Todolí Signes, „Cambios normativos en la digitalización del trabajo: comentario a la ‘Ley Rider’ y los derechos de información sobre los algoritmos“, *IUSLabor* 2/2021.
- European Agency for Safety and Health at Work, *Spain: The ‘Riders’ Law’, New Regulation on Digital Platform Work*, Policy Case Study, 2022, <https://osha.europa.eu/en/publications/spain-riders-law-new-regulation-digital-platform-work>
- Adrian Todolí-Signes, *Notes on the Spanish Supreme Court Ruling That Considers Riders to Be Employees* (23.10.2020.). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3717599.
- Alberto Barrio, „Contradictory decisions on the employment status of platform workers in Spain“, dispatch, *Comparative Labor Law&Policy Journal*, January 2020.
- Grant E. Brown, „An Uberdilemma: Employees and Independent Contractors in the Sharing Economy“, *Maryland Law Review Endnotes* 2016.

- Megan Carboni, „A New Class of Worker for the Sharing Economy“, *Richmond Journal of Law and Technology* 4/2016.
- Miriam Kullmann, „Work-related Securities: An Alternative Approach to Protect the Workforce?“, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 4/2018.
- Senad Jašarević, „Uređenje radnog odnosa u Srbiji u kontekstu novih okolnosti u svetu rada“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2015.
- Astra Emir, *Selwyn's Law of Employment*, Oxford University Press, 2016.
- Isabelle Daugareilh, Christophe Degryse, Philippe Pochet, *The platform economy and social law: Key issues in comparative perspective*, ETUI, Brussels, 2019.
- European Commission, *Study to gather evidence on the working conditions of platform workers*, final report, Luxembourg, 2020.
- ILO, *The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, World Employment and Social Outlook, Geneva, 2021.
- Annika Rosin, „Towards a European Employment Status: The EU Proposal for a Directive on Improving Working Conditions in Platform Work“, *Industrial Law Journal* 2/2022.
- Valerio DE Stefano, „The EU Commission's proposal for a Directive on Platform Work: an overview“, *Italian Labour Law e-Journal* 1/2022.

Сенад Р. Јашаревић
Универзитет у Новом Сагу
Правни факултет у Новом Сагу
S.Jasarevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-9402-7770

Дарко М. Божичић
Универзитет у Новом Сагу
Правни факултет у Новом Сагу
D.Bozicic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9405-7424

Различити нормативни приступи у погледу обезбеђивања услова достојанственог рада за платформске раднике

Сажетак: *Питање правног статуса платформских радника већ дужи време окупира пажњу стручне јавности, али и даље остаје без јединственог одговора. Најповољније решење за саме платформске раднике темељи се на идеји о њиховом изједначавању са запосленима из разлога што представља да уживају сва права из радног односа. Насупрот овом ставу је идеја о усвојивању одређеног (ограниченог) обима права која би уживали радници платформе. Штим у вези представља се питање која су то права и који је њихов обим, са чим у вези се у радноправној теорији јавља неколико алтернатива. Прва се заснива на усвојивању посебне правне категорије за платформске раднике, за које је предвиђено уживање ограниченог скупа права из радног односа. Тако су поједине земље, попут Велике Британије, предвиделе посебан статус за лица која обављају послове ван радног односа, а самим тим и уживају одређена права по основу свој рада. Друга алтернатива долази од Међународне организације рада која сутира три групе права која се могу и морају применити на платформске раднике, наводећи у том контексту своје специфичне изворе којима се усвојивају међународни стандарди у погледу појединих права. На крају, свој нормативни одговор на предметно питање даје и Европска унија кроз усвајање Директиве о побољшању услова рада платформских радника. Аутори кроз ово истраживање анализирају поменута различита решења за имплементирање услова достојанственог рада платформских радника.*

Кључне речи: *платформски рад, субординација, достојанствен рад, правна категорија.*

Датум пријема рада: 06. 12. 2024.

Датум прихватања рада: 23. 1. 2025.

Снежана С. Бркић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Brkić@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-4569-4635

НАЧЕЛО НЕПОСРЕДНОСТИ У СКРАЋЕНОМ КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ПРЕМА ЗКП СРБИЈЕ ИЗ 2011. ГОДИНЕ*

(Први део: структурални и модалитетни сегмент непосредности)

Сажетак: Предмет наше истраживања је начело непосредности у скраћеном кривичном поступку према ЗКП Србије из 2011. године. У овом чланку објављени су резултати првог дела истраживања, у коме је вршена анализа структуралној и модалитетној семенца начела непосредности. Структурални семенци описују се у чл. 419, ст. 1 ЗКП и он подразумева да суд може засновасти пресуду само на доказима који су изведени на главном претресу. То правило важи без изузетка, како у оштрој кривичној процесној форми, тако и у скраћеном поступку.

Модалитетни семенци непосредности садржи императив за непосредним извођењем доказа на главном претресу. У скраћеном поступку сходно се примењују одредбе оштрој кривичној поступка, како у погледу основној правила, тако и у погледу допустивих изузетака од овој семенца. То подразумева извесна прилагодњавања, тако да одлуку о посредном начину извођења доказа не доноси судеће веће, него судија појединач. Осим тога, одредба чл. 404 ЗКП, која предвиђа могућност извођења доказа изван главној претреса, представља одступање од модалитетној семенца непосредности у оштром поступку, али не и у скраћеном поступку, управо збој тога што те радње прегузима судија појединач.

Најкрутније одступање од правила о непосредном извођењу доказа налази се у одредби чл. 406 ЗКП. Збој изједначења несудских и судских доказа,

* Овај рад је настао у оквиру пројекта Правног факултета у Новом Саду „Правна традиција и нови правни изазови“.

она доприноси још радикалнијем извештају оерењу модалићейној асйекћа начела нейосредности. Системајским тумачењем одредаба ЗКП долазимо до закључка да слична ојасности преливања доказној материјала из предистражној процесу у главни процесујак процесујоји и у скраћеној процесури, без обзира шћо у њој изостјаје фаза испраје.

Кључне речи: начело нейосредности, скраћени процесујак, нейосредно извођење доказа, уознавање са садржином зајисника о исказима.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

1. Кривично процесно право Србије развија се у знаку продубљене процесне диференцијације, коју карактерише упоредо постојање више различитих врста кривичних поступака. То значи да је напуштен концепт униформног кривичног суђења које би увек исто изгледало независно од тога коме се и за шта суди. Умножавање кривичнопроцесних форми¹ оправдавају начелни, историјски и, изнад свега, прагматички разлози.² Тако, поред општег кривичног поступка, постоји и више посебних кривичнопроцесних форми, које карактерише специфичан основ и специфична процесна структура.³ Специфичан основ посебне процесне форме представља одлучујући разлог њеног креирања, којег можемо тражити у особеностима процесног објекта, процесног субјекта или кривичне санкције.⁴ Специфична процесна структура подразумева одступања од традиционалне деобе општег кривичног поступка на одговарајуће стадијуме и фазе, при чему долази до изостављања, додавања или битне модификације појединих фаза поступка.⁵

Посебан значај имају упрошћене процесне форме, које почивају на изостављању појединих процесних фаза или стадијума, када то оправдавају мала тежина кривичног дела, довољност доказне грађе или карактеристично

¹ Ако је кривични поступак основни појам општег дела кривичног процесног права, онда би кривичнопроцесна форма била изведен и њему субординиран, посебан појам у оквиру посебног дела кривичног процесног права. Ми је користимо као ознаку за препознатљиви начин обликовања кривичнопроцесног односа, а у том смислу одређујући су основни процесни елементи (процесни субјекти, процесне функције, објекат процеса, услови и циљеви процеса). Док основни појам (кривични поступак) одговара на питање шта, посебан појам (кривичнопроцесна форма) одговара на питање како (Снежана Бркић, *Кривично процесно право II*, Нови Сад 2010, 4-6).

² Снежана Циглер, „Кривични поступак и диференцијација процесних форми“, *Правни живот* 9/1998, 601.

³ Snežana Brkić, *Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme*, Novi Sad 2004, 144.

⁴ Снежана Бркић, *Кривично процесно право II*, Нови Сад 2016, 12-14.

⁵ С. Бркић (2010), 17.

(консензуално) понашање процесних субјеката.⁶ Установљавање таквих поступака оправдавају разлози процесне економије, који налажу максимално остваривање циљева процеса са минимумом ресурса.⁷ Упрошћавање поступка најчешће почива на три истовремена процеса: скраћивању (изостанку појединих процесних фаза), убрзању (предвиђању краћих процесних рокова) и деформализацији поступка (изостављању непотребних формалности и гаранција).⁸ При томе треба имати у виду да принцип економичности не сме да буде апсолутизован на штету постизања непосредног циља кривичног поступка (правилна примена кривичног материјалног права), јер је најнеекономичнији онај поступак у коме је судска одлука укинута у поступку по правним лековима.

Упрошћене процесне форме законодавац обликује у складу са принципом размене „једноставно (форма поступка) за једноставно (предмет суђења)“. Тиме се постижу двоструки ефекти: бржи и економичнији упрошћени поступци за лакша и једноставнија кривична дела, с једне стране, и истовремено ослобађање временских, кадровских и материјалних ресурса, који се у оквиру истог суда могу ставити на располагање за квалитетније и одговорније суђење тежих и, у чињеничном и доказном смислу, сложенијих предмета, с друге стране.

Важеће кривично процесно право Србије познаје седам посебних кривичнопроцесних форми: скраћени поступак, рочиште за изрицање кривичне санкције, поступак непосредног оптужења, поступак за кривична дела оптуженог откривена на главном претресу, поступак споразумевања о признању кривичног дела, малолетнички поступак и поступак за изрицање мера безбедности обавезног психијатријског лечења.⁹ Последња два наведена процесна модалитета нису установљена са циљем упрошћавања кривичне процедуре, него са циљем бољег прилагођавања процесном субјекту (малолетнику), односно кривичној санкцији (мери безбедности психијатријског карактера).

2. Посебно захвалан метод у обликовању упрошћених кривичнопроцесних форми представљају одступања од консеквентног спровођења доминантних кривичнопроцесних начела.¹⁰ У фокусу нашег истраживања је анализа

⁶ S. Brkić (2004), 165 и даље.

⁷ Ресурси у кривичном правосуђу могу се рашчланити на време, кадар и материјална средства.

⁸ S. Brkić (2004), 166; Snežana Brkić, “Rationalization of criminal procedure and differentiation of procedural forms”, u: *Bizonyitékok Tiszteletkötet Tremmel Florian Egyetem Tanar 65. Születésnapjára* (Ed. Fenyvesi Csaba, Herke Csingar, Meszaros Bence), Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata 139, Pecs 2006, 99.

⁹ С. Бркић (2016), 209; Снежана Бркић, „Класификација процесних форми у кривичном процесном праву Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2010, 278.

¹⁰ Тихомир Васиљевић, „Значај брзине и узроци спорости кривичног судског поступка“, *Архив за правне и друшћивене науке* 2/1941, 96; S. Brkić (2004), 258-281; Војислав Ђурђић,

једног од тих начела – начела непосредности у контексту скраћеног кривичног поступка према Законик о кривичном поступку Србије из 2011. године.¹¹ Овако конципиран предмет обраде условио је и одговарајућа ограничења у методолошком смислу. Наиме, у овом раду ослонићемо се превасходно на употребу општих логичких метода и позитивноправног метода, а делимично и историјскоправног метода. Упоредноправно посматрање начела непосредности у упрошћеним кривичнопроцесним формама оставићемо за неку другу прилику.

Ово истраживање има неколико циљева: (1) утврђивање садржине и обима начела непосредности у скраћеном кривичном поступку у важећем српском праву; (2) препознавање сегмената начела непосредности у скраћеном поступку, код којих су присутна ограничења тога начела; (3) упоређивање одступања од начела непосредности у скраћеном поступку у односу на општу кривичнопроцесну форму; (4) преиспитивање легитимности ограничења начела непосредности у скраћеном поступку.

У овом истраживању пошли смо од неколико хипотеза: (1) дејство начела непосредности је различито у зависности од врсте кривичнопроцесне форме; (2) у скраћеном поступку су већа ограничења начела непосредности него у општем кривичном поступку; (3) највећа ограничења начела непосредности у скраћеном поступку везана су за омогућавање држања главног претреса у одсуству странака; (4) највећа подршка реализацији начела непосредности у скраћеном поступку везана је за обезбеђивање континуитета и концентрације процесних радњи.

Због обимности прикупљене грађе и постављених циљева, резултате овог истраживања објавићемо у два дела. Предмет овог чланка је први део тог истраживања. У њему су дата неопходна уводна и општа разматрања битна за разумевање централне теме: дефинисани су циљеви и методи истраживања; постављене хипотезе и дате претходне напомене о појму и битним обележјима начела непосредности, сједне стране и скраћеног поступка, с друге стране, У погледу централне теме рада, анализирани су структурални и модалитетни сегмент начела непосредности у скраћеном поступку. У другом делу истраживања бавићемо се проблематиком персоналног и временског сегмента начела непосредности у скраћеном поступку. Дакако да ће провера свих постављених хипотеза и извођење коначних закључака бити могући тек по завршетку целог истраживања.

„Преуређење основних начела кривичног поступка и упрошћене процесне форме“, *Правна ријеч* 56/2018, 311.

¹¹ Законик о кривичном поступку – ЗКП, *Службени власник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука Уставног суда и 62/2021 – одлука Уставног суда.

2. ПРЕТХОДНЕ НАПОМЕНЕ

Пре него што се упустимо у обраду ове сложене проблематике, потребно је да направимо сумарни осврт на две појмовне категорије исказане у наслову овог рада. Најпре ће бити реч о појму, садржини и битним обележјима начела непосредности у кривичном поступку, а потом о основним карактеристикама скраћеног поступка као посебне кривичнопроцесне форме. Како смо се поменутих установама већ бавили у свом досадашњем раду,¹² овде ћемо изнети само нека наша најбитнија ранија запажања о њиховом значају, свесно се одричући потребе за њиховом свеобухватном обрадом у контексту теме овог рада.

2.1. О појму и битним обележјима начела непосредности

1. У процесној литератури је уобичајено да се начело непосредности везује за начин извођења и оцене доказа на главном претресу.¹³ То значи да је суштина овог начела у непосредном предузимању свих радњи које претходе судској одлуци и на којима се она заснива, пред судом који треба и да донесе ту одлуку. То омогућава стицање непосредних чулних утисака у току суђења, на којима основни процесни субјекти могу да граде своја уверења, од којих зависи предузимање одговарајућих корака у поступку. Нарочито је важно да судећи суд има прилику да своју одлуку заснива на сопственим чулним опажањима, а не да суди на основу списка.

Ми се придружујемо доминантном мишљењу у процесној теорији, по коме се ово начело односи само на фазу главног претреса, али не и на претходни стадијум поступка, пошто се у њему не суди у правом смислу те речи.¹⁴ Такође, треба имати у виду да је готово немогуће обезбедити императив непосредности у поступку по правним лековима, због чега се у том делу поступка на њему и не инсистира.¹⁵

Начело непосредности може бити схваћено у формалном и у материјалном смислу.¹⁶ *Формална непосредност* подразумева одређене процедуралне

¹² Након дате рецензије, аутор ће на овом месту навести неке своје радове у којима је дао најзначајнији допринос теоријској обради наведених установа.

¹³ Станко Бејатовић, *Кривично процесно право*, Београд 2016, 103; Саша С. Кнежевић, *Основна начела кривичног процесног права*, Ниш 2012, 183.

¹⁴ Тако и Drago Radulović, *Krivično procesno pravo*, Podgorica 2009, 70; Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право. Ојшћии гео*, Ниш 2014, 78. Међутим, неки аутори сматрају да је ово начело присутно током целог кривичног поступка, с тим што његова примена највише долази до изражаја на главном претресу (С. Бејатовић, 104).

¹⁵ Winfried Platzgummer, *Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens*, Wien – New York 1984, 20.

¹⁶ Тако и В. Ђурђић (2014), 78.

захтеве којима се уклањају евентуални посредници на путу до судске одлуке (неки други субјекат, односно протек времена). *Материјална непосредност* своди се на једно материјално – доказно питање: избор оних доказних средстава која су најближа предмету доказивања и извору информација.¹⁷ Ми ћемо се у овом раду бавити само начелом формалне непосредности.

2. Начело непосредности се по неким својим обележјима издваја од осталих процесних начела. Оно је, пре свега, једно сложено начело које се може обезбеђивати различитим механизмима и у том погледу можемо уочити неколико његових сегмената, које смо ми класификовали у структуралне, модалитетне, персоналне и временске, о чему ће бити више речи на одговарајућим местима у овом раду.

Начело непосредности има инструментални карактер, што значи да није самом себи сврха, већ се установљава ради остваривања одређених процесних циљева. Начело непосредности је, пре свега, у функцији начела истине¹⁸ и начела слободне оцене доказа,¹⁹ с једне стране, а са друге стране, оно је у функцији концепта правичног суђења и свих оних начела које оно подразумева, као што су контрадикторност, усменост и јавност главног претреса.²⁰ Стога се наведена процесна начела налазе у узрочно-последичној вези са начелом непосредности, тј. у односу међусобног подупирања. У крајњој линији, начело непосредности је у функцији квалитетнијег суђења.²¹

2.2. О појму и битним обележјима скраћеног поступка

Скраћени поступак спада у ред класичних, најстаријих, најраспрострањенијих и неспорних посебних упрошћених кривичнопроцесних форми. Специфичност његове процесне структуре огледа се у изостанку фазе истраге и фазе потврђивања оптужнице.²² Осим тога, њега карактерише и унеко-

¹⁷ Више о томе Снежана Бркић, „Опште теоријске поставке о начелу непосредности у кривичном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2022, 38-46.

¹⁸ У том смислу каже се да сваки посредник у сазнавању чињеница и протек времена удаљавају судију од истине (В. Ђурђић (2014), 84).

¹⁹ Више о начелу слободне оцене доказа вид. Милан Шкулић, „Начело слободне оцене доказа у кривичном поступку“, *Архив за правне и друшћивене науке* 1-2/2002, 3-35.

²⁰ Тако и Никола Матовски, Гордана Лажетик – Бужаровска, Гордан Калајџићев, *Казнено процесно право*, Скопје 2011, 77; Veljko Turanjanin, “The principle of immediacy Versus the Efficiency of Criminal Proceedings: Do Changes in the Composition of the Trial Violate the Right to a Fair Trial?”, *Nordic Journal of human rights* 1/2021, 73. С тим у везу видети и неке одлуке Европског суда за људска права (В. Ђурђић (2014), 80-81).

²¹ Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo*, Beograd 2011, 208; D. Radulović, 70; В. Ђурђић (2014), 78.

²² То не значи да ту изостаје и судска контрола оптужног акта, већ само да је она организована на унеколико другачији начин. Пре свега, не врши је ванпретресно веће, већ судија појединац и не доноси се решење о потврђивању оптужнице, већ се у случају основаности оптужења просто заказује главни претрес.

лико неформалнији и бржи главни поступак, мада то није његово конститутивно, већ само пропратно обележје.²³

Основ процесне диференцијације код скраћеног поступка јесте (мала) тежина кривичног дела, дакле једна особеност објекта поступка посматрана из материјалноправног аспекта.²⁴ У том основу треба тражити и оправдање скраћеног поступка. Ако је у начелу обликовање упрошћених кривичнопроцесних форми инспирисано идејом економичности, онда та идеја постаје утолико прихватљивија код лакших кривичних дела и обрнуто, мора се све више повлачити са растућом тежином дела. Другим речима, лакша кривична дела мањег друштвеног значаја не оправдавају ангажовање материјалних средстава, персонала и времена у истом обиму као и тежа дела веће друштвене опасности. Због тога се при суђењу лакших кривичних дела можемо одрећи одређених формалности и гаранција, на којима се инсистира у редовним случајевима. Поступак не мора проћи кроз све фазе и стадијуме а степен заштите права окривљеног може да буде сразмерно нижи.²⁵

Ако се осврнемо на еволуцију скраћеног поступка у нашем праву, приметимо тенденцију све већег ширења његове примене, сталним подизањем горњег прага у погледу тежине кривичних дела која се у њему суде. Тако је према ЗКП из 1976. године²⁶ била меродавна прописана казна затвора до три године, да би ЗКП из 2001. године предвидео одређене изузетке којима се шири примена скраћеног поступка и на дела са прописаном казном затвора до пет година.²⁷ Тај изузетак је законским изменама из 2009. године²⁸ претворен у правило. Према чл. 495 ЗКП из 2011. године, скраћени поступак води се за кривична дела са прописаном новчаном казном или казном затвора до осам година (чл. 495 ЗКП). Успостављање садашње граничне линије између општег и скраћеног поступка условило је потребу за преиспитивањем неких до тада преовлађујућих ставова: а) прво, питање је да ли се овако дефинисана кривична дела резервисана за вођење скраћеног поступка могу и даље сматрати лакшим делима, б) друго, да ли је у новим условима и даље при-

²³ Иако се у глави XX ЗКП, која је насловљена као скраћени поступак, поред општих одредаба (чл. 495 – 511 ЗКП), налазе и одредбе посвећене рочишту за изрицање кривичне санкције (чл. 512 – 518 ЗКП), ми се у овом раду нећемо бавити овом последњом установом зато што она, по нашем мишљењу, представља посебну кривичнопроцесну форму, коју карактерише специфичан основ и специфична структура који се разликују од посебног основа и посебне структуре скраћеног поступка.

²⁴ С Бркић, *Кривично процесно право II*, Нови Сад 2010, 221-222.

²⁵ *Ibidem*, 196.

²⁶ *Службени лист СФРЈ* бр.4/1977, 14/1985, 74/1987, 57/1989 и 3/1990 и *Службени лист СРЈ* бр. 27/1992 и 24/1994.

²⁷ *Службени лист СРЈ* бр. 70/2001 и 68/2002 и *Службени гласник РС* бр. 58/2004, 85/2005, 85/2005 – др. закон, 115/2005, 49/2007, 20/2009 – др. закон, 72/2009 и 76/2010.

²⁸ *Службени гласник РС* бр. 72/2009.

хватљива горе наведена аргументација о малој тежини кривичног дела којом се скраћени поступак легитимизује као посебна процесна форма са битним одступањима од опште кривичне процедуре; в) треће, да ли и даље стоји констатација да је општи поступак правило а скраћени изузетак. Ми бисмо на сва ова три питања дали негативне одговоре. Дела са прописаном казном затвора до осам година никако се не могу сматрати лакшим делима. Ту сад спадају и средње тешка, па и тешка дела као што су тешка крађа, изнуда, нека тешка дела против безбедности јавног саобраћаја, итд. Посматрано кроз ту призму, поједина одступања од општег поступка више не изгледају легитимна.²⁹ Надаље, сада је сасвим извесно да се оваквим померањем границе скраћени поступак у пракси од изузетка претворио у правило: пре ових законских измена око 60-70 % предмета из надлежности основних судова пресуђивано је у скраћеном поступку, а након ових измена удео тих предмета попео се на 80-90 %.³⁰

Поменути тренд ширења подручја примене скраћеног поступка може се објаснити променама у обиму и структури криминалитета, које карактерише истовремени пораст како ситног криминала, с једне стране, тако и тешких кривичних дела, с друге стране. У таквим условима може да дође до промене наше перцепције тежине кривичног дела, као и нашег поимања демаркационе линије између лакших и тежих дела.³¹ Осим тога, у условима тражења излаза из кризе преоптерећеног система кривичног правосуђа, постоје сасвим прагматични разлози који мотивишу законодавца да се креирањем посебних процедура боље прилагођава феномену лакшег и средње тешког криминалитета и омогућава његово брже процесуирање.

Скраћени поступак спада у обавезне посебне кривичнопроцесне форме, јер је његова примена обавезна уколико је реч о кривичним делима одређене тежине. Међутим, обавезност скраћеног поступка треба схватити само условно: он има обавезни карактер само у односу на општи кривични поступак и њихово разграничење с обзиром на тежину кривичног дела.³² Он престаје

²⁹ Momčilo Grubač, Tihomir Vasiljević, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku, trinaesto izdanje – prema Zakoniku iz 2011.*, Beograd 2014, 895-896.

³⁰ Сличну процену (80-85 %) даје и Момчило Грубач, *Нове усџанове и нова решења Законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године*, Правни записи 2/2011, стр. 510. У Основном суду у Новом Саду у 2010. години на скраћени поступак је отпадало 69,9 % кривичних предмета; у 2011. години 62,7 % и у 2012. години 65 % предмета (наведено према Татјана Бугарски, „Посебни кривични поступци у новом ЗКП-у – скраћени кривични поступак и рочиште за изрицање кривичне санкције“, у: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу: „Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена“, Златибор 2013, 214).

³¹ С. Бркић (2010), 198; Снежана Бркић, „Новине у регулисању скраћеног поступка у ЗКП Србије из 2011. године“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду* 2/2013, 217.

³² *Ibidem*.

да буде обавезан ако су испуњени услови и дође до примене неке друге, упрошћеније посебне процедуре, која је постављена као факултативна алтернатива скраћеном поступку.³³

3. НАЧЕЛО НЕПОСРЕДНОСТИ У СКРАЋЕНОМ ПОСТУПКУ

Сагледавање домета начела непосредности у скраћеном поступку отежавају две околности: а) с једне стране, треба имати у виду да начело непосредности није експлицитно формулисано, него произлази из једног броја законских одредаба, слично као и начело контрадикторности; б) с друге стране, у потрази за тим одредбама суочавамо се са још једном тешкоћом, која је повезана са чињеницом да скраћени поступак има карактер непотпуне посебне кривичнопроцесне форме. То значи да законодавац није у целости на специфичан начин регулисао сва његова процесна правила, већ се у делу у коме није било потребе за другачијим регулисањем ослонио на сходну примену одредаба о општем кривичном поступку (чл. 495 ЗКП). Законодавац говори о сходној примени, јер у многим случајевима дословна примена није могућа.³⁴

Имајући у виду сложеност и релативни карактер начела непосредности, односно његову подложност степеновању, проблематику заступљености начела непосредности у скраћеном поступку обрадићемо тако што ћемо најпре указати на механизме којима се ово начело обезбеђује а потом и на одступања од идеје непосредности. При томе ћемо посебну пажњу поклонити специфичним одредбама резервисаним за скраћени поступак, а у извесној мери и правилима опште кривичне процедуре, која се сходно примењују и у скраћеном поступку.

3.1. Структурални сегмент начела непосредности

Структурални сегмент формалне непосредности није експлицитно нормиран у оквиру главе XX ЗКП, која је посвећена скраћеном поступку. То није ни било потребно, с обзиром на то да би то требало бити опште правило, а општим правилима је место у склопу регула опште процедуре, која се сходно примењују и у скраћеном поступку, уколико није изричито нешто другачије прописано (чл. 495 ЗКП).

³³ Такав је случај нпр., са поступком за кажњавање пре главног претреса по ЗКП из 2001. године, односно са рочиштем за изрицање кривичне санкције по ЗКП из 2011. године.

³⁴ М. Grubač, Т. Vasiljević (2014), 896; Горан П. Илић и други, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд 2023, 975. Тако, нпр. у скраћеном поступку судија појединачно обједињује функције председника већа и већа.

Структурални сегмент начела непосредности подразумева да суд може засновати пресуду само на доказима који су изведени на главном претресу (чл. 419, ст.1 ЗКП).³⁵ Овај сегмент назвали смо структуралним зато што је код њега акценат на извођењу доказа у фази главног претреса, а деоба процеса на одговарајуће фазе и стадијуме тиче се структуре самог кривичног поступка.³⁶ То надаље значи да пресуда не може да се темељи на доказима изведеним у фази истраге, нити на формалним и неформалним изворима сазнања који потичу из преткривичног поступка.³⁷ Такође, искључена је могућност заснивања пресуде на доказним радњама предузетим у неком другом судском или управном поступку.

Наведено правило важи без изузетка, како у општој кривичнопроцесној форми, тако и у скраћеном поступку. Сматра се да је доказ изведен на главном претресу и уколико је веће извршило увид у записнике о ранијем са слушању, по основу чл. 405 и чл. 406 ЗКП.³⁸ То је у складу са ставом да само они докази који су изведени током главног претреса, односно на њему у релевантним процесним формама потврђени, могу да буду доказна подлога за пресуду којом се претрес окончава.³⁹ Другим речима, подлогу за доношење пресуде не могу чинити оне чињенице и докази који се налазе у списима али на главном претресу нису изнети и претресани (нпр. неке поверљиве изјаве и извештаји), нити изјаве и саопштења странака дате ван главног претреса, лична сазнања чланова већа стечена ван главног претреса и слично.⁴⁰ Метафорички речено: „Све што током главног претреса није стигло на сто, у пресуди се гура под тепих“.⁴¹ Дакле, чињенична основа пресуде треба да је садржана у списима и истовремено мора да буде изнета на главном претресу, било непосредним, било посредним извођењем доказа, како би била подобна за расправљање у складу са начелом контрадикторности. Структурални сегмент нам не говори ништа ни о квалитету изведених доказа, ни о

³⁵ Неки аутори овај сегмент непосредности издвајају као посебну врсту непосредности, коју именују на различите начине: објективна непосредност (Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2014, 65); стварна непосредност (Gordana Stanković, “Načelo neposrednosti: konkretizacija načela u Zakonu o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku”, *Pravni informator* 3/2010, 4; непосредност у расправљању (Mihajlo Dika, “O načelu neposrednosti u parničnom postupku *de lege lata* uz neke projekcije *de lege ferenda*”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 4/2008, 903).

³⁶ Snežana Brkić, “Opšte teorijske postavke o načelu neposrednosti u krivičnom postupku”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2022, 39.

³⁷ Christian Bertel, *Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts*, Wien 1984.

³⁸ Горан П. Илић и други, 812.

³⁹ Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2014, 64.

⁴⁰ Momčilo Grubač, Tihomir Vasiljević, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku, trinaesto izdanje – prema Zakoniku iz 2011.*, Beograd 2014, 716.

⁴¹ H. Putzke und J. Scheinfeld, *Strafprozessrecht*, Baden – Baden 2005, 137; наведено према М. Шкулић, 64.

начину њиховог извођења. Он нам говори само о амбијенту у коме се дешава креирање чињеничне основе будуће пресуде а то је главни претрес као језгро читавог кривичног поступка. Он представља само једну ширу платформу, довољно транспарентну за све учеснике кривичног поступка, у оквиру које се могу сместити сва остала одабрана процесна начела која би била допуштена у фази главног претреса.

3.2. Модалитетни сегмент начела непосредности

3.2.1. Појам и правни основ модалитетног сегмента начела непосредности

Кад је на горе поменути начин законодавац одредио полазиште за формирање чињеничне подлоге пресуде, морао је учинити и један корак даље у правцу обезбеђивања начела непосредности. Основна интенција садржана у начелу непосредности изражава се у идеји о непосредном извођењу доказа.⁴² Ту идеју именовали смо као модалитетни сегмент начела непосредности, пошто нам говори о начину предузимања доказних радњи.⁴³ Предности непосредног извођења доказа су вишеструке.⁴⁴ У потрази за правним основом модалитетног сегмента начела непосредности доћи ћемо до констатације да је он имплицитно присутан у (подразумеваном, али не и изричито прокламованом) опозиту ономе што је садржано у одредбама чл. 403-406 ЗКП. Анализа наведене групе законских одредаба нам казује да је реч о таксативно нормираним изузецима, и да се сви они свде на случајеве посредног извођења одговарајућих доказа. Ако су то изузеци, онда мора да постоји и правило, а правила не морају увек да буду изричито формулисана. Она могу да провејавају из целокупног духа и текста закона, као што је овде случај. Дакле, имплицитно правило о непосредном извођењу доказа на главном претресу је опште правило које важи како у општем, тако и у скраћеном поступку. Као што је већ речено, одступања од тог правила садржана су у чл. 403-406 ЗКП. Те одступајуће одредбе смештене су у глави XVIII, која се односи на главни стадијум опште кривичнопроцесне форме. Када законодавац осети

⁴² Овде треба имати у виду да контрадни појмови непосредно / посредно добијају сасвим другачије значење ако се користе за описивање именице (докази), за разлику од описивања глагола (извођење доказа). У првом случају, они нас упућују на поделу доказа на непосредне и посредне доказе, док нас у другом случају повезују са начелом непосредности, односно са одступањима од њега.

⁴³ Модалитет (нлат. *modalitas*) у филозофском смислу означава начинство, пут и начин на који нешто постоји, збива се и замишља (Милан Вујаклија, *Лексикон сѣраних речи и израза*, Београд 1980, 575).

⁴⁴ Tihomir Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Beograd 1981, 248; Miodrag N. Simović, Vladimir M. Simović, Mladenka Govedarica, *Krivično procesno pravo. Uvod i opšti dio*, Bihać 20121, 182. Ми смо о томе опширно писали у нашем ранијем раду: С. Бркић, (2022), 29-33.

потребу да у некој посебној кривичнопроцесној форми одступи од неког доминантног начела општег кривичног поступка у потпуности, на другачији начин или у другачијем обиму него ли што је то учинио у самом општем поступку, он то треба да изрази у специфичним (изузетним) одредбама које се везују само за ту посебну врсту поступка. Пошто таквих специфичних одступајућих одредаба од модалитетног сегмента непосредности нема у оквиру главе XX ЗКП, која је посвећена регулативи скраћеног поступка, то значи да се одредбе чл. 403-406 ЗКП сходно примењују и на скраћену процедуру. Остаје нам да сагледамо те изузетке, како бисмо испитали да ли њихова сходна примена има неко посебно значење, а тиме можда и другачији домет у скраћеном поступку.

3.2.2. Сходна примена одступања од модалитетног сегмента начела нейосредности у општем кривичном поступку

На овом месту даћемо сумарни осврт на одступања од модалитетног сегмента начела непосредности у општем кривичном поступку, без претензије за њиховом целовитом анализом, која заслужује да буде предмет посебне обраде у контексту истраживања начела непосредности у општој кривичнопроцесној форми. Овде нам је циљ само да сагледамо обим тих одступања и у том погледу повучемо паралеле између опште и скраћене процедуре, с обзиром на значење њихове сходне примене у скраћеном поступку.

Суштина свих тих одступања је у томе што се уместо непосредног извођења доказа странкама омогућава да се на посредан начин упознају са садржином тих доказних радњи, која је најчешће констатована у записнику о њиховом предузимању или у другом одговарајућем писмену. Упознавање са садржином раније предузетих доказних радњи у смислу наведених одступања од модалитетног сегмента непосредности може се вршити на три начина: тако што ће се странкама омогућити увид у одговарајућа писмена, тако што ће председник већа укратко изнети њихову садржину или тако што ће их председник већа прочитати. Суд у зависности од околности случаја сам бира метод који ће употребити, при чему није искључена ни могућност комбиновања сва три начина.

Нека од тих одступања су нужна због природе доказних радњи које се по правилу предузимају на лицу места (нпр. увиђај, претресање, привремено одузимање предмета) и касније их је немогуће или тешко поновити на главном претресу у њиховој непосредној изведби. Та врста нужности односи се и на употребу било које исправе као доказног средства, јер је редовни начин извођења доказа исправом увид у њену садржину, кратко изношење њене садржине или њено читање. Посредном извођењу таквих доказа на главном претресу прибегава се по сили закона без захтевања неких додатних услова за то и

без потребе да о сврсисходности таквог начина извођења доказа претходно одлучује веће. Наведени случајеви нормирани су у чл. 405 ЗКП и они заправо и не представљају одступања од некаквог правила, јер сами по себи представљају правило. Дакле, редован и једини могући начин извођења тих доказних радњи на главном претресу идентичан је са посредним начином извођења неких других доказних средстава, који представља изузетак од основног правила о њиховом непосредном извођењу. Управо због ове начелне разлике између те две групе случајева, законодавац је устројио различите правне механизме који омогућавају описани начин извођења тих доказних радњи.

Остали случајеви посредног извођења доказа на главном претресу везани су за употребу одређених субјективних доказних средстава: исказа сведока, вештака, саоптужених или већ осуђених саучесника у кривичном делу. Основно је правило да се наведени докази непосредно изводе испитивањем, односно саслушавањем доказних субјеката. Међутим, понекад се дешава да у вези са тим доказима наступе специфичне околности које чине немогућим непосредно усмено саслушање, односно испитивање наведених лица а некада се само показује да би посредно упознавање са садржином њиховог исказа било рационалније, ради убрзања кривичног поступка. Ти случајеви предвиђени су у чл. 403, 404 и 406 ЗКП, сви су условљени наступањем посебних околности чије испуњење треба да цени суд у сваком конкретном случају и код свих њих до посредног извођења доказа може да дође само на основу посебне одлуке већа. Такође, сви они представљају праве изузетке од основног правила у погледу начина извођења тих доказа, односно од модалитетног сегмента начела непосредности.

3.2.2.1. Упознавање са садржином налаза и мишљења вештака (чл. 403 ЗКП)

Прво одступање од модалитетног сегмента начела непосредности односи се на доказну радњу вештачења. У чл. 403 ЗКП предвиђена је могућност упознавања са садржином налаза и мишљења вештака уместо њиховог непосредног позивања и испитивања. Чл. 403 ЗКП омогућава судећем већу да одлучи да се уместо позивања и испитивања вештака, само упозна са садржином вештачког налаза и мишљења. Услов за примену овог одступања од непосредног извођења доказа вештачењем, је процена суда да се због природе вештачења не могу очекивати или нису потребна потпунија објашњења. Такав би на пример био случај са вештачењима заснованим на механичким или лабораторијским методама, као што су дактилоскопска вештачења или биохемијска вештачења узорака биолошког порекла.⁴⁵ Из законског текста

⁴⁵ М. Grubač, Т. Vasiljević, 690; Г. П. Илић и други, 793.

произлази да ће ова одредба бити неприменљива код вештачења заснованих на сложеном и контрадикторном доказном материјалу, а нарочито ако постоји противречност између налаза и мишљења вештака, јер суд није овлашћен да се без покушаја усаглашавања или одређивања новог вештачења определи за једно од супротстављених мишљења.⁴⁶

Ово одступање од модалитетног сегмента начела непосредности уведено је ради убрзања поступка. Међутим, поставља се питање да ли је тај циљ остварљив, с обзиром на законом предвиђен редослед поступања: најпре се странке упознају са извештајем вештака, да би суд после извођења других доказа и евентуалних примедба странака, проценивао потребу накнадног непосредног испитивања тих вештака. Ово одступање имало би више смисла и оправдања када би хронологија дешавања била обрнута: када би суд прво ценио неопходност непосредног испитивања вештака, па у зависности од те оцене одлучивао да ли ће на главни претрес позвати вештака или ће приступити неком од она три начина посредног извођења тог доказа.⁴⁷

3.2.2.2. Извођење доказа ван главног претреса (чл. 404 ЗКП)

Друго одступање односи се на ситуације када се у току главног претреса укаже потреба за извођењем доказних радњи ван главног претреса, због специфичног карактера саме процесне радње (увиђај и реконструкција догађаја) или због постојања специфичних околности у конкретном случају (испитивање сведока или вештака).

За разлику од увиђаја и реконструкције догађаја, чије извођење ван главног претреса законодавац не везује ни за какве посебне околности, испитивању сведока или вештака ван главног претреса може се приступити ако су испуњена два услова: а) ако у току главног претреса суд сазна да сведок или вештак не може да дође пред суд или му је долазак знатно отежан и б) ако суд сматра да је његов исказ важан. Тада веће може наредити да га ван главног претреса испита председник већа или судија члан већа непосредно или путем техничких средстава за пренос слике и звука.⁴⁸

Извођење наведених доказа ван главног претреса нормирано је у чл. 404 ЗКП и представља одступање од начела непосредности, пошто законодавац допушта да у извођењу тих доказних радњи не учествује комплетно судеће веће, већ само један судија по позиву (председник већа или судија члан већа). У том случају, само тај један судија прима непосредне чулне утиске

⁴⁶ ВСС, Кж1. бр. 1204/06 од 29.08.2006; ВСС, Кж1. бр. 2448/06 од 27.02.2007.

⁴⁷ М. Grubač, Т. Vasiljević, 690.

⁴⁸ Остаје нејасно зашто законодавац ова два начина именује као алтернативне облике вршења ове процесне радње, кад је у овом случају испитивање наведених лица увек непосредно, с тим што може да буде праћено и техничким снимком (М. Grubač, Т. Vasiljević, 692).

за време предузимања тих доказних радњи, док остали чланови судског већа остају лишени непосредног сазнања о извршеној радњи. Они се упознају са садржином записника о предузимању тих радњи на главном претресу, увидом у те записнике, кратким изношењем њихове садржине од стране председника већа или њиховим читањем, у складу са чл. 405, односно чл. 406 ЗКП.

Међутим, када одредбу чл. 404 ЗКП посматрамо кроз призму скраћеног поступка, којег увек води судија појединац, онда нам се она не показује као одступање од начела непосредности. Сходна примена те одредбе у скраћеном поступку подразумева да ће те доказе и ван главног претреса предузимати увек сам судија појединац, тако да ће он у сваком случају примати непосредне чулне утиске изводећи поменуте радње, независно од тога да ли се оне дешавају у судници или на неком другом месту. Дакле, ту се не одступа од начела непосредности, него само од општег правила о месту предузимања процесних радњи. Наиме, пошто спадају у временски оквир главног претреса, те радње би се према чл. 354, ст. 1 ЗКП по правилу требале предузимати у месту одржавања главног претреса, а то је судска зграда у седишту суда. Извођењем доказа ван главног претреса не вређа се ни начело контрадикторности, јер ће странке, бранилац, оштећени и стручни саветник бити обавештени о месту и времену предузимања наведених доказних радњи и упозорени да током њиховог извођења имају права из чл. 402 ЗКП.

3.2.2.3. Упознавање са садржином писмена и снимака (чл. 405 ЗКП)

Чл. 405 ЗКП такође предвиђа посредан начин упознавања са садржином одређених доказа, тако што се на главном претресу врши увид у записнике о увиђају ван главног претреса, о претресању стана и других просторија или лица и потврде о привремено одузетим предметима, као и исправе које служе као доказ. Уместо тога, ако веће сматра да је то потребно, председник већа ће укратко изнети садржину тих писмена или ће их прочитати. Технички снимци исказа или тока неке процесне радње (оптички и тонски снимци и електронски записи) представљају посебну врсту исправа. Извођење тих доказа на главном претресу врши се репродуковањем снимка и на тај начин се присутна лица могу упознати са њиховом садржином. Исправе које се користе као доказ по могућности подносе се у оригиналу.

3.2.2.4. Упознавање са садржином записника о исказима (чл. 406 ЗКП)

3.2.2.4.1. *Одредбе чл. 406 ЗКП*

За разлику од безусловног одступања од начела непосредности на основу изричите законске одредбе чл. 405 ЗКП, које се дешава по аутоматизму чим се јави потреба за коришћењем наведених писмена и оптичких или

тонских снимака као доказа, у чл. 406 ЗКП предвиђени су случајеви условног одступања од овог начела. Ти изузеци односе се на посредно извођење одређених субјективних доказних средстава, које је могуће само по наступању посебних околности и на основу посебне одлуке већа да се уместо непосредног саслушавања, односно испитивања одређених лица приступи упознавању са садржином записника о њиховим исказима. Реч је о записницима о исказима сведока, саопштених или већ осуђених саучесника у кривичном делу, као и о записницима о налазу и мишљењу вештака:⁴⁹

(а) ако су испитана лица умрла, душевно оболела или се не могу пронаћи или је њихов долазак пред суд немогућ или знатно отежан због старости, болести или других важних разлога;

(б) ако су странке сагласне да се тако поступи уместо непосредног испитивања сведока или вештака који није присутан, без обзира да ли је био позван или не;

(в) ако је сведок или вештак испитан непосредно пред истим председником већа или је испитан ван главног претреса у складу са одредбом чл. 404 ЗКП;

(г) ако сведок или вештак без законског разлога неће да да исказ на главном претресу;

(д) ако је реч о исказу саопштеног према коме је кривични поступак раздвојен или је већ окончан правноснажним осуђујућом пресудом.

На наведени начин не може се поступати са записницима о ранијем испитивању лица која су ослобођена дужности сведочења, ако та лица нису уопште позвана на главни претрес или су на главном претресу изјавила да неће да сведоче.

3.2.2.4.2. Критички осврт на могућности радикалног извитоперења начела нейосредности у чл. 406 ЗКП

Иако се одредбе о посредном извођењу доказа на главном претресу нису битно промениле у односу на ЗКП из 2001. године, новим закоником из 2011. године постигнути су ефекти сасвим супротни од прокламованог циља.⁵⁰ Поборници увођења јавнотужилачке истраге су између осталог истicali да је прелазак на нови модел истраге потребан ради доследнијег

⁴⁹ У овом раду нећемо се бавити дубљом анализом оправданости ових пет случајева у којима је могуће посредно коришћење исказа одређених доказних субјеката. Уместо тога, само ћемо се начелно критички осврнути на могућност радикалног извитоперења начела непосредности у његовом модалитетном сегменту, захваљујући изједначењу несудских и судских доказа.

⁵⁰ Војислав Ђурђић, „Преуређење основних начела кривичног поступка и упрошћене процесне форме“, *Правна ријеч* 56/2018, 316.

спровођења начела непосредности. Међутим, из законског текста произлази да се посредно коришћење раније сачињених записника односи и на записнике са исказима сведока и вештака испитаних у истрази, што значи да су несудски докази потпуно изједначени са судским доказима. Таквим изједначавањем судских и несудских доказа фаворизује се само једна странка – носилац јавнотужилачке функције, коме се омогућава да посредно уведе у поступак доказе које је сам извео у истрази на неконтрадикторан начин (некад и без присуства осумњиченог).⁵¹ При томе није толико важно што су те доказне радње у истрази предузете према одредбама Законика о кривичном поступку. То су несудске радње предузете на неконтрадикторан начин, са циљем прикупљања доказа и података који су потребни да би се могло одлучити да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак. Због тога није оправдано да се на таквим радњама заснива судска пресуда.

Даље, такво решење није у складу са неким правима окривљеног која су гарантована Уставом Републике Србије и Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода. Тако, нпр. доводи се у питање право окривљеног да му суди независни и непристрасни суд,⁵² из којег произлази да сви докази којима се утврђује чињенично стање треба да буду изведени пред судећим судом у контрадикторном и непосредном поступку. Осим тога, то је супротно и праву окривљеног да се пред судом суочи са сведоцима оптужбе, тј. да их сам испита, односно да их у његовом присуству испита судећи суд.⁵³ Због тога би се могла оспоравати и уставност ЗКП. Постоји само један легитимни пут који би могао да преведе поједине истражне доказне радње у фазу главног претреса: тај пут води преко судије за претходни поступак. Само онда када би тзв. непоновљиве доказне радње у истрази изводио на посебном доказном рочишту носилац судске, а не јавнотужилачке функције, те радње би се могле посредно користити на главном претресу. Међутим, таква одредба није предвиђена у нашем праву, иако такву могућност редовно предвиђају законодавства са тужилачким моделом истраге.

3.2.2.4.3. Да ли сходна примена чл. 406 ЗКП омогућава радикално извјештавање начела непосредности и у скраћеном процесу?

Поставља се питање да ли горе наведени критички коментари на одступања од начела непосредности у општем кривичном поступку, важе и за скраћени поступак, ако знамо да је његово најбитније обележје упрошћена процесна структура у којој изостаје фаза истраге. Ако је то тако, онда на први

⁵¹ Војислав Ђурђић, “Перспектива новог модела кривичног поступка Србије“, НБП – Журнал за криминалистику и право 2015, 92.

⁵² Чл. 32, ст. 1 Устава.

⁵³ Чл. 33, ст. 5 Устава.

поглед не би требало да буде бојазни од таквог извитоперења изузетака од начела непосредности, који би омогућавали продор истражног доказног материјала у фазу главног претреса и евентуалног заснивања пресуде и на њима.

Међутим, систематским тумачењем одредаба Законика о кривичном поступку долазимо до закључка да слична опасност преливања доказног материјала из предистражног поступка у главни поступак ипак постоји и у скраћеној процедури. Покушаћемо да објаснимо зашто је то тако.

Скраћени поступак покреће се директно на основу оптужног предлога односно приватне тужбе када постоји оправдана сумња да је одређено лице учинило кривично дело (чл. 499, ст.1 ЗКП). Оптужни предлог је врста оптужног акта који подиже носилац јавнотужилачке функције у скраћеном поступку за кривична дела која се гоне по службеној дужности. Иако је оптужни предлог пандан оптужници, он се може окарактерисати као акт нижег ранга у односу на оптужницу и са мање реквизита.⁵⁴ Наиме, он не мора да садржи образложење, као ни друге личне податке о окривљеном, осим његовог имена и презимена (чл. 500 ЗКП). С друге стране, треба имати у виду да оптужни предлог има исте циљеве као и оптужница: да фиксирајући чињенични и правни супстрат оптужбе на релативно дефинитиван начин предочи обвињење окривљеном, да тиме омогући одбрану окривљеног, као и да омеђи предмет суђења на главном претресу.⁵⁵ То је веома одговорна мисија која стоји иза подизања било којег оптужног акта у кривичном поступку. Ма колико била лака кривична дела која се суде у скраћеном поступку и ма колико једноставнији и неформалнији био оптужни акт за та дела, подизању тог оптужног акта треба приступити подједнако одговорно и са дужном пажњом. Иако оптужни предлог не садржи образложење и он мора да буде добро фундиран, да би издржао судску контролу од стране судије појединца (чл. 501 ЗКП), како би се спречило одбацивање или одбијање тог акта (чл. 502 и чл. 503 ЗКП). Осим тога, у њему мора да се наведе и предлог доказа које треба извести на главном претресу, са назначењем чињеница које би се имале доказати и којим од предложених доказа (чл. 500, ст. 1, тачка 5 ЗКП).

Подизању оптужног предлога не претходи истрага као посебна фаза поступка, чији је примарни циљ прикупљање прелиминарног доказног материјала на основу којег тужилац треба да одлучи да ли има места подизању оптужног акта или треба да обустави кривични поступак. У контексту овог сазнања поставља се питање на каквој чињеничној и доказној грађи се подиже капија кроз коју се улази у зграду будућег скраћеног кривичног поступка. Пошто је несумњиво да сав потенцијални материјал на основу којег се сачињава оптужни предлог може да произађе једино из преткривичног (пред-

⁵⁴ М. Grubač, Т. Vasiljević, 900.

⁵⁵ М. Grubač (2011), 390.

истражног) поступка,⁵⁶ може се очекивати да ће он бити претежно неформалног карактера. Наиме, носећи орган преткривичног поступка је полиција, а она је задужена за вршење непроцесне функције откривања и расветљавања кривичних дела и проналажења њихових учинилаца. Ту функцију полиција врши на основу овлашћења из чл. 286 ЗКП, као и одговарајућих полицијских овлашћења према Закону о полицији.⁵⁷ Неформална полицијска делатност нема доказни значај у кривичном поступку и на неформално прикупљеним материјалима у преткривичном поступку не може да се заснива судска пресуда. После завршетка истраге, судија за претходни поступак ће донети решење о издвајању неформалних обавештења из списка, ставити их у посебан запечаћени омот и чувати одвојено од осталих списка до правноснажног окончања кривичног поступка (чл. 237, ст. 3 ЗКП).

Само изузетно, органи преткривичног поступка могу да предузимају и формалне процесне радње, које имају доказну вредност у каснијем кривичном поступку. У том случају, осумњиченом се морају гарантовати сва права која има и окривљени у кривичном поступку. Према чл. 287 ЗКП, ако полиција у предистражном поступку предузме доказну радњу о томе ће без одлагања обавестити носиоца јавнотужилачке функције. Из одредбе чл. 296, ст. 2 ЗКП произлази да ни носилац јавнотужилачке функције није искључен од предузимања формалних доказних радњи у предистражном поступку, иако је ограничен на предузимање само прве доказне радње, након које мора да покрене истрагу. Апсурдно је, међутим, што је само за доказне радње полиције предузете у предистражном поступку предвиђено да се могу користити као доказ у кривичном поступку, уколико су предузете у складу са одредбама Законика о кривичном поступку, док такве одредбе нема у односу на доказне радње јавног тужилаштва у предистражном поступку. Иначе, треба обратити пажњу на употребљену терминологију: у закону се не каже да се на тим доказима може заснивати судска одлука, већ само да ти докази могу бити коришћени у даљем току кривичног поступка. Пошто према чл. 419, ст. 1 ЗКП пресуда може да се заснива само на доказима изведеним на главном претресу, то значи да пуко постојање у спису таквих доказа који потичу из предистражног поступка не ослобађа обавезе органа гоњења да их предложи и на главном претресу поново изведе на један од она три посредна начина предвиђена у чл. 405 и 406 ЗКП. Исто тако, ни суд не може да се

⁵⁶ Овде треба имати у виду да се скраћени кривични поступак сматра покренутим одређивањем главног претреса или евентуално и пре тога, доношењем решења о одређивању притвора пре подношења оптужног предлога (чл. 7 ЗКП).

⁵⁷ Опширан приказ неформалних полицијских овлашћења у преткривичном поступку, који није уобичајен за уџбеничку литературу из кривичног процесног права, видети код С. Бркић (2010), 34-49.

позове у својој пресуди на такве доказе из преткривичног поступка, без њиховог поновног (наравно, овог пута посредног) извођења.⁵⁸

Даље, треба имати у виду да иако носилац јавнотужилачке функције не може да води истрагу у скраћеном поступку, он изузетно може предузети поједине доказне радње у најкраћем могућем року, пре него што одлучи да ли ће поднети оптужни предлог или одбацити кривичну пријаву (чл. 499, ст. 2 ЗКП). Те доказне радње он може предузимати нпр. ради провере надлежности, ради потпуније оцене основа за одбачај кривичне пријаве, ради избегавања изношења оптужбе на главни претрес са потпуно сумњивим доказним материјалом, итд.⁵⁹ Јавно тужилаштво није ограничено у погледу броја и врсте процесних радњи које ће предузимати пре подношења оптужног прегледа, Једна од тих радњи може да буде и саслушавање лица против којег је поднета кривична пријава, а које се тада саслушава као окривљени у кривичном поступку, који у најмању руку има право на браниоца и право на присуство појединим доказним радњама у складу са чл. 300 ЗКП.⁶⁰ Међутим, приватни тужилац нема право да од јавног тужилаштва или од судије за претходни поступак тражи да спроведу доказне радње које су му потребне да би донео одлуку о покретању или непокретању поступка, односно да би дошао до материјала на коме ће засновати свој оптужни акт.⁶¹

Трећи могући начин на који у скраћени поступак могу продрети формалне доказне радње предузете пре његовог отпочињања, односи се на оне ситуације у којима је јавно тужилаштво водило истрагу за неко кривично дело, да би после њеног окончања закључило да због нове правне квалификације тог дела ипак треба водити скраћени а не општи поступак, те подигне оптужни предлог а не оптужницу.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

1. Начело непосредности налаже да се све процесне радње које треба да послуже као основа за одлучивање, изведу у изворном облику и избегне било који посредник између судећег суда и извора информација о правно-релевантним чињеницама. Оно спада у ред сложених процесних начела и може се разложити на четири сегмента: структурални, модалитетни, персонални и временски. У првом делу нашег истраживања, које је предмет овог рада, анализирани су структурални и модалитетни сегмент начела непосредности у скраћеном поступку.

⁵⁸ M. Grubač, T. Vasiljević, 525.

⁵⁹ M. Grubač, T. Vasiljević, 900.

⁶⁰ *Ibidem*, 900-901.

⁶¹ *Ibidem*, 901.

Структурални сегмент начела непосредности подразумева да суд може засновати пресуду само на доказима који су изведени на главном претресу. То правило важи без изузетка, како у општој кривичнопроцесној форми, тако и у скраћеном поступку. Оно захтева да чињенична основа пресуде буде садржана у списима и истовремено да буде изнета на главном претресу, било непосредним, било посредним извођењем доказа, како би била подобна за расправљање у складу са начелом контрадикторности. И док нам структурални сегмент начела непосредности не говори ништа о квалитету и начину извођења доказа на главном претресу, његов модалитетни аспект садржи императив за непосредним извођењем доказа на главном претресу. За разлику од структуралног сегмента који је изричито нормиран у одредби чл. 419, ст. 1 ЗКП, модалитетни сегмент непосредности је само имплицитно садржан у (подразумеваном али не и изричито прокламованом) опозиту ономе што је регулисано у одредбама чл. 403 – 406 ЗКП, а што представља таксативно прописане изузетке.

Иако је идеја непосредног извођења доказа у функцији остваривања друштвеноприхватљивих циљева, као што су утврђивање истине и спровођење концепта правичног суђења, она нити сме, нити може да се изводи до крајности.⁶² Инсистирање на њеном доследном спровођењу некад би могло довести у питање остваривање циља кривичног поступка а некада би могло угрозити неке друге вредности, као што су ефикасност и економичност поступка. Зато начело непосредности нема апсолутни, већ само релативни карактер. Његов модалитетни сегмент може се дозирати у различитом степену у зависности од циљева који се желе постићи, а његов домет може варирати и у зависности од врсте кривичног поступка.

2. У глави XX ЗКП, која је посвећена регулативи скраћеног поступка, нема посебних специфичних одредаба које би се односиле на модалитетни сегмент начела непосредности. То значи да се у том погледу сходно примењују одредбе општег кривичног поступка, како у погледу основног правила, тако и у погледу допуштених изузетака.

Одступања од модалитетног сегмента начела непосредности садржана су у одредбама чл. 403-406 ЗКП. Њихова суштина је у томе што се уместо непосредног извођења доказа странкама омогућава да се на посредан начин упознају са садржином раније предузетих доказних радњи, која је констатована у записнику о њиховом предузимању или у другом одговарајућем писмену. Упознавање са садржином раније предузетих доказних радњи у смислу наведених одступања од модалитетног сегмента непосредности може се вршити на три начина: увидом у одговарајућа писмена, кратким изношењем њихове садржине или читањем од стране председника већа.

⁶² Метод Доленц, *Теорија судској кривичној поступка за Краљевину Југославију*, Београд 1933, 42.

Нека од тих одступања су нужна због природе доказних радњи које се по правилу предузимају на лицу места (нпр. увиђај, претресање, привремено одузимање предмета) и касније их је немогуће или тешко поновити на главном претресу у њиховој непосредној изведби. Та врста нужности односи се и на употребу било које исправе као доказног средства, јер је редовни начин извођења доказа исправом увид у њену садржину, кратко изношење њене садржине или њено читање. Посредном извођењу таквих доказа на главном претресу прибегава се по сили закона без захтевања неких додатних услова за то и без потребе да о сврсисходности таквог начина извођења доказа претходно одлучује веће.

Остали случајеви посредног извођења доказа на главном претресу везани су за употребу одређених субјективних доказних средстава: исказа сведока, вештака, саоптужених или већ осуђених саучесника у кривичном делу. Основно је правило да се наведени докази непосредно изводе испитивањем, односно саслушавањем доказних субјеката. Међутим, понекад се дешава да у вези са тим доказима наступе специфичне околности које чине немогућим непосредно усмено саслушање, односно испитивање наведених лица а некада се само показује да би посредно упознавање са садржином њиховог исказа било рационалније, ради убрзања кривичног поступка. Ти случајеви предвиђени су у чл. 403, 404 и 406 ЗКП, сви су условљени наступањем посебних околности чије испуњење треба да цени суд у сваком конкретном случају и код свих њих до посредног извођења доказа може да дође само на основу посебне одлуке већа.

3. Иако изузеци од модалитетног сегмента начела непосредности садржани у одредбама чл. 403 – 406 ЗКП важе и за скраћени поступак, они у њему не могу да се примењују дословно, већ само сходно. Сходност те примене има за последицу да начело непосредности у погледу императива за непосредним извођењем доказа има унеколико већи домет у скраћеном поступку. На то утиче различит бројни састав суда у ове две кривичнопроцесне форме: док општи кривични поступак води веће (мало или велико, у зависности од тежине кривичног дела), у скраћеном поступку увек суди судија појединац. То значи да ће у свим оним случајевима када одлуку о примени неког изузетка од непосредног извођења доказа треба да донесе судеће веће, ту одлуку у скраћеном поступку доносити сам судија појединац. Осим тога, показује се да одредба чл. 404 ЗКП, која предвиђа могућност извођења одређених доказа ван главног претреса, представља одступање од модалитетног сегмента начела непосредности у општем кривичном поступку, али не и у скраћеном поступку. Такви ефекти постижу се захваљујући надлежности судије појединца у скраћеном поступку, који је у сваком случају у прилици да прима непосредне чулне утиске изводећи доказне радње, независно од тога да ли се оне предузимају у судници или на неком другом месту.

4. Највеће и најспорније одступање од модалитетног сегмента начела непосредности представља одредба чл. 406 ЗКП, која омогућава да се под одређеним условима уместо непосредног извођења доказа саслушањем, односно испитивањем одређених лица, странкама омогући упознавање са садржином раније сачињених записника о њиховим исказима. Проблем је у томе што ова одредба омогућава посредно коришћење исказа сведока и вештака датих и у фази истраге, који су прибављени од стране носиоца јавнотужилачке функције на неконтрадикторан начин. Тиме је демантован један од најчешћих аргумената у прилог увођења јавнотужилачке истраге: да ће прелазак на нови модел истраге обезбедити доследније спровођење начела непосредности у кривичном поступку. Десило се управо обрнуто: *de facto* изједначавање судских и несудских доказа у контексту примене чл. 406 ЗКП, омогућило је још радикалније извитоперење начела непосредности у његовом модалитетном виду, него што је то био случај за време важења судског модела истраге.

С обзиром на чињеницу да у скраћеном поступку изостаје фаза истраге, поставља се питање да ли сходна примена одредбе чл. 406 ЗКП у том поступку онемогућава поменуто радикално извитоперење начела непосредности у његовом модалитетном облику. Систематским тумачењем одредаба ЗКП долазимо до закључка да слична опасност преливања доказног материјала из предистражног поступка у главни поступак ипак постоји и у скраћеној процедури. То је могуће у три групе случајева: а) када су полиција или јавно тужилаштво предузимали поједине формалне доказне радње у оквиру преткривичног поступка; б) када је носилац јавнотужилачке функције пре одлуке о подношењу оптужног предлога или одбацивању кривичне пријаве предузео поједине доказне радње и в) када је јавно тужилаштво водило истрагу за неко кривично дело, да би после њеног окончања закључило да због нове правне квалификације тог дела ипак треба водити скраћени а не општи поступак, те подигне оптужни предлог а не оптужницу.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

I. БИБЛИОГРАФСКИ ИЗВОРИ

- Бејатовић Станко, *Кривично процесно право*, Београд 2016.
- Bertel Christian, *Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts*, Wien 1984.
- Brkić Snežana, *Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme*, Novi Sad 2004.
- Brkić Snežana, "Rationalization of criminal procedure and differentiation of procedural forms", u: *Bizonyitékok Tiszteletkötet Tremmel Florian Egyetemy Tanar 65. Születesnapjara* (Ed. Fenyvesi Csaba, Herke Csingar, Meszaros Bence), *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata* 139, Pecs 2006.

- Бркић Снежана, „Класификација процесних форми у кривичном процесном праву Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2010.
- Бркић Снежана, *Кривично процесно право II*, Нови Сад 2010.
- Бркић Снежана, „Новине у регулисању скраћеног поступка у ЗКП Србије из 2011. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2013.
- Бркић Снежана, *Кривично процесно право II*, Нови Сад 2016.
- Бркић Снежана, „Опште теоријске поставке о начелу непосредности у кривичном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2022.
- Бркић Снежана, Бугарски Татјана, *Кривично процесно право II*, Нови Сад 2021.
- Bugarski Tatjana, Posebni krivični postupci u novom ZKP-u – skraćeni krivični postupak i ročište za izricanje krivične sankcije, u: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor, 2013.
- Васиљевић Тихомир, „Значај брзине и узроци спорости кривичног судског поступка“, *Архив за правне и друштвене науке* 2/1941.
- Tihomir Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Београд 1981.
- Вујаклија Милан, *Лексикон страних речи и израза*, Београд 1980.
- Grubač Momčilo, *Krivično procesno pravo*, Београд 2011.
- Грубач Момчило, *Нове услове и нова решења Законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године*, Правни записи 2/2011.
- Grubač Momčilo, Vasiljević Tihomir, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku, trinaesto izdanje – prema Zakoniku iz 201.*, Београд 2014.
- Dika Mihajlo, “О начелу непосредности у парничном поступку *de lege lata* уз неке пројекције *de lege ferenda*”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 4/2008.
- Доленц Метод, *Теорија судског кривичног поступка за Краљевину Југославију*, Београд 1933.
- Ђурђић Војислав, *Кривично процесно право. Општи део*, Ниш 2014.
- Ђурђић Војислав, “Перспектива новог модела кривичног поступка Србије“, *НБП – Журнал за криминалистичку и право* 2015, 92.
- Ђурђић Војислав, „Преуређење основних начела кривичног поступка и упрошћене процесне форме“, *Правна ријеч* 56/2018.
- Горан П. Илић и други, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд 2023.
- Кнежевић С. Саша, *Основна начела кривичног процесног права*, Ниш 2012.
- Матовски Никола, Гордана Лажетик – Бужаровска, Гордан Калајџићев, *Казнено процесно право*, Скопје 2011.
- Platzgummer Winfried, *Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens*, Wien – New York 1984, 20.
- Radulović Drago, *Krivično procesno pravo*, Podgorica 2009.
- Simović N. Miodrag, Simović M. Vladimir, Govedarica Mladenka, *Krivično procesno pravo. Uvod i opšti dio*, Бићац 20121, 182.
- Stanković Gordana, “Начело непосредности: конкретизација начела у Закону о изменама и допунама Закона о парничном поступку”, *Правни информатор* 3/2010.
- Turanjanin Veljko, “The principle of immediacy Versus the Efficiency of Criminal Proceedings: Do Changes in the Composition of the Trial Violate the Right to a Fair Trial?”, *Nordic journal of human rights* 1/2021.

Циглер Снежана, „Кривични поступак и диференцијација процесних форми“, *Правни живот* 9/1998.

Шкулић Милан, „Начело слободне оцене доказа у кривичном поступку“, *Архив за правне и друшћивене науке* 1-2/2002.

Шкулић Милан, *Кривично процесно право*, Београд 2014.

II. ПРОПИСИ

Устав Републике Србије (*Службени гласник РС* бр. 98/2006, 115/2021)

Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, са додатним протоколима бр. 4, 6, 7, 11, 12 и 13 (*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).

Законик о кривичном поступку Србије из 2011. године (*Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука Уставног суда и 62/2021 – одлука Уставног суда).

Законик о кривичном поступку из 2001. године (*Службени лист СРЈ* бр. 70/2001 и 68/2002 и *Службени гласник РС* бр. 58/2004, 85/2005, 85/2005 – др. закон, 115/2005, 49/2007, 20/2009 – др. закон, 72/2009 и 76/2010).

Закон о кривичном поступку из 1976. (*Службени лист СФРЈ* бр.4/1977, 14/1985, 74/1987, 57/1989 и 3/1990 и *Службени лист СРЈ* бр. 27/1992 и 24/1994).

Закон о полицији (*Службени гласник РС* бр. 6/2016, 24/2018, 87/2018)

Snežana S. Brkić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Brkić@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-4569-4635

The Principle of Immediacy in Abbreviated Criminal Procedure According to the 2011 Criminal Procedure Code of Serbia

(Part One: Structural and Modal Aspects of Immediacy)

Abstract: *The subject of our research is the principle of immediacy in abbreviated criminal procedure under the 2011 Criminal Procedure Code (CPC) of Serbia. This article presents the results of the first part of the research, analyzing the structural and modal aspects of the principle of immediacy. The structural aspect is established in Article 419, Paragraph 1 of the CPC, which stipulates that the court can base its verdict only on evidence presented at the main trial. This rule applies without exception, both in general criminal proceedings and in abbreviated procedures.*

The modal aspect of immediacy mandates the direct presentation of evidence at the main trial. In abbreviated proceedings, the provisions of general criminal procedure apply accordingly, both regarding the basic rule and the permissible exceptions to this aspect. This involves certain adjustments, such as the decision on indirect evidence presentation being made by a single judge rather than a trial panel. Furthermore, Article 404 of the CPC, which allows for evidence to be presented outside the main trial, constitutes a departure from the modal aspect of immediacy in general proceedings but not in abbreviated proceedings, precisely because such actions are undertaken by a single judge.

The most significant deviation from the rule of direct evidence presentation is found in Article 406 of the CPC. By equating non-judicial and judicial evidence, this provision contributes to a more radical distortion of the modal aspect of the principle of immediacy. A systematic interpretation of the CPC provisions reveals that a similar risk of evidence from the pre-investigation phase spilling over into the main proceedings exists in abbreviated procedures, despite the absence of an investigative phase.

Keywords: *principle of immediacy, abbreviated proceedings, direct evidence presentation, review of statements recorded in minutes.*

Датум пријема рада: 31. 12. 2024.

Датум достављања коначне верзије рада: 29. 1. 2025.

Датум прихватања рада: 29. 1. 2025.

Драгица С. Дракић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Dragic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5248-6562

Иван Д. Милић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
I.Milic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-7916-5590

ДЕСЕТ ГОДИНА ОД ДОНОШЕЊА ЗАКОНА О ИЗВРШЕЊУ ВАНЗАВОДСКИХ САНКЦИЈА И МЕРА*

Сажетак: Санкције које се не састоје у лишењу слободe учиниоца кривичног дела све чешће се пројектују. Такође и казна затвора у погледу места извршења није више као што је некада била – јер она може да се извршава или у казненом заводу или у просторијама у којима осуђени станује. Евидентно да се повећава и број мера безбедности. У погледу пројектовања санкција слична је ситуација и када је реч о прекршајима.

Уколико је казнена санкција изречена и одлука, по правилу, постојала правноснажана следи извршење санкције. Извршење казних санкција уређује се многобројним пројектима различите правне снаге – законима и подзаконским актима. До 2014. године „главни пројект“ у области извршења казних санкција био је Закон о извршењу кривичних санкција и подзаконски акти донети на основу њега.

Године 2014. Народна скупштина донела је Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера, који је 2018. године измењен и допуњен. Овим законом уводе се значајне новине у погледу извршења појединих санкција које су изречене учиниоцима казних дела: кривичних дела, прекршаја и привредних

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

īresīyūia. Њиме се, иакође, уређују извршење појединих мера према осумњиченом, окривљеном или осуђеном лицу. Овај Закон је lex specialis у односу на Закон о извршењу кривичних санкција.

Кључне речи: кривичне санкције, зајвор, кућни зајвор, осуђени, кривично дело, прекршај.

УВОД

Одредбе у области кривичних санкција у Републици Србији али и у другим државама неретко се мењају. То се чини на начин што се прописују нове санкције, мењају постојеће или поједине санкције укидају.¹ Када је реч о прописивању нових и укидању старих казни у последњих неколико година у Републици Србији свакако треба поменути новопрописану казну *доживотној зајвора*, али и то да се више не прописује казна затвора од 30 до 40 година. Такође се повећава и број мера безбедности које се могу изрећи учиниоцима кривичних дела. Не треба заборавити да су се у материјалним и извршним прописима изменила правила у вези „места“ издржавања казне затвора – јер казна затвора може да се издржава у казненом заводу или у просторијама у којима осуђени станује.

За прекршаје се прописују прекршајне санкције. Такође је и за ова казнена дела карактеристична промена и у погледу прекршајних санкција. На крају, за привредне преступе, који су свакако врста казnenих дела, није карактеристична промена у погледу привредно-преступних санкција.

Правило је да се *казнена санкција* извршава када судска одлука постане правноснажна и извршна, али и од тог правила постоје изузеци.² За разлику од тога што кривично дело може да се пропише само законом, област извршења кривичних санкција уређује се прописима различите правне снаге. Основни пропис којим се уређује извршење казnenих санкција је Закон о извршењу кривичних санкција³, али се и другим законима⁴ уређује потпуно или делимично извршење појединих казnenих санкција. Одређена правила

¹ На пример, вид. С. В. Розенко, *Эволюция наказания в российском уголовном праве: проблемы системности и совершенствования*, *Вестник Югорского государственного университета*. 2020. N 1. С. 46-52.

² У току извршења кривичних санкција постављај се велики број питања, као што је и питање замене казне. Детаљно вид. Андрей Петрович Скиба, *Направления развития уголовно-процессуального права с учетом принятия Федерального закона „О пробации в Российской Федерации“*, *Журнал „Союз криминалистов и криминологов“*, № 2/2024, С. 123.

³ Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, број 55 од 23. маја 2014, 35 од 21. маја 2019. (у даљем тексту и ЗИКС).

⁴ На пример, Законом о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала, *Службени гласник РС*, бр. 72 од 3. септембра 2009, 101 од 29. децембра 2010.

у погледу извршења појединих санкција налазе се у подзаконским актима, што у појединим случајевима ствара не тако мале проблеме. Велики проблеми постоје када подзаконски акти нису усклађени са законом. Чини се да је интенција законодавца ишла у правцу да се *важнија* питања извршења казних санкција уређују законом а она која су *мање важна* актима ниже правне снаге.

Године 2014. у Републици Србији донет је закон којим се уређује извршење ванзаводских санкција и мера – реч је о Закону о извршењу ванзаводских санкција и мера⁵. С обзиром на то да је у пракси али и теорији уочено да сам ЗоИВСМ има одређених мањкавости након четири године донет је и Закон о изменама и допунама Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера.⁶

На основу ЗоИВСМ донети су и одговарајући подзаконски акти којима се ближе уређују поједина питања у вези са извршењем ванзаводских санкција и мера. То не значи да пре његовог доношења нису постојали прописи који су уређивали извршење санкција које се сада њиме уређују. Раније се Законом о извршењу кривичних санкција и подзаконским актима уређивало извршење санкција које сада регулише ЗоИВСМ. Сада је ЗоИВСМ *lex specialis* у односу на ЗИКС. Од почетка примене ЗоИВСМ престали су да важе одређени прописи који су до тада уређивали извршење појединих санкција.

Предмет овог рада су поједини аспекти Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера. Циљ рада огледа се у томе да се, пре свега, сагледа поље примене наведеног закона, укаже на његов значај у извршењу ванзаводских санкција и мера, као и да се укаже на поједина његова лоша решења.

1. САНКЦИЈЕ И МЕРЕ ЧИЈЕ ИЗВРШЕЊЕ УРЕЂУЈЕ ЗОИВСМ

Правило је да се све казнене санкције извршавају, али и од тог правила постоји изузетак. С тим у вези, у држави је потребно уредити извршење свих казних санкција које се после или пре правноснажности одлуке којом су изречене извршавају. Дакле, логично је да не треба уређивати извршење оних *казних санкција* које се *не извршавају*, као што је, на пример, судска опомена, опомена или укор. Извршење казних санкција има огроман значај, јер се поставља питање сврхе изрицања санкције ако изостане њено извршење?⁷ Неспорно је да се одређени број изречених казних санкција

⁵ Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера, *Службени гласник РС*, бр. 55 од 23. маја 2014, 87 од 13. новембра 2018. (у даљем тексту и ЗоИВСМ).

⁶ Закон о изменама и допунама Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера, *Службени гласник РС*, бр. 87 од 13. новембра 2018. (у даљем тексту ЗоИДЗоИВСМ).

⁷ У зависности од изречене санкције, *иако она није извршена*, постоје правне последице осуде, упис у одређене евиденције и др.

не изврши услед одређених оправданих или „мање“ оправданих разлога. Тако се, на пример, санкције не извршавају услед смрти лица којем је санкција изречена. Одређени број изречених санкција се не изврши услед застарелости извршења.

Имајући у виду значај извршења казних санкција, заиста је потребно ову област уредити на начин којим се обезбеђује ефикасно извршење. Свакако да ефикасност *не сме* бити једини циљ.⁸ Никако се не сме заборавити на сврху извршења казних санкција, али и другим мера.

Имајући у виду да је пре доношења ЗоИВСМ Закон о извршењу кривичних санкција био основни закон⁹ који је уређивао извршење *казних* санкција, поставља се питање које су то санкције и мере чије извршење већ десет година уређује ЗоИВСМ. У члану 1 ЗоИВСМ предвиђа се да се њиме уређује поступак извршења ванзаводских санкција и мера изречених у кривичном, прекршајном или другом судском поступку, које се извршавају у заједници (...), прописује се сврха, садржај, начин извршења, положај лица у поступку, као и надзор над извршењем. Прво питање које се поставља јесте које су то ванзаводске санкције? Исто питање се поставља и када је реч о ванзаводским мерама? Та питања се постављају, пре свега, из разлога што се ни у нашем Кривичном законнику¹⁰, нити у Закону о прекршајима¹¹, а такође ни у Закону о привредним преступима¹² *не предвиђају* санкције које садрже *назив* ван-

⁸ О циљу казне вид. В. А. Якушин, Ещё раз о целях наказания, *Вестник Волжского университета имени В.Н. Татищева*, № 2, том 1, 2018. С. 202-208; Н. А. Крайнова, Цели наказания как инструмент уголовной политики, *Криминология: вчера, сегодня, завтра*, 2017. № 2(45). С. 57–60. О ресоцијализацији осуђених вид. Н. А. Крайнова, Некоторые аспекты реализации уголовной политики в сфере ресоциализации в Российской Федерации, *Уголовно-исполнительное право*, 2023. Т. 18(1–4), № 1. С. 24–34.

⁹ Кажемо основни закон, јер је пре доношења ЗоИВСМ и другим законима било у потпуности или делимично уређено извршење појединих казних санкција. Такође, извршење одређених казних санкција било је ближе уређено и актима ниже правне снаге.

¹⁰ Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85 од 6. октобра 2005, 88 од 14. октобра 2005 – исправка, 107 од 2. децембра 2005 – исправка, 72 од 3. септембра 2009, 111 од 29. децембра 2009, 121 од 24. децембра 2012, 104 од 27. новембра 2013, 108 од 10. октобра 2014, 94 од 24. новембра 2016, 35 од 21. маја 2019. (у даљем тексту и КЗ)

¹¹ Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65 од 25. јула 2013, 13 од 19. фебруара 2016, 98 од 8. децембра 2016 – УС, 91 од 24. децембра 2019 – др. закон, 91 од 24. децембра 2019, 112 од 12. октобра 2022 – УС. (у даљем тексту и ЗП).

¹² Закон о привредним преступима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 4 од 14. јануара 1977, 36 од 15. јула 1977 – исправка, 14 од 22. марта 1985, 10 од 7. марта 1986 – пречишћен текст, 74 од 14. новембра 1987, 57 од 29. септембра 1989, 3 од 19. јануара 1990, „Службени лист СРЈ“, бр. 27 од 14. августа 1992, 16 од 7. априла 1993 – др. закон, 31 од 18. јуна 1993 – др. закон, 41 од 23. јула 1993 – др. закон, 50 од 26. августа 1993 – др. закон, 24 од 18. марта 1994, 28 од 21. јуна 1996, 64 од 23. новембра 2001, „Службени гласник РС“, број 101 од 21. новембра 2005 – др. закон.

заводске. Такође се ни у Законику о кривичном поступку¹³ нити у законима којима се уређује прекршајни и поступак за привредни преступ не предвиђају *мере* које се могу предузимати према окривљеним лицу а које садрже *назив* ванзаводске.

На први поглед, логично би било да су ванзаводске санкције оне које *нису* заводске – које се не извршавају у казним заводима. На тај начин могло би се доћи до закључка да су све кривичне санкције које су изречене пунолетним физичким лицима осим казне затвора, доживотног затвора и мера које се извршавају у одређеним здравственим установама ванзаводске санкције. У том случају могло би да се постави питање шта је са казном тзв. кућног затвора. Када је реч о пунолетним учиниоцима прекршаја могло би се, такође, доћи до закључка да су све остале санкције осим казне затвора и мера које се извршавају у одређеним здравственим установама ванзаводске санкције. На крају, имајући у виду да се за привредне преступе не предвиђа казна затвора могло би се доћи до закључка да су све санкције које се могу изрећи учиниоцу привредног преступа ванзаводске. Свакако, ту се поставља питање шта је и са кривичним санкцијама које су изречене правним лицима.

Међутим, иако би се језичким тумачењем могло доћи до оваквог закључка у самом ЗоИВСМ предвиђено је *група* *чије решење*. ЗоИВСМ уређује извршење одређених казних санкција за које је законодавац сматрао да су ванзаводске.¹⁴ Важно је истаћи да се њиме уређује извршење појединих *казних санкција* које се сматрају ванзаводским. Дакле, овим извршним законом се одређене казнене санкције које се прописују материјалним законима сматрају ванзаводским и уређује се њихово извршење.

ЗоИВСМ уређује извршење казне рада у јавном интересу, али не и новчане казне нити казне одузимање возачке дозволе. Затим, њиме се уређује извршење казне затвора која се извршава у просторијама у којима осуђени станује. Када је реч о мерама упозорења њиме се уређује извршење условне осуде са заштитним надзором.

Имајући у виду да се из самог назива ЗоИВСМ види да се њиме уређује и извршење „ванзаводских мера“ поставља се питање које су то мере? Као што је речено, прописима којима се уређују „казнени поступци“ не предвиђају се *ванзаводске мере*. Законодавац је учинио исто као и када је реч ванзаводским санкцијама. Он је поједине мере које се предузимају према осумњиченом,

¹³ Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72 од 28. септембра 2011, 101 од 30. децембра 2011, 121 од 24. децембра 2012, 32 од 8. априла 2013, 45 од 22. маја 2013, 55 од 23. маја 2014, 35 од 21. маја 2019, 27 од 24. марта 2021 – УС, 62 од 17. јуна 2021 – УС. (у даљем тексту и ЗКП)

¹⁴ Вид. Сергей Александрович Корнеев, *Иные меры уголовно-правового характера: правовая и теоретико-прикладная рассогласованность*, *Юридическая наука и правоохранительная практика*. 2023. N 1 (63). С. 33-34.

окривљеном или осуђеном „означио“ у ЗоИВСМ као ванзаводске и уредио њихово извршење. Њиме се уређује извршење појединих мера, као што је тзв. кућни притвор, условни отпуст, постпенална помоћ, извршење одлуке јавног тужиоца приликом примене опортунитета.¹⁵

Дакле, у самом ЗоИВСМ је одређено које се казнене санкције и мере имају сматрати ванзаводским и само њихово извршење се њиме уређује. Имајући у виду овакво решење ЗоИВСМ, никако не треба сматрати да су све остале казнене санкције заводске (санкције чије извршење не уређује ЗоИВСМ). Дакле, није, на пример, казна одузимања возачке дозволе заводска санкција, нити је заводска санкција новчана казна. Такође, ни остале мере које се примењују према *окривљеном лицу* (чије извршење не уређује ЗоИВСМ) не могу се сматрати заводским мерама.¹⁶

2. ПОЈЕДИНИ НЕДОСТАЦИ У ЗОИВСМ

У погледу извршења појединих санкција и мера приликом доношења ЗоИВСМ није се водило довољно рачуна. Пре свега се мисли на то да ЗоИВСМ уређује извршење одређених мера које не би требало сматрати ванзаводским мерама. Тако се њиме уређује извршење обавеза према одлуци јавног тужиоца од одлагању кривичног гоњења. Реч је о случају када јавни тужилац донесе одлуку применом начела опортунитета – када примени члан 283 ЗКП. У том случају јавља се питање да ли су заиста све обавезе¹⁷ које се могу одредити осумњиченом ванзаводске? Примера ради, да ли се за обавеза ко-

¹⁵ Детаљно о санкцијама и мерама чије извршење уређује ЗоИВСМ вид. Иван Милић, *Коментар Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера*, Београд, 2024, 17-27.

¹⁶ У ЗоИВСМ се у члану 5 прописује да су послови извршења: 1) праћење извршења обавеза према одлуци јавног тужиоца, када се у односу на осумњиченог одлаже кривично гоњење, као и спровођење обавеза по пресуди донетој на основу закљученог споразума о признању кривичног дела; 2) праћење извршења мере забране напуштања стана (у даљем тексту: кућни притвор) и мере забране прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем; 3) организација, спровођење и праћење извршења казне затвора у просторијама у којима осуђени станује (у даљем тексту: кућни затвор); 4) организација, спровођење и праћење извршења казне рада у јавном интересу и заштитног надзора код условне осуде; 5) надзор над условно отпуштеним лицем и подршка да лице поштује ограничења која је изрекао суд; 6) саветовање и пружање подршке и помоћи лицу после извршене казне затвора да избегну поновно чињење кривичних дела; 7) други послови који су од значаја за обављање послова извршења.

¹⁷ Предвиђене су следеће обавезе за осумњиченог: 1) да отклони штетну последицу насталу извршењем кривичног дела или да накнади причињену штету; 2) да на рачун прописан за уплату јавних прихода уплати одређени новчани износ, који се користи за хуманитарне или друге јавне сврхе; 3) да обави одређени друштвенкорисни или хуманитарни рад; 4) да испуни доспеле обавезе издржавања; 5) да се подвргне одвикавању од алкохола или опојних дрога; 6) да се подвргне психосоцијалном третману ради отклањања узрока насил-

ја се састоји у томе да осумњичени „на рачун прописан за уплату јавних прихода уплати одређени новчани износ, који се користи за хуманитарне или друге јавне сврхе“ може сматрати ванзаводском? Ако је одговор *йози-йиван*, онда се поставља питање зашто и *новчана казна* није санкција чије извршење треба да уређује ЗоИВСМ? Очигледно да је законодавац прописао овакво решење не водећи рачуна о томе која обавеза из члана 283 ЗКП може да се сматра ванзаводском а која не. Међутим, овакво решење ЗоИВСМ успорава поступак извршења одлуке јавног тужиоца. Зашто би осумњичени који одмах уплати новчани износ био под „надзором“ Повереника?

У погледу извршења казне затвора у просторијама у којима осуђени станује такође се јављају одређене контрадикторности. Наима, према Кривичном законнику: „ако учиниоцу кривичног дела изрекне казну затвора до једне године, суд може истовремено одредити да ће се она извршити тако што ће је осуђени издржавати у просторијама у којима станује уколико се с обзиром на личност учиниоца, његов ранији живот, његово држање после учињеног дела, степен кривице и друге околности под којима је дело учинио може очекивати да ће се и на тај начин остварити сврха кажњавања“.¹⁸ Дакле, КЗ не предвиђа да осуђени за време издржавања тзв. казне кућног затвора¹⁹ може бити под електронским надзором. Међутим, ЗКП и ЗоИВСМ предвиђају да осуђени који издржава тзв. кућни затвор може бити под *електронским надзором*. С тим у вези, чини се да се није довољно водило рачуна о томе које су одредбе материјалне, које процесне, а које извршне.

Исто питање се поставља и када је реч условном отпусту. Наиме, према ЗКП „у решењу о условном отпусту веће може одредити да је осуђени дужан да испуни одређене обавезе предвиђене кривичним законом, а може одлучити и да осуђени за време условног отпуста буде под *електронским надзором*“.²⁰ С тим у вези, ЗоИВСМ уређује поступак извршења условног отпуста уз електронски надзор, али се ту јављају одређене недоумице у вези са самим поступком извршења.

Поставља се и питање шта се сматра под „просторијом у којој осуђени станује“? То питање се поставља код изрицања тзв. кућног затвора и одређивања тзв. кућног притвора. Да ли то може бити било која *йросйорија* у којој осуђени станује или та просторија мора да испуњава одређене услове у погледу становања. Одговор на ово питање налази се у Правилнику о на-

ничког понашања; 7) да изврши обавезу установљену правноснажном одлуком суда, односно поштује ограничење утврђено правноснажном судском одлуком.

¹⁸ Вид. чл. 45 ст. 3 КЗ.

¹⁹ О тзв. кућном затвору вид. Драгиша Дракић, Иван Милић, Изрицање и извршење казне затвора која се извршава у просторијама у којима осуђени станује (тзв. кућни затвор), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2020, 999-1022.

²⁰ Чл. 567 ст. 2 ЗКП.

чину извршења ванзаводских санкција и мера и организацији и раду Повереника.²¹ Њиме се предвиђа да се под просторијама у којима *окривљени* станује сматра кућа или стан у којима окривљени има пребивалиште, односно боравиште, без обзира да ли је власник те куће или стана.²² Дакле, може се доћи до закључка да ако та просторија није стан или кућа да се она *не може* у смислу овог Правилника сматрати адекватном просторијом за извршење тзв. кућног затвора или тзв. кућног притвора. Шта се сматра станом, а шта кућом треба *консултовати* законе којима се, пре свега, уређују питања становање, планирања и изградње. У том погледу, на пример, поједина осуђена лица могу бити у „неравноправном положају“ уколико живе у просторијама које се не могу сматрати кућом или станом. Такође, може се поставити питање да ли тзв. кућни затвор може да се извршава у, на пример, студентском дому или установи за стара лица?²³

Чини се да би за решавање овог проблема биле од значаја и одредбе закона којим се уређује пребивалиште и боравиште. Дакле, од значаја би требало да буде да ли се у просторији у којој живи осуђени може пријавити пребивалиште или боравиште у МУП-у. С тим у вези, у Закону о пребивалишту

²¹ Правилник о начину извршења ванзаводских санкција и мера и организацији и раду Повереника, *Службени гласник РС*, број 30 од 27. марта 2015. (у даље тексту и ПоНИВСМ)

²² Вид. чл. 5 ст. 2 ПоНИВСМ.

²³ *Из судска праксе*: Нема законских услова да се окривљеном изрекне мера за обезбеђење присуства главном претресу у виду забране напуштања стана сходно чл. 208. ЗКП-а, у ситуацији када је окривљени држављанин Републике Алжир, а са боравиштем у прихватном центру за азиланте. *Из образложења*: Жалба браниоца по службеној дужности окривљеног изјављена против решења првостепеног суда, којим је окривљеном продужен притвор по чл. 211. ст. 1. тач. 1. ЗКП-а, неоснована је. По оцени другостепеног суда притвор против окривљеног правилно је продужен на основу чл. 211. ст. 1. тач. 1. ЗКП-а, јер то произилази из чињенице да окривљени није држављанин Србије, нити има стално место пребивалишта и боравишта у Републици Србији, са привременим боравком на територији општине Тутин и Суботица, а у претходном периоду, по сопственом признању науспешно је покушавао да напусти Републику Србију, наводећи да ће то учинити када заради нешто новца, јер планира да оде даље у Европу, а ради се о лицу без личних докумената, кога животне и пословне активности, нити било које друге животне прилике не везују трајно за територију Републике Србије, што све заједно представља околност која указује на опасност од бекства окривљеног. Жалбени навод да је окривљени легално пријављен у прихватном центру за азиланте у Суботици и да су му од стране Републике Србије уредно издата документа за боравак, не би у конкретном случају оправдао одређивање блаже мере према окривљеном као што је забрана напуштања стана из чл. 208. ЗКП-а, јер окривљени није држављанин Србије и нема стално пребивалиште на њеном подручју, а забрана напуштања стана не би била адекватна, управо из разлога што се ради о привременом боравишту у азилантском центру, где не би било адекватне контроле у спровођењу мера забране напуштања стана, тим пре што окривљени има жељу да се у истом само привремено задржи, док не заради нешто новца како би даље отишао у Европу, па су и у овом делу жалбени наводи браниоца окривљеног неосновани. (Решење Основног суда у Г. Милановцу, Кв. бр. 95/22 од 12. 5. 2022. и Решење Вишег суда у Чачку, Кж. бр. 42/22 од 24. 5. 2022). Извор: <https://pn2.propisi.net/?di=sp68367&dt=sp&dl=68367> на дан: 28. 06.2024.

и боравишту грађана²⁴ се предвиђа да се под *агресом сџановања њодразумева ѓрад, оџиџину, насељено месџо, улицу или џирџ, кућни број, сџраџи и број сџана, у складу са сџроџисима којима се уређује џерџџорџјална орџанизација*.²⁵

3. ИЗМЕНЕ И ДОПУНЕ ЗАКОНА О ИЗВРШЕЊУ ВАНЗАВОДСКИХ САНКЦИЈА И МЕРА

Након неколико година од почетка примене Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера уочено је да он има одређене мане у погледу самог начин извршења појединих ванзаводских санкција и мера. То је и био разлог зашто је 2018. године донет Закон о изменама и допунама Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера. ЗоИДЗоИВСМ има укупно осам чланова. Свакако да се изменама и допунама закона отклањају недостаци из основног текста закона. С тим у вези, ЗоИДЗоИВСМ уређује питање „првог разговора“ са Повереником. Свакако да је у поступку извршења ванзаводских санкција и мера од значаја први разговор између лица који треба да изврши ванзаводску санкцију или меру и Повереника. Не треба заборавити да Повереник треба, између осталог, да упозна лице које треба да изврши ванзаводску санкцију или меру са својим правима, обавезама, последицама неизвршења, итд. Повереник израђује и програм поступања према сваком лицу на које се примењује ЗоИВСМ. Међутим, решење које се предвиђа у вези првог разговора је нејасно, јер законодавац није водио рачуна о прецизности. Наиме, у тим одредбама се, пре свега, говори о првом разговору само са лицем које треба да издржава казну тзв. кућног затвора. Законодавац је требао јасније да уреди ово питање у зависности од тога која се ванзаводска санкција или мера извршава. Пре свега, законодавац је требао да направи дистинкцију између извршења ванзаводских санкција и осталих мера. Такође, разлика треба да се направи између тога да ли *лица* на слободи чекају извршење или не. На пример, ако према окривљеном треба да се спроведе мера тзв. кућног притвора²⁶ а притом се окривљени налази у притвору који се спроводи у казненом заводу – да ли ће Повереник применити правила ЗоИВСМ о првом разговору? То би значило да ће Повереник окривљено лице да позове на први разговор, а ако се окривљени у року од три дана од дана када је требало да се јави не јави Повереник обавештава надлежни суд? Дакле, да ли се окри-

²⁴ Закон о пребивалишту и боравишту грађана, *Службени гласник РС*, број 87 од 21. новембра 2011.

²⁵ Вид. чл. 3 ст. 1 тач. 4 Закона о пребивалишту и боравишту грађана.

²⁶ У ЗоИВСМ говори се о кућном притвору док се у Законику о кривичном поступку не говори о кућном притвору. У Законику о кривичном поступку предвиђа се мера *забрана њаџиџања сџава*. Вид. чл. 188 ЗКП.

вљени у времену између притвора који се извршава у казненом заводу и тзв. кућног притвора који треба да се извршава у просторијама у којима окривљени станује налази на слободи?²⁷ Правило је да се окривљени из притвора који се извршава у казненом заводу, а који је замењен тзв. кућним притвором, одмах спроводи на извршење тзв. кућног притвора. С тим у вези, ЗоИВСМ предвиђа да суд *одмах* доставља одлуку о примени мере кућног притвора Повереничкој служби. Ако суд донесе одлуку да се мера тзв. кућног притвора извршава уз примену електронског надзора, опрема за електронски надзор активира се *одмах* после достављања одлуке Повереничкој служби.²⁸ Дакле, није оправдано да се у овом случају примењују иста правила као и она која се примењују приликом извршењем казне тзв. кућног затвора. Такође се поставља питање сврхе првог разговора са лицем према којем је примењено начело опортунитета а које је уплатило „одређен новчани износ“?

Значајна новина коју предвиђа ЗоИДЗоИВСМ је и она која се тиче лица према којим се примењује мера кућног притвора. Њиме се предвиђа да тај окривљени има право на боравак ван просторија у којима се примењује притвор које траје највише један час дневно у периоду од 7 до 17 часова. Ово право се може и ограничити.

Имајући у виду да се одређени број осуђених лица на издржавању казне тзв. кућног затвора *позивао* од стране суда или других државних органа, те да је била сложена процедура у вези његовог одазивања на те позове, изменила су се и правила која се тичу напуштања просторија у којима осуђени станује у случају потребе одазивања на позив *државног органа*. С тим у вези, сада осуђени може напустити просторије у којима станује на позив суда или другог државног органа. Осуђени је у обавези да позив достави Поверенику. Повереник позив доставља Повереничкој служби. Време које је осуђени провео ван просторија у којима станује евидентира се у листи праћења и у досијеу. Време које је осуђени провео ван просторија у којима се извршава казна урачунава се у време трајање казне.

4. ПРОБЛЕМИ СА ПОДЗАКОНСКИМ АКТИМА

У области извршења казних санкција велики значај имају *позаконски акти*. Велики значај имају из разлога што се велики број питања у погледу извршења санкција уређује подзаконским актима. Када је реч о извршењу

²⁷ О извршењу мере забране напуштања стана вид. Veljko Delibašić, *Zabrana napuštanja stana (kućni pritvor), Pritvor i druge mere obezbeđenja prisustva okrivljenog u krivičnom postupku (međunarodni pravni standardi, regionalna zakonodavstva i primena)* – Уредник: prof. dr Stanko Bejatović, Beograd, 2019, 324.

²⁸ Вид. чл. 17 ЗоИВСМ.

казне затвора која се извршава у казненом заводу, на пример, огроман значај за осуђена лица има Правилник о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора,²⁹ из разлога јер се њиме ближе уређује „положај осуђеника“ за време извршења казне затвора.

По правилу подзаконске акте у области извршења кривичних санкција доноси министар правде³⁰ и то пре свега из разлога што је извршење кривичних санкција углавном у надлежности министарства правде.³¹ У области извршења „казнених санкција“ да се приметити да се појединим подзаконским актима одређена питања уређују на другачији начин у односу на решења која су предвиђа законом. Неспорно је да у таквим случајевима закон има предност у примени. Такође, уочљиво је да се одређена питања уређују подзаконским актима иако подзаконским актом та питања не би смела да се њима уређује. Дакле, подзаконским актима треба да се уређују она питања у области извршења казнених санкција која нису уређена законом и то у случају када је законодавац предвидео такво решење. Проблеми се свакако јављају и када се не донесе одређени подзаконски акт без чијег доношења се онемогућава или „отежава“ примена закона.

У вези са подзаконским актима треба истаћи и то да се њима уређује и област извршења ванзаводских санкција и мера. У самом ЗоИВСМ је наведено која питања треба да се уреде подзаконским актима – правилницима и упутством. На основу ЗоИВСМ донети су Правилник о садржини и изгледу службене легитимације Повереника у Управи за извршење кривичних санкција,³² Правилник о начину вршења надзора над извршењем ванзаводских санкција и мера³³ и Правилник о начину извршења ванзаводских санкција и мера и организацији и раду Повереника. ПоИВСМ има велики значај за лица према којима се извршава одређена ванзаводска санкција или мера.

Међутим, још увек није донето „Упутство о начину вођења евиденција послова извршења“. С тим у вези, самим ЗоИВСМ се предвиђа да то Упутство

²⁹ Правилник о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора, *Службени гласник РС*, бр. 110 од 14. октобра 2014, 79 од 23. септембра 2016.

³⁰ Међутим, не сме се заборавити да извршење појединих казнених санкција спада у надлежности и других органа. Тако, на пример, *меру безбедности* протеривање странаца и *защитијну меру* удаљење странаца извршава полиција. С тим у вези, министар полиције је донео Правилник о ближим условима и начину спровођења принудног удаљења странаца из Републике Србије, *Службени гласник РС*, број 69 од 14. септембра 2018. О надлежности органа у области извршења кривичних санкција вид. Драгиша Дракић, Иван Милић, *Основи кривичној извршној права*, Нови Сад, 2019, 17-20.

³¹ Вид. чл. 10 Закона о министарствима, *Службени гласник РС*, бр. 128 од 26. октобра 2020, 116 од 22. октобра 2022, 92 од 27. октобра 2023 – др. закон.

³² Правилник о садржини и изгледу службене легитимације Повереника у Управи за извршење кривичних санкција, *Службени гласник РС*, број 61 од 8. августа 2018.

³³ Правилник о начину вршења надзора над извршењем ванзаводских санкција и мера, *Службени гласник РС*, број 16 од 26. фебруара 2016.

доноси министар надлежан за послове правосуђа.³⁴ Треба напоменути и то да је законодавац у самом ЗоИВСМ у делу о *Завршним одредбама* у којима се предвиђа рок за доношење подзаконских аката заборавио да пропише рок у којем је потребно донети наведено упутство.

ЗАКЉУЧАК

Извршење казних санкција има велики значај иако се тој области у науци не посвећује сразмерна пажња. Такође се ни приликом доношења прописа у овој значајној области не води довољно рачуна о томе да се извршење уреди на начин који ће најпре обезбедити правну сигурност. Кажемо правну сигурност, јер у појединим случајевима заиста се отварају многа питања у вези са тумачењем конкретних одредби у области извршења казних санкција. Неретко се у истом пропису налазе контрадикторна решења, а да не говоримо о томе да се извршним прописима у појединим случајевима налазе другачија решења од оних који предвиђају материјални прописи. Не треба подсећати да прописе треба донети са циљем да се постигне сврха извршења конкретних санкција. Као што је речено, подзаконским актима уређују се значајна питања, с тим да се подзаконски акти доносе без јавне расправе и неретко садрже и одредбе које су у супротности са законом.

Имајући и виду да су се у прошлости прописивале нове санкције за учиниоце кривичних дела и прекршаја, као и нове мере за окривљена лица, било је неопходно да се уреди и поступак њиховог извршења. То се у почетку чинило тако што су се мењали постојећи закони или доносили подзаконски акти. Такво стање је било све до 2014. године, док није донет ЗоИВСМ. Законодавац је сматрао да *ова област* (област ванзаводских санкција и мера) треба да се уреди посебним прописима. Као што је у раду предочено, ЗоИВСМ уређује извршење појединих санкција и мера. Реч је о санкцијама и мерама које се „сматрају“ ванзаводским. Имајући у виду бројност ванзаводских санкција и мера за очекивати је да се овај закон примењује на велики број лица. Да се примењује на велики број лица говори и чињеница да се учиниоцима казних дела као и окривљеним лицима изричу санкције и мере чије извршење уређује ЗоИВСМ. Један од већих недостатака у овом закону је његова неусклађеност и недореченост, што ствара одређене проблеме приликом његове примене у пракси.

Неспорно је да ЗоИВСМ, али и подзаконски акти који су на основу њега донети, има одређене мане. Поједине недостатке у ЗоИВСМ законодавац је отклонио 2018. године када је донео Закон о изменама и допунама Закона о

³⁴ Вид. чл. 9 ст. 7 ЗоИВСМ.

извршењу ванзаводских санкција и мера. Међутим, потребно је даље радити на изменама и допунама ЗоИВСМ.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Delibašić Veljko, *Zabrana napuštanja stana (kućni pritvor), Pritvor i druge mere obezbeđenja prisustva okrivljenog u krivičnom postupku (međunarodni pravni standardi, regionalna zakonodavstva i primena)* – Urednik: prof. dr Stanko Vejatović, Beograd, 2019.
- Дракић Драгиша, Милић Иван, Изрицање и извршење казне затвора која се извршава у просторијама у којима осуђени станује (тзв. кућни затвор), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2020.
- Дракић Драгиша, Милић Иван, *Основи кривичног извршног права*, Нови Сад, 2019.
- Корнеев Сергей Александрович, Иные меры уголовно-правового характера: правовая и теоретико-прикладная рассогласованность, *Юридическая наука и правоохранительная практика*. 2023. N 1 (63).
- Крайнова Н. А., Некоторые аспекты реализации уголовной политики в сфере ресоциализации в Российской Федерации, *Уголовно-исполнительное право*, 2023. Т. 18 (1–4), № 1.
- Крайнова Н. А., Цели наказания как инструмент уголовной политики, *Криминология: вчера, сегодня, завтра*, 2017. № 2(45).
- Милић Иван, *Коментар Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера*, Београд, 2024.
- Розенко С. В., Эволюция наказания в российском уголовном праве: проблемы системности и совершенствования, *Вестник Югорского государственного университета*. 2020. N 1.
- Скиба Андрей Петрович, Направления развития уголовно-процессуального права с учетом принятия Федерального закона „О пробации в Российской Федерации“, *Журнал „Союз криминалистов и криминологов“*, № 2/2024.
- Якушин В. А., Ещё раз о целях наказания, *Вестник Волжского университета имени В.Н. Татищева*, № 2, том 1, 2018.

* * *

- Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера, *Службени гласник РС*, бр. 55 од 23. маја 2014, 87 од 13. новембра 2018.
- Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала, *Службени гласник РС*, бр. 72 од 3. септембра 2009, 101 од 29. децембра 2010.
- Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, број 55 од 23. маја 2014, 35 од 21. маја 2019.
- Закон о изменама и допунама Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера, *Службени гласник РС*, бр. 87 од 13. новембра 2018.
- Закон о министарствима, *Службени гласник РС*, бр. 128 од 26. октобра 2020, 116 од 22. октобра 2022, 92 од 27. октобра 2023 – др. закон.

- Закон о пребивалишту и боравишту грађана, *Службени гласник РС*, број 87 од 21. новембра 2011.
- Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65 од 25. јула 2013, 13 од 19. фебруара 2016, 98 од 8. децембра 2016 – УС, 91 од 24. децембра 2019 – др. закон, 91 од 24. децембра 2019, 112 од 12. октобра 2022 – УС.
- Закон о привредним преступима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 4 од 14. јануара 1977, 36 од 15. јула 1977 – исправка, 14 од 22. марта 1985, 10 од 7. марта 1986 – пречишћен текст, 74 од 14. новембра 1987, 57 од 29. септембра 1989, 3 од 19. јануара 1990, “Службени лист СРЈ”, бр. 27 од 14. августа 1992, 16 од 7. априла 1993 – др. закон, 31 од 18. јуна 1993 – др. закон, 41 од 23. јула 1993 – др. закон, 50 од 26. августа 1993 – др. закон, 24 од 18. марта 1994, 28 од 21. јуна 1996, 64 од 23. новембра 2001, “Службени гласник РС”, број 101 од 21. новембра 2005 – др. закон.
- Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72 од 28. септембра 2011, 101 од 30. децембра 2011, 121 од 24. децембра 2012, 32 од 8. априла 2013, 45 од 22. маја 2013, 55 од 23. маја 2014, 35 од 21. маја 2019, 27 од 24. марта 2021 – УС, 62 од 17. јуна 2021 – УС.
- Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85 од 6. октобра 2005, 88 од 14. октобра 2005 – исправка, 107 од 2. децембра 2005 – исправка, 72 од 3. септембра 2009, 111 од 29. децембра 2009, 121 од 24. децембра 2012, 104 од 27. новембра 2013, 108 од 10. октобра 2014, 94 од 24. новембра 2016, 35 од 21. маја 2019.
- Правилник о ближим условима и начину спровођења принудног удаљења странца из Републике Србије, *Службени гласник РС*, број 69 од 14. септембра 2018.
- 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 начину вршења надзора над извршењем ванзаводских санкција и мера, *Службени гласник РС*, број 16 од 26. фебруара 2016.
- Правилник о начину извршења ванзаводских санкција и мера и организацији и раду Повереника, *Службени гласник РС*, број 30 од 27. марта 2015.
- Правилник о садржини и изгледу службене легитимације Повереника у Управи за извршење кривичних санкција, *Службени гласник РС*, број 61 од 8. августа 2018.

* * *

Решење Основног суда у Г. Милановцу, Кв. бр. 95/22 од 12. 5. 2022. и Решење Вишег суда у Чачку, Кж. бр. 42/22 од 24. 5. 2022. Извор: <https://pn2.propisi.net/?di=sp68367&dt=sp&dl=68367> на дан: 28. 06.2024.

Dragiša S. Drakić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Drakić@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5248-6562

Ivan D. Milić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
I.Milic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-7916-5590

Ten Years Since the Adoption of the Law on Execution of Sanctions and Measures Outside of the Penitentiary Institutions

Abstract: *The criminal sanctions that do not entail deprivation of liberty of a perpetrator of a criminal act have been increasingly proscribed. Also, the sentence of imprisonment has been modified in regard to the place of its execution – because it can be conducted either in a correctional facility or in a home of a convicted person. It is evident that there is the increase of the security measures. In reference to the proscribing the sanctions, there is a similar tendency in the field of misdemeanors as well.*

If a penatly sanction is imposed and a judicial decision, by the rule, becomes final than follows the execution of a sanction. The process of execution of criminal sanctions has been regulated by a number of documents of different legal strenght – by laws and by-laws. By the year 2014 'the main regulation' in the field of execution of criminal sanctions has been the Law on Execution of Criminal Sanctions and by-laws adopted on the basis of the afore mentioned Law.

*In 2014 the National Assembly adopted the Law on Execution of Sanctions and Measures Outside of the Penitentiary Institutions, by which the above mentioned Law has been supplemented. By the former Law, many important innovations regarding the execution of certain sanctions imposed on the perpetrators of punishable acts: criminal offences, misdemeanors and commercial offences. The execution of certain measures toward a suspected, accused or convicted person has been also regulated by the mentioned Law. It can be concluded that the Law on Execution of Sanctions and Measures Outside of the Penientary Institutions is a *lex specialis* in relation to the Law on Execution of Criminal Sanctions.*

Keywords: *criminal sanctions, imprisonment, house arrest, convicted person, criminal offence, misdemeanor.*

Датум пријема рада: 21. 10. 2024.

Датум прихватања рада: 29. 1. 2025.

Пејшар М. Ђундић

Универзитет у Новом Саду

Правни факултет у Новом Саду

P.Djundic@pf.uns.ac.rs

ORCID ID: 0000-0002-9223-6373

МЕЂУНАРОДНА НАДЛЕЖНОСТ СУДОВА СРБИЈЕ И ПОВРЕДА АУТОРСКОГ ПРАВА НА ИНТЕРНЕТУ: ТУМАЧЕЊЕ ЧЛАНА 53. СТАВ 1. ЗАКОНА О РЕШАВАЊУ СУКОБА ЗАКОНА СА ПРОПИСИМА ДРУГИХ ЗЕМАЉА

Сажетак: *Природа интернетa као средстава за комуникацију и размену информација рађа специфичне проблеме за међународно приватно право. Један од њих се односи и на утврђивање међународне судске надлежности у случајевима повреде имовинских и личних права аутора извршених употребом интернетa. У контексту српског права и у вези са овом врстом спорова, домаћи судови се налазе у прилици да идуже одговор на питање како се тумачи одреба чл. 53. ст. 1. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља, која везује међународну надлежност код вануговорне одговорности за циљеве за чињеницу да је на територији Србије настала штета. Анализа која је била предмет овог рада указује на то да је, код поменутих врста спорова, нецелисходно изједначити место настанка штете са местом из које је могуће присуити заштићеном садржају. Уместо тога, постојање чврсте везе између спора и Србије и заштићених интереса обе странке у постојућу обезбеђују се прихватањем надлежности у ситуацији када је могуће закључити да је деловање пошеницијалног циљевника било усмерено према корисницима интернетa на територији Србије.*

Кључне речи: *међународна надлежност, ауторско право, интернет, место настанка штете.*

1. УВОД

Повреда ауторског права са прекограничним елементом није феномен непознат међународном приватном праву. С времена на време пажњу јавности побуђују случајеви повезани са глобалним феноменима популарне културе, као што је раширена пракса неовлашћеног умножавања, превођења или прераде популарне серије књига о Харију Потеру, енглеске ауторке Џоан Роулинг (*Joanne Rowling*), у другим државама. На пример, десетак дана пре званичног објављивања седмог наставка саге о Харију Потеру, у Кини је објављен роман са идентичним називом, под именом списатељице која са овом књигом није имала никакве везе.¹ Неовлашћења адаптација дела исте ауторке од стране руског писца довела је до спора пред судом у Холандији, када је холандски издавач прибавио права на објављивање превода књиге о авантурама Тање Гротер, промовисане као „*руска сесџра Харија Појтера*“.²

Овај пример односи се на наводну повреду субјективних права аутора и издавача на класичан начин, у ономе што би се могло назвати аналогним светом. Овакви случајеви представљају плодно тле за појаву и анализу традиционалних проблема међународног приватног права који се односе на међународну судску надлежност и меродавно право, али су они ипак атипични у смислу да представљају парадигму прошлог времена: ретка су књижевна дела која побуђују толику међународну пажњу и доводе до неовлашћеног умножавања, прераде и продаје дела у великом броју различитих држава истовремено. Међутим, појава и раширена употреба интернета учинила је да прекогранична повреда ауторског или сродних права постане правило, а не изузетак.

Дељење музике, филмова, књижевних дела и другог материјала заштићеног ауторским правом, постављањем овог материјала на сервер којем корисници могу приступити по нахођењу и преузети одговарајућу датотеку на свој рачунар, или омогућавање тзв. *peer to peer* размене података, преузимањем са рачунара других корисника, има за последицу то да је прекогранична употреба и повреда права интелектуалне својине заиста постала редовна појава.³ Овакви случајеви даље посебно наглашавају проблем „*сукоба суверенијетета и мобилности*“⁴ у материји ауторског и сродних права, и то чине на два различита нивоа.

¹ Вид. Н. W. French, Chinese Market Awash in Fake Potter Books, *The New York Times*, 1 August 2007.

² Вид. Т. Striphas, *The Late Age of Print: Everyday Book Culture from Consumerism to Control*, New York, 2009, 162-166.

³ Вид. Р. L. C. Torremans, *Intellectual Property and Private International Law*, 3rd edition, Oxford, 2024, 526, 527.

⁴ F. K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, special edition, Leiden, 2005, 3.

На нивоу супстанцијалног права, процес дигитализације доводи у питање начин регулисања заштите ауторског и сродних права. Наиме, једно од основних начела у овој материји је начело територијалности. Субјективно ауторско право заштићено је на територији одређене државе само на основу права те државе, која субјекту овог права признаје и пружа заштиту за конкретно дело: не постоји глобално, светско ауторско право.⁵ Заштита која се пружа у границама сваке државе посебно заснована је на идеји да до повреде субјективних права у овој области долази полако и постепено. Међутим, употреба дигиталних средстава комуникације, као што је интернет, резултира тиме да је повреда ових права истовремена и свеprisутна.⁶

Када је у питању међународно приватно право, повреда субјективног ауторског права на интернету нужно значи преиспитивање начина на који се тумаче и примењују правила ове дисциплине. Нема сумње да неовлашћена дистрибуција материјала заштићеног ауторским правом путем интернета представља грађанскоправни деликт. Међутим, судови које државе имају надлежност да одлучују о тужби за накнаду штете и о евентуалном захтеву за уклањање заштићеног материјала?

Према студији од 2017. године, коју је наручила и финансирала Светска организација за интелектуалну својину (енгл. *World Intellectual Property Organization; WIPO*), већина прекограничних спорова у вези са повредом права интелектуалне својине, међу којима значајан део чине спорови поводом повреде ауторског и сродних права, подразумева ситуацију у којој локални тужилац подноси тужбу против страног туженог који је деловао у иностранству, поводом штете која је за тужиоца настала на територији државе суда.⁷ Да ли ће суд државе у којој тужилац има пребивалиште/уобичајено боравиште/седиште прихватити да одлучује о тужби зависи од норми које регулишу његову међународну надлежност.

Будући да се норме о међународној судској надлежности заснивају на територијалној вези између јурисдикције и одређеног спора, критеријумима који се користе за успостављање надлежности у традиционалним нормама међународног приватног права је потребно дати ново значење, у онлајн контексту. Где је, на пример, извршена повреда личноправних или имовинскоправних субјективних права тужиоца ако је заштићени материјал постављен

⁵ С. М. Марковић, З. Миладиновић, *Ауторско право и сродна права*, друго незнатно измењено издање, Крагујевац, 2014, 253.

⁶ J. C. Ginsburg, *The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change*, *Recueil des cours*, vol. 273/1998, 254.

⁷ Вид. А. F. Christie, *Private International Law Principles for Ubiquitous Intellectual Property Infringement – A Solution in Search of a Problem*, *Journal of Private International Law*, vol. 13, no. 1/2017, 152-183, 164. Студија је обухватила анализу 59 спорова из 19 јурисдикција (18 националних система и Европске уније).

на интернет страницу употребом рачунара у једној земљи, када интернет страницу опслужује веб сервер који се налази у другој земљи, а материјал је доступан у свим земљама света истовремено? Где је потенцијално наступила штета за тужиоца у оваквом сценарију, ако се место наступања штете користи као критеријум надлежности суда којем се обратио?

У домаћем правном систему је посебна надлежност у споровима о вануговорној одговорности за штету прописана чланом 53. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (у даљем тексту: ЗРСЗ).⁸ Циљ овог рада је да понуди тумачење поменуте норме о надлежности прилагођено специфичностима повреде ауторског и сродних права путем интернета, на начин који омогућава заснивање надлежности у случајевима када спор има стварну и суштинску везу са територијом Србије и обезбеђује равнотежу у заштити интереса процесних странака. Будући да су домаћи судови већ имали прилику да се изјасне о значењу релевантне одредбе у серији одлука које се односе на међународну надлежност у материји која је предмет овог рада, у њему је садржан осврт на закључке ових судова, као и покушај да се пружи одговори на питања која те одлуке намећу.

2. КРИТЕРИЈУМ ЗА УСПОСТАВЉАЊЕ НАДЛЕЖНОСТИ ИЗ ЧЛАНА 53. СТАВ 1. ЗРСЗ: НАДЛЕЖНОСТ ПРЕМА МЕСТУ ПРЕДУЗИМАЊА РАДЊЕ ИЛИ ПРЕМА МЕСТУ НАСТАНКА ШТЕТЕ?

Током 2023. године, Апелациони суд у Београду (у даљем тексту: Апелациони суд или Суд) је у пет наврата одлучивао по жалби тужилаца против решења Вишег суда у Београду којима се првостепени суд оглашава међународно ненадлежним, у споровима који су подразумевали повреду ауторског права употребом интернета.⁹ У свим споровима је чињенично стање било врло слично: тужиоци су били домаћа привредна друштва која се баве пружањем услуга дистрибуције аудиовидео садржаја и која уједно, за новчану накнаду, пружају услуге остваривања имовинских права својих клијената – аутора музичких дела, аутора текста, нотног записа или аранжмана музичких дела. Тужени, са друге стране, била су физичка лица са пребивалиштем у Румунији, Бугарској, Француској или Босни и Херцеговини, која су, преко свог *YouTube* канала или других дигиталних платформи, чинила доступним заштићени садржај без дозволе аутора или тужилаца.

⁸ Сл. лист СФРЈ бр. 43/82 и 72/82, Сл. лист СРЈ бр. 46/96 и Сл. гласник РС бр. 46/2006.

⁹ Решење Апелационог суда у Београду Гж4 18/23 од 8.2.2023. године; Решење Апелационог суда у Београду Гж4 21/23 од 7.6.2023. године; Решење Апелационог суда у Београду Гж4 23/23 од 20.4.2023. године; Решење Апелационог суда у Београду Гж4 107/23 од 12.7.2023. године; Решење Апелационог суда у Београду Гж4 115/23 од 20.7.2023. године.

У сваком од ових пет предмета Апелациони суд је укинуо првостепено решење. Без обзира на то што се разлики за укидање донекле разликују,¹⁰ заједничко за све одлуке је истицање да је првостепени суд, приликом одлучивања о надлежности, пропустио да примени члан 53. став 1. ЗРСЗ.

Према овој одредби, надлежност домаћег суда у споровима о вануговорној одговорности за штету постоји када су испуњени услови за постојање опште међународне надлежности (члан 46. ЗРСЗ), када је тужени прећутно пристао на надлежност домаћег суда (члан 50. ЗРСЗ) и када је штета настала на територији Србије.¹¹

Према томе, једини основ за успостављање надлежности у овој врсти спорова који није заснован на некој другој одредби ЗРСЗ јесте чињеница да је на територији Србије *настала штејна* из грађанскоправног деликта.

Под местом настанка штете, на основу јасне формулације поменуте одредбе, подразумева се место настанка штетне последице деловања штетника.¹² Са друге стране, у настојању да првостепеном суду пружи извесне смернице у вези са тумачењем релевантне одредбе, Апелациони суд у анализираним одлукама доследно заступа гледиште да се под местом настанка штете подразумева како место настанка штетне последице, тако и *место где је предузета штејна радња*. У једној од ових одлука Суд иде толико далеко да сугерише како је овакво гледиште општеприхваћено у српском праву.¹³ Није, међутим, јасно на чему се заснива овакав закључак.

Гледиште по којем се под местом настанка штете подразумева и место предузимања штетне радње у супротности је са језичким и системским тумачењем одредбе члана 53. став 1. ЗРСЗ.¹⁴ За разлику од колизионе норме за вануговорну одговорност за штету која разликује место предузимања штетне радње и место наступања штетне последице код тзв. мултилокалних

¹⁰ Из две од наведених одлука Апелационог суда следи да је примарни разлог за укидање првостепеног решења био то што је првостепена одлука захваћена битном повредом одредаба парничног поступка, због пропуштања суда да одржи рочиште на којем се тужиоцу омогућава да се изјасни о одбацивању тужбе због ненадлежности, у смислу члана 294. став 2. Закона о парничном поступку. Вид. Решење Апелационог суда у Београду Гж4 107/23 од 12.7.2023. године и Решење Апелационог суда у Београду Гж4 115/23 од 20.7.2023. године.

¹¹ Ова одредба упућује и на примену законских правила која се односе на успостављање надлежности у односу на лица без држављанства (члан 51. ЗРСЗ) и домаће држављане који су упућени на рад у иностранство (члан 52. ЗРСЗ).

¹² Вид. М. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, *Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu (Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima)*, Београд, 1991, 197.

¹³ Решење Апелационог суда у Београду Гж 4 107/2023 од 12.7.2023. године.

¹⁴ Вид. П. Бундић, Међународна надлежност у споровима поводом повреде права личности на интернету – право Србије и Европске уније, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, том LVI, бр. 4/2022, 1033-1054.

деликата, одредба о надлежности се везује искључиво за место настанка штете. Такође, одредба члана 53. став 1. јасно се разликује и у односу на одредбу Закона о парничном поступку о месној надлежности у овој врсти спорова.¹⁵ Ова последња, слично колизионој норми из ЗРСЗ, везује месну надлежност за чињеницу да је на територији суда извршена штетна радња или је наступила штетна последица. У таквим условима, то што ЗРСЗ предвиђа надлежност домаћег суда у случајевима када је у Србији настала штета из грађанскоправног деликта не може да буде случајно, нити може да се припише немарном приступу приликом формулисања законских одредби, већ је реч о свесној одлуци да се међународна надлежност за спорове из деликата сведе на ситуације у којима је штетна последица деликтне радње наступила на територији наше земље.

Поред ових разлога који се односе на формулацију члана 53. став 1. ЗРСЗ и њено поређење са другим релевантним одредбама ЗРСЗ и Закона о парничном поступку, у споровима који се односе на деликте извршене на интернету постоји још један, додатни разлог, за то да се под местом настанка штете у Србији не подразумева место у којем је потенцијални штетник предузео штетну радњу: тумачење које даје Апелациони суд не може се помирити са његовим схватањем о домашају надлежности коју ова одредба успоставља. Наиме, Суд истиче да се надлежност домаћег суда односи само на „*део штеће који је везан за Републику Србију*.“¹⁶ Ограничење се правда чињеницом да „*[ј]е природа интернетна као глобалне мреже таква да се повреда без већих прејрека може догодити у било којој земљи света*.“¹⁷

Нема сумње да је претходни исказ тачан, али само ако се под местом настанка штете подразумева место наступања штетних последица. Код дистрибуције заштићеног материјала путем интернета, штетна последица, макар потенцијално, може да наступи свуда где адресати могу да приступе материјалу који им је учињен доступним. У таквим случајевима је оправдано ограничити надлежност судова на део штете која је настала на домаћој територији. Међутим, ако се под местом настанка штете подразумева и место у којем је штетник предузео штетну радњу, не може се извести исти закључак о свеприсутности штете и нестaje оправдање да се надлежност ограничи на штету која се може лоцирати на територији Србије.

Јасно разликовање домашаја надлежности према месту предузимања радње у односу на надлежност према месту наступања штете је присутно у пракси Суда Европске уније. За разлику од релевантне одредбе ЗРСЗ, у Европској унији је надлежност за спорове из деликата и квазиделиката, ре-

¹⁵ Члан 44. став 1. Закона о парничном поступку.

¹⁶ Решење Апелационог суда у Београду Гж4 107/23 од 12.7.2023. године.

¹⁷ *Ibid.*

гулисана чланом 7. став 2. Прве бриселске уредбе (2012).¹⁸ Надлежност је шире постављена и заснована је на чињенице да је *цифрени догађај* настао или да може настати на територији државе суда. У пракси суда ЕУ је неспорно да се под местом штетеног догађаја подразумева како место предузимања штетне радње, тако и место наступања штетне последице.¹⁹ Међутим, ако је надлежност заснована на месту наступања штетне последице, суд државе чланице може одлучивати само о накнади штете која је наступила на његовој територији. То је становиште од којег Суд ЕУ не одступа ни у споровима поводом деликата извршених на интернету, када су у питању спорови поводом повреде права личности,²⁰ повреде трговачког жига,²¹ па и спорови који се односе на повреду ауторског права.²² Према томе, и пракса овог суда показује да ограничење надлежности домаћег суда има смисла само ако се под местом настанка штете у Србији подразумева место настанка штетних последица проузрокованих деловањем штетника.

Конечно, потребно је истаћи и да проширење посебне надлежности из члана 53. став 1. ЗРСЗ тако да обухвата и место предузимања штетне радње, чак и када би могло да се брани имајући у виду све што је горе речено, не би имало готово никакав практични значај у споровима који су предмет анализе. Ово је због тога што се место деловања штетника у споровима због повреде ауторског права на интернету поклапа са местом његовог пребивалишта или седишта, те је тако конзумирано основном опште међународне надлежности из члана 46. став 1. ЗРСЗ.

У једној од анализираних одлука, у евидентном покушају да олакша посао примене одредбе члана 53. став 1. ЗРСЗ првостепеном суду, Апелациони суд утврђује листу критеријума који би могли да се користе као параметри за надлежност домаћег суда у овој врсти спорова. Отворена листа подразумева следеће критеријуме који би могли да представљају место настанка штете: локација сервера на коме се налази интернет сајт са ког је спорни садржај преузет; место одакле је лице које је наводно повредило ауторско право иницирало радње у циљу преузимања спорног садржаја; место одакле

¹⁸ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), *OJ L* 351, 20.12.2012, p. 1–32.

¹⁹ *Case 21/76 G. J. Bier BV v. Mines de potasse d'Alsace SA*, 30. новембар 1976. Године, пасуси бр. 2-4, 17-19.

²⁰ Вид. *Joined Cases C-509/09 and C-161/10, eDate Advertising GmbH v. X and Olivier Martinez, Robert Martinez v. MGN Limited*, 25. октобар 2011. године, пасус бр. 51.

²¹ Вид. *Case C-523/10, Wintersteiger AG v. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, 19. април 2012. године, пасус бр. 27.

²² Вид. *Case C-170/12, Peter Pinckney v. KDG Mediatech AG*, 3. октобар 2013. године, пасус бр. 45; *Case C-441/13, Pez Hejduk v. EnergieAgentur.NRW GmbH*, 22. јануар 2015. године, пасус бр. 36.

су радње предузете у циљу чињења доступним јавности преузетог спорног садржаја; локација сервера на ком се налази интернет сајт на који је спорни садржај постављен од стране неовлашћеног лица и учињен доступним корисницима интернета; земља у којој се налазе корисници интернета којима је спорни садржај намењен; место где су наступиле последице наведене повреде ауторског права; место где се налазе корисници ауторског дела који би платили хонорар за коришћење ауторског дела.²³

Неки од наведених критеријума могу да се подведу под место предузимања штетне радње, као један од два елемента појма места настанка штете, онако како овај појам схвата Апелациони суд. То се односи на локацију сервера на којем се налази интернет сајт са заштићеним садржајем и место одакле је штетник предузео радње у циљу чињења доступним овог садржаја. Локација сервера може представљати место предузимања штетне радње због чињенице да постављање материјала на сервер представља активирање технолошког процеса који омогућује крајњим корисницима да приступе заштићеном музичком или филмском делу. Међутим, место сервера није адекватан критеријум за успостављање надлежности јер му недостаје предвидивост, будући да га је тешко идентификовати, може да буде потпуно случајно и не указује на стварну везу између спора и јурисдикције на чијој територији се сервер налази.²⁴ Томе се може додати и чињеница да се подаци које обухвата интернет сајт неретко могу налазити на више сервера истовремено.²⁵ Из ових разлога и Суд ЕУ одбија да изједначи место штетне радње са локацијом сервера.²⁶

Са друге стране, место у којем је штетник предузео радњу која је учинила доступним релевантни материјал крајњим корисницима јесте место у којем се ово лице налазило приликом активирања технолошког процеса који је резултирао у повреди заштићених права. Иако је тачно да због „преносивости“ интернет комуникације,²⁷ тј. због чињенице да било ко са приступом интернету и одговарајућом опремом може поставити материјал на интернет са било ког места на свету, те да се ово место не мора нужно представљати место у којем штетник живи,²⁸ оно ће се по правилу поклопити са државом пребивалишта или седишта овог лица. Штавише, у циљу промо-

²³ Решење Апелационог суда у Београду Гж4 107/23 од 12.7.2023. године.

²⁴ Вид. J. Hörnle, *Internet Jurisdiction (Law and Practice)*, Oxford, 2021, 286 P. de Miguel Asensio, *Conflict of Laws and the Internet*, Cheltenham, Northampton, 2020, 229; E. Rosati, *Copyright and the Court of Justice of the European Union*, 2nd edition, Oxford, 2023, 296.

²⁵ D. J. B. Svantesson, *Private International Law and the Internet*, 4th edition, Alphen aan den Rijn, 2021, 75, 76.

²⁶ Вид. *Case C-523/10, Wintersteiger AG v. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, пасус бр. 36.

²⁷ D. J. B. Svantesson, *op. cit.*, 75.

²⁸ Вид. P. L. C. Torremans, *op. cit.*, 546, 547.

висања предвидивости и правне сигурности за штетника и оштећеног, Суд ЕУ у споровима о повреди права интелектуалне својине на интернету директно изједначава место предузимања штетне радње са местом седишта туженог.²⁹

Претходна анализа члана 53. став 1. ЗРСЗ у контексту повреде ауторског права на интернету доводи до закључка да ова одредба не може представљати нормативну основу за тумачење према ком појам места настанка штете обухвата и место предузимања штетне радње. Осим тога, чак и када би такво тумачење било одрживо, овај основ надлежности би фактички био подударан са општом међународном надлежношћу из члана 46. став 1. ЗРСЗ.

Према томе, место настанка штете у Србији, у смислу поменуте одредбе, постоји када је штетна последица повреде ауторског права наступила на територији Србије. Међутим, ово је само први корак у решавању проблема, будући да је потребно пружити одговор на питање које логички следи из овог закључка: када је штетна последица у овој врсти спорова настала на територији наше земље?

3. МЕСТО НАСТАНКА ШТЕТЕ: КРИТЕРИЈУМ ДОСТУПНОСТИ САДРЖАЈА?

Неовлашћеним постављањем садржаја на интернет чини се повреда права аутора на јавно саопштавање дела. Закон о ауторском и сродним правима изричито наводи да у искључиво право аутора спада и овлашћење да учини дело доступним јавности интерактивним путем – жичним или бечичним путем на начин који омогућује појединцу индивидуални приступ делу са места и у време које он одабере.³⁰ Према томе, повреду овог овлашћења врши свако ко, употребом техничке инфраструктуре интернета, неовлашћено учини дело доступним крајњим корисницима, без обзира на то да ли је на тај начин омогућено корисницима тзв. стримовање³¹ – тренутни приступ делу без трајног преузимања читаве датотеке – или преузимање материјала на рачунар корисника.³² Штета за носиоца субјективног ауторског права настаје у тренутку у којем је заштићени материјал постао доступан

²⁹ Вид. *Case C-523/10, Wintersteiger AG v. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, пасус бр. 37; *Case C-441/13, Pez Hejduk v. EnergieAgentur.NRW GmbH*, пасус бр. 24.

³⁰ Закон о ауторском и сродним правима (...), члан 30. став 1.

³¹ Вид. о појму стриминга (енгл. *streaming*) у контексту ауторског права: N. Vujičić, „Lociranje“ striminga u autorskom pravu, у књизи: D. V. Popović (ur.), *Intelektualna svojina i internet*, Zbornik VI, Beograd, 2022, 53-71.

³² У овом случају се може говорити и о неовлашћеном умножавању дела, у смислу члана 20. Закона о ауторском и сродним правима.

јавности (корисницима интернета). По аналогiji, штета за титулара права настаје у месту у којем корисници могу да приступе заштићеном материјалу.

Проблем са интернетом као средством комуникације и размене података је у његовој карактеристици свеprisутности – материјал постављен на интернет је готово тренутно, у начелу, доступан у сваком кутку планете. Да ли то значи да, у контексту спорова о којима је овде реч, штета наступа у свакој држави из које конзументи заштићеног материјала могу да приступе одређеној веб страници? Ако је тако, какве последице то може да има на положај потенцијално одговорног лица и тужиоца у спору поводом захтева за накнаду штете?

Без обзира на то што је одмах јасно да изједначавање места наступања штетне последице са доступношћу материјала у споровима о повреди ауторског права на интернету може да изазове значајне проблеме у материји међународне судске надлежности, реч је о критеријуму који данас доминира у пракси Суда ЕУ и који, под утицајем праксе овог суда, примењују и судови појединих држава чланица приликом тумачења националних норми о међународној надлежности.³³

Претходно је било речи о томе како Суд ЕУ тумачи појам места предузимања штетне радње, једног од аспеката критеријума места штетног догађаја из Прве бриселске уредбе. Владајуће схватање о тумачењу места наступања штете у споровима о повреди ауторског права на интернету утврђено је у два кључна предмета.

У предмету Пинкни (*Pinckney*), француски судови су решавали по тужби тужиоца који је живео у Француској и који је подено тужбу против аустријског привредног друштва. Тужено друштво је неовлашћено умножавало компакт дискове са музиком чије је композитор и извођач био тужилац.³⁴ Те дискове су затим продавала два друштва из Уједињеног Краљевства преко различитих веб сајтова којима је било могуће приступити из Тулуза, где је тужилац живео.³⁵

После различитих одлука француских судова у вези са питањем међународне надлежности, спор је дошао до Касационог суда Француске који је Суду ЕУ упутио захтев за доношење одлуке о претходном питању у вези са тумачењем појма места штетног догађаја из тадашњег члана 5. став 3. Прве бриселске уредбе.³⁶

³³ Констатација се односи на Савезни суд Немачке. Вид. о томе: P. de Miguel Asensio, *op. cit.*, 238. Такође, D. J. B. Svantesson, *op. cit.*, 327.

³⁴ *Case C-170/12, Peter Pinckney v. KDG Mediatech AG*, пасуси бр. 9, 10.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 12, 16.1.2001, p. 1–23.

Суд ЕУ је сумарно констатовао да у овом случају надлежност француских судова не може да се заснива на месту предузимања штетне радње, будући да је неспорно да ова радња није предузета у Француској.³⁷ Према томе, кључно питање је било да ли се на територији државе суда пред којим је покренут првостепени поступак налази место наступања штете, у ситуација када је тужени умножавао заштићени материјал на територији друге државе чланице, при чему је тај материјал било могуће купити преко веб сајта који је био доступан на територији државе суда.³⁸

Тумачење Суда ЕУ се заснива на два кључна елемента. Први од њих се односи на територијалност ауторског права. Иако ауторско право, за разлику од неких других права интелектуалне својине, не захтева регистрацију као предуслов пружања заштите, његова заштита је ипак територијална у смислу да се пружа у оквиру територије сваке појединачне државе, у складу са њеним супстанцијалним правом.³⁹ Из тога следи да тужба може бити поднета само пред судом оне државе чланице у којој субјективна права тужиоца уживају заштиту.⁴⁰ Други елемент се односи на идентификацију штете: будући да питање да ли су испуњени услови за постојање повреде субјективних права тужиоца и за наступање одговорности туженог припадају меритуму спора, за надлежност суда конкретне државе чланице је неопходно да постоји вероватноћа наступања штете на њеној територији.⁴¹ Та вероватноћа постоји ако је, као у овом случају, могуће прибавити копију заштићеног дела преко веб сајта који је доступан на територији државе суда.⁴² Када се надлежност заснива на критеријуму места наступања штете, она је ограничена на штетеу која је настала на територији националног суда који је надлежан.⁴³

Из одлуке у предмету Пинкни се може закључити да, према схватању Суда ЕУ, место наступања штете у споровима о повреди ауторског права на интернету јесте место у којем корисници интернета могу приступити заштићеном материјалу.⁴⁴ Ипак, такав закључак би вероватно био сувише удаљен од онога што је Суд ЕУ утврдио у овом случају – место наступања штете у предмету Пинкни није место у којем је дело непосредно доступно крајњим корисницима, већ место у којем је доступан веб сајт преко којег је могуће купити заштићено дело. Међутим, дилеме које су постојале због

³⁷ *Case C-170/12, Peter Pinckney v. KDG Mediatech AG*, пасус бр. 29.

³⁸ *Ibid.*, пасус бр. 30.

³⁹ *Ibid.*, пасуси бр. 37-39.

⁴⁰ *Ibid.*, пасус бр. 43.

⁴¹ *Ibid.*, пасуси бр. 40, 43.

⁴² *Ibid.*, пасус бр. 44.

⁴³ *Ibid.*, пасус бр. 45.

⁴⁴ Уз додатни услов да се конкретним субјективним правима тужиоца пружа заштита у држави суда.

специфичних чињеничних околности у овом спору дефинитивно се решене нешто више од годину дана након одлуке у предмету Пинкни.

У предмету Хејдук (*Hejduk*), тужитељка је тврдила да је немачко привредно друштво повредила њена ауторска права, тако што је поставило фотографије чији је аутор била тужитељка на свој веб сајт, без њеног одобрења. Како је тужитељка имала домицил у Аустрији, поднела је тужбу којом се захтева накнада штете и објављивање одлуке о трошку туженог пред судом у Бечу.⁴⁵ Тужено друштво је оспорило надлежност суда, позивајући се на чињеницу да његов веб сајт није био усмерен према Аустрији, те да сама могућност да се веб сајту приступи са територије ове државе није довољна да оправда заснивање надлежности.⁴⁶ Поступајући суд је прекинуо поступак и обратио се Суду ЕУ захтевом за тумачење одредбе Прве бриселске уредбе о надлежности у споровима о деликтима и квазиделиктима. Конкретно, суд је поставио питање да ли поменута одредба мора да се тумачи тако да успоставља надлежност суда државе у којој се налази седиште пословања (енгл. *establishment*) туженог и, алтернативно, суда државе чланице према којој је интернет страница, с обзиром на њен садржај, усмерена.⁴⁷

Суд ЕУ је у одговору на постављено питање потврдио схватање изнето у предмету Пинкни. Будући да се под местом предузимања штетне радње подразумева место седишта туженог друштва (као место у којем је власник интернет странице активирао технолошки процес постављања фотографија тужитељке), оно није могло да послужи као основ надлежности јер се није налазило на територији поступајућег суда, те је у практичном смислу једино релевантно било место наступања штете.⁴⁸ За утврђивање овог места није релевантно да ли је интернет страница на којој су се налазиле спорне фотографије била усмерена ка Аустрији, односно намењена корисницима у овој земљи, имајући у виду да одредба Прве бриселске уредбе која се односи на надлежност у деликтним споровима не помиње овај критеријум.⁴⁹ Место наступања штете је на територији државе суда ако су у тој држави заштићена субјективна права обухваћена тужбом⁵⁰ и ако постоји вероватноћа наступања штете на овој територији, што је случај када је интернет страница доступна корисницима у Аустрији.⁵¹ Надлежност према месту наступања штете је ограничена на део штете која је наступила на територији поступајућег суда.⁵²

⁴⁵ *Case C-441/13, Pez Hejduk v. EnergieAgentur.NRW GmbH*, пасуси бр. 10-12.

⁴⁶ *Ibid.*, пасус бр. 13.

⁴⁷ *Ibid.*, пасус бр. 14.

⁴⁸ *Ibid.*, пасуси бр. 23-27.

⁴⁹ *Ibid.*, пасуси бр. 31-33.

⁵⁰ *Ibid.*, пасуси бр. 29, 30. Суд ЕУ је констатовао да је неспорно да су права обухваћена тужбом заштићена у Аустрији.

⁵¹ *Ibid.*, пасус бр. 34.

⁵² *Ibid.*, пасус бр. 36.

Питање које је централно за тему овог рада се односи на целисходност тумачења појма места настанка штете од стране Суда ЕУ у контексту члана 53. став 1. ЗРСЗ који употребљава исти критеријум: да ли је пожељно да домаћи судови усвоје исто тумачење, односно да усвоје схватање да се место настанка штете налази у Србији на основу чињенице да се заштићеном садржају може приступити са територије Србије?

Потребно је одмах на почетку истаћи да изједначавање места настанка штете са местом из којег се може приступити одговарајућем материјалу у пракси Суда ЕУ није лишено контроверзи. У оба предмета о којима се говори изнад, општи правобраниоци су се изјаснили против оваквог решења. У предмету Пинкни, општи правобранилац Јескинен (*Jääskinen*) заступао је гледиште да би такво тумачење било супротно интересима предвидивости и ефикасног спровођења судског поступка, те да би подстакло појаву „куповине форума“ (енгл. *forum shopping*).⁵³ Слично томе, општи правобранилац у предмету Хејдук предлаже Суду ЕУ чак потпуно искључивање критеријума места наступања штете, због чињенице да је критеријум немогуће применити имајући у виду свеprisутност штете која проистиче из употребе интернета.⁵⁴ Према том гледишту, примена овог критеријума ствара правну несигурност за обе странке у поступку – за тужиоца, који не може бити сигуран да ће поступајући суд успети да прецизно утврди обим штете настале на територији државе суда, и за туженог, који се излаже ризику да против њега буде поднета тужба пред судовима више држава истовремено.⁵⁵

Изједначавање места наступања штете са доступношћу материјала употребом интернета је широко критиковано и у правној доктрини, како када је у питању одређивање надлежности за деликте на интернету уопште,⁵⁶ тако и када је реч конкретно о надлежности за случајеве повреде ауторског права на интернету.⁵⁷

Заиста, проблеми са тумачењем према којем се место наступања штете код повреде ауторског или сродних права на интернету налази на територији

⁵³ *Case C-170/12, Peter Pinckney v. KDG Mediatech AG*, 3. октобар 2013. године, *Opinion of Advocate General Jääskinen*, пасус бр. 68.

⁵⁴ *Case C-441/13, Pez Hejduk v. EnergieAgentur.NRW GmbH*, 22. јануар 2015. године, *Opinion of Advocate General Cruz Villalón*, пасус бр. 41.

⁵⁵ *Ibid.*, пасус бр. 43.

⁵⁶ U. Magnus, P. Mankowski (eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Köln, 2023, 306; T. Lutz, *Private International Law Online: Internet Regulation and Civil Liability in EU*, Oxford, 2020, 102, 103.

⁵⁷ R. Matulionyte, *Enforcing Copyright Infringements Online in Search of Balanced Private International Law Rules*, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 6, 2/2015, 132-145, 133, 134; S. Depreeuw, J. Hubin, *Of Availability, Targeting and Accessibility: Online Copyright Infringements and Jurisdiction in the EU*, *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, vol. 9, 9/2014, 750-764, 764; J. Hörnle, *op. cit.*, 413, 414; E. Rosati, *op. cit.*, 295, 296.

са које је могуће приступити одговарајућем садржају су вишеструки и говоре против усвајања таквог тумачења у контексту члана 53. став 1. ЗРСЗ.

Прво, чињеница да је релевантни садржај доступан корисницима интернета са територије Србије, сама по себи, не обезбеђује стварну и суштинску везу спора са Србијом, нити би гарантовала олакшан приступ доказном материјалу и ефикасно спровођење поступка. Природа интернета као алата за комуникацију и размену информација је таква да је садржај објављен онлајн, макар начелно посматрано, доступан истовремено у свим деловима света. Заснивање надлежности на критеријуму доступности садржаја у таквим околностима значи *de facto* прихватање једне врсте универзалне надлежности домаћих судова – сваки пут када је одговарајући садржај доступан на територији Србије, домаћи суд би морао да засније надлежност по тужби за накнаду штете. Тешко је пронаћи било какво правно-политичко и практично оправдање за овако широко тумачење одредбе о надлежности.

Друго, заснивање надлежности на критеријуму доступности ставља туженог у екстремно незавидан положај. Ако је једина веза спора са територијом Србије чињеница да се садржају може приступити са њене територије, потенцијални штетеник готово никада не би могао разумно предвидети да ће тужба против њега бити поднета пред судом наше земље, будући да штета која се схвата на овај начин наступа на територији великог броја држава истовремено. Тужени се може наћи у позицији да се брани у иностраној јурисдикцији, са свим трошковима и тешкоћама које то подразумева.

Треће, чини се да прихватање критеријума доступности садржаја као основа надлежности жртвује интересе потенцијалног штетеника како би се пружила додатна заштита оштећеном. Иако је горе речено да критеријум доступности омогућава подношење тужбе пред српским судом увек када је садржају могуће приступити са домаће територије, у великом броју случајева тужилац неће имати доминантан интерес да ангажује домаћи форум. У пракси, за очекивати је да се наши судови суоче са тужбеним захтевима у овој врстои спорова не само када је садржај у питању доступан у Србији, већ и када тужилац има посебан интерес да поднесе тужбу пред домаћим судом. То ће, пре свега, бити случај у ситуацији када оштећени има пребивалиште или седиште у Србији. Тада би му тумачење места настанка штете као места са којег је садржај доступан омогућило покретање парнице пред „сопственим“ судом, претварајући ову врсту надлежности у својеврсни форум тужиоца. Међутим, није неопходна свеобухватна анализа како би се закључило да заснивање надлежности према критеријуму доступности ни у оваквим случајевима не води нужно заштити интереса тужиоца. Проблем се тиче обима штете која је за њега наступила на територији Србије: надлежност се заснива на чињеници да су корисници интернета са домаће територије могли да приступе одговарајућем садржају, а не на питању да ли је заиста том

садржају и приступљено. То значи да критеријум доступности може водити успостављању надлежности у споровима „празне јурисдикције“⁵⁸ – када је обим штете која је наступила на домаћој територији такав да не може да оправда вођење парнице.

Коначно, примена критеријума доступности садржаја са собом носи велику практичну тешкоћу: будући да је надлежност суда ограничена на штету која је настала на територији државе форума, како квантификовати штету која је настала на домаћој територији и одвојити је од оне настале у иностранству?

На основу свега реченог је јасно да није могуће, нити је целисходно, изједначити место настанка штете у смислу члана 53. став 1. ЗРСЗ, са местом у којем је доступан садржај зашћућен прописима о ауторском праву.

4. МЕСТО НАСТУПАЊА ШТЕТЕ: КРИТЕРИЈУМ УСМЕРАВАЊА ДЕЛОВАЊА ШТЕТНИКА

Чињеница да је заснивање надлежности у споровима поводом повреде субјективних права аутора на интернету према месту доступности заштићеног материјала очигледно неподесно, рађа потребу да се пронађе алтернативно тумачење појма места наступања штете у поменутих споровима.

Једно од најчешће помињаних решења у литератури је да надлежност треба поверити судовима оне државе према којој је било усмерено деловање штетника. Идеја је инспирисана праксом Суда ЕУ у интернет-споровима који немају за предмет повреду ауторских права и прихваћена је од стране бројних правних писаца, као и од стране националних судова у појединим државама.⁵⁹ Критеријум усмеравања деловања значи да суд може засновати надлежност у ситуацији када је, посматрано објективно и на основу свих околности случаја, тужени усмерио своје активности којима је извршена повреда ауторског права према становницима државе форума.⁶⁰ Он се заснива на схватању да штета изазвана деловањем штетеника настаје у држави у којој се налазе корисници којима је заштићени материјал био намењен, будући да је то место у којем настаје економски губитак за оштећеног.⁶¹ Према

⁵⁸ R. Matulionyte, *op. cit.*, 135.

⁵⁹ Вид. T. Lutzl, Internet Cases in EU Private International Law – Developing a Coherent Approach, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 66, 3/2017, 687-722, 703-704.

⁶⁰ B. Van Hourdet, Jurisdiction in Cross-Border Copyright Infringement Cases – Rethinking the Approach of the Court of Justice of the European Union, A. Bonomi et al. (eds.), *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII – 2020/2021, 299-335, 322.

⁶¹ A. Nuyts, Suing At the Place of Infringement: The Application of Article 5(3) of Regulation 44/2001 to IP Matters and Internet Disputes, у књизи: A. Nuyts (ed.), *International litigation in intellectual property and information technology*, Alphen aan den Rijn, 2008, 105-131, 126.

гледисти Тореманса (*Torremans*), усмеравање садржаја интернет странице према одређеној држави је друкчији начин да се каже како је, за потребе заснивања међународне надлежности, неопходно да садржај интернет странице производи значајне ефекте на територији те државе.⁶² Другим речима, на територији поменути државе наступа значајна штета.

Критеријум усмеравања деловања је очигледно мотивисан не само настојањем да се надлежност повери судовима државе у којој је наступио највећи део штете, већ и жељом да се туженом пружи заштита од тужби пред форумом чију евентуалну надлежност није могао да узме у обзир приликом предузимања својих активности. Овакав закључак проистиче из појединих извора аутономног карактера, чији је циљ да послуже као инспирација законодавцима приликом прописивања и судовима приликом тумачења норми о међународној надлежности у споровима о повреди права интелектуалне својине. У тим изворима се критеријум усмеравања користи као својеврсна клаузула одступања, односно како би се спречило заснивање надлежности у ситуацијама када туженик није могао да очекује да ће његова одговорност бити разматрана пред одговарајућим судом.

На пример, Принципи сукоба закона у материји интелектуалне својине (*Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property*), које је израдила Европска Макс Планк група за сукоб закона у интелектуалној својини (*European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property*), предвиђају да посебна надлежност у споровима о повреди права интелектуалне својине постоји за судове државе у којој је повреда извршена или може бити извршена, осим када наводни штетник није деловао на територији ове државе и *не може се разумно закључити да је његова активност била усмерена на ову државу*.⁶³ Услов који се односи на то да је, када штетник предузима активности изван државе форума, деловање штетника усмерено према одређеној држави управо је уведен како би се спречило заснивање надлежности на основу пуке доступности интернет садржаја на територији државе суда.⁶⁴

Врло слично правило предложио је, неколико година раније, Амерички правни институт (*American Law institute*), у својим принципима који су наме-

⁶² P. L. C. Torremans, *op. cit.*, 550-552.

⁶³ European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), *Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property*, Final Text, 1 December 2011, Article 2:202: “In disputes concerned with infringement of an intellectual property right, a person may be sued in the courts of the State where the alleged infringement occurs or may occur, unless the alleged infringer has not acted in that State to initiate or further the infringement and her/his activity cannot reasonably be seen as having been directed to that State.”

⁶⁴ C. Heinze, A Framework for International Enforcement of Territorial Rights: The CLIP Principles on Jurisdiction, 53-77, 64, у: J. Basedow et al. (eds.), *Intellectual Property in the Global Arena*, Tübingen, 2010.

њени, између осталог, регулисању надлежности у међународним споровима у вези са интелектуалном својином (Принципи Америчког правног института).⁶⁵

Такође, Смернице о интелектуалној својини и међународном приватном праву (*Guidelines on Intellectual Property and Private International Law*) Удружења за међународно право, предвиђају надлежност судова државе у којој је штетник проузроковао директну и значајну штету, осим када није било могуће предвидети наступање штете на територији ове државе.⁶⁶ Овакво решење поново значи да за заснивање међународне надлежности није довољно да је на територији државе суда доступна интернет страница на коју је заштићени материјал постављен или са које је скинут.⁶⁷

Судови појединих држава чланица ЕУ су се у прошлости повремено ослањали на критеријум усмеравања како би дефинисали место наступања штете приликом одлучивања о надлежности у споровима о повреди ауторског права.⁶⁸ У пракси америчких судова критеријум се користи у циљу утврђивања испуњености уставног услова „*минималних конџикација*“ приликом одлучивања о тзв. персоналној јурисдикцији у споровима из деликата извршених на интернету.⁶⁹ Суд ЕУ је, међутим, изричито одбацио његову примену у предметима Пинкни и Хејдук, образлажући то чињеницом да релевантна одредба Прве бриселске уредбе о надлежности за деликте и квази-деликте не садржи поменути критеријум.⁷⁰ Са друге стране, у нешто другачијем контексту, приликом одлучивања о тумачењу критеријума за успостављање надлежности код тужби за повреду трговачког жига ЕУ, успостављеног на нивоу Европске уније Уредбом о трговачком жигу,⁷¹ Суд ЕУ прихвата да се под местом повреде жига или местом у којем постоји опасност од повреде подразумева место у којем се налазе потрошачи или трговци према којима је штетник усмерио своју онлајн рекламу или понуду за закључење

⁶⁵ American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes* (2007), Section 204(2): “A person may be sued in any State in which its activities give rise to an infringement claim, **if it reasonably can be seen as having directed those activities to that State**. The court’s jurisdiction extends to claims respecting injuries occurring in that State.”

⁶⁶ International Law Association, Committee on Intellectual Property and Private International Law, Resolution 6/2020, *Guidelines on Intellectual Property and Private International Law (“Kyoto Guidelines”)*, November 29 – December 13, 2020, Guideline 5(b).

⁶⁷ J. Blom, R. C. Dreyfuss, P. Jurcys et al., *Kyoto Guidelines: Jurisdiction*, *Journal of Intellectual Property, Information Technology, and Electronic Commerce Law*, vol. 12, 1/2021, 13-43, 19.

⁶⁸ Вид. В. Van Houtet, *op. cit.*, 321.

⁶⁹ Вид. Т. Lutzi, *Private International Law Online: Internet Regulation and Civil Liability in the EU*, Oxford, 2020, 118-121.

⁷⁰ *Case C-170/12, Peter Pinckney v. KDG Mediatech AG*, пасус бр. 42; *Case C-441/13, Pez Hejduk v. EnergieAgentur.NRW GmbH*, пасус бр. 32.

⁷¹ Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (codification), OJ L 154, 16.6.2017, p. 1–99.

уговора.⁷² Чињеница да је ово први пут да је Суд ЕУ прихватио примену критеријума усмеравања делатности у споровима о повреди права интелектуалне својине, те да је истакао потребу уједначеног тумачења одредаба о судској надлежности у споровима који се односе на заштиту трговачког жига, без обзира на то да ли се ради о праву које постоји на европском или националном нивоу,⁷³ наводи поједине ауторе да закључе како је само питање времена када ће Суд ЕУ проширити критеријум усмеравања делатности и на тумачење чл. 7. ст. 2. Прве бриселске уредбе у контексту повреде права аутора.⁷⁴

Тумачење места настанка штете, у смислу чл. 53. ст. 1. ЗРСЗ, као места према којем је потенцијални штетеник усмерио своје деловање у споровима о повреди ауторског и сродних права на интернету има бројне предности.

Прво, чињеница да је деловање туженог било усмерено ка публици или потрошачима у Србији требало би да омогући заснивање надлежности домаћих судова у случајевима када постоји стварна и чврста веза између спора и наше земље, односно да спречи ангажовање домаћег правосуђа у стварима у којима се контакт спора са територијом Србије своди на чињеницу да је материјал који је био предмет повреде доступан на овој територији. На тај начин се истовремено спречава да домаћи судови поступају када је јасно да се не налазе у доброј позицији да процене постојање одговорности штетеника и обим евентуално настале штете.

Друго, тумачење појма места настанка штете на поменути начин спречава појаву спорова празне јурисдикције, тј. спорова у којима би били испуњени услови за надлежност домаћег суда, али би истовремено штета на коју би се односио тужбени захтев била незнатног обима. Тиме би се обесхрабрило покретање поступака у којима је износ трошкова поступка вишеструко већи од обима досуђене накнаде штете.

Треће, употреба критеријума усмеравања деловања штетника служи заштити туженог од покретања поступка пред судом чију надлежност није могао да разумно предвиди. На тај начин се успоставља равнотежа у заштити интереса странака и доприноси очувању правне сигурности.

Са друге стране, са применом критеријума усмеравања деловања повезан је један значајан проблем – како утврдити да ли је деловање потенцијално штетника било усмерено према територији државе форума?

Општи правобранилац Јаскинен у предмету Пинкни предлаже, уз одговарајућа прилагођавања, употребу критеријума које Суд ЕУ користи при-

⁷² *Case C-172/18, AMS Neve Ltd. and Others v. Heritage Audio SL and Pedro Rodríguez Arribas*, 5 September 2019, пасус бр. 47.

⁷³ *Ibid.*, пасус бр. 58.

⁷⁴ Вид. V. Lazić, P. Mankowski, *The Brussels I-bis Regulation: interpretation and implementation*, Cheltenham and Northampton, 2023, параграф бр. 2.281.

ликом тумачења одредбе члана 17. став 1. тачка ц) Прве бриселске уредбе.⁷⁵ Поменута одредба предвиђа да надлежност суда државе чланице у којој се налази пребивалиште потрошача постоји у потрошачким споровима, између осталог, када је трговац усмеравао своје комерцијалне или професионалне активности према држави форума. У онлајн контексту, Суд ЕУ помиње, примера ради, неке од индиција које се могу узети у обзир приликом анализе, као што су: чињеница да вебсајт наводи да се одговарајуће роба или услуга нуди потрошачима у држави чланици, навођење контакта са међународним позивним бројем, употреба националног интернет домена који се разликује од државе седишта трговца, чињеница да се вебсајт јавља у различитим језичким варијантама и да је омогућено плаћање у различитим валутама.⁷⁶

Принципи Америчког правног института такође помињу индиције које се могу сматрати релевантним за закључак да је тужени усмеравао деловање према држави форума, у случајевима наводне повреде права интелектуалне својине: испоручивање робе на територији државе суда, омогућавање лицима са територије државе суда да наруче одговарајућу робу или услугу, прилагођавање материјала намењеног комуникацији са корисницима у одређеној јурисдикцији, као што је прилагођавање садржаја који се нуди интересовању корисника на територији државе суда.⁷⁷ Као посебно важна индиција у интернет-комуникацији помиње се језик – чињеница да је интернет страница на језику државе форума може, уз друге факторе као што је омогућавање евентуалног плаћања садржаја у валути ове државе, може бити одлучујућа за закључак да је активност туженика била усмерена ка држави суда.⁷⁸ Са друге стране, ако је потенцијални штетеник користио алате намењене блокирању приступа својој страници из одређене јурисдикције, овај фактор може указивати на то да не постоји усмеравање деловања према тој јурисдикцији.⁷⁹

Коначно, посебно користан фактор за утврђивање да ли у конкретном случају постоји деловање које је усмерено према територији државе суда је интензитет саобраћаја који је генерисан активностима туженог – доказ да је интернет страници заиста приступано са територије државе суда је доказ

⁷⁵ *Case C-170/12, Peter Pinckney v. KDG Mediatech AG*, 3. октобар 2013. године, *Opinion of Advocate General Jääskinen*, пасус бр. 66.

⁷⁶ *Joined Cases C-585/08 and C-144/09, Peter Pammer v. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG (C-585/08) and Hotel Alpenhof GesmbH v. Oliver Heller (C-144/09)*, 7 December 2010, пасуси бр. 80-84.

⁷⁷ American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes* (2007), Comment, Section 204, 95.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

да је деловање штетеника било усмерено на ову државу.⁸⁰ Што је већи број случајева преузимања одговарајућег садржаја на територији једне државе, то је лакше закључити да је услов који се односи на усмеравање деловања потенцијално одговорног лица испуњен.⁸¹

Потребно је истаћи да није сваки од наведених фактора примењив у сваком појединачном случају. Повреда ауторских права на интернету може имати различите појавне облике. Нема сумње да се, на пример, све индиције које служе за утврђивање да ли постоји усмеравање активности код неовлашћене дистрибуције материјала уз новчану накнаду не могу једнако применити на неовлашћено саопштавање ауторског дела у форми објављивања фотографије на интернет блогу или музичког дела на јутјуб каналу. Ипак, оне могу да послуже као добра полазна основа домаћим судовима у покушају да одговоре на питање да ли се место наступања штете у споровима поводом повреде субјективних ауторских права налази на територији Србије, односно да ли је испуњен услов за заснивање међународне надлежности из члана 53. став 1. ЗРСЗ.

5. ЗАКЉУЧАК

Природа интернета као средства за комуникацију и размену информација рађа специфичне проблеме за међународно приватно право. Један од њих се односи и на утврђивање међународне судске надлежности у случајевима повреде имовинских и личних права аутора извршених употребом интернета. У контексту српског права и у вези са овом врстом спорова, домаћи судови се налазе у прилици да пруже одговор на питање како се тумачи одредба члана 53. став 1. ЗРСЗ која везује међународну надлежност код вануговорне одговорности за штетеу за чињеницу да је на територији Србије настала штета. Анализа која је била предмет овог рада указује на то да је, код поменуте врсте спорова, нецелисходно изједначити место настанка штете са местом из којег је могуће приступити заштићеном садржају. Уместо тога, постојање чврсте везе између спора и Србије и заштита интереса обе странке у поступку обезбеђују се прихватањем надлежности у ситуацији када је могуће закључити да је деловање потенцијалног штетника било усмерено према корисницима интернета на територији Србије. Иако је немогуће утврдити коначну листу фактора који би пружили недвосмислен одговор на питање да ли је услов усмеравања активности испуњен у сваком појединачном случају, фактори који се помињу у овом раду могу да послуже домаћим судовима као полазна основа за спровођење сопствене анализе.

⁸⁰ P. L. C. Torremans, *op. cit.*, 552.

⁸¹ *Ibid.*

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes* (2007).
- J. Blom, R. C. Dreyfuss, P. Jurcys et al., Kyoto Guidelines: Jurisdiction, *Journal of Intellectual Property, Information Technology, and Electronic Commerce Law*, vol. 12, 1/2021, 13-43.
- A. F. Christie, Private International Law Principles for Ubiquitous Intellectual Property Infringement – A Solution in Search of a Problem, *Journal of Private International Law*, vol. 13, no. 1/2017, 152-183.
- P. de Miguel Asensio, *Conflict of Laws and the Internet*, Cheltenham, Northampton, 2020.
- S. Depreeuw, J. Hubin, Of Availability, Targeting and Accessibility: Online Copyright Infringements and Jurisdiction in the EU, *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, vol. 9, 9/2014, 750-764.
- M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, *Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu (Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima)*, Beograd, 1991.
- П. Ђундић, Међународна надлежност у споровима поводом повреде права личности на интернету – право Србије и Европске уније, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, том LVI, бр. 4/2022, 1033-1054.
- European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), *Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property*, Final Text, 1 December 2011.
- H. W. French, Chinese Market Awash in Fake Potter Books, *The New York Times*, 1 August 2007.
- J. C. Ginsburg, The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change, *Recueil des cours*, vol. 273/1998.
- C. Heinze, A Framework for International Enforcement of Territorial Rights: The CLIP Principles on Jurisdiction, 53-77, 64, у: J. Basedow et al. (eds.), *Intellectual Property in the Global Arena*, Tübingen, 2010.
- J. Hörnle, *Internet Jurisdiction (Law and Practice)*, Oxford, 2021.
- International Law Association, Committee on Intellectual Property and Private International Law, Resolution 6/2020, *Guidelines on Intellectual Property and Private International Law ("Kyoto Guidelines")*, November 29 – December 13, 2020.
- F. K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, special edition, Leiden, 2005.
- V. Lazić, P. Mankowski, *The Brussels I-bis Regulation: interpretation and implementation*, Cheltenham and Northampton, 2023.
- T. Lutzi, *Private International Law Online: Internet Regulation and Civil Liability in EU*, Oxford, 2020.
- T. Lutzi, Internet Cases in EU Private International Law – Developing a Coherent Approach, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 66, 3/2017, 687-722.
- U. Magnus, P. Mankowski (eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Köln, 2023, 306; T. Lutzi, *Private International Law Online: Internet Regulation and Civil Liability in EU*, Oxford, 2020.

- R. Matulionyte, Enforcing Copyright Infringements Online in Search of Balanced Private International Law Rules, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 6, 2/2015, 132-145.
- С. М. Марковић, З. Миладиновић, *Ауторско право и сродна права*, друго незнатно измењено издање, Крагујевац, 2014.
- A. Nuyts, Suing At the Place of Infringement: The Application of Article 5(3) of Regulation 44/2001 to IP Matters and Internet Disputes, у књизи: A. Nuyts (ed.), *International litigation in intellectual property and information technology*, Alphen aan den Rijn, 2008, 105-131.
- E. Rosati, *Copyright and the Court of Justice of the European Union*, 2nd edition, Oxford, 2023.
- T. Striphas, *The Late Age of Print: Everyday Book Culture from Consumerism to Control*, New York, 2009.
- D. J. B. Svantesson, *Private International Law and the Internet*, 4th edition, Alphen aan den Rijn, 2021.
- P. L. C. Torremans, *Intellectual Property and Private International Law*, 3rd edition, Oxford, 2024.
- B. Van Hourtet, Jurisdiction in Cross-Border Copyright Infringement Cases – Rethinking the Approach of the Court of Justice of the European Union, A. Bonomi et al. (eds.), *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII – 2020/2021, 299-335.
- N. Vujičić, „Lociranje“ striminga u autorskom pravu, у књизи: D. V. Popović (ur.), *Intelektualna svojina i internet*, Zbornik VI, Beograd, 2022, 53-71.

Petar M. Đundić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
P.Djundic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9223-6373

International Jurisdiction of Serbian Courts and Copyright Infringement Over the Internet: An Interpretation of Article 53 Paragraph 1 of the Serbian PIL Code

Abstract: *The nature of the internet as a means of communication and information exchange gives rise to specific problems in private international law. One of them refers to the determination of international jurisdiction in cases of violation of economic and moral rights of authors committed through the use of the internet. In the context of Serbian law and in connection with this type of disputes, domestic courts have an opportunity to provide an answer to the question of how to interpret the provision of Article 53 paragraph 1 of the Serbian PIL Code, which establishes jurisdiction of Serbian courts for disputes arising from non-contractual liability in cases in which the damage occurred on the territory of Serbia. The paper argues that, in these type of disputes, it is inappropriate to equate the place where the damage occurred with the place from which it is possible to access the protected content. Instead, the existence of a strong connection between the dispute and Serbia and the protection of the interests of both parties in the proceedings are better protected by the acceptance of jurisdiction in a situation where it is possible to conclude that the actions of an alleged infringer were directed towards internet users on the territory of Serbia.*

Keywords: *international jurisdiction, copyright, the internet, the place where the damage occurred.*

Датум пријема рада: 6. 12. 2024.

Датум прихватања рада: 29. 1. 2025.

Ненад С. Тешић
Универзитет у Београду
Правни факултет у Београду
nenad.tesic@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9101-7371

О ЈЕДНОГОДИШЊЕМ РОКУ ЗАСТАРЕЛОСТИ*

Сажетак: Закон о облигационом односима – ЗОО (1978) је захваљујући унутрашњем квалитету ојстиао до данас и то не само у Републици Србији, већ и у свим државама које су насилале дисолуцијом Југославије (уз мање измене и прилагођавања). Анализа одређених правних инстинкција, као што је застарелост показује да се промет роба и услуга значајно развио у односу на време када су формулисане норме Закона о облигационим односима и да њихова примена у бројним случајевима захтева више од једне трамајичке тумачења. Од колебања у судској пракси нису изузете ни норме о једногодишњем року застарелости изражавања (ЗОО члан 378). У раду планирам да се осврнем управо на такве случајеве, који су због своје сложености досијели и до највиших судских инстанци у Републици Србији и у региону Југоисточне Европе. Нека изражавања, као што су она мобилног оперативора за испоруку услуга мобилне телефоније се релативно лако могу одвесити под законску формулацију „изражавања поштом, телеграфа и телефона за употребу телефона“ иако мобилни оперативор није пошта и упркос томе што савремени „паметни“ телефони ни мало не личе на своје претече из 1978. Слично је и са изражавањем за испоруку сигнала кабловске телевизије путем коаксијалног или оптичког кабла које се лако може изједначити са формулацијом „изражавања радио-станице и радио-телевизијске станице за употребу радио-пријемника и телевизијског пријемника.“ Међутим, изражавања за испоруку услуга коришћења Интернет ради употребе рачунара, самостално или у пакету са изражавањима за испоруку других услуга и продају роба (општа различитих уређаја на рачунаре: „паметног“ телефона, сајта и сл.) и отварају веће дилеме. Сличне недоумице се јављају код обједињене најбоље комуналних изражавања, на пример, Интернет у Београду,

* Рад је настао у оквиру истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду: „Проблеми стварања, тумачења и примене права“ за 2024. годину.

Информатика у Новом Саду и др. Посијавља се ишијање, да ли законски израз „иоираживање накнаде за одржавање чистиоће“ обухваиа: услуге канализације, сакуиљање и тирансиорит комуналној оишада, тирейман кабасиој оишада и одлаање комуналној оишада, или још сложеније да ли законски израз „иоираживање накнаде за исиоручену воду“ иодразумева сијавке хладна вода, накнада за коришћење водној добра и накнаду исиуштену воду? Који је рок засијарелосији за иоираживања уирављања и одржавања зираде који насиају ио Закону о сијановању и одржавању сијамбених зирада? Шија је са иоираживањима накнаде за услугу иаркирања на јавним иаркиралицијиима и сл?

Поред ових недоумица у иракси се оијворило ишијање, да ли иоираживање услуге шелефона у исијом року засијарева и ирема домаћинсијву и ако је услуга исиоручена иравним лицима? Наијред наведено, указује на иоијребу да се ириликом евениуалне реформе облијационој ирава размисли и о иреформулацији члана 378 ЗОО. Од значаја је да будуће законодавно решење довољно широким изразима обухваии услуге које су актиуелне, али и иоираживања из оних услуга које данас можемо само наслушиији на основу ироцеса убрзане дишиијалне тирансформације иривредних актијвности и грушија у целини, на иримејр, иоираживања накнаде на коришћење вешиаичке инијелијенције и сл.

Кључне речи: *засијарелосиј. – иравна сијурносиј. – иринциј финалишијиа. – зацијишија дужника. – услуге за иоијребе домаћинсија.*

1. УОПШТЕ О ЗАСТАРЕВАЊУ

1.1. *Panta rei*

Ако све тече и све се мења, ни субјективна права не могу бити изузетак.¹ Време је сматра правном чињеницом која чини да право услед дугог невршења слаби. Правни поредак тежи прилагођавању стварости. Дуготрајно фактично стање претвара се у правно.² Ово се оправдава тако што се основано може узети да онај ко не врши своје овлашћење дуже време и не жели да га има. Небрига о субјективном праву погађа титулара, на различите начине, у зависности од тога о ком праву је реч. Може се рећи да је привременост урођена особина трајбина. Једна страна временске субдимензије

¹ Застарелост постоји и у другим гранама права. Милан Шкулић, Застарелост кривичног гоњења – законско решење и нека спорна питања, Билтен Првог основног суда у Београду, број 1/2016, Београд, 2016., 118–144

² „Фактичко невршење се током времена претвори у правно невршење“. Лазар Марковић, *Грађанско иправо*, Прва књига, Општи део и стварно прав, Београд 1927, 275.

тражбина је доспелост, а друга застарелост.³ Доспелост се може упоредити са сазревањем плодова из природе који протеком времена постају подобни за употребу.⁴

Моменат „сазревања“ потраживања може бити унапред задат уговарањем датума доспелости, односно везивањем доспећа за неки будући догађај, или накнадно одређен, тако да потраживања доспева на захтев повериоца.

Застарелост је класични приватноправни институт који своје корене вуче из античких права.⁵ Тражбине начелно застаревају, али не све, нити су код свих тражбина које застаревају, правне последице застарелости једнообразне.

1.1. Тражбине, по правилу, застаревају

Тражбине су, у принципу, застариве. Притом, нема разлике да ли се ради о новчаним или неновчаним потраживањима. Ипак, није довољно да је потраживање настало. Да би застаревало мора да испуњава одређене претпоставке.

– Застаревају доспела потраживања. Дуг постоји и пре доспећа, али пре доспећа не застарева. Застаревање тече од оног момента када је поверилац судским путем могао да захтева испуњење.

– Застаревају само цивилна потраживања. Дакле само тражбине које су *ab initio* принудно наплативе из имовине дужника.⁶

1.2. Неке тражбине не застаревају, услед спољашњих узрока

Не застаревају потраживања у погледу којих постоји разлог за застој.⁷ За потраживања која настају и доспевају за време док траје застој, не може почети да тече рок застарелости све до престанка застоја.⁸ Одређене чињенице спречавају застаревање.⁹ тако да у таквим ситуацијама незастаревање

³ Ненад Тешић, *Продаја и њенос њојтраживања*, Београд 2012, 66.

⁴ Н. Тешић 2012, 66.

⁵ О историјским коренима овог института од римског права до европских кодификација приватног права вид.: Nina Zupanc, „Konstantinovičeva koncepcija uređenja zastarelosti: da li su ideje o uticaju vremena u pravu izdržale uticaj vremena na pravo?“ *Analī PFB /Poseban broj i čast profesora Mihaila Konstantinoviča /2022*, 325 – 326.

⁶ Према неким ауторима, природне облигације су „наплативе али нису утуживе“. Марија Караникић Мирић, *Облигационо њраво*, Београд 2024, 130.

⁷ *Contra non valentem agere non currit praescriptio* (C. J., 7, 35,4) *Ante Romac Latinske pravne izreke*, Zagreb 1982, 480.

⁸ Ако застаревање није могло почети да тече због неког законског узрока, оно почиње тећи кад тај узрок престане.ЗОО 384, ст. 1. Вид.: *Решење Врховној касационој суду Прев 258/2021*, од 03.06.2021. године, председник већа судија Бранко Станић

⁹ Закон о облигационим односима – ЗОО,„Сл. гласник РС“, бр. 29/78,

39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93,

„Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља и „Сл. гласник РС“, бр. 18/2020, чл. 381.

није последица неке унутрашње одлике инхеренте самој тражбини, већ спољашњих узрока који се у неким случајевима тичу личног статуса и блискости страна у облигационом односу, (на пример не застаревају потраживања између супружника и ванбрачних партнера, између родитеља и деце док траје родитељско право). У другом ситуацијама, потраживања не застаревају услед заузетости повериоца важнијим јавноправним ангажовањем (на пример, стоји застарелост потраживања лица на војној дужности за време рата, или радноправним ангажовањем (на пример, не застаревају потраживања лица запослених у туђем домаћинству према послодавцу), где би покушај принудне наплате довео повериоца у незгодну ситуацију услед губитка посла и дома.

Не застаревају ни она потраживања у погледу којих постоје „несавладиве препреке“ – објективне околности које онемогућавају повериоца да судски остварује своје право.

1.3. Неке тражбине не застаревају, услед специфичних одлика

Не застаревају ни потраживања из облигација које су иницијално натуралне.¹⁰ У овом случају незастаревање произилази из специфичне одлике изворно натуралних облигације које и не обавезују дужника у сфери правног промета већ морала. Ако потраживању од почетка недостаје правна санкција, она не може ни да отпадне.

Не застаревају оне тражбине код којих је законом прописана забрана застаревања, на пример, право на законско издржавање.¹¹

1.4. Неке тражбине могу да застаре, али без уобичајених последица у погледу немогућности принудног намирења

Посебну категорију тражбина из угла застарелости представљају: потраживања обезбеђена стварноправним обезбеђењем. Такве тражбине застаревају истим темпом као и друге, али упркос истека застарног рока, поверилац не губи могућност принудног намирења. Додуше уз одређена ограничења. Намирење је могуће само у погледу главног дуга, не и камате и то само из вредности обезбеђеног добра.¹²

¹⁰ Према извору настанка познате су две групе натуралних облигација: а) облигације настале на правном плану; б) натуралне облигације са моралним поретком... Јожеф Салма, *Облигационо право*, Нови Сад 2007, 174.

¹¹ ЗОО чл. 373, ст.2

¹² ЗОО чл. 368. „Хипотекарни поверилац може да се намири из вредности хипотековане непокретности и после застарелости обезбеђеног потраживања. У случају из става 1. овог члана, камата и друга повремена давања не могу се намирити из предмета хипотеке“.

2. ЗАШТО ТРАЖБИНЕ ЗАСТАРЕВАЈУ?

2.1. Институт застаревања подстиче повериоца да се стара о својим правима

Застаревање наводи повериоца да мисли о своме праву на време. Правни поредак му ставља до знања да право на принудно намирење не траје бесконачно, те да немарност и неблаговременост у погледу остваривања субјективних права нису препоручљиви. Тако посматрано правила о застарелости делују превентивно у правцу постизања извесности у правним односима и правном промету. Путем института застарелости, друштво фаворизује титуларе који се ревностно старају о својим правима, чиме се доприноси укупној стабилности правног промета.

2.2. Институт застаревања штити дужника

Велика је вероватноћи да тражбина која има свој основ у догађајима из далеке прошлости, или није ни настала или је већ угашена.¹³ Протеком времена документација често бива затурена, а сведоци догађаја недоступни. Структура запослених у компанијама је врло флуидна и након неколико година често не остане нико „из старог одељења“, коме су познате околности закључења и реализације неког уговора. Потенцијални сведоци, физичка лица све чешће мењају место пребивалишта. У екстремним ситуацијама, једна или обе стране у облигационом односу нису више међу живима, тако да би расправу о давнашњој тражбини водили наследници некадашњих страна у облигационом односу. Да би се избегла таква врста замршености, активира се институт застарелости који управо почива на идеји да је неправично дужнике излагати страху од изгубљене документације и забораву сведока. Ако је дужник протеком законом прописаног рока оснажен приговором застарелости, ублажен је ризик од двоструког плаћања и могућност да поверилац после дугогодишње пасивности оствари своје право на основу „накнадне памети“.

2.3. Институт застаревања је у општем интересу

Застарелост потраживања у Републици Србији је регулисана Законом о облигационим односима. Когентна природа норми у конкретном случају

Закон о хипотеци – ЗОХ „Сл. гласник РС“, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – одлука УС и 83/2015, чл. 26, ст.1. Опширније о мудрој повериоцу који је своје потраживање утврдио заложним правом тако да може да се намири из оптерећене ствари, као једној од погодности које повериоцу доноси стварноправно обезбеђења вид: Ненад Тешић, *Регистрована zaloга*, Београд 2007, 44.

¹³ Јаков Радишић, *Облигационо право* – општи део, Ниш 2017, 425.

упућује да застарни рокови нису само у приватном интересу, већ и у ширем јавном интересу.¹⁴ Овај институт није плод неке произвољности, већ једна врста друштвене нужности,¹⁵ „олакшава правни промет и правни ред“,¹⁶ умањујући вероватноћу да ће спорне ситуације из прошлости нарушити социјални и економски поредак. Институт застарелости се заснива на неколико једноставних идеја: идеји невршења права (незаинтересованости за своје право), и идеји ослобађајућег дејства, која се састоји у томе да се дужник ослобађа терета који се показао као непотребан, о чему сведочи пасиван однос повериоца према свом праву.¹⁷ Савремена друштва у правном промету цене предвиљивост. Ако је опасност од испливавања нерешених случајева након много година минимална учесници на правном промету могу планирати своје обавезе и права са довољном сигурношћу да се давнашњи захтеви неће протезати у недоглед.

2.4. Институт застаревања мири приватноправне и јавноправне интересе

Стране у правном односу желе да знају на чему су. „Неизвесност убија“. Застарелост има за циљ да успостави равнотежу између интереса повериоца да потражује испуњење и интереса дужника да након одређеног периода буде заштићен од принудног намирења. Повериоци су подстакнути да правремено траже испуњење својих права, док се дужницима предочава јасан временски оквир, након којег њихова обавеза постаје природна (принудно неостварива).¹⁸ Приватноправни интереси су овде у сагласју са јавним интересима. Друштво је заинтересовано за ефикасно правосуђе. Ако судови нису пребукирани расправама о давнашњим тражбинама, олакшава се приступ правди оним повериоцима чија су потраживања новијег датума. Друкчије казано, институт застарелости спречава претрпаност судова тужбама којима је „истекао рок“.

¹⁴ Miha Juhart у Miha Juhart, Damjan Možina, Barbara Novak, Ada Polajner – Pavčnik, Viktorija Žindaršič Skubič, *Uvod u civilno pravo*, Ljubljana 2016, 227.

¹⁵ Радомир Лукић, прерадили Јасминка Хасанбеговић и Марко Божић, *Увод у право*, Београд 2020, 232.

¹⁶ Л. Марковић, 278.

¹⁷ Соња Несторовић, *Застарелост и оштраживања накнаде за рад управника, инвестициони фонд и одржавање зграде*, <https://www.otvorenaratapravosudja.rs teme/ostalo/zastarelost-potrazivanja-naknade-za-rad-upravnika-zgrade-investicioni-fond-i-za-odrzavanje-zgrade>.

¹⁸ Цимерман (Zimmermann) наглашава да је код института застарелости важно правилно балансирање интереса поверилаца да захтевају наплату са потребом за коначношћу и сигурношћу у правним односима (енг. “balance finality (closing old cases) with justice (ensuring legitimate claims are heard”). Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1996, Oxford University Press, 73–76.

3. ФУНДАМЕНТАЛНИ ПРИНЦИПИ НА КОЈИМА ПОЧИВА ЗАСТАРЕВАЊЕ

3.1. Принцип правне сигурности

Начело правне сигурности налаже да се о судбини тражбине одлучи у разумном временском оквиру без непотребног развлачења. Ако би повериоцима било остављено неограничено време за остваривање тражбина, запатили би се несигурност и нестабилност у правном промету. Управо је правна сигурност кључна вредност која опредељује застарелост. У овом принципу се налази објашњење како застарни рок доприноси стабилности правног окружења. Тако конципирано, застаревање фаворизује коначност спречавајући да се стари захтеви вуку у бесконачност.¹⁹ На тај начин, странама у облигационом односу отвара се простор да планирају и управљају својим правима и обавезама са довољном дозом сигурности.²⁰

3.2. Принцип правичности

Застарелост штити дужника од тога да доказује испуњење много година од настанка потраживања или да се изложи ризику двоструког плаћања. Како време пролази, докази могу бити изгубљени, сведоци могу бити недоступни, а сећања бледе. Све то отежава правично решавање спорова по давнашњим захтевима.²¹

3.3. Принцип заштите дужника

Истеком застарног рока дужник стиче право да одбије испуњење давнашње, од повериоца занемариване, тражбине.²² Универзално је прихваћено

¹⁹ Неки аутори истичу концепт коначности у правним односима (нем. *Konzept der Finalität in Rechtsverhältnissen als zentrales Prinzip des Privatrechts*) као централни принцип на коме почива приватно право. У овом контексту Бидлински пружа детаљну анализу улоге института застарелости (*Verjährung*) у постизању ове коначности, наглашавајући да се кроз застарелост обезбеђује да спорови не остају нерешени у недоглед, чиме се доприноси јасноћи и стабилности, како у личним, тако и у пословним односима. Franz Bydliniski, *System und Prinzipien des Privatrechts* Springer Verlag, 2017, 378-385.

²⁰ У коментару § 194 BGB који се односи на застаревање („*Verjährung*“) наглашава се да су кључни аспекти овог института правна сигурност („*Rechtssicherheit*“) и равнотежа између правде и коначности. Peter Bydliniski *Münchener Kommentar zum BGB* („*MünchKommBGB*“), 8. Auflage (2019, С.Н. Beck), Band 5, 10–55.

²¹ Бидлински важност ове заштите, представља као израз правичности, тако да дужник не би требало да буду у неповољном положају због прекомерног одуговлачења у правном процесу. Коначност правних односа обезбеђује да након одређеног периода све стране могу сматрати спорове затвореним. F. Bydliniski, 2017, 383.

²² Детаљније о заштити дужника „*Schutz des Schuldners*“ кроз застаревање видети одлуку швајцарског савезног суда BGE 136 V 73, Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 18. Januar 2010.

становиште да протеком одређеног времена дужник заслужује да не буду изложени дилеми: хоће ли и када бити позван на испуњење. Застарелост омогућава неопходну стабилност у његовом пословању и личном животу. Тиме се спречава да дужник буде у перманентној правној неизвесности и омогућава му се да планира своје финансије без страха од давнашњих тражбина. Застарелост штити дужника од евентуалне злоупотребе права од стране повериоца који би, чекајући дужи временски период, могао да искористи дужникову немоћ или незнање.

3.4. Принцип пропорционалности

Застаревање је важан правни инструмент, јер помаже у спречавању несигурности и омогућава правну стабилност. Међутим, мора се примењивати на начин који омогућава поштовање људских права. Европски суд за људска права (ЕСЉП) у први план истиче принцип пропорционалности када је у питању примена законских норми које утичу на људска права. Пропорционалност подразумева да примењена правна средства или мере не умањују право појединца на несразмеран начин у односу на циљеве које закон жели постићи. У овом контексту, то значи да се кроз институт застарелости може ограничити право на остваривање потраживања, али да ограничење не може бити несразмерно тако да доведе до неоправданог губитка имовине. У случајевима када застара представља препреку за остваривање имовинских права, судови би требали проверити да ли је примена тог рока у складу са основним правима и слободама. Застара не може бити апсолутна и аутоматска, јер би у супротном могла постати препрека за остваривање права на имовину и право на правичну накнаду. Према пракси овог Суда, правила о застаревању не могу бити превише строга и нефлексибилна нити примењена у ситуацијама које би представљале непропорционално ограничење права повериоца на заштиту имовине. Ако би норме о застаревању биле примењене на начин који несразмерно нарушава право повериоца на наплату дуга, то би представљало повреду члана 1 Протокола 1 ЕКЉП. На пример, ако би застарни рок био прекратак или сувише ригорозан, те би поверилац био онемогућен да заштити свој имовински интерес, то би могло представљати повреду његових права. Овај принцип је у контексту застарелости примењен у случају *Zarb Adami v. Malta*²³ У овом случају, ЕСЉП је разматрао да ли наступање застарелости потраживања може бити сматрано несразмерним ограничењем права на имовину. Зарб Адами, који је био новинар, суочавао се с губитком права на накнаду штете због клевете, након што је истекао законски рок за подношење тужбе. Суд је утврдио да потраживање накнаде

²³ ECtHR, *Zarb Adami v. Malta*, Application no. 17209/02, Judgment of 20. June 2006.

штете може бити сматрано имовином, према члану 1 Протокола 1 ЕКЉП. Примена принципа пропорционалности била је кључна у овом случају, јер је наступање застарелости отворило питање о томе да ли би таква правна препрека може довести до несразмерног губитка права на имовину, посебно јер би дужник (у овом случају суд) могао да се ослободи одговорности једноставним позивањем на застарелост. ЕСЉП је закључио да рокови застаре не могу несразмерно угрозити право појединца да наплати своје потраживање, јер би то било у супротности са правилима заштите имовине из ЕКЉП. Застара потраживања, која се заснива на законом прописаном временском року, не може аутоматски довести до губитка економског интереса ако би то било несразмерно у односу на право повериоца на заштиту имовине.²⁴

У сличним случајевима, ЕСЉП је понављао основни принцип да, иако застара има легитиман циљ да обезбеди правну сигурност, она не може бити примењена ако би довела до непропорционалног губитка права на имовину. Суд је истакао да законодавци морају пропорционално регулисати рокове застаре, узимајући у обзир специфичне околности сваког случаја.²⁵

3.5. Принцип незадирања у „суштину“ права на приступ суду

У члану 32. став 1. Устава Републике Србије²⁶ гарантује се право на правично суђење. Иако гаранција права на приступ суду није изричито прописана, ово начело је саставни део права на правично суђење којим се свакоме обезбеђује право да покрене судски поступак и право да сваки захтев који се односи на његова грађанска права и обавезе буде размотрен пред судом.²⁷ Наступање застарелости се може посматрати и из угла својеврсног ограничења права на приступ суду. У једном случају који се поводом уставне тужбе, нашао пред Уставним судом Републике Хрватске „суд је истакао да застаревање представља ограничење права на приступ суду, најважнијег јемства права на правично суђење без чијег остварења нема остварења ниједног другог јемства правичног суђења. Право на приступ суду не укључује само право да се поступак покрене, већ и право на „решавање“ спора од стране суда.²⁸ Неспорно је да право на приступ суду није и не може бити апсолутно. Оно је подвргнуто ограничењима будући да по самој својој природи захтева регулацију државе која у том погледу има извесну слободу процене.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Уместо свих: ECtHR, *De Souza Ribeiro v. France*, Application no. 22689/07, Judgment of 13. December 2012.

²⁶ „Сл. гласник РС“, бр. 98/2006 и 115/2021.

²⁷ Уставни суд Републике Србије, *Одлука Уж-1866/2009* од 18.02.2010.

²⁸ Ustavni sud Republike Hrvatske, *Odluka U-III/3062/2019* од 3. studenog 2020. godine.

Та ограничења, међутим, неће бити спојива с правом на правично суђење ако не теже легитимном циљу, и ако не постоји разумна сразмера између употребљених средстава и легитимног циља коме се тежи. Законски застарни рокови имају неколико важних циљева, као што су осигурање правне извесности, заштита потенцијалних тужених од застарелих захтева, спречавање неправде која би могла настати ако се од судија тражи да одлучују о догађајима који су се догодили у далекој прошлости и/или на основу доказа који би могли бити непоуздани или непотпуни због протеча времена.

Грађанскоправни институт застаревања је ограничење уставног и конвенцијског права на приступ суду, иако наступање застарелости, само по себи, не значи аутоматски да је дошло до повреде права на приступ суду. Штавише, у пракси ЕСЈП-а питање легитимности застаревања као могућег ограничења права на приступ суду по правилу се не доводи у питање... Проблематизује се само ако се оцени да је ограничење у околностима конкретног случаја неразумно, то јест да није успостављена (праведна) равнотежа између наметнутог ограничења и циља који се жели постићи. У том смислу ЕСЈП, узимајући у обзир специфичне околности конкретног случаја, преиспитује однос субординације субјективног застарног рока објективном року. Непропорционалним ограничењем сматра се уређење када је оштећеник био у немогућности да приступи суду јер је његов захтев за накнаду штете застарео истеклом објективног рока, а он је (због латентног стадија болести или из других оправданих разлога) за штету и њен обим сазнао накнадно.

Према уверењу Суда, сврха застаревања као института облигационог права је санкционисање небриге и немара повериоца за властите имовинске интересе (*iura vigilantibus*), које оправдава да дужник протеклом времена истакне приговор застарелости као своје право да не изврши постојећу, доспелу и ужививу обавезу, јер је захтев за њено испуњење повериоцем пасивношћу застарео²⁹.

²⁹ Уставни суд Републике Хрватске оцењује да „подносиоци не само да нису могле, него нису нити морале знати за постојање обавезе адвоката према њима. То стога што је однос странке и адвоката однос у чијем је основу поверење. Странка треба адвоката баш због своје недовољне вичности праву, а баш због природе послова које адвокат обавља за странку овај мора моћи имати поверење у адвоката... Из тога даље произлази да странка није дужна сумњати у свог адвоката и проверавати му рад... Правилан приступ редовних судова омогућио би подносиоцима да очекују друкчије решавање њихове грађанске тужбе од одбијања тужбеног захтева због наступа застарелости. Могло би се закључити да је арбитражни начин на који су судови оцењивали застарне рокове у овом предмету повредио и саму бит права подносиоци приступу суду.“ *Ustavni sud, Odluka U-III/3062/2019 od 3. studenog 2020. godine*. Такво правно схватање усвојио је и Врховни суд Републике Хрватске.

4. ЗАНЕМАРИВАЊЕ ПРАВА ШКОДИ

4.1. Како наступање застарелости утиче на тражбину?

Ако дужник добровољно не испуни дуговано, поверилац може своје право утужити.³⁰ У одређеном броју случајева поверилац из њему знаних разлога бива немаран према своме овлашћењу,³¹ па таква облигација од цивилне постаје природна (принудно неостварива).³² Повериоцу који дуже време није настојао да намира своју тражбину ускраћује се право на тужбу.³³ Поверилац остаје без тужбе у материјалном смислу. Конкретније, „тужба у формалном смислу није искључена, али ће је суд одбити уколико по приговору дужника установи да је истекао рок у коме је поверилац могао остварити своје потраживање принудним путем“.³⁴ Укратко, застарелост је губљење захтева као могућности остварења права принудним путем.³⁵ Запуштено право не престаје,³⁶ већ бивша цивилна облигације услед занемаривања постаје непотпуна (несавршена).³⁷ Друкчије казано, потраживање се не гаси већ слаби. У погледу постојања поверичевог права и дужникове обавезе не мења се ништа, осим што држава због повериочеве продужене пасивности није више спремна да ангажује апарат принуде у циљу остварења потраживања мимо дужникове воље. Поједностављено, правни поредак сматра да није правично да се по протеклу одређеног времена потраживање остварује против дужникове воље. У ширем смислу, застарелост се може посматрати као ограничење принципа да се правне обавезе морају испуњавати. Повериоцу се шаље јасна порука: делуј благовремено или испаштај.

Ако прихватимо концепцију по којој тражбина има одређени квантитет (коликоћу) може се резоновати да се у погледу квантитета тражбине застарелошћу ништа не мења. На пример, дуг од 100.000,00 динара остаје дуг од

³⁰ Дијалектички процес остваривања потраживања као субјективног права развија се од апстрактности према све већој конкретности. Субјективно право – Захтев за остварење права – извршни наслов – принудно испуњење. Упоредити Borislav Perić, *Struktura prava*, Zagreb 1988, 89.

³¹ „За уређење застаревања од одлучујућег значаја није само ток одређеног времена већ је битна и чињеница да је у том времену поверилац остао пасиван по свом избору. То се дешава када је свестан свог захтева и лица дужника и истовремено га објективно ништа не омета у остваривању захтева“ N. Zupanc, 337.

³² Љубиша Милошевић, *Облигационо право*, Београд 1970, 231.

³³ Јаков Радишић, *Облигационо право* – општи део, Ниш 2017, 425.

³⁴ Богдан Лоза, *Облигационо право*, општи део Београд 2000, 89.

³⁵ Андрија Гамс са Љиљаном Ђуровић, *Увод у грађанско право*, Београд 1994, 188.

³⁶ Опстанак права се обично наводи као кључна разлика између застарелости и преклузије. Опшриније вид. Saša Nikšić, „Odnos zastare i prekluzije u obveznom pravu“, *Odabrane teme obligacionog prava. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu*, Beograd 2020, 297.

³⁷ Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2012, 114.

100.000,00 динара и по наступању застарелости. С друге стране, ако говоримо о квалитету тражбине (каквоћи), протек законом прописаног времена утиче на слабљење тражбине. Ако је поверилац као ималац права био пасиван у остваривању легитимног интереса и дозволио да истекне застарни рок, онда и правни поредак губи интересовање да му кроз апарат принуде помогне у остварењу права. Тражбина незаинтересованог повериоца, као таква не престаје, већ само „остаје без зуба“.

Застарелосту се мења овлашћење повериоца као активне стране у облигационом односу. Он и даље потражује оно што је до тада потраживао, али без могућности да принудно оствари своје потраживање. Правна позиција повериоца квалитативно слаби.

На другој страни, дужник као пасивна страна у облигационом односу и даље дугује оно што је до тада дуговао, али наступањем застарелости стиче право да одбије испуњење. Правна позиција дужника квалитативно јача.

Застарело потраживање је и даље *in bonis habere*,³⁸ бестелесно добро у имовини повериоца и објекат одговорности (*Haftungsobjekt*) и то одговорности повериоца за његове дугове.³⁹ Застарела тражбина је уступива, с тим да њена вредност на тржишту опада пошто нема много заинтересованих да купе робу са иманентном маном – „тражбину без санкције“.

4.2. Ако дужник не истакне застарелост, неће нико други

Иако је застаревање уређено императивним нормама и несумњиво је и у јавном интересу, суд не пази на застарелост по службеној дужности. Суд нити јавни извршитељ нису овлашћени да дужника поуче или упозоре на застарелост. Дужник је тај који је дужан да се информише о застаревању и да се перемпторним приговором успротиви остварењу тражбине.⁴⁰ Отуда се право дужника да одбије испуњење може посматрати као његово преображајно право. Застарелосту главног права застаревају и споредна права као што је камата, с тим што би дужник у приговору морао и то да нагласи.⁴¹

4.3. Над просутим млеком не вреди плакати

Дужник слободно диспонира застарелосту на начин да је се може одрећи. С тим што је одрицање од застарелости могуће тек пошто она и насту-

³⁸ На пример, може њиме пребити дужничково потраживање ако није било застарело у часу када су се стекли услови за пребијање (ЗОО чл. 339). Вид. Ј. Радишић, 429

³⁹ Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I: Allgemeiner Teil, München, 1987, 571.

⁴⁰ „Обавезном лицу је остављено да се користи застарелосту ако хоће.“ Ј. Марковић, 277.

⁴¹ Приговор застарелости мора бити опредељен у смислу висине накнаде и временског периода доспелости обавезе за који се сматра да је потраживање застарело. Пресуда Управног суда У. 18678/19 од 2. 9. 2020.

пи. Дејство одрицања од застарелости имају и писмено признање застареле обавезе, давање залоге или ког другог обезбеђења за застарело потраживање.⁴² У оквиру приватне аутономије дужник може добровољно да плати и застарели дуг. Притом не мења ништа ако он за застарелост није знао.⁴³ Платио је оно што дугује и не може тражити поврат.⁴⁴

5. ОТВОРЕНА ПИТАЊА У ПОГЛЕДУ ЈЕДНОГОДИШЊЕГ РОКА

У српској литератури питање застарелости привлачило је пажњу аутора како из угла домаћег,⁴⁵ тако и упоредног права,⁴⁶ с тим да једногодишњи рок застарелости није у толикој мери био у фокусу научне анализе. Потенцијални аутори из области приватног права су ово питање вероватно држали за мање важно. Ово вероватно због вредности појединачних потраживања која застаревају у року од годину дана, а која је релативно мања у односу на друга потраживања у правном промету, на пример у односу појединачна-

⁴² ЗОО чл. 366.

⁴³ „Ако би обавезно лице испунило своју обавезу која је већ застарела не би се могло говорити о поклону“... Л. Марковић, 277.

⁴⁴ „Уплатом када је застарелост новчаног потраживања већ наступила, није прекинута застарелост, већ је реч о добровољном измирењу дела обавезе која представља природну облигацију. Првостепени суд је на основу напред наведеног чињеничног стања, закључио да је потраживање тужиоца застарело у смислу одредбе чл. 378. ст. 1. ЗОО, и да је приговор основан... тужени уплатом коју је извршио дана 28. 5. 2018. године у износу од 20.000,00 динара није прекинуо застарелост, јер је застарелост већ наступила (20. 3. 2018. године), већ је добровољно измирио део обавезе која представља природну облигацију.“ Виши суд налази да је овакав закључак првостепеног суда правилан, и да су јасни разлози због којих је првостепени суд нашао да је потраживање тужиоца застарело. Пресуда Вишег суда у Ваљеву, Гж. 548/20 од 11. 3. 2021.

⁴⁵ Арсен Чубински, *О засјарелости у грађанском праву*, Београд 1927; Јожеф Салма, „Почетак тока застарелости из деликтних потраживања“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, вол. 70, 1-2/1998, 22-29; Драгор Хибер, „Промена повериоца или новација и застарелост“, *Анали Правног факултета у Београду*, вол. 61, 2/2013, 5-20; Марија Караникић-Мирић, „Застарелост потраживања накнаде штете проузроковане кривичним делом“, *Анали Правног факултета у Београду*, вол. 59, 1/2011, 178-204, Радмила, Куштримовић Ковачевић, „Застарелост и субјективно право“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 1990, стр. 127-138, Драгиша Слијепчевић, „Правна природа и застарелост потраживања накнаде инфлаторне штете“, *Право и њивреда*, вол. 36, 5-8 /1998, 547-554.

⁴⁶ Thomas Meyer, „Changes regarding Limitations in the German Civile code“, *Анали Правног факултета у Београду*, 3-4/2003, 490-530, Réka Pusztahelyi, “The time limits for enforcing claims and exercising rights: Preclusive terms and periods of limitation in the light of the proposal of the new Hungarian civil code“, *Zbornik radova Правног факултета*, Нови Сад, вол. 46, 2/2012, 551-571. Ивана Симоновић, „Нове европске тенденције у праву о застарелости и одређивању рокова застарелости“, *Присјуйу правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије*, Тематски зборник радова, Правни факултет, Центар за публикације, Ниш 2007, 129-146.

потраживања између привредних субјеката. У савременом праву је ојачала идеја да смо сви ми потрошачи и као такви заинтересовани за једногодишњи застарни рок. Осим тога, у збиру комунална потраживања нису мала, нити је ово питање за свакодневни живот обичних грађана може оценити као безначајно.

На прву лопту може се рећи да једногодишњи рок застарелости посебан рок и као такав изузетак од општег правила, по коме ако нешто друго није прописано тражбине застаревају у року од 10 године. Како се тражбина огледа у чињењу, једногодишњи рок застарелости је објективни и тече од доспећа тражбине, тј. од првог дана када је поверилац могао да захтева испуњење.⁴⁷ Иако се норма ЗОО о једногодишњем року застарелости чини јасном и једноставном њена примена отвара читав низ питања. Које су околности битне за примену једногодишњег застарног рока? Да ли је пресудна услуга из које је потраживање настало, или су важна својства дужника и повериоца, тј. ко је онај ко дугује и ко је онај коме се дугује? Да ли у погледу потраживања која застаревају у року од годину дана према ЗОО постоји *numerus clausus* или се овај рок може применити и на сродна потраживања? Да ли је свеопшта дигитализација у области услуга на неки начин утицала на ширење круга потраживања која застаревају у једногодишњем року? Како у овом контексту сагледавати пакете услуга који подразумевају услугу кабловске телевизије, фиксног, мобилног телефона, интернета и сл? Да ли у пакетима услуга постоји једна услуга која је главна и друге које су споредне, тако да у погледу рокова застарелости споредна потраживања прате она која су главна, на пример, да ли услуга интернета у погледу застарелости прати услугу телефона или је обрнуто. Да ли искључење дужника са мреже утиче на застарелост и да ли поверилац може да условљава поновно повезивање на мрежу плаћањем застарелог дуга?

5.1. Ко су повериоци тражбина које застаревају за годину дана?

Поставља се питање да ли је за примену једногодишњег рока застарелости од значаја ко је поверилац, односно ко је пружио услугу из које је настало потраживање које подлеже застари у року од једне године?

У једном случају који се нашао пред Вишим судом у Ужицу, Суд се упустио у расправу о овом питању. „Када је тужилац као правно лице пружио услуге грејања тада на застарелост потраживања не утиче околност да ли је тужилац регистрован за пружање таквих услуга за потребе домаћинства. Из списка предмета произлази да се тужбом потражује накнада за пружање

⁴⁷ Дејан Пилиповић, „Почетак тока и трајање једногодишњег рока застарелости потраживања у облигационоправном и потрошачком контексту“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Год. LXI, 95/2022, 161-183.

жање услуге грејања у спорном периоду, па је правилно примењена одредба члана 378. ЗОО-а, којом је предвиђена застарелост потраживања у трајању од једне године с обзиром на то да се ради о пруженој услузи за потребе домаћинства, а остало потраживање није застарело. Жалбом тужиоца се истиче да исти није регистрован за пружање услуге грејања у ком случају његово потраживање према туженом застарева у општем року застарелости за дуг од 10 година. Ови наводи жалбе су неосновани, јер рок застарелости од једне године је везан за врсту извршене услуге, а не за то да ли је давалац услуге регистрован за пружање услуге грејања или не⁴⁸.

5.2. Које услуге су извор таквих тражбина?

5.2.1. *Листа тражбина*

Према ЗОО, застаревају за једну годину:

1) потраживање накнаде за испоручену електричну и топлотну енергију, плин, воду, за димничарске услуге и за одржавање чистоће, кад је испорука односно услуга извршена за потребе домаћинства;

2) потраживање радио-станице и радио-телевизијске станице за употребу радио-пријемника и телевизијског пријемника;

3) потраживање поште, телеграфа и телефона за употребу телефона и поштанских преградака, као и друга њихова потраживања која се наплаћују у тромесечним или краћим роковима;

4) потраживање претплате на повремене публикације, рачунајући од истека времена за које је публикација наручена.⁴⁹

5.2.2. *Numerus clausus ili exempli causa*

Поставља се питање да ли је листа потраживања наведених у анализираној норми коначна или једногодишњи застарни рок може да се примени и у другим сличним ситуација на сродна потраживања. Неки аутори овај списак не сматрају затвореним, на пример, проф. Лоза када набраја потраживања која застаревају за годину дана, на крају употребљава скраћеницу „и др“⁵⁰, док проф. Мораит на крају истог набрајања користи израз „и слично“⁵¹. Насупрот овоме, Ј. Студин сматра да се тешко могу прихватити неки ставови праксе и теорије, а који су изузетак, да се једногодишњи рок застарелости може аналогијом применити на друге сличне испоруке, полазећи од тога да

⁴⁸ Пресуда Вишег суда у Ужицу, Гж. 701/14 од 7. 10. 2014.

⁴⁹ ЗОО чл. 378, ст.1

⁵⁰ Б. Лоза, 91.

⁵¹ Бранко Мораит, *Облигационо право*, Бања Лука 2010, 148.

су ове одредбе прецизне и да изузетке треба уско тумачити.⁵² Има и ставова о томе да у случају сумње да ли неко потраживање застарева у посебном застарном року, треба применити општи рок застарелости, јер су специјални застарни рокови изузетак од општег правила.⁵³

5.2.3. *Ширење круга изражбина*

У актуленој судској пракси је било примера ширења једногодишњег рока застарелости на потраживања за услуге интернета и кабловске телевизије. „Тужиочево потраживање на име пружених услуга од стране туженог у виду кабловске телевизије и интернета застарева за једну годину сходно чл. 378. ст. 3. ЗОО. Чињеница да одредба чл. 378. ст. 3. ЗОО таксативно не опредељује кабловску телевизију и интернет као врсту комуналних услуга, не значи да ово потраживање застарева за десет година како се то у жалби тужиоца указује јер се и накнада за услуге које су пружене обрачунавају и приказују у рачунима који се достављају једном месечно, па како је у конкретном случају крајњи корисник физичко лице, то има места примени једногодишњег рока застарелости, услед чега се жалба тужиоца одбија као неоснована, а првостепена пресуда којом је одбијен тужбени захтев тужиоца због застарелости потраживања је правилна и законита“.⁵⁴

5.2.4. *Дигитализација и пакети услуга*

Чини се да су судови прилично лако без детаљнијег образложења о тумачењу кроз које се дошло до исказаног резултата „уз малу помоћ удружења потрошача“,⁵⁵ прихватили тезу да је сигнал – сигнал без обзира како долази или одлази, путем кабла или бежично. Тако је савремена услуга кабловске телевизије коју врши оператор кабловске телевизије изједначене са услугом „радио телевизијске станице за употребу телевизијског пријемника“. Слично се поступило и са услугом за мобилне телефоне иако је у време доношења ЗОО постојао само фиксни телефон. Међутим, потраживање за испоруку услуге коришћења интернета ради употребе рачунара, самостално или у пакету са потраживањима за испоруку других услуга и продају роба (отпла-

⁵² Јосип Студин, Чл. 378. Једногодишњи рок застарелости. Коментар Закона о облигационим односима, (ур. Борислав Благојевић и Врлета Круљ). Београд 1980. (I, 854).

⁵³ Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*. Zagreb 1978, 1317.

⁵⁴ Пресуда Основног суда у Чачку П 3112/16 од 11. 4. 2017. и решење Вишег суда у Чачку Гж 2384/17 од 28. 5. 2018.

⁵⁵ Дуговања за телекомуникационе услуге застаревају за годину дана, 07.02.2022, хттпс://www.каматица.цом/савет/дуговања-за-телекомуникационе-услуге-застаревају-за-годину-дана/65733.

та различитих уређаја на рате: паметног телефона, сата и сл.) чини се отвара веће дилеме.

У Републици Хрватској нижи судови потраживања услуга испоруке ТВ програма путем сателита (смарт картице сателитске опреме, Тотал ТВ и сл.) третирају као потраживања која застаревају у једногодишњем року, док за другостепене судове, то нису потраживања радио или ТВ станице, па се не може екстензивним тумачењем односно аналогijом проширити примена једногодишњег рока застарелости на ова потраживања која нису изричито наведена у законској норми.⁵⁶

Одвојено је питање враћања опреме, односно застаревања потраживања уговорне казне уговорене за случај невраћања опреме након раскида уговора којим је заснован претплатнички однос (кабловска телевизија и сл). Чини се да у том случају рок за застарелост никако не може бити годину дана, пошто је потраживање уговорне казне последица неновчане обавезе – невраћања опреме.⁵⁷

Сличне недоумице се појављују код „обједињене наплате комуналних услуга“, на пример, Инфостан у Београду, Информатика у Новом Саду и др. код којих се под законски израз „потраживање накнаде за одржавање чи-

⁵⁶ Presuda Županijskog suda u Zadru, br. 15 Gž-1092/18-2. od 17. 5. 2019. godine i presuda Županijskog suda u Velikoj Gorici, br. Gž-1185/17. od 25. 5. 2018. godine Наведено према: Дејан Пилиповић, „Ширење круга потраживања код једногодишњег рока застарелости“, Гласник Адвокатске коморе Војводине, 3/2021, 750.

⁵⁷ С тим у вези суд је у једном случају „утврдио да је код корисника монтиран модем по заснивању претплатничког односа, али да је уговор о пружању услуга раскинут због неизмирења обавеза од стране корисника. Опрема-модем који је инсталиран код туженог се у току вођења парнице и даље налази код туженог и према наводима туженог у више наврата је покушао да тужиоцу преда опрему али тужилац није прихватио. Наиме, одредбом чл. 10. Општих услова тужиоца је прописано да је корисник дужан да врати по престанку уговора опрему у исправном стању а уколико то није могуће да плати уговорну казну и то 4.000,00 динара по појединачном модему. Одредбом чл. 6. Општих услова је прописана противвредност дигиталног модема за случај немогућности враћања у износу од 8.000,00 динара. Тужени наводи да је могућ поврат опреме што је чињеница коју тужилац није оспорио, али је истакао да је опрема раскњижена, отписана. Код таквог стања ствари и применом указане одредбе Општих услова произилази да нема основа да се тужени обавезе на плаћање уговорне казне, јер се одиста не ради о ситуацији да је немогућ поврат опреме. Осим тога, тужени оспорава да је примио дигитални модем (чија је противвредност према Општим условима 8.000,00 динара) а из доказа које је тужилац презентовао суду не произилази да је код туженог као корисника услуге монтиран дигитални модем па и из тог разлога нема основа да тужени плати противвредност дигиталног модема. Првостепени суд надаље узима да је обавеза застарела у року из чл. 378. ст. 1. тач. 1. ЗОО-а и с тим у вези се основано указује у жалби да се уговорна казна не односи на новчане обавезе већ на неновчане обавезе због чега се не може узети да је застарелошћу дуга за потрошњу застарела акцесорна обавеза новчане казне, али се суштински основни закључак о непостојању основа за наплату противвредности опреме показује као правилан из свих напред наведених разлога“. Пресуда Вишег суда у Ваљеву, Гж. 882/20 од 21. 10. 2021.

стоће“ подводе: услуге канализације, сакупљање и транспорт комуналног отпада, третман кабастог отпада и одлагање комуналног отпада, док се под законски израз „потраживање накнаде за испоручену воду“ укључују ставке хладна вода, накнада за коришћење водног добра и накнаду испуштену воду?

Такве дилеме отварају Пандорину кутију правне несигурности указујући на јасну потребу модернизације односних норми.

5.3. Ко ме се испоручују предметне услуге?

5.3.1. Потраживања за услуге (из чл. 378, стп. 1, тч. 1) застарела у року од годину дана, само ако је испорука извршена домаћинству

Према становишту Апелационог суда у Новом Саду потраживање накнаде за испоручену електричну енергију за потребе домаћинства застарела у року од годину дана, а потраживање накнаде за испоручену електричну енергију за потребе предузетника у општем року од десет година. Суд истиче да „према чињеничном утврђењу, правни претходник туженог, па сада и тужени, електричну енергију коју му дистрибуира тужилац користио је на основу уговора за потребе домаћинства, тужилац није доказао да се он у евиденцији води као предузетник, односно да је испорука електричне енергије вршена за потребе предузетника, у ком случају би се применио општи рок застарелости из члана 371. Закона о облигационим односима. По оцени овога суда, на потраживање тужиоца се примењује једногодишњи рок застарелости из одредбе члана 378. став 1. тачка 1. ЗОО, јер се ради о потраживању накнаде за испоручену електричну енергију за потребе домаћинства, а не ради се о потраживању накнаде за испоручену електричну енергију за потребе предузетника, што је морао да доказује тужилац током поступка, без обзира што се домаћинство туженог бави производњом дувана, те нема места примени општег рока застарелости из члана 371. ЗОО који износи 10 година“.⁵⁸

У другом случају расправљало се о сличном правном питању. „Да околност обављања предузетничке делатности нема утицаја, тужени је предочи тужиоцу и пре насталог спора, а и у судском поступку је доказано. И то, сасвим поуздано, да у питању није дуг из предузетничке делатности јер гас није коришћен у објекту у ком се предузетничка делатност одвијала, већ је сва потрошња остварена искључиво у стамбеном делу непокретности, за потребе домаћинства... По предметном новчаном захтеву, тужилац се на расправи 16.07.2015. године изјаснио да тужи АА као физичко лице, а не предузетника. Имајући у виду ову страначку диспозицију у временском развоју поступка, те да је тужени основано истакао приговор застарелости

⁵⁸ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 1426/17 од 10. 5. 2017.

за дуг домаћинства, правилно је другостепени суд одлучио када је тужбени захтев одбио⁵⁹.

Притом судска пракса уско тумачи стандард за потребе домаћинства. „Према стању у списима, тужилац топлана из Н.С. поднео је предлог за извршење по основу веродостојне исправе против туженог физичког лица и тражио трошкове неплаћене топлотне енергије испоручене за пословни простор туженог физичког лица, а како је током поступка истакнут приговор застарелости овог потраживања Виши суд у П. је нашао да потраживање тужилаца није застарело, односно да оваква потраживања застаревају у општем застарном року од 10 година. Ово зато што је краћи једногодишњи рок застарелости предвиђен само за комуналне услуге извршене за потребе домаћинства члан 378. ЗОО, а овде се ради о услузи извршеној у пословном простору. Пошто су странке правно и физичко лице, то нема услова ни за примену члана 374. ЗОО који предвиђа трогодишњи рок застарелости“⁶⁰

5.3.1.1. Једногодишњи застарни рок се не примењује ако је услуга испоручена предузетнику

У пракси српских судова се прави јасна разлика између услуга извршених за потребе домаћинства и истих таквих услуга испоручених за потребе обављања предузетничке делатности. „Одредбом чл. 378. ст. 1. ЗОО-а предвиђено је да потраживања накнаде за испоручену електричну и топлотну енергију ... и за одржавање чистоће, када је услуга извршена за потребе домаћинства, застаревају за једну годину, а како се у конкретном случају потраживање односи на локал, а не на домаћинство наведени члан се не може применити, те у овом случају потраживање застарева за десет година у складу са одредбом чл. 371. ЗОО-а, па се неосновано жалбом наводи да је наведено потраживање застарело.“⁶¹ Предмет тужбеног захтева представља потраживање цене пружених услуга испоруке електричне енергије... тужени није домаћинство коме су пружене услуге испоруке електричне енергије, те нема услова за примену једногодишњег рока застарелости из одредбе члана 378. Закона о облигационим односима, већ се у конкретном случају примењује општи десетогодишњи рок застарелости из члана 371. Закона о облигационим односима.⁶²

⁵⁹ Пресуда Врховног касационог суда Рев. 6024/2020 11.02.2022. година Београд, председник већа – судија, Весна Субић.

⁶⁰ Пресуда Вишег суда у Пожаревцу, 1 Гж. 1127/2013 (2009) од 22.1.2014. године. *Paragraf Lex*.

⁶¹ Пресуда Основног суда у Ужицу, П 1080/19 од 17. 9. 2020. и пресуда Вишег суда у Ужицу, Гж 1039/19 од 15. 7. 2020.

⁶² Пресуда Привредног суда у Пожаревцу, П. 1206/15 од 18. 2. 2016, потврђена Пресудом Привредног апелационог суда у Београду, Пж. 2263/16 од 18. 5. 2016.

Слично становиште заузима и Привредни апелациони суд. „Накнада за комуналне услуге није повремено давање које застарева у року од три године, већ потраживање чија се висина периодично обрачунава, па се примењује општи десетогодишњи рок застарелости. У конкретном случају тужени предузетник који обавља привредну делатност ради стицања добити, а са тужиоцем се не налази у уговорном односу по основу промета роба и услуга, те из тих разлога нема места примени трогодишњег рока застарелости из чл. 374. ЗОО“.⁶³

5.3.1.2. Једногодишњи застарни рок се не примењује ако је услуга испоручена правном лицу

Врховни касациони суд је у једном случају резонаовао да „када се анализира врста услуге за коју тужилац потражује накнаду у конкретном случају по основу Уговора о коришћењу телекомуникационе услуге... и Уговора о велепродаји АДСЛ-а..., произилази да је тужени наведеним уговорима као провајдер изнајмио од тужиоца портове интернет сервиса, при чему тужени није крајњи корисник истих, већ као интернет провајдер пружа услуге крајњим корисницима – физичким и правним лицима на који начин стиче добит у пословању. Из наведеног следи да се не ради о телефонским и сличним услугама из цитираног члана 378. ЗОО, већ о велепродаји приступа брзом интернету и коришћењу капацитета тужиоца у том смислу који не представљају телефонске услуге, а на основу којих је тужени као правно лице вршио услуге приступа истим крајњим корисницима, од којих је наплаћивао накнаду. С обзиром на наведено јасно произилази да спорне фактурисане услуге управо представљају међусобна потраживања правних лица из уговора о промету робе и услуга, као и потраживања накнаде за издатке учињене у вези са тим уговорима, нарочито имајући у виду да тужени није крајњи корисник истих, па се у овом случају не може применити једногодишњи рок застарелости, већ рок застарелости од три године прописан чланом 374. ЗОО, а како је то правилно закључио првостепени суд“.⁶⁴

5.3.2. *Потраживања за услуге (из чл. 378, ст. 1, т. 2) застаревају у року од јодину дана без обзира да ли је испорука извршена домаћинству*

До закључка да је испорука домаћинству општи услов за примену једногодишњег рока застарелости у погледу неког потраживања могло би се доћи системским тумачењем, ширећи правило (из т. 1, става 1, чл. 378 ЗОО)

⁶³ Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 4142/2014 од 21.01.2016. године. *Paragraf Lex*.

⁶⁴ Пресуда Врховног касационог суда Прев 15/2016 03.11.2016. година.

на потраживања поменута у тачци 2 и тачци 3 истог члана. За ово становиште залаже се проф. Караникић Мирић која наводи да „за годину дана застаревају и потраживања накнаде за медијске, поштанске и телекомуникационе услуге које су *иружене физичком лицу за потребе домаћинства*.“ С друге стране, судска пракса, је у овом погледу склонија ужем тумачењу.

Привредни апелациони суд на питање: Да ли рачуни на којима су фактурисане телекомуникационе услуге предузећа које на територији Републике Србије пружа телекомуникационе услуге претплатнику правном лицу застарева у року прописаним чланом 378. став 1. тачка 3. или на основу члана 374. ЗОО, а претплатнику предузетнику у року из члана 378. став 1. тачка 3. или у року из члана 371. Закона о облигационим односима? даје следећи одговор: „Постављено питање се односи на тужиоца који је предузеће које на територији Републике Србије пружа телекомуникационе услуге, дакле поред мобилне телефоније и услуге фиксне телефоније и интернета сагласно члану 4. став 1. тачка 7. и 10. Закона о електронским комуникацијама.⁶⁵ Чланом 378. став 1. тачка 3. ЗОО је прописан једногодишњи рок застарелости потраживања поште, телеграфа, телефона и поштанских преграда, као и друга њихова потраживања која се наплаћују у тромесечним или краћим роковима. Стога потраживање по рачунима којима су фактурисане телекомуникационе услуге застарева у року од једне године прописане чланом 378. став 1. тачка 3. ЗОО, без обзира да ли је корисник предузетник или правно лице, јер се ради о потраживањима која се наплаћују у тромесечним или краћим роковима.⁶⁶

Исти Суд у једном конкретном случају наглашава како је „првостепени суд је правилно закључио да наведена посебност из члана 378. став 1. тачка 1 ЗОО, која се тиче својства дужника, није прописана за остале врсте потраживања, таксативно набројане у члану 378. став 1. тач. 2), 3) и 4) ЗОО. „Одредбом члана 378. став 1. тачка 2 ЗОО једногодишњи рок застарелости прописан је да потраживања радио станице, радио ТВ станице за употребу радио пријемника и телевизијског пријемника застаревају за годину дана, у коју врсту потраживања спада и претплата ТВ пријемника коју тужилац потражује тужбом. Правилан је закључак првостепеног суда да је, из тог разлога, неоснован навод тужиоца да се ради о повременим потраживањима, те да треба применити рок застарелости од три године. Из наведених разлога неоснован је жалбени навод тужиоца да је обавеза плаћања РТВ претплате утврђена Законом о радиофузији, те наведени закон не третира обавезу плаћања ТВ претплате као обавезу плаћања комуналне услуге. Напред цитирани члан

⁶⁵ „Службени гласник РС“, бр. 44/10, 60/13 Одлука УС, 62/14 и 95/18 др. закон.

⁶⁶ Одговори на питања Привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној 22-23. 11. 2022. и на седници Одељења за привредне преступе Привредног апелационог суда одржаној 24. 11. 2022.

378. ЗОО не односи се само на потраживања по основу вршења комуналних услуга, како тужилац у жалби неосновано наводи, већ су таксативно набројане врсте потраживања, те се, поред осталих, у тачки 2) јасно наводи и претплата ТВ пријемника, што је основ подношења тужбе у конкретном случају.⁶⁷

Чини се да у овом случају обзиром да је једногодишњи рок застарелости посебан у односу на општи застарни рок и у односу на застарни рок за повремени потраживања која доспевају годишње или у краћим одређеним размацима времена, према садашњем стању законодавства и судске праксе нема места екстензивном тумачењу у погледу услова „да је услуга извршена за потребе домаћинства“. Обзиром да правни поредак тежи једнаком поступању у чињенично сличним и правно идентичним ситуацијама, чини се да би *de lege ferenda* требало отклонити ову дилему на начин да потраживања за услуге испоруке: поште, пакета и хране, услуге интернета, медијске услуге и информационо – комуникационе услуге застаревају у року од годину дана и то само ако је услуга учињена потрошачу ради задовољења његових личних потреба и потреба домаћинства.

5.4. Важно је направити разлику да ли је основ потраживања испоручена услуга или неовлашћено коришћење?

Потраживање накнаде за неовлашћено коришћење електричне енергије застарева у општем застарном року (стицање без основа).⁶⁸ У једном случају који се нашао пред Привредним апелационим судом, суд наглашава да туженом није извршена услуга испоруке електричне енергије за потребе домаћинства, па нема места примени наведене одредбе ЗОО из чл. 378. став 1. тачка 1. Са друге стране правилан је закључак првостепеног суда да се у конкретном случају примењује рок застарелости потраживања прописан чл. 371. ЗОО, имајући у виду да неовлашћена потрошња електричне енергије представља

⁶⁷ Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 482/2012 од 20.04.2012. У сличном случају који се нашао пред Вишим судом у Новом Саду, суд подвачи „да се рокови застарелости обавезе плаћања РТВ претплате рачунају сагласно одредбама члана 378. ЗОО. Одредбом члана 378. ЗОО,-а прописано је да за једну годину застарева потраживање радио-станице и радиотелевизијске станице за употребу радио-пријемника и телевизијског пријемника. Како је тужба (предлог за извршење) у овој правној ствари поднета 19. 12. 2011. године, правилан је закључак првостепеног суда да су сва потраживања тужиоца за период од 1. 11. 2005. године до 30. 11. 2010. године застарела, па жалбени наводи тужиоца који се односе на потраживања из наведеног периода нису од утицаја на законитост и правилност побијане пресуде. Сходно наведеном, без значаја је жалбени навод тужиоца да се РТВ претплата плаћа због остваривања општег интереса утврђеног Законом о радио-дифузији, те да се на наведену обавезу примењује општи рок застарелости од 10 година“ Пресуда Вишег суда у Новом Саду, број Гж. 288/14 од 13. 1. 2015.

⁶⁸ Закључци и ставови верификовани на сједници Грађанског одељења Врховног касационог суда Србије од 3. 3. 2015. године.

стицање без основа, те да за ову врсту потраживања није прописан посебан рок застарелости.⁶⁹

5.5. Пример судског креативизма

Ако се од ступања на снагу ЗОО може издвојити нека дилема око које су се понајвише ломила копља у вези примене чл. 378 ЗОО то је питање застарелог рока за услугу паркирања – потраживања из тзв. доплатних карти.⁷⁰ У Београду делатност наплате паркирања обавља јавно комунално предузеће „Паркинг сервис“ које издаје доплатне карте за возила која су прописно паркирана у зонском систему паркирања, уколико паркирање није плаћено или је возило паркирано у зони дуже од временског ограничења. Иста услуга се сада назива е–дневна карта, што значи да сте у случају ако не платите услугу паркирања или иницијално платите али не извршите доплату за следећи сат, мимо своје воље, дужни да платите услугу паркирања за читав дан иако можда немате потребу за целодневним паркирањем.

Према ставу Врховног касационог суда потраживања из доплатне карте застаревају у року од годину дана,⁷¹ у складу са чл. 378. *Закона о облигационим односима*, јер се управљање јавним паркиралиштима сматра комуналним услугама обзиром да је *Одлука о јавним паркиралиштима* која прописује овлашћење за наплату новчаног потраживања јавног комуналног предузећа по основу налога за плаћање доплатне карте, донета на основу *Закона о комуналним делатностима* који предвиђа ове услуге као комуналне делатности.

У образложења цитиране пресуде ВКС-а, суд наглашава „да из Закона о облигационим односима, јасно произилази да у комуналне услуге набројане у члану 378. став 1. тачка 1. ЗОО не спадају услуге везане за трошкове паркирања. Међутим, Закон о комуналним делатностима⁷² у члану 4. прописује да су комуналне делатности..., делатности производње и испоруке комуналних производа и пружање комуналних услуга, који су незаменљив услов живота и рада грађана и других субјеката на одређеном подручју и то: пречишћавање и дистрибуција воде; пречишћавање и одвођење атмосферских и отпадних вода; производња и снабдевање паром и топлим водом; превоз путника у градском саобраћају; одржавање чистоће у градовима и насељима

⁶⁹ Пресуда Привредног апелационог суда, 9 Пж 6196 од 19.24.09.2020., [privredni-apelacioni-sud-pzh-6196-2019.pdf](#).

⁷⁰ О мешовитој, природи доплатне карте вид.: Саша Бован, Правна природа доплатне карте за паркирање, *Правни живот* 10/2010, 415. Маја Глушчевић, Застарелост накнаде потраживања Паркинг сервиса – застарелост дуга по основу издатих доплатних карата за паркирање возила, Избор судске праксе: стручно-информативни часопис. Год. 23, 5/2015, 22-25.

⁷¹ Пресуда Врховног касационог суда Рев 430/2014 од 17. децембра 2014.

⁷² „Службени гласник РС“ број 16/997, 42/98.

у општини; уређење и одржавање паркова зелених и рекреационих површина; одржавање улица, путева и других јавних површина у градовима и другим насељима и јавна расвета; одржавање депонија; уређење и одржавање гробља и сахрањивање. Ставом 2. истог члана предвиђено је да скупштина општине може као комуналне делатности, одредити и друге делатности од локалног интереса и прописати услове и начин њиховог обављања (димничарске услуге, одржавање јавних ВЦ-а, одржавање јавних купатила, кафилерија, јавних простора за паркирање, одржавање пијаца и пружање услуга на њима, одржавање јавних бунара и чесми, као и друге делатности од локалног интереса).

Одлука о јавним паркиралиштима Скупштине града Београда донета је на основу члана 13. Закона о комуналним делатностима којом се овлашћују скупштине општина да пропишу услове и начин организовања послова у вршењу комуналних делатности и услове за коришћење комуналних производа, односно комуналних услуга.

Из чињенице да је одлука о Јавним паркиралиштима Града Београда донета на основу Закона о комуналним делатностима којим су као комуналне делатности предвиђене између осталог и делатности које се односе на јавне просторе за паркирање, несумњиво је да се ради о комуналним услугама и да се на њих има применити одредба члана 378. став 1. тачка 1. Закона о облигационим односима.⁷³ Према тој одредби, за једну годину застаревају потраживања која се односе на накнаде комуналних услуга када је испорука односно услуга извршена за потребе домаћинства“.⁷⁴

5.6. Изостанак екстензивности

У одређеном броју случајева судови нису потврдили тенденцију ширења круга тражбина на које се примењује чл. 378 ЗОО.

⁷³ Екстензивно тумачење у примена чл. 378. ст. 1. т. 1. ЗОО и на потраживања наплате доплатне карте за коришћење услуга превоза у градском јавном превозу прихваћено је и у ставу Заједничке седнице Врховног касационог суда и апелационих судова из 2017. године.

⁷⁴ „Када је туженик користио паркинг места на паркиралиштима у Београду, а износ од ... за спорни период није платио тужиоцу ЈКП за јавне гараже Београд, за застарелост тужиоцевог потраживања има се применити рок од једне године сходно чл. 378. ст. 1. ЗОО. Правилно је првостепени суд одлучио о истакнутом приговору недостатка пасивне легитимације на страни туженог, те су неосновани жалбени наводи туженог да је власник возила правно лице – адвокатска канцеларија, јер је и по оцени другостепеног суда правилно првостепени суд оценио да је туженик пасивно легитимисан у овом спору, јер за тврдње да је власник аутомобила адвокатска канцеларија а не он као физичко лице туженик није пружио доказе иако је терет доказивања на туженику сагласно чл. 231. ЗПП. Због наведеног жалба пуномоћника туженика је неоснована.“ Пресуда Основног суда у Ужицу П 928/18 од 20. 12. 2018. и пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж. 1322/19 од 14. 5. 2019.

5.6.1. Закуп гробној месџа

У једном поступку се поставило питање застарелости потраживања везаних за закуп гробног места. Суд је резоновано на следећи начин, ... „није спорно да према Закону о комуналним делатностима давање у закуп гробног места и одржавање јесте комунална делатност. Да ли се конкретна делатност по основу које је настало потраживање (закуп и одржавање гробних места) може сматрати услугом извршеном за потребе домаћинства суд се није изјаснио. Из списка произилази да је фактурисање услуге вршено једном годишње па се основано наводима жалбе тужиоца указује на одредбе чл. 372. ст. 1. ЗОО-а којима је регулисано да потраживања повремених давања која доспевају годишње или у краћим размацима времена (повремена потраживања) застаревају за 3 године од доспелости сваког појединог давања. Истоветан рок застарелости је предвиђен одредбом чл. 375. ЗОО-а која регулише застаревање потраживања закупнине, било да се плаћа повремено било у једном укупном износу“.⁷⁵

5.6.2. Накнада за заштитију и унапређење живојне средине

Слично питање се отворило у другом случају, поводом накнада за заштиту и унапређење животне средине. Привредни апелациони суд је резоновано тако да је „првостепени суд на утврђено чињенично стање правилно применио материјално право..., када је усвојио тужбени захтев... Супротно жалбеним наводима, нема места примени одредбе чл. 378. ЗОО, која прописује једногодишњи рок застарелости, јер природа потраживања тужиоца указује да се исто не може подвести под потраживања наведена у том члану ЗОО. Примењују се одредбе чл. 114. Закона о пореском поступку и пореској администрацији, које прописују петогодишњи рок застарелости“.⁷⁶

5.6.3. Појраживања по основу одржавања и управљања зградом

Према Закону о становању и одржавању стамбених зграда, власници посебних делова зграде имају обавезу плаћања месечне накнаде на име трошкова управљања и одржавања зграде.⁷⁷ У литератури се, основано указује на „суштинску разлику између појма „одржавање чистоће“ из чл. 378, ст. 1. тач. 1. ЗОО и појма „одржавање зграде“ из чл. 3. ст. 1. тач. 23) Закона о становању и одржавању зграда, с обзиром на то да се послови одржавања зграде не односе на појединачно домаћинство и не укључују у себи само послове

⁷⁵ Пресуда Вишег суда у Ваљеву, Гж. 301/20 од 25. 2. 2021.

⁷⁶ Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 1755/21 од 15. 12. 2022

⁷⁷ Трошкови управљања и одржавања зграде дефинисани су одредбама чл. 14. ст. 1, т. 4 Закона о становању и одржавању зграда.

одржавања чистоће, већ се односе на одржавање стамбене зграде као целине и обухватају све активности којима се обезбеђује очување функција и својстава зграде у складу са њеном наменом, а нарочито у циљу редовног коришћења и функционисања зграде, Исто тако, постоји значајна разлика између појма „одржавање чистоће“ из чл. 378. ст. 1. тач. 1. ЗОО и појма „инвестиционо одржавање“ из Закона о становању и одржавању зграда с обзиром на то да инвестиционо одржавање обухвата извођење грађевинско – занатских, односно других радова у зависности од врсте објекта у циљу побољшања услова коришћења зграде у току експлоатације. Додатно, послови одржавања зграде, затим накнада за инвестиционо одржавање стамбене зграде и накнада за управника зграде не представљају комуналне делатности у смислу Закона о комуналним делатностима⁷⁸, те се ни из тог разлога у конкретном случају на утужена потраживања, с обзиром на њихову природу, не може применити рок застарелости из одредбе чл. 378. ст. 1. тач. 1) ЗОО, односно не може се применити једногодишњи рок застарелости“⁷⁹

Према актуелном законодавству, потраживање трошкова одржавања заједничких делова зграде застарева као повремено потраживање, јер се ради о тражбини чији се износ унапред зна, али се не може подвести под правила о једногодишњем року застарелости због тога што није изречно поменуто у чл. 378. ЗОО.

5.7. Дејство споразума о вансудском поравнању

У погледу потраживања која застаревају у једногодишњем застарном року отворило се и питање дејства споразума о вансудском поравнању? Према налажењу суда „таквим поступањем тужени је признао тужиочево потраживање настало до дана закључења споразума. „Признање дуга није правни основ у облигационоправном смислу, већ начин регулисања односа између повериоца и дужника. Стога чињеница да је тужени признао дуг не мења правни основ тужиочевог потраживања, нити утиче на дужину рока застарелости тог потраживања. Тужиочево потраживање је и даље потраживање по основу извршених комуналних услуга и застарева у року прописаном чланом 378. ставом 1. тачком 1. ЗОО. Споразум о вансудском поравнању делује само на прекид рока застарелости у смислу чланова 366. и 392. ст. 1. и 2. ЗОО, јер се тужени закључивањем споразума одрекао застарелости за потраживања која су предмет уговора“⁸⁰

⁷⁸ „Сл. гласник РС“, бр. 88/2011, 104/2016 и 95/2018.

⁷⁹ Соња Несторовић, Застарелост потраживања накнаде за рад управника, инвестициони фонд и одржавање зграде, <https://www.otvorenavratapravosudja.rs/teme/ostalo/zastarelost-potrazivanja-naknade-za-rad-upravnika-zgrade-investicioni-fond-i-za-odrzavanje-zgrade>.

⁸⁰ Пресуда Врховног касационог суда Рев. 4479/21 од 28. 4. 2022.

Према становишту Апелационог суда у Крагујевцу „У ситуацији када је закључен споразум између примаоца и даваоца услуга о измирењу доспелог дуга, тим споразумом потрошач – прималац услуга се обавезује да плати и застарело потраживање, чиме се одриче приговора застарелости и застарелост почиње поново да тече од дана признања дуга сходно чл. 392. ст. 1, 2. и 6. ЗОО. У том случају треба ценити да ли је закључењем споразума о измирењу доспелог дуга настала нова обавеза у смислу чл. 348. ЗОО или не, односно да ли је закључењем споразума само промењен начин извршења обавезе и уговорени рокови у којима иста треба да се изврши. У случају кад није промењена природа обавезе рокови застарелости се рачунају према одредбама закона који се односе на ту врсту обавезе, па би у конкретној правној ситуацији, ако је закључен споразум између потрошача и даваоца услуге којим је регулисан само начин исплате дуга, применио би се рок застарелости из чл. 378. ст. 1. ЗОО, имајући у виду одредбе чл. 392. ст. 6. ЗОО. Ако се ради о преносу, сходно чл. 393. ЗОО, ново потраживање застарева за време које је одређено за његову застарелост“.⁸¹

5.8. Да ли су потраживања која застаревају у једногодишњем року уступива?

Закон о заштити корисника финансијских услуга прописује забрану преноса потраживања према корисницима на било кога осим на банку.⁸² У погледу потраживања из чл. 378 такво ограничење не постоји, па су уобичајна и прекогранична уступања. На пример, „Паркинг сервис“ уступа компанијама из Републике Српске неплаћене накнаде за паркирање корисника који нису платити услугу паркирања у Београду а имају пребивалиште у Републици Српској. Неспорно је да потраживање задржава своју иницијалну правну природу без обира на уступање, тако да се застарни рок не мења. Дилема је, како се такав пренос тражбине одвија без сагласности потрошача, обзиром да се на тај начин уступају и лични подаци?⁸³

⁸¹ Одговори на питања нижестепених судова, усвојени на заједничкој седници Грађанског одељења и Одељења за радне спорове Апелационог суда у Крагујевцу одржаној 20. 2. 2015. Ако између закључења Споразума о регулисању дуга за електричну енергију и подношења предлога за извршење на основу веродостојне исправе није протекло више од годину дана, потраживање накнаде за испоручену електричну енергију није застарело. Пресуда Апелационог суда у Београду Гж. 3470/23 од 24. 7. 2024.

⁸² Закон о заштити корисника финансијских услуга „Сл. гласник РС“, бр. 36/2011 и 139/2014, чл. 39, ст. 2.

⁸³ Према ЗЗП била би потребна изречна сагласност. Као једна од уговорних одредбе за које се претпоставља да су неправичне ако се не докаже другачије су одредбе чији је предмет или последица: давање овлашћења трговцу да пренесе своје уговорне обавезе на треће

Сходно актуелном закону, предмет факторинга не може бити потраживање настало по основу продаје робе или пружања услуга за личне, породичне или потребе домаћинства.⁸⁴

Другим речима, недоспела потраживања која су предмет факторинга према потрошачу не могу да се уступају, док у погледу доспелих потраживања нема законских препрека.

Чини се да би у будућности, имајући у виду принцип јединства правног поретка и потребу једнаког поступања у сличним чињеничним и истоветним правним ситуацијама, на сличан начин како је то учињено са потраживањима према корисницима финансијских услуга требало је ограничити могућност уступања доспелих потраживања према потрошачима којима су пружене комуналне услуге. Потрошачи ове услуге користе ради задовољења основних потреба и не очекују да им се уместо иницијалног повериоца од кога су прибавили комуналну услугу појави „агенција за принудну наплату.“

5.9. Правни значај продужења испоруке и њеног прекида

Према ЗОО, застаривање потраживања у погледу којих важи једногодишњи рок застарелости тече иако су испоруке или услуге продужене.⁸⁵ Такво правило додатно штити дужника, али су за правни положај и егзистенцију потрошача далеко важније норме које регулишу поступање трговца у случају прекида испоруке. Трговцу је забрањено да, у случају искључења потрошача са дистрибутивне мреже, односно обуставе пружања услуга од општег економског интереса, условљава поновно укључење, односно наставак пружања услуге плаћањем дугова потрошача који су застарели у смислу закона којим се уређују облигациони односи.⁸⁶ Чини се да је у пракси за потрошача ово борба са ветрењачама. Потрошач који је у савременим условима не може да живи без струје лако може да се суочи са тврдњом трговца да предметни дуг није застарео. На пример, јер је поверилац на неки начин прекинуо застару и да ће поново добити прикључак када измири целокупно дуговање. Да ли је неко потраживање застарело може да одлучи само суд, а потрошачева ситуација без струје није таква да трпи одлагање.

лице без сагласности потрошача; Закон о заштити потрошача „Сл. гласник РС“, бр. 88/2021, чл. 44, ст. 1, т. 9.

⁸⁴ Закон о факторингу „Сл. гласник РС“, бр. 62/2013 и 30/2018, чл. 4.

⁸⁵ ЗОО чл. 378, ст. 2.

⁸⁶ Закон о заштити потрошача чл. 85, ст. 8. Са сличном аргументациом трговац не би смео да потрошачу чији је дуг застарео ускратити право на промену пружаоца услуге. ЗЗП чл. 89.

5.10. Да ли би *de lege ferenda* имало смисла увести правило о апсолутном року застарелости за тражбине које застаревају у року од годину дана?

Према ЗОО, после прекида застаревање почиње тећи изнова, а време које је протекло пре прекида не рачуна се у законом одређени рок за застарелост. Кад је прекид застаревања настао подизањем тужбе или позивањем у заштиту, или истицањем пребијања потраживања у спору, односно пријављивањем потраживања у неком другом поступку, застаревање почиње тећи изнова од дана кад је спор окончан или свршен на неки други начин. Када је до прекид застаревања дошло пријавом потраживања у стечајном поступку, застаревање почиње тећи изнова од дана окончања овог поступка. Исто важи и кад је прекид застаревања настао захтевом принудног извршења или обезбеђења.⁸⁷ У савременим околностима таква правила су условила да нека потраживања јавнокомоналних предузећа једноставно не могу да застаре, иако су предлози за извршење по којима се није поступало, поднети суду пре десетак и више година. Сличне нелогичности које доводе у питање смисао института застарелости дешавале су се и у региону. Један број аутора указује да таква законска решења омогућавају да дуг никада не застари, а да камата тече. Имајући то у виду, они предлажу увођење апсолутног објективног рока застарелости који би допринео правној сигурности и олакшао позицију дужника која је према садашњим прописима крајње неповољна.⁸⁸ Приликом оцене овог предлога чини се треба узети у обзир правило из Нацрта заједничког референтног оквира за европско приватно право да застаревање не тече док траје судски поступак.⁸⁹ Чини се да је незастаревање док траје поступак усмерен на наплату универзално прихваћено правило. Ако би се ипак прописивала апсолутна застара и поред тога што је поступак наплате у току, онда би она имала највише смисла управо код тражбина са једногодишњим роком застарелости када је услуга извршена домаћинству.

5.11. *Quo vadis?*

Предложени Грађански законик Републике Србије предвиђа допуну одредбе о једногодишњем року застарелости⁹⁰ и то у погледу потраживања

⁸⁷ ЗОО чл. 392, ст. 3, 4, 5.

⁸⁸ Долази до парадокса: да застарева кривично гоњење, док дуг никада не може да застари. Ристов Ангел, Коцевски Марјан, „О (не)застарелости дуга: парадокс у македонском праву“, *Harmonius* 2018, 260.

⁸⁹ (енг. „Suspension in case of judicial and other proceedings (1) The running of the period of prescription is suspended from the time when judicial proceedings to assert the right are begun. (2) Suspension lasts until a decision has been made which has the effect of *res judicata*, or until the case has been otherwise disposed of”)... DCFR III. – 7:302.

⁹⁰ Код потраживања из тачке 1. која су била позната и у чл. 378. ст. 1. т. 1 ЗОО, Комисија одредницу „кад је испорука односно услуга извршена за потребе домаћинства“ смешта у

издаваоца паркинг простора.⁹¹ У алтернативи за овај члан Комисија сугерише додавање и потраживања за услуге обезбеђења приступа интернету и електронским комуникацијама⁹² и потраживања управника или лица које обавља функцију управљања у вишестамбеним зградама (у етажној својини) за услуге управљања и друга⁹³ потраживања која се плаћају тромесечно или у краћим роковима.⁹⁴

У овом контексту, словеначко право предвиђа да за годину дана застаревају потраживања: за услуге приступа интернету, за пружање услуга употребе електронске поште и електронских поштанских сандучића, за услуге одржавања веб-страница и услуге у вези са приступом кабловским и сателитским радио и телевизијским програмима, који се плаћају тромесечно или у краћим роковима, за потраживања управника вишестамбених зграда за услуге управљања и друга њихова потраживања која се плаћају у року од три месеца или у краћим роковима.⁹⁵

Чини се да су писци Нацрта СГЗ, имајући у виду и алтернативе, у одређеној мери узели у обзир развој нових комуналних услуга и услуга које произилазе из свеопште дигитализације друштва, али да су неке услуге које представљају свакодневницу савременог човека остале сасвим неуређене.

6. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

6.1. Шта мењати и зашто?

ЕСЈП је кроз више пресуда указао на потребу да норме о застаревању буду усклађене са основним људским правима. Резонује се да застарелост

заграду чиме се према неким ауторима ствара утисак да се размишља да ли исту оставити или брисати. Д. Пилиповић. 742. Према нашем уверењу додате заграде немају такав значај. Ради се само о нешто другачијој језичкој редакцији истог текста без намере да се изложи нека алтернатива које је Комисија у овом и другим члановима предлога радног текста законика јасно назначавала.

⁹¹ Грађански законик Републике Србије, Радни текст припремљен за јавну расправу са алтернативним предлозима, Влада Републике Србије, Комисија за израду грађанског законика, Београд, 29. маја 2015. године – НСГЗ, чл. 583. ст. 1. т. 2.

⁹² НСГЗ чл. 583. ст. 1. т. 5.

⁹³ Чини се да би ова фраза требало да гласи друга „њихова“ потраживања (у смислу друга потраживања управника).

⁹⁴ НСГЗ чл. 583. ст. 1. т. 6. Црногорски Закон уводи двогодишњи рок за застаревање уместо једногодишњег рока из изворног ЗОО, ширећи притом круг потраживања која застаревају у року од две године и на потраживања власника посебних делова стамбених зграда за услуге управљања и друга њихова потраживања која се плаћају у тромесечним или краћим роковима. Закон о облигационим односима Црне Горе чл. 388. ст. 1, т. 5, Службени лист Црне Горе, бр. 47/2008, 4/11. и 22/17.

⁹⁵ Чл. 355. ст. 1. у т. 5. и 6. *Obligacijskog zakonika – OZ, Uradni list Republike Slovenije, št. 97/07. – uradno prečišćeno besedilo in 64/16. – odl. US.*

може бити оправдана, али да њена примена мора бити пропорционална. Суд је препознао потраживање као имовину која ужива заштиту у складу са чл. 1 Протокола 1 ЕКЉП, тако да се правила о застаревању не могу примењивати на начин који би несразмерно ограничио повериоца у остваривању имовинских права. Чини се да је за примену правила о застарелости у српској правној пракси у будућности важно правилно разумети управо концепте развијене од стране ЕСЉП: принцип пропорционалности – по коме се неће применити правила о застарелости ако то доводи до непропорционалног губитка имаовинског права и принцип незадирања у суштину права на приступ суду, али пошто право на приступ суду не подразумева само право да се поступак покрене, већ и право на „решавање“ спора од стране суда. Сходно овим принципима, застарелост не може бити примењена на начин који би доводио до неоправданог губитка имовине или негирања приступа правди.

Установа застарелости потраживања почива на неколико основних принципа. У првном плану је принцип правне сигурности који фаворизује коначност у правним односима. Странке у правном односу желе да знају на чему су, као што правни промет тежи стабилности. Норма о једногодишњем застарном року из ЗОО је била тако конципирана, али је временом услед брзог развоја нових услуга постала извор противречних тумачења у судској пракси и као таква неприкладна за остваривање свог основног циља.⁹⁶

Актуелно стање законодавства у овом погледу отвара читав низ питања на које није сасвим једноставно дати одговоре.⁹⁷ Када говоримо о једногодишњем року застарелости сматрамо да би *de lege ferenda* овом питању требало приступити на начин да у посебном року од годину дана застаревају само потраживања из услуга извршених потрошачу за његове личне потребе, односно потребе његовог домаћинства.

Правни односи не могу остати трајно отворени. Повериоцима се сугерише да поступају у складу са принципом „или потражуј на време или сасвим

⁹⁶ У погледу одређених потраживања ни правна теорија није начисто који рок примени. Када је реч о потраживањима на име пружених комуналних услуга које нису експлицитно наведене у чл. 378. ЗОО, сигурније је применити правила о неком другом специјалном року застарелости уколико је то могуће, а уколико није, правило о општем застарном року. Д. Пилиповић, 748

⁹⁷ Према М. Радовићу бројне дилеме поводом обрачуна и наплате потраживања по основу испоручене електричне и топлотне енергије узроковане су специфичним тумачењем правне природе ових потраживања. „Када корисник испоручене електричне и топлотне енергије пада у доцњу са извршењем своје обавезе? У ком моменту се сматра да је корисник ових облика енергије уредно позван од испоручиоца да изврши своју обавезу плаћања дуга за извршену испоруку? Који је период неопходан ради наступања застарелости тражења затезне камате обрачунате на главницу потраживања по основу испоручене електричне и топлотне енергије?“ Марко Радовић, „Потраживања на основу испоручене електричне и топлотне енергије“, 4–6/2015, 521. О још неким специфичности потраживања за испоруку електричне енергије вид. Ненад Тешић, О „изузетности“ дуга за струју, *Harmonius* 2016, 293-319.

заборави“⁴. Дужницима је неопходно пружити заштита од неограничене одговорности. Без застарног рока стране би биле изложене непријатним изменама. Било би нефер према дужнику да се суочи са парницама заснованим на старим дуговима, када му је теже пронаћи сведоке и папире којима би могао доказати да је испунио обавезу.

Једногодишњи застарни рок је најкраћи од свих посебних рокова. Ако је водећи принцип који опредељују застаревање: правна сигурност, правичност и заштита дужника, онда је најкраћи рок застарелости најпримеренији у односу на оне дужника којима је заштита најпотребнија. Потрошачи имају сразмерно мање складишног простора и других ресурса да чувају доказа о уплати. Знање и пословно искуство су код ове категорије дужника објективно најмањи. Платежна моћ потрошача је обично таква да би гомилање дугова који застаревају у дужим роковима могло да их уведе у дужничку спиралу и стање презадужености.⁹⁸ Ако правни поредак сматра да није правично захтевати од дужника да се суочава са ризиком пресуђивања на основу изблелих доказа и заборавних сведока, такав ризик је највећи за потрошаче и чланове њиховог домаћинства.

Потреба домаћинства за правном сигурношћу је веће него код компанија.⁹⁹ Заштита слабије стране у приватном праву налаже да се управо код потрошача најкраће траје могућност суочавања са давнашњим захтевима који „искачу из ормара“. Услуге из којих настају предметна потраживања нису ствар луксуза, већ нужде и задовољења егзистенцијалних потреба за потрошача и његово домаћинство. Ризик прекомерне задужености је највећи код потрошача, тако да ослобађајуће дејство застарелости њима највише значи. Примерено је онда да код таквих дужника право да одбију испуњење, од повериоца занемариваног захтева, настаје у најкраћем року.

6.2. У ком законодавном акту?

Правни партикуларизам који подразумева распршеност норми о истом институту у различитим законима не доприноси правној сигурности, па самим тим није примерен ни за институт застарелости у чијој сржи се налази принцип правне сигурности. Друкчије казано, било би теоријски кон-

⁹⁸ Опширније о стању презадужености у које често упада савремени дужник, изложен примамљивим кредитним понудама (без одласка у банку) и различитим могућностима безkontakтног плаћања вид. Ненад Тешић, *Право заштите хипотекарног потрошача – Правна трилогија*, Књига прва: Појам хипотекарног потрошача, Београд 2022, 5-16.

⁹⁹ Заштита дужника од доказивања старих исплата важнија је код потрошача, пошто је у односу на правна лица законом прописана обавеза чувања докуменатације, на пример, код исправа на основу којих се уносе подаци у пословне књиге рок је 5 година. Чување рачуноводствених исправа, пословних књига и финансијских извештаја уређено је чланом 28. Закона о рачуноводству „Сл. гласник РС“, бр. 73/2019.

зистентно да се правила о застаривању различитих потраживања налазе у једном законодавном тексту.

Закон о комуналним деланостима није прикладно место за прописивање застаривних рокова, па макар се радило о комуналним услугама. Најбоље би било застаривање свеобухватно уредити Законом о облигационим односима, али се овај закон, пре свега због својих унутрашњих квалитета показао као врло отпоран на корекције. Чини се да би до сазревања услова за одређену модернизацију ЗОО, Закон о заштити потрошача представљао погодан законодавни оквир у који би се могле унети одредбе о застарелости потраживања према потрошачима – тако да потраживања у односу на потрошаче, по правилу, застаривају у року од годину дана (уз одређене изузетке).¹⁰⁰ Будући систем застаривања потраживања према потрошачима морао би пре свега водити рачуна о правилима о једногодишњем року застарелости из ЗОО која су већ позната правничкој струци у Републици Србији и добро просејана кроз судску праксу.

Ипак могуће су одговарајуће допуне и корекције, на пример било би целисходно после речи „одржавања чистоће“ из тачке 1 предметног члана додати фразу и друге комуналне услуге. Овај израз би обухватао и потраживања издаваоца паркинга простора,¹⁰¹ али и бројне друге комуналне услуге потрошачима, на пример, управљање комуналним отпадом и сл.

Потраживања из тачке 2 истог члана, која су више део историје, као што су услуге телеграфа и поштанских преградака чини се није потребно помињати у ЗЗП, већ искористити неку ширу формулацију која би обухватала услуге: фиксне и мобилне телефоније, како кабловску тако и сателитску телевизију, на пример да у једногодишњем року застаривају и: потраживања за услуге испоруке поште, пакета и хране, потраживања за услуге интернета, медијске услуге и услуге из области информационо комуникационе технологије.

Сматрамо да убрзана дигитализација друштва налаже прилагодљиву формулацију ове норме, како се не би за годину две опет питали у ком року застаривају потраживања за услугу коришћења вештачке интелигенције, услугу сервиса е–управе или е–здравственог картона, односно чувања наших података на неком државном серверу и сл.

¹⁰⁰ Можда би на неки начин могли заштити повериоци у ситуацији када је дужник непознат. Није ретка ситуација у пракси да се бројило води на умрло лице, а да наследници не покрећу оставински поступак. У таквим ситуацијама када је имаалац бројила умрло лице требало би омогућити повериоцима да „потраживање у односу на бројило“ принудно остваре у односу на наследнике у року од годину дана од сазнања за новог имаоца бројила.

¹⁰¹ Чини се да овим потраживањима није место у т. 2 ст.1 чл. 583 Нацрта СГЗ са потраживањима телевизијских станица, већ тачци 1 са осталим комуналним услугама као што су димничарске услуге и одржавање чистоће.

У сваком случају, будуће норме у овом погледу морају у први план ставити равнотежу између интереса поверилаца који се огледа у њиховом праву на судску заштиту и интерес дужника за ефикасном одбраном од давнашњих захтева, који се истовремено подудара и са јавноправним интересом за правном сигурношћу, стабилношћу и финализацијом правних односа. Рок од годину дана за застаревање потграживања према потрошачима је рационалан временски оквир за остварење тражбина на захтев повериоца. Ако је један од циљева застаревања предвидљивост друштвених и економских односа, онда је стабилност најпотребнија потрошачима који услуге прибављају за личне потребе и потребе домаћинства. Непримерено је да се потрошачи суочавају са тужбама заснованим на догађајима који су се одиграли пре више од годину дана, када им био знатно отежан приступ сведоцима и доказима. Циљ таквог правила је равномерана заштита поверилаца и дужника, тако да тужиоци не буду неправично спречени у остварењу својих права, али ни да се дужници не суочавају са захтевима који су престари да би били правично раправљени.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Литература

- Антић Оливер, *Облигационо право*, Београд 2012
- Bydlinski Franz, *System und Prinzipien des Privatrechts* Springer Verlag, 2017
- Бован Саша, „Правна природа доплатне карте за паркирање“, *Правни животи*, 10 /2010, 405-420
- Vizner Boris, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*. Zagreb 1978
- Водинелић, Владимир, *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*. Београд 2012
- Гамс Андрија са Ђуровић, Љиљаном, *Увод у грађанско право*, Београд 1994
- Глушчевић Маја, „Застарелост накнаде потраживања Паркинг сервиса – застарелост дуга по основу издатих доплатних карата за паркирање возила“, *Избор сууске праксе : стручно-информативни часопис*, Год. 23, 5/2015, 22-25
- Juhart Miha, Damjan Možina, Barbara Novak, Ada Polajner – Pavčnik, Viktorija Žindaršič Skubić, *Uvod u civilno pravo*, Ljubljana 2016
- Larenz Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I: Allgemeiner Teil, München 1987
- Лоза Богдан, *Облигационо право, ошћии гео* Београд 2000
- Лукић Радомир, прерадили Јасминка Хасанбеговић и Марко Божић, *Увод у право*, Београд 2020
- Караникић Мирић Марија, „Застарелост потраживања накнаде штете проузроковане кривичним делом“ *Анали Правног факултета у Београду*, вол. 59, 1/2011, 178-204

- Караникић Мирић Марија, *Облигационо право*, Београд 2024
- Куштримовић Ковачевић, Радмила, „Застарелост и субјективно право“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 30/1990, 127-138
- Pusztahelyi Réka, „The time limits for enforcing claims and exercising rights: Preclusive terms and periods of limitation in the light of the proposal of the new Hungarian civil code“
- Зборник радова Правног факултета, Нови Сад, вол. 46, 2/2012, 551-571
- Perić Borislav, *Struktura prava*, Zagreb 1988
- Радишић Јаков, *Облигационо право – општи део*, Ниш 2017
- Радовић Марко, *Потраживања на основу испоручене електричне и топлотне енергије*, 4–6/2015, 519 – 541
- Romas Ante, *Latinske pravne izreke*, Zagreb 1982
- Марковић Лазар, *Грађанско право, Прва књига, Општи део и стварно право*, Београд 1927
- Милошевић, Љубиша, *Облигационо право*, Београд 1970
- Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB), 8. Auflage (С.Н. Beck), (Peter Bydlinski) Band 5, 2019
- Мораит Бранко, *Облигационо право*, Бања Лука 2010
- Несторовић Соња, *Застарелост потраживања накнаде за рад управника, инвестициони фонд и одржавање зграде*, <https://www.otvorenavratapравосудја.rs/teme/ostalo/zastarelost-potrazivanja-naknade-za-rad-upravnika-zgrade-investicioni-fond-i-za-odrzavanje-zgrade>
- Nikšić Saša, „Odnos zastare i prekluzije u obveznom pravu“, *Одабране теме облигационог права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2020. 294-317
- Meyer Thomas, „Changes regarding Limitations in the German Civile code“, *Анали Правног факултета у Београду*, 3-4/2003, 490-530
- Пилиповић Дејан, „Ширење круга потраживања код једногодишњег рока застарелости“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 3/2021, 734 – 762
- Пилиповић Дејан, „Почетак тока и трајање једногодишњег рока застарелости потраживања у облигационоправном и потрошачком контексту“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Год. LXI, 95/2022, 161-183
- Ристов Ангел, Коцевски Марјан, „О (не)застарелости дуга: парадокс у македонском праву“, *Harmonius* 2018, 245 -262
- Салма Јожеф, „Почетак тока застарелости из деликтних потраживања“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, вол. 70, 1-2/1998, 22-29
- Салма Јожеф, *Облигационо право*, Нови Сад 2007
- Слијепчевић Драгиша, „Правна природа и застарелост потраживања накнаде инфлаторне штете“, *Право и привреда*, вол. 36, бр. 5-8/1998, 547-554
- Симоновић Ивана, „Нове европске тенденције у праву о застарелости и одређивању рокова застарелости“, *Приспунују правосуђу – инструментима за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије, Тематски зборник радова*, Правни факултет, Центар за публикације, Ниш, 2007, 129-146
- Слијепчевић Драгиша, *Правна природа и застарелост потраживања накнаде инфлаторне штете*, *Право и привреда*, вол. 36, 5-8 /1998, 547-554
- Тешић Ненад, *Регистрована залога*, Београд 2007

Тешић Ненад, *Продаја и пренос потраживања*, Београд 2012

Тешић Ненад, О „изузетности“ дуга за струју, *Harmonius* 2016, 293-319.

Тешић Ненад, *Право заштите хипотекарног потрошача – Правна трилогија*,
Књига прва: Појам хипотекарног потрошача, Београд 2022

Хибер, Драгор, „Промена повериоца или новација и застарелост“, *Анали Правној факултету у Београду*, вол. 61, бр. 2, 2013, стр. 5-20

Zupan Nina, „Konstantinovićeve koncepcija uređenja zastarelosti: da li su ideje o uticaju vremena u pravu izdržale uticaj vremena na pravo?“ *Anali PFB /Poseban broj u čast profesora Mihaila Konstantinovića /2022*, 325-352

Чубински Арсен, *О застарелости у грађанском праву*, Београд, 1927

Nenad S. Tešić
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
nenad.tesic@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9101-7371

On the One-Year Statute of Limitations

Abstract: *The Law of Obligations – ZOO (1978), thanks to its internal qualities, has survived to this day, not only in the Republic of Serbia, but also in all the states created by the dissolution of Yugoslavia (with minor changes and adaptations). The analysis of certain legal institutes, such as statute of limitations, shows that the circulation of goods and services has developed significantly in relation to the time when the norms of the Law on Obligations were formulated and that their application in numerous cases requires more than mere grammatical interpretation. Norms on the one-year statute of limitations for claims (Law on Obligations Article 378) are not exempt from fluctuations in judicial practice. Some claims, such as a claim by a mobile phone operator for the provision of a mobile phone service, can relatively easily be subsumed under the statutory phrase “claims in respect of the use of post, telegraph and telephone services”, even though a mobile phone operator is not a post office and even though modern smartphones look nothing like their 1978 predecessors. It is the same with the claim for the delivery of cable television signals via coaxial or optical cable, which can easily be equated with the wording “claim of a radio station and a radio television station for the use of a radio receiver and a television receiver.” However, claims for the provision of Internet services, either on their own or in a package with claims for the provision of other services and the sale of goods (payment in instalments for different devices: smartphone, watch, etc.), pose a greater dilemma. The foregoing points to the need to think about the reformulation of Article 378 of the ZOO or the introduction of the rule on the one-year statute of limitations for claims against consumers into the Law on Consumer Protection. In this context, it would be important for the wording to be sufficiently broad to include all current consumer services, as well as those that we can only envisage today as a result of the process of digital transformation of economic activity and society as a whole.*

Keywords: *statute of limitations. – legal certainty. – principle of finality. – protection of debtor. – services for household use.*

Датум пријема рада: 20. 12. 2024.

Датум прихватања рада: 29. 1. 2025.

Марко З. Јовановић
Универзитет у Београду
Правни факултет у Београду
marko.jovanovic@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0009-0001-0516-6478

Сања Ђ. Марјановић
Универзитет у Нишу
Правни факултет у Нишу
sanja@prafak.ni.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-7560-8254

УПОРЕДНА АНАЛИЗА СИСТЕМА ПРИЗНАЊА СТРАНИХ СУДСКИХ ОДЛУКА ПРЕМА ЗАКОНУ О РЕШАВАЊУ СУКОБА ЗАКОНА СА ПРОПИСИМА ДРУГИХ ЗЕМАЉА И ПРЕМА ХАШКОЈ КОНВЕНЦИЈИ ИЗ 2019. ГОДИНЕ*

Сажетак: *Пре нешто више од годину дана ступила је на снагу Конвенција о признању и извршењу страних судских одлука у грађанским или провинцијским стварима, закључена 2019. године под окриљем Хашке конференције за међународно приватно право. Имајући у виду историјат њеног настајка, квалитет решења, као и амбиције њених најласнијих пројоненаша, може се очекивати да ће ова Конвенција у будућности постати веома значајан извор међународног приватног права. У светлу поштенцијалног разматрања потребе признавања Србије овој Конвенцији, корисно је детаљно уоредити режиме признања страних судских одлука прописане домаћим Законом о решавању сукоба закона са једне и Конвенцијом са друге стране. Анализе показују да, упркос одређеним разликама (пре свега на плану изв. јурисдикционих филтера, посебно решења за признање одлука о накнади штете и проблема признања одлуке у ствари у којој постоји пред судом државе признања још увек траје), које су превасходно последица разлике у природи*

* Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација, по Уговору евиденциони број 451-03-65/2024-03/ 200120 од 05.02.2024. године.

двају извора права и тренуцима у којима су доношени, суштинских разлика жења тих система право и нема. Штавише, Конвенција садржи веома бољи и софистициран систем ограничења примене одређених својих делова, што појединачно заинтересованим државама, па иако и Србији, може да олакша дилеме које се јаве приликом разматрања потребе признања.

Кључне речи: међународно приватно право, признање страних судских одлука, Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, Хаџка конференција за међународно приватно право.

1. УВОД

Када је првог дана 1983. године ступио на снагу, Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (у даљем тексту: ЗРСЗ или Закон)¹ увео је тадашњу Социјалистичку Федеративну Републику Југославију у ред држава са најмодернијим и најнапредније конципираним системима међународног приватног права. Ово не чуди ако се има у виду да је Закон резултат дугогодишњег преданог рада групе највећих југословенских стручњака оног времена.²

Данас, четири деценије касније, ситуација на плану кодификације међународног приватног права на некадашњем југословенском простору је прилично разнолика. У Србији и у Босни и Херцеговини ЗРСЗ се и даље примењује у мање-више неизмењеном изворном облику. Словенија је 1999. године преименовала и модернизовала наслеђену југословенску кодификацију, па се тамошњи Закон о међународном приватном и процесном праву³ може сматрати „ажурираном верзијом“ ЗРСЗ-а. Северна Македонија,⁴ Црна Гора⁵ и Хрватска⁶ су усвојиле потпуно нове кодификације.

¹ *Сл. лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр., *Сл. лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Сл. гласник РС*, бр. 46/2006 – др. закон.

² Више о историјату ЗРСЗ-а вид. Маја Станивуковић, Мирко Живковић, *Међународно приватно право – општи део*, Службени гласник, Београд 2023, 39.

³ *Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku*, *Uradni list RS*, бр. 56/99, 45/08 – др. закон, 31/21 – одлука USRS.

⁴ Република Северна Македонија је чак два пута спровела темељну реформу свог међународног приватног права. Први пут је то било 2007. године, када је усвојен први темељно новелирани Закон о међународном приватном праву (*Службен весник на Република Македонија*, бр. 87/07, 156/10) а други пут 2020. године (Законот за међународно приватно право, *Службен весник на Република Северна Македонија*, бр. 32/20). Детаљније о развоју северномакедонског међународног приватног права у постјугословенској ери вид. Тони Дескоски, Вангел Доковски, *Међународно приватно право*, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопље 2021, 83–84.

⁵ Закон о међународном приватном праву, *Службени лист Црне Горе*, бр. 1/14, 6/14 – испр., 11/14 – испр., 14/14, 47/15 – др. закон.

⁶ Закон о међународном приватном праву, *Народне новине*, бр. 101/17, 67/23.

Упркос несумњивом и неспорном квалитету својих решења, ЗРСЗ већ неколико деценија нажалост више не прати ритам савременог тренутка. Не само да Закон није усклађен са државно-статусним променама из 2003. и 2006. године, па се његова анахроност врло очигледно испољава у позивању на државу која већ одавно не постоји, него и неки његови регулаторни принципи не одговарају потребама уређења приватноправних односа са елементом иностраности у модерном добу. Бавећи се детаљно овим питањем, професорка *Сћанивуковић* је уочила чак десет разлога због којих би требало приступити изменама ЗРСЗ-а.⁷ Потребне модернизације ЗРСЗ-а у једном тренутку је постала свесна и наша држава. Наиме, Министарство правде Републике Србије је почетком 2009. године формирало Радну групу за доношење Закона о међународном приватном праву.⁸ Радна група је у јулу 2014. године Министарству предала нацрт Закона о међународном приватном праву, до чијег усвајања све до данас није дошло. Према томе, чини се да у овом тренутку усвајање нове кодификације, као методолошки најадекватнији пут модернизације српског међународног приватног права, није опција чије би се остварење могло реално очекивати. У таквим околностима вредело би се окренути анализи могућности посредне модернизације нашег система међународног приватног права.

До посредне модернизације би дошло тако што би Србија приступила међународним уговорима којима се унификују одређена правила међународног приватног права што би онда, бар када се ради о уговорима који предвиђају принцип универзалне примене, за последицу имало то да истоврсне норме ЗРСЗ-а постану излишне и *de facto* буду стављене ван снаге. Одређена искуства са оваквим приступом наше право већ има. Наиме, након што се Србија обавезала Протоколом из 2007. године о меродавном праву за обавезу издржавања, закљученим под окриљем Хашке конференције за међународно приватно право, а чији члан 2 предвиђа да ће се Протокол примењивати без обзира на то да ли његове колизионе норме упућују на право државе-уговорнице или треће државе, практично су престале да се примењују одредбе ЗРСЗ које садрже колизионе норме за обавезу издржавања.⁹

Наша пажња ће се у овом раду усмерити на анализу потребе и могућности модернизације правила ЗРСЗ-а о признању страних судских одлука кроз приступање хашкој Конвенцији о признању и извршењу страних судских

⁷ Маја Станивуковић, „Десет разлога зашто би требало мењати Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (1982)“, *Бранич* 4/2020, 12-26.

⁸ Вид. Мирко Живковић, „Рад на новом Закону о међународном приватном праву Републике Србије – почетне дилеме и актуелно стање“, *Зборник радова са седме Конференције за Међународно приватно право – Проширење европског правосудног простора на државне чланице ЦЕФТА* (ур. Б. Бордаш, М. Станивуковић), Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2010, 175.

⁹ Гашо Кнежевић, Владимир Павић, Марко Јовановић, *Међународно приватно право – ириручник*, Службени гласник, Београд 2023, 109.

одлука у грађанским или трговинским стварима из 2019. године. У том циљу, најпре ћемо представити главне одлике тренутно важећег система признања страних судских одлука, затим ћемо укратко приказати настанак Конвенције из 2019. године како би се боље разумео њен садржај, потом ћемо размотрити конвенцијска правила признања страних судских одлука и на крају утврдити да ли би приступање овој Конвенцији представљало значајно одступање од тренутно важећих решења.

2. СИСТЕМ ПРИЗНАЊА СТРАНИХ СУДСКИХ ОДЛУКА ПРЕМА ЗАКОНУ О РЕШАВАЊУ СУКОБА ЗАКОНА СА ПРОПИСИМА ДРУГИХ ЗЕМАЉА

Општи услови за признање страних судских одлука у праву Републике Србије садржани су у члановима 87-92 ЗРСЗ,¹⁰ док се на сâм поступак признања традиционално примењују одредбе Закона о ванпарничном поступку.¹¹ Тренутно важећи систем признања страних судских одлука би се могао окарактерисати као прилично либералан. Ту оцену поткрепљује неколико аргумената.

Прво, ЗРСЗ начелно прихвата систем ограничене контроле страних судских одлука. То значи да се у поступку признања у принципу проверавају само одређени процесни аспекти одлуке која је предмет признања. Од тог принципа постоје два изузетка. Један је општи и односи се на усаглашеност са јавним поретком, јер тај услов дозвољава испитивање усклађености стране одлуке и са процесним и са (одређеним) супстанцијалним аспектима домаћег јавног поретка.¹² Суштински гледано, питање је колико се уопште овај случај може квалификовати као изузетак од принципа ограничене контроле, јер је упоредноправно уобичајено схватање да се приликом испитивања усаглашености одлуке са јавним поретком пажња обраћа и на његов процесни и на супстанцијални аспект.¹³ Други изузетак је посебан и односи

¹⁰ У члановима 93-95 ЗРСЗ садржани су посебни услови за признање страних судских одлука којима је решено о статусним питањима физичких лица. Такође, посебни услови за признање појединих врста одлука пореклом из појединих држава предвиђени су и ратификованим међународним уговорима.

¹¹ Поред ЗРСЗ-а, материју признања и извршења страних судских одлука у одређеним стварима и из одређених држава садрже и поједини билатерални и мултилатерални међународни уговори којима је Република Србија обавезана, али они на овом месту неће бити предмет наше пажње због свог посебног карактера.

¹² Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, Правни факултет Универзитета у Београду 2022, 554.

¹³ Pierre Mayer, Vincent Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, Paris 2007, 282-286; Александар Јакшић, *Међународно грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 365.

се само на признање страних судских одлука којима је одлучено о неком статусном питању држављанина Републике Србије. У том случају ће се примењивати тзв. неограничена контрола одлуке, па је суд који одлучује о признању овлашћен да испитује и исход примене материјалног права. Међутим, и у овом погледу ипак постоји једно битно ограничење. Суд може да прибегне неограниченој контроли само онда када би, да је исти спор мериторно решаван пред судом Републике Србије, за спорно статусно питање било меродавно право Републике Србије. Истина, ово није тешко остварљив услов јер ЗРСЗ по правилу предвиђа примену права држављанства у статусним стварима. Али, у овој ситуацији ЗРСЗ не садржи потпуно ригидно решење по коме би се тражило да је и страни суд на спорно питање применио право Републике Србије, већ прихвата флексибилнији приступ па прописује да ће одлука бити подобна за признање и онда када је на спорно питање примењено право које „битно не одступа“ од права Републике Србије.¹⁴

Други доказ либералног карактера домаћег система признања страних судских одлука јесте тај што ЗРСЗ изричито прописује да ће се одређени услови за признање испитивати само ако то затражи противник признања. Тако, члан 88 став 1 ЗРСЗ јасно каже да ће се сметња која се односи на немогућност лица против кога је страна одлука донета да учествује у мериторном поступку у страниој држави (због неправилности тог поступка) утврђивати само ако то приговором затражи лице против кога је одлука донета. Слично томе, члан 92 став 3 успоставља претпоставку испуњености постојања узајамности као услова за признање страних судских одлука. То практично значи да ће се испитивању постојања узајамности приступити само онда противник признања створи сумњу у погледу испуњености тог услова.¹⁵ Штавише, члан 92 став 2 ЗРСЗ изричито искључује узајамност као услов за признање страних судских одлука донетих у брачном спору и у спору ради утврђивања или оспоравања очинства или материнства, као и ако признање тражи држављанин Републике Србије.

Трећи доказ либералног карактера домаћег система признања страних судских одлука налази се на плану правила о индиректној надлежности. Наиме, ЗРСЗ у члану 89 став 1 прихвата најмање „експанзионистичку“ концепцију правила о индиректној надлежности, па тако прописује да ће се страни суд сматрати ненадлежним за доношење одлуке која је предмет признања само ако у односној ствари постоји искључива надлежност суда или

¹⁴ Вид. чл. 93 ЗРСЗ.

¹⁵ Marko Jovanović, „The Role of Reciprocity as a Requirement for Recognition of Foreign Judicial Decisions in Serbian Private International Law“, *Festschrift für Helmut Rießmann* (ed. J. Stamm), Juris, Saarbrücken 2013, 797-799.

другог органа Републике Србије. Не испитује се, дакле, ваљаност примене страних правила о директној надлежности, нити се предвиђа систем билатерализације (тзв, систем *оїлегала*). Штавише, и овде постоји још један битан изузетак који додатно либерализује услов везан за постојање индиректне надлежности. Наиме, према члану 89 став 1 ЗРСЗ, чак ни постојање искључиве надлежности суда Републике Србије неће бити препрека признању стране судске одлуке у брачном спору онда када признање тражи тужени из поступка пред страним судом или када признање тражи тужилац а тужени се не противи. Законодавац је овим поступио изузетно прагматично а његов либерализам се овде показује као веома смислен. Наиме, искључива надлежност суда Републике Србије у брачном спору ће, сходно члану 61 став 2 ЗРСЗ, постојати онда када је тужена страна српски држављанин са пребивалиштем у Србији. Интерес прописивања искључиве надлежности је, сасвим јасно, у заштити лица које је чврсто везано за Србију (држављанство + пребивалиште). Ако такво лице не жели да ужива привилегију немогућности да буде тужено у брачном спору пред страним судом, што се манифестује не само учешћем тог лица у поступку у иностранству, већ и тиме што се активно држи и тражи признање стране судске одлуке или се таквом захтеву не противи, законодавац процењује да нема сврхе да у таквом стању ствари обавезује (бивше) супружнике да поново воде исти поступак пред судом Републике Србије, већ дозвољава могућност признања стране судске одлуке ако су и други услови испуњени.

Дакле, као што се може видети, систем признања страних судских одлука прихваћен у ЗРСЗ-у не само да се формално сврстава међу системе ограничене контроле, већ је и суштински редукован на минимум неопходних аспеката контроле. То су, у првом реду, услови који спречавају настанак различитих практичних проблема (правноснажност одлуке која је предмет признања, одсуство искључиве надлежности домаћег суда у ствари о којој је одлучио страни суд, одсуство раније домаће правноснажне судске одлуке или признате стране одлуке у истој ствари међу истим странама и непостојање текућег поступка у истој ствари међу истим странама пред домаћим судом), као и захтев сагласности стране судске одлуке са домаћим јавним поретком, што је универзално прихваћен услов подобности стране судске одлуке за признање. Осим овога, суд који одлучује о признању ће, под одређеним условима, испитивати и поштовање права одбране, као и узајамност са државом порекла одлуке у погледу признавања судских одлука. Према томе, чини се да је сасвим основана оцена да је наш важећи систем признања страних судских одлука конципиран крајње либерално и да признање може да буде ускраћено само у случајевима озбиљних претњи по стабилност и интегритет домаћег правног система.

3. РАЗЛОЗИ ЗА МЕЂУНАРОДНУ УНИФИКАЦИЈУ УСЛОВА ЗА ПРИЗНАЊЕ СТРАНИХ СУДСКИХ ОДЛУКА И НАСТАНАК КОНВЕНЦИЈЕ ИЗ 2019. ГОДИНЕ

Чим је постало јасно да се Другом светском рату ближи крај и када је већ могао да се наслути његов исход, у Бретон Вудсу је у јулу 1944. године одржана велика конференција посвећена будућем економском уређењу света, које би омогућило што брже превазилажење последица ратних разарања.¹⁶ Основна идеја је била да се послератни светски економски односи поставе на принципу либерализма, што се и десило. У складу са тим, из године у годину је расла вредност међународне трговинске размене и прекограничних улагања. Ово отварање националних привреда према споља неминовно је са собом повлачило и све учесталија стварања различитих приватноправних односа са елементом иностраности. Што је већи број међународно-приватноправних односа, то је већи и ризик од јављања спорова са елементом иностраности, што даље рађа потенцијалну потребу да се одлуке којима се овакви спорови решавају признају и ван државе на чијој су територији су донете. Ако одлуке не би уопште могле да се признају ван државе у којој су донете, или ако би, пак, признање одлука било подвргнуто сувише сложеним условима, то би могло да делује одвраћајуће на развој међународних пословних односа, чији је значај за унапређење светске привреде био неприкосновен. Ова опасност је препозната на неколико нивоа.

Најпре је 1958. године у оквиру Организације Уједињених нација усвојена Конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука (у даљем тексту: Њујоршка конвенција),¹⁷ којом су на глобалном нивоу ујединачени услови за признање арбитражних одлука и оцену пуноважности арбитражних споразума. Затим је, десет година касније, у оквиру тадашње Европске економске заједнице (ЕЕЗ), усвојена Конвенција о надлежности и признању и извршењу страних судских одлука у грађанским или трговинским стварима (у даљем тексту: Бриселска конвенција).¹⁸ Допринос ове Конвенције развоју међународног грађанског процесног права се, без претеривања, може оценити као револуционаран, јер њоме нису унификовани и поједностављени само услови признања судских одлука у грађанским или трговинским стварима унутар ЕЕЗ, већ су постављена и заједничка правила о дистрибуцији директне међународне надлежности међу државама-чланицама ЕЕЗ.

¹⁶ Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum, Petros C. Mavroidis, Michael Hahn, *The World Trade Organization – Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford 2015, 2.

¹⁷ *Сл. лист СФРЈ* – Међународни уговори, бр. 11/81.

¹⁸ Бриселска конвенција о надлежности и извршењу одлука у грађанској и трговинској материји, *Службени гласник ЕЗ* Л-299 од 31.12.1972. Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ L* 299, 31.12.1972.

Не само да је Бриселска конвенција хваљена у теорији као ретко успешан пример унификације широког круга питања међународног грађанског процесног права,¹⁹ већ је њен успех потврђен и у пракси. Од бројних емпиријских показатеља њене успешности, као посебно илустративан за тему којом се бавимо издвојићемо тај да је модел процесне унификације који је поставила „извезен“ и ван територије ЕЕЗ. Наиме, 1988. године усвојена је тзв. Луганска конвенција,²⁰ која је решења Бриселске конвенције проширила и на Европско удружење слободне трговине (ЕФТА).²¹

Ова три велика успеха на плану унификације различитих правила међународног грађанског процесног права навеле су Сједињене Америчке Државе да, почетком деведесетих година XX века, предложе Хашкој конференцији за међународно приватно право да отпочне рад на закључењу глобалне конвенције о унификацији правила о директној међународној надлежности и о признању страних судских одлука.²² Рад на овој конвенцији, нажалост, у првом периоду није био нарочито успешан. Наиме, радна група је 1999. године припремила прелиминарни нацрт текста конвенције, а 2001. године је завршила рад на прелазном тексту. Међутим, оба ова документа су одбијена.²³ Зато је донета одлука да даљи рад на нацрту конвенције буде одложен, а пажња Хашке конференције се усмерила на једно од питања које је том свеобухватном конвенцијом требало да буде уређено, а то је унификација услова за пуноважност пророгационих споразума и признања судских одлука које произађу из поступка у којима су странке постигле споразум о надлежности суда. Овај рад је успешно окончан крајем јуна 2005. године, усвајањем Конвенције о избору надлежног суда.²⁴

Након усвајања Конвенције из 2005. године, чини се да се појачао притисак на Хашку конференцију да настави рад на нацрту конвенције о директној међународној надлежности и признању страних судских одлука. Осим успешно окончаних преговора о Конвенцији о пророгационим споразумима, још неколико околности је учинило да се притисак појача. На плану чиње-

¹⁹ Geert van Calster, *European Private International Law*, Hart Publishing 2016, 21-23.

²⁰ Конвенција о надлежности и извршењу одлука у грађанској и трговинској материји, сачињена у Лугану, *Службени гласник ЕЗ Л*- 319, од 25.11.1988. Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters – Done at Lugano on 16 September 1988, *OJ L 319*, 25.11.1988.

²¹ Више о односу Луганске и Бриселске конвенције вид. Маја Станивуковић, *Директна међународна надлежност судова у САД, ЕЕЗ и ЕФТА*, докторска дисертација, Нови Сад 1994, *passim*.

²² Arthur von Mehren, „Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A New Approach for the Hague Conference“, *Law and Contemporary Problems* No. 3, 1994, 282-283.

²³ Trevor Hartley, Masato Dogauchi, *Explanatory Report for the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, The Hague 2005, 785-787.

²⁴ Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements.

ница, вредност међународне трговинске размене је наставила да расте. Према подацима Светске трговинске организације, та вредност је са 6.148 милијарди долара у 2001. години скочила на 15.013 милијарди долара у 2010. години, што је повећање од око 250%.²⁵ Такође, због унапређења међународног саобраћаја и захваљујући све већој дигитализацији пословања, људи су постали све покретљивији, што додатно увећава ступање у различите односе међународног приватног права. На плану права, Бриселска конвенција је, након проширења надлежности Европске заједнице до којег је дошло ступањем на снагу амстердамских измена оснивачких споразума, успешно модернизована и трансформисана у тзв. Уредбу Брисел 1.²⁶ Осавременења је и Луганска конвенција, која је своју нову верзију добила 2007 године.²⁷ Све ово је утицало на одлуку Хашке конференције да 2010. године настави рад на конвенцији о судским одлукама.

Како би овог пута рад био успешнији, одлучено је да обим рада буде унеколико сужен у односу на претходни покушај. Наиме, одустало се од унификације правила о директној међународној надлежности,²⁸ тако да је радна група добила у задатак да сачини нацрт који ће се бавити (само) правилима о признању и извршењу страних судских одлука. Могло би се рећи да је та одлука била исправна, јер је овог пута рад на сачињавању и усвајању нацрта конвенције био успешан. На 22. дипломатској сесији Хашке конференције за међународно приватно право, окончаној 2. јула 2019. године, представници 67 држава-чланица (међу којима је била и Србија), једне регионалне економске интеграције (Европске уније) и шест држава-посматрача усвојили су коначан текст Конвенције о признању и извршењу страних судских одлука у грађанским или трговинским стварима. Конвенцију је први, одмах након усвајања, потписао Уругвај. Прве ратификације Конвенције десиле су се три године касније, када су истог дана, 29. августа 2022. године, Конвенцију ратификовали Украјина, Европска унија и њених 27 држава-чланица. То је омогућило да Конвенција, у складу са чланом 28, ступи на снагу 1. септембра 2023. године. Од 1. октобра 2024. године, Конвенција броји 30 страна-уговорница јер се тог дана испунио услов за ступање на снагу Конвенције у односу на Уругвај, који је депоновао инструменте ратификације 1. септембра 2023. године. У овом тренутку се зна да ће 1. јула 2025. године Конвенција добити и 31. страну-уговорницу, јер ће се тада испунити услови за ступање

²⁵ Статистике доступне на: <https://stats.wto.org/>.

²⁶ Уредба Савета бр. 44/2001 од 22 децембра 2000. године о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговинским стварима, *Службени гласник ЕЗ Л-12*, од 16. јануара 2001. године.

²⁷ Конвенција о надлежности, признању и извршењу одлука у грађанској и трговинској материји, *Службени гласник ЕЗ Л-339*, од 21. децембра 2007.

²⁸ Више о томе вид. Маја Станивуковић, „Идеализам и реализам у признавању страних судских одлука“, *Правни живот* 11/2014, 283-297.

на снагу Конвенције у односу на Уједињено Краљевство. Може се очекивати да ће у наредном периоду број страна-уговорница Конвенције наставити да расте, јер већ сада Конвенција има још потписница које међутим нису депоновале инструменте ратификације, па у односу на њих још увек није почео да тече рок за давање изјава о ограничењу територијалног домашаја Конвенције сходно њеном члану 29, после чијег истека се тек стварају услови за ступање Конвенције на снагу у односу на те државе.²⁹

4. НАЧИН ПРИМЕНЕ КОНВЕНЦИЈЕ ИЗ 2019. ГОДИНЕ

Да би се судска одлука признавала према правилима предвиђеним Конвенцијом из 2019. године, потребно је да буде испуњено неколико претходних захтева. Смисао разликовања претходних захтева од сметњи признању или извршењу је у редоследу корака и последицама које наступају. Ако страна судска одлука не испуњава неки од претходних захтева, на њено признање или извршење се неће примењивати Конвенција, па се неће ни приступити утврђивању постојања сметњи.

Претходни захтеви се могу поделити на оне који се тичу територије, оне који се тичу предмета одлуке, на оне који се тичу основа заснивања надлежности суда који је донео одлуку, као и на остале захтеве који немају доминантну заједничку карактеристику осим те да представљају резидуалну групу у односу на претходно побројане три.

1. Територијални услови

Основни захтев који се тиче територије је прописан чланом 1 став 2 Конвенције и он подразумева да су и држава у којој се тражи признање и држава порекла одлуке уговорнице Конвенције из 2019 године. Поред овог основног захтева, потребно је и да држава у којој се тражи признање и држава порекла одлуке нису једна према другој искључиле примену Конвенције, на шта имају право на основу њеног члана 29. Исто тако, потребно је и да држава у којој се тражи признање није искористила могућност изјављивања резерве из члана 17 Конвенције, која би је овластила да не примени Конвенцију на признање стране судске одлуке пореклом из друге државе-уговорнице када обе стране у спору имају уобичајено боравиште у држави у којој се тражи признање и када су сви елементи релевантни за спор (осим, разуме се, места суда који је донео одлуку чије се признање тражи) везани за државу у којој се тражи признање.

²⁹ Ажуриран приказ статуса Конвенције из 2019. године доступан је на: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=137>.

2. Захтеви који се тичу предмета одлуке

Из назива конвенције произлази да се она примењује на признање и извршење страних судских одлука у грађанским или трговинским стварима. Међутим, појам грађанске или трговинске ствари је, за потребе примене Конвенције, аутономно квалификован и знатно уже постављен него што би то био случај да се значење ових појмова тумачи према унутрашњем праву. Тако се, сходно члану 2, Конвенција не примењује на одлуке које се тичу: статусних и питања способности физичких лица, обавезе издржавања и других породичноправних питања (попут брачноимовинског режима и слично), законског и тестаментарног наслеђивања, стечаја и сродних поступака, превоза путника и робе, прекограничног морског загађења, морског загађења ван територијалних вода, загађења с брода, ограничења одговорности у поморском праву и опште хаварије, одговорности за нуклеарну штету, пуноважности или ништавости оснивачких аката правних лица или удружења физичких или правних лица, њиховог престанка и пуноважности одлука њихових органа, пуноважности уписа у јавне регистре, повреде угледа, повреде правила о заштити личних података, права интелектуалне својине, радњи оружаних снага, аката примене права, права конкуренције, реструктурисања јавног дуга кроз једностране државне мере и арбитраже и повезаних поступака. Ова дугачка листа, као што се види, из поља примене Конвенције искључује широк круг „класичних“ грађанских и трговинских ствари. По свом садржају она је веома слична члану 2 Конвенције из 2005. године и члану 1 став 2 Уредбе Брисел 1 *bis*. То, између осталог, показује да је Конвенција из 2019. године грађена на искуствима израде и примене других сличних међународних инструмената, што је веома значајно за њену међународну прихватљивост и процену угледа за успех у пракси.

Осим овог круга предмета који су искључени из поља примене *ipso Conventione*, државе-уговорнице су чланом 18 Конвенције овлашћене да за себе још више сузе њено предметно поље примене тако што ће моћи да наведу додатне предмете у којима неће признавати одлуке из других држава-уговорница према правилима Конвенције, нити ће такве одлуке пореклом из државе која изјави резерву бити признаване у другим државама-уговорницама према правилима Конвенције.

Према томе, да би захтев у погледу применљивости Конвенције на предмет одлуке био испуњен, потребно је да се тај предмет не налази ни на листи питања на које сама Конвенција не претендује да се примењује, ни на листи евентуалних додатних предметних искључења било државе порекла одлуке, било државе у којој се тражи признање.

3. Захтеви који се тичу начина заснивања надлежности суда који је донео одлуку

Када су преговарачи Конвенције из 2019. године одустали од првобитне идеје да Конвенцијом унификују и правила о директној међународној надлежности, поставило се питање какву ће улогу у Конвенцији играти начин заснивања надлежности суда који је донео одлуку чије се признање тражи. Да се ради о унутрашњем извору права, то питање би било решено кроз правила о индиректној међународној надлежности, која би се јавила као класичан услов за признање: ако је страни суд засновао своју (директну) надлежност на начин на који то право државе у којој се тражи признање сматра прихватљивим (дакле, у складу са њеним правилима о индиректној међународној надлежности), услов ће бити испуњен и, под условом да нема ниједне друге сметње, одлука ће бити призната. Ако је, пак, повређено правило о индиректној надлежности, тј. ако је страни суд засновао своју надлежност на начин који држава признања сматра неадекватним (што не значи нужно да је том приликом дошло до неправилне примене правила о директној надлежности државе порекла одлуке), признање ће бити одбијено јер један од услова није испуњен.

Овакав црно-бели приступ није сасвим прикладан за један међународни уговор какав је Конвенција из 2019. године, тако да је решење морало да се тражи на другом плану. Творци Конвенције су се определили за то да у њен члан 5 унесу једну подугачку листу „основа за признање и извршење“, а који се колоквијално називају „јурисдикционим филтерима“.³⁰ Идеја је, заправо, у томе да ће се Конвенција примењивати на признање стране судске одлуке уколико је суд који ју је донео своју надлежност засновао по неком од основа предвиђених чланом 5 Конвенције или ако постоји нека од карактеристичних веза противника признања са државом порекла одлуке. Ако ниједан од тих услова није испуњен, последица неће бити одбијање признања него непримена Конвенције – признање стране судске одлуке ће се тада спроводити у потпуности према унутрашњем праву државе у којој се признање тражи.³¹

Члан 5 Конвенције је изузетно дугачка одредба која садржи чак 13 „пожељних“ јурисдикционих филтера, од којих неки чак имају и неколико могућих појавних варијанти. Њима се додаје још један филтер из члана 6, који има посебан карактер. Ови филтери се могу класификовати у неколико група:

³⁰ Francisco Garcimartin, Geneviève Saumier, *Explanatory Report for the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*, The Hague 2019, 88.

³¹ Детаљније о јурисдикционим филтерима у Конвенцији из 2019 године вид. Matthias Weller, „The Jurisdictional Filters of the 2019 HCCH Judgments Convention“, *Yearbook of Private International Law* vol. XXI, 2019/2020, 279-308.

1. Основи који се тичу везе противника признања са државом порекла одлуке – управо због ове групе основа, члан 5 не може да се квалификује као правило о индиректној надлежности. Овде се, дакле, не ради о начину заснивања надлежности суда који је донео одлуку чије се признање тражи, већ о томе да постоји довољно карактеристична веза између противника признања и државе порекла одлуке. Те везе су следеће: уобичајено боравиште противника признања у држави порекла одлуке у тренутку када је постао странка у поступку; налажење главног места пословања противника признања – физичког лица у тренутку када је постао странка у поступку, а одлука се тиче његове пословне активности; околност да је противник признања био тужилац у поступку у ком је донета одлука чије се признање тражи.
2. Основи који се тичу туженог у поступку пред судом који је донео одлуку чије се признање тражи – тужени је, у тренутку када је постао странка у поступку, имао огранак, представништво или други организациони облик без својства правног лица у држави порекла одлуке, а пресуда се тиче радњи тог огранка, представништва или другог организационог облика; тужени се упустио у спор а да претходно није благовремено истакао приговор ненадлежности поступајућег суда, осим ако би било очигледно да такав приговор, према меродавном праву, не би имао изгледа за успех.
3. Основи који се тичу одређених начина заснивања посебне надлежности суда који је донео одлуку чије се признање тражи – овде Конвенција набраја одређени број „прихватљивих“ основа заснивања посебне међународне надлежности где је принцип проксимитета несумњиво јасно изражен. Те посебне надлежности су предвиђене за спорове из: уговорних односа (основ је место испуњења спорне обавезе); уговора о закупу непокретности (основ је место налажења непокретности); уговорних обавеза осигураних стварноправним обезбеђењем на непокретности (основ је место налажења непокретности, уз напомену да се овај основ примењује само ако је тужбом обухваћен и захтев који се тиче стварноправног обезбеђења); вануговорне одговорности за смрт, телесну повреду, штету или губитак материјалне имовине (основ је место предузимања штетне радње, односно место пропуштања да се предузме радња којом би се избегла штета); пуноважности, структуре, имовине, управљања или мењања добровољно створеног и у писаном облику потврђеног траста (основ је уговорена надлежност или место налажења главне управе траста); стварноправних односа на непокретностима (основ је место налажења непокретности); противтужбе; ако је надлежност суда проистекла из писаног споразума страна, осим ако је у питању пророгациони споразум којим се успоставља искључива надлежност изабраног суда.

Као што се може видети, мрежа јурисдикционих филтера из члана 5 став 1 Конвенције је прилично густа, а постављена је у облику затворене листе (*numerus clausus*). То значи да ће страна судска одлука моћи да буде подвргнута поступку признања предвиђеним Конвенцијом само ако је приликом њеног доношења суд порекла засновао своју надлежност према једном од основа које члан 5 предвиђа као дозвољен. Ако тај услов није испуњен, страна судска одлука ће се признавати у складу са поступком и према условима предвиђеним унутрашњим правом државе-уговорнице у којој се признање тражи. То даље значи да, ако је систем признања страних судских одлука предвиђен унутрашњим правом државе-уговорнице строжи од конвенцијског, судска одлука која не испуњава неки од услова из члана 5 став 2 Конвенције неће никако моћи да буде призната у тој држави. Међутим, ако је систем признања предвиђен националним правилима блажи, околност да страна судска одлука не испуњава ниједан услов из члана 5 став 1 Конвенције ће и даље такву судску одлуку дисквалификовати из конвенцијског режима признања, али ће њено признање бити могуће према условима предвиђеним националним међународним приватним правом те државе-уговорнице (што јасно дозвољава члан 15 Конвенције), под условом, наравно, да су сви услови које поставља то право испуњени.

Једини случај где прибегавање повољнијим националним условима није дозвољено јесте признање одлуке из спора о стварним правима на непокретностима, где је једини дозвољени основ заснивања надлежности место налажења непокретности. Ако је одлуку донео суд који није у држави места налажења непокретности, она не само да неће моћи да буде призната према конвенцијском режиму, већ је и могућност њеног признавања према (повољнијем) националном праву изричито искључена словом члана 15 Конвенције. Са практичне тачке гледишта, овакво прецизирање је веома корисно, али из угла теорије се може поставити питање потребе за оваквом напоменом. Наиме, у модерном међународном приватном праву, место налажења непокретности је универзално прихваћено као искључив основ заснивања надлежности у стварноправним споровима поводом те непокретности.³² Према томе,

³² Од овог правила постоје врло ретки и изузетно ограничени изузеци, попут оног предвиђеног чланом 24 став 1 тачка 1 алинеја 2 Уредбе Брисел 1 *bis*, који дозвољава да се спорови који проистичу из уговора о краткорочном закупу непокретности (до 6 месеци), где је купац физичко лице а куподавац и купац имају пребивалиште у истој држави-чланици, изнесу пред судове државе-чланице заједничког пребивалишта куподавца и купца. Смисао овог изузетка је практичан – европски законодавац је проценио да нема потребе обавезивати странке које имају пребивалиште у истој држави да путују у трећу како би разрешиле спор и носе све додатне трошкове и потешкоће које би поступак у трећој држави створио и једној и другој страни. Ова разлика је препозната и у Конвенцији из 2019. године, која код спорова из уговора о дугорочном закупу захтева да је одлуку донео суд државе у којој се непокретност налази. Вид. чл. 5 ст. 3 Конвенције из 2019. године.

све и када члан 15 Конвенције не би искључиво забрањивао могућност истицања захтева за признање према националном праву, такав захтев би врло вероватно био осуђен на суштински неуспех јер је признање стране судске одлуке у ствари у којој би судови државе у којој се тражи признање имали искључиву надлежност било незамисливо чак и у системима са либерално постављеним правилима о индиректној међународној надлежности.

4. Други захтеви

У резидуалну категорију „других“ захтева могли би да се сврстају разнородни захтеви који не чине кохерентну целину ни у погледу свог предмета ни у погледу места у Конвенцији на ком се налазе. Тако, да би страна судска одлука могла да се призна, потребно је да производи дејства у држави порекла, а да би могла да се извршава, потребно је да буде извршна у држави порекла. Може се рећи да овај захтев, чије је постојање сасвим разумљиво и оправдано, вуче своје порекло из Њујоршке конвенције. Али, за разлику од пермисивног језика Њујоршке конвенције, која каже да надлежно тело које одлучује о захтеву за признање стране арбитражне одлуке може да одбије признање одлуке која још увек није постала обавезујућа за стране у спору или која је чак и поништена у држави порекла,³³ Конвенција из 2019. године је стриктнија и императивно захтева да одлука производи дејства у држави порекла, односно да је стекла својство извршности, како би била призната, тј. извршена. Ова разлика у формулацији показује да су творци Конвенције из 2019. године извукли поуке из неких несавршености Њујоршке конвенције, чија је пермисивна формулација направила значајне потешкоће у примени.³⁴

Иако у члану 13 начелно предвиђа да ће поступак признања или извршења бити уређен правом државе у којој се признање или извршење тражи, Конвенција ипак одређује круг докумената која морају да буду поднета уз захтев за признање или извршење, а за сām захтев прописује посебан формулар.³⁵ Ово је уобичајени приступ за конвенције закључене под окриљем Хашке конференције.

Коначно, потребно је да режим признања или извршења на основу Конвенције није искључен, ограничен или измењен различитим резервама које државе-уговорнице могу да изјаве на основу чланова 14, 17, 18, 19 и 25 Конвенције. Те резерве, осим већ поменуте територијалне и резерве која омогућава проширивање листе предмета стране судске одлуке на које се Конвенција неће примењивати, обухватају и резерву која омогућава држави у којој

³³ Вид. чл. V(1)(e) Њујоршке конвенције.

³⁴ Више о томе вид. Gary Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, Updated March 2024), §26.05[C][9][f].

³⁵ Вид. чл. 12 Конвенције из 2019. године.

се тражи признање да захтева полагање обезбеђења за трошкове поступка признања, резерву која омогућава искључење из поља примене Конвенције судских одлука у споровима где је једна од страна била држава, физичко лице које је иступало као представник државе, државна агенција или физичко лице које је иступало као представник државне агенције и резерву која ближе уређује домашај Конвенције у државама са нејединственим правним системом.

5. СМЕТЊЕ ПРИЗНАЊУ ИЛИ ИЗВРШЕЊУ ПРЕМА КОНВЕНЦИЈИ ИЗ 2019. ГОДИНЕ

Конвенција из 2019. године у члану 7 прописује шест општих сметњи признању или извршењу стране судске одлуке. То су: манљиво достављање иницијалног акта туженом, превара, очигледна противност стране судске одлуке јавном поретку државе у којој се тражи признање, повреда пророгационог споразума, несагласност стране судске одлуке са ранијом судском одлуком суда државе у којој се признање тражи у спору између истих страна и несагласност стране судске одлуке са другом, ранијом страном судском одлуком у спору између истих страна у истој ствари, под условом да та ранија одлука испуњава услове за признање. Ове сметње се називају *ојцијим* јер се примењују на признање или извршење свих судских одлука на које се примењује Конвенција. Њима се додаје и једна *посебна* сметња, која се примењује само на признање страних судских одлука којима је одлучено о захтеву за накнаду штете, и то у случају да је досуђен износ накнаде који превазилази вредност штете коју је оштећена страна претрпела. Оно што је заједничко за све сметње признању према Конвенцији из 2019. године јесте то да Конвенција не прави поделу на сметње чије присуство или одсуство треба да докаже нека од страна и сметње које по службеној дужности утврђује суд. Напротив, у погледу свих сметњи се примењује исти режим: Конвенција (само) наводи да се признање или извршење *може* одбити у присуству једне од њих, што даље значи да суд може да утврђује постојање сваке од сметњи независно од тога да ли нека од странака то тражи, као и да је слободан да, у зависности од интензитета присуства неке сметње, процењује да ли је оправдано одбити признање или извршење.³⁶

Што се тиче манљивог достављања иницијалног акта, ова сметња подсећа на повреду права одбране из члана 88 ЗРСЗ, али су јој домашај и начин примене значајно другачији. Пре свега, за Конвенцију су релевантна два случаја манљивости достављања: ако је иницијални акт достављен туженом у

³⁶ Marko Jovanović, „Thou Shall (Not) Pass – Grounds for Refusal of Recognition and Enforcement Under the 2019 Hague Judgments Convention“, *Yearbook of Private International Law* vol. XXI, 2019/2020, 315-316.

држави у којој се тражи признање противно фундаменталним принципима достављања у тој држави и ако иницијални акт није био достављен туженом (без обзира на то у којој држави) на начин и у роковима који му дозвољавају да организује своју одбрану, осим ако тужени није учествовао у поступку без истицања приговора манљивог достављања (ово само под условом да је такав приговор дозвољен процесним правилима државе у којој се водио поступак).³⁷ Може се очекивати да први случај манљивости нема велики потенцијал за практичну примену, јер подразумева кумулативну испуњеност два услова. Прво, ова сметња ће бити правно релевантна само када је достављање иницијалног акта извршено у држави у којој се тражи признање, а не у било којој трећој држави. Друго, потребно је и да је достављање извршено супротно *фундаменталним*, а не „обичним“ процесним принципима. Ово разликовање некад није лако спровести, али јасно је да је намера твораца Конвенције била да ова сметња има изузетан карактер и да није свака повреда правила о достављању довољна да би се активирала њена примена. Треба, такође, имати у виду да се у појединим правним системима та граница може прилично јасно повући. Тако би, на пример, повреда правила о прекограничном достављању која би се, примера ради, састојала у достављању акта супротно правилима о дипломатском општењу у Швајцарској представљала кривично дело из члана 271 Кривичног законика, што се са великом сигурношћу може квалификовати као повреда фундаменталног начела овог вида међународне правне помоћи. Са друге стране, што се тиче случаја достављања на начин и у роковима који не дозвољавају организацију одбране, његова примена не само да није везана искључиво за ситуацију достављања у држави признања већ и орган који одлучује о признању ту има знатно шире могућности да процењује адекватност начина и рокова у светлу свих релевантних околности.³⁸

Иако превара *expressis verbis* не представља посебан основ ускраћивања признања или извршења у многим националним правима, не би требало закључити да Конвенција из 2019. године овим уводи неку нову сметњу у систем признања. Овде се заправо само ради о истицању једног облика манљивости поступка у држави порекла одлуке који би свакако био препрека признању или извршењу и у „класичном“ систему, само у склопу неке друге сметње. Наиме, превара у смислу члана 7(1)(б) Конвенције обухвата како недозвољено поступање (нпр. коришћење кривотворених докумената у поступку), тако и радње учињене ван поступка али са последицама на поступак (нпр. давање мита судији, спречавање супротне стране да учествује у поступку).³⁹ Формулација коју Конвенција користи је веома широка („(...) *ако је пресуда*

³⁷ Чл. 7(1)(а) Конвенције из 2019. године.

³⁸ М. Jovanović (2020), 319-321.

³⁹ F. Garcimartin, G. Saumier, 118.

*исходована преваром*⁴⁰), из чега би требало закључити да она обухвата не само превару учињену у поступку и ван њега, већ и превару на терену процесног, исто као и материјалног права. Као предност издвајања преваре у посебну сметњу признању или извршењу може се оценити то што се тиме „растеређује“ повреда јавног поретка као сметња под коју би се традиционално подвела ова врста недозвољеног понашања. Са друге стране, као потенцијално спорно питање се може поставити степен и квалитет доказаности релевантних чињеница. Наиме, да би се ова сметња успешно активирала, потребно је, чини нам се, доказати две околности: прва је да се одређена преварна радња десила а друга је да је управо та преварна радња утицала на садржај стране судске одлуке. У овом тренутку, једино што се чини неспорним јесте то да превара неће моћи да се доказује само (кривичном) пресудом, као што је то, рецимо, изричито прописано код сличног основа за поништај арбитражне одлуке у Закону о арбитражи Републике Србије.⁴⁰ Остале дилеме ће морати да разреши теорија и пракса, будући да овако широка дефиниција преваре као сметње признању или извршењу стране судске одлуке није предвиђена сличним међународним инструментима који су служили као узор за Конвенцију из 2019. године.

Несагласност стране судске одлуке са јавним поретком државе у којој се тражи признање је традиционална и карактеристична сметња признању или извршењу, без које би вероватно мало која држава уопште била спремна да се упусти у било какав вид међународне сарадње. Садржај јавног поретка се оцењује у складу са унутрашњим правом државе у којој се тражи признање. Конвенција само, примера ради, наводи да јавни поредак укључује фундаменталне принципе процесне правичности као и случајеве повреде безбедности или суверенитета државе у којој се тражи признање. Из овога се може закључити да су за оцену сагласности стране судске одлуке са јавним поретком значајне и његова процесна, али и супстанцијална компонента. Да би се избегло олако посезање за овом сметњом признању или извршењу, Конвенција предвиђа да ће само *очигледна* несагласност са јавним поретком представљати препреку признању. Инсистирање на очигледној несагласности представља устаљену праксу Хашке конференције којом она покушава да обезбеди једнообразну праксу примене одредаба које садрже резерву јавног поретка. Тако је, примера ради, очигледна несагласност са јавним поретком била прописана као сметња признању или извршењу још у Конвенцији из 1971. године.⁴¹ Још један доказ намере твораца Конвенције да ова сметња има само изузетну употребу јесте и околност да су прописане посебне сметње кроз које могу

⁴⁰ Вид. чл. 58 ст. 1 т. 5 Закона о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/06.

⁴¹ Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters. Вид. чл. 5(1) Конвенције из 1971. године.

да се филтрирају неисправности које би традиционално биле санкционисане одбијањем признања или извршења са позивањем на несагласност са јавним поретком. Поред већ наведене преваре, то је и посебна сметња везана за признање одлука којима се досуђује накнада штете, о чему ће бити речи касније.

Сметња садржана у члану 7(1)(д) Конвенције специфична је по томе што је једина која се тиче надлежности суда који је донео одлуку. Њена сврха је комплементарна циљу Конвенције из 2005. године, а то је заштита пророгационих споразума. Да би се ова сметња признању успешно истакла, потребно је да је пророгационим споразумом ваљано искључена надлежност суда који је донео одлуку чије се признање тражи, да је пред судом који је донео одлуку истакнут приговор ненадлежности (тј. да није дошло до накнадне прећутне пророгације у корист суда који је донео одлуку) и да су испуњени неки од основа предвиђених чланом 5 Конвенције, јер ако страна судска одлука не пролази ни кроз један јурисдикциони филтер предвиђен том одредбом, њено признање или извршење се неће одвијати у складу са Конвенцијом, него унутрашњим правом државе у којој се признање тражи.⁴²

Спречавању проблема до којих би могло да дође због коегзистенције међусобно неусаглашених судских одлука унутар једног правног система посвећене су две сметње прописане Конвенцијом. Једна је искључиво усмерена на заштиту принципа *res judicata* и дозвољава одбијање признања или извршења уколико би одлука чије се признање тражи била несагласна ранијој одлуци неког страног суда између истих страна у истој ствари, под условом да та страна одлука испуњава услове за признање. Друга сметња је везана за неусаглашеност стране судске одлуке са ранијом одлуком суда државе у којој се тражи признање и њен домашјај је нешто шири. Наиме, да би се она активирала, довољно је да постоји идентитет странака у поступцима пред страним и домаћим судом. То практично значи да ова сметња не обухвата само заштиту принципа *res judicata*, већ омогућава спречавање коегзистенције неусаглашених одлука и у случају да је њима решено о повезаним захтевима. Формулације ове две сметње, а нарочито оне из члана 7(1)(ф) која се односи на одлуке страних судова, нажалост нису беспрекорне и остављају простор за дилеме,⁴³ па ће зато бити интересантно анализирати какав ће приступ њиховом тумачењу да заузме судска пракса у државама-уговорницама.

Коначно, члан 10 Конвенције предвиђа једну посебну сметњу која се односи само на судске одлуке којима је досуђена накнада штете. Наиме, ова одредба дозвољава органу који одлучује о захтеву за признање или извршење да само делимично призна страну судску одлуку онда када утврди да досуђени износ превазилази вредност штете коју је оштећена страна претрпела.

⁴² F. Garcimartin, G. Saumier, 122.

⁴³ M. Jovanović (2020), 325-328.

Сврха ове сметње је да разреши дилеме које би могле да настану у вези са могућношћу признања и извршења страних судских одлука којима је досуђена тзв. казнена накнада штете (енг. *punitive damages*). У континенталним правним системима, накнада штете углавном и пре свега има строго компензаторну функцију и служи да оштећену страну доведе у онај материјални положај у коме би била да до повреде уговора или деликта није дошло.⁴⁴ Насупрот томе, англо-саксонски правни системи у одређеним случајевима и под одређеним околностима дозвољавају судовима да досуде и казнену накнаду, која за непосредну сврху има одвраћање штетника од понављања понашања којим је причинио штету.⁴⁵ У недостатку посебне сметње, признање или извршење овакве стране судске одлуке би потенцијално могло да се одбије позивањем на јавни поредак. Међутим, то би довело до изразито неуједначене примене те веома значајне сметње признању, тим пре што се овде ради о двоструко динамичној ситуацији: током времена се мења однос појединих држава према казненој накнади штете, али и сâм концепт накнаде штете у државама које га познају еволуира. Увођење посебне сметње у систем Конвенције омогућава да се таква ситуација избегне. Штавише, начин на који је ова сметња формулисана наводи на закључак да је орган који одлучује о признању или извршењу овлашћен да дозволи делимично признање, односно извршење, чак и онда када страна судска одлука не испуњава услов дељивости прописан чланом 9 Конвенције. То би, рецимо, био случај када би истом тачком изреке штетник био осуђен на плаћање целокупног износа штете, који обухвата и компензаторни и казнени део. Ако би се признање или извршење овакве одлуке одбијало због несагласности са домаћим јавним поретком, захтев би у целисти морао да се одбије јер одлука није дељива. Али, формулација посебне сметње овлашћује орган који одлучује о овом захтевуда га призна само до оне висине која представља компензаторни део, чак и када услов дељивости није испуњен. Из овога, наравно, не би требало извући закључак да је орган који одлучује о захтеву за признање или извршење овлашћен да својевољно коригује страну судску одлуку или да врши њену контролу која би представљала облик ревизије из основа. Његова моћ се ограничава само на делимично признање по тачно одређеним критеријумима. Ово представља значајну предност за оштећеног, која ће га поштедети дужности да поново пролази кроз мериторни поступак у држави признања ако би делимично признање било немогуће по општим правилима због начина на који је страна одлука срочена.

⁴⁴ Markus Petsche, „Punitive Damages in International Commercial Arbitration: Much Ado About Nothing?“, *Arbitration International*1/2013, 98.

⁴⁵ John Gotanda, „Punitive Damages: A Comparative Analysis“, *Columbia Journal of Transnational Law*2/2004, 392-393

6. ДИСКУСИЈА О ОДНОСУ СИСТЕМА ПРИЗНАЊА СТРАНИХ СУДСКИХ ОДЛУКА ПРЕДВИЂЕНИХ КОНВЕНЦИЈОМ ИЗ 2019. ГОДИНЕ И ЗАКОНОМ О РЕШАВАЊУ СУКОБА ЗАКОНА СА ПРОПИСИМА ДРУГИХ ЗЕМАЉА

1. Концепцијска подударност

Као што се може видети из претходних разматрања, и систем предвиђен ЗРСЗ-ом и систем предвиђен Конвенцијом из 2019. године прописују да се контрола стране судске одлуке у поступку признања или извршења врши само у односу на процесне критеријуме. Сходно томе, и један и други систем могу да се окарактеришу као системи ограничене контроле страних судских одлука.⁴⁶ Изузетак од овог концепта, ако се уопште тако и може назвати, јесте могућност супстанцијалне контроле кроз сметњу несагласности стране судске одлуке са јавним поретком. Међутим, овакав домашај јавног поретка предвиђен је и ЗРСЗ-ом и Конвенцијом па, чак и ако би се сматрао изузетком од концепције ограничене контроле, не прави никакву разлику у природи контроле предвиђеној и једним и другим системом.

Примена система неограничене контроле на основу члана 93 ЗРСЗ није од значаја за оцену концепцијске подударности. Ово је због тога што се, у српском међународном приватном праву, систем неограничене контроле примењује само на признање одлука којима је решено о личном стању српског држављанина. Статусне одлуке су искључене из поља примене Конвенције, тако да у погледу области на које се она примењује, концепцијских разлика у односу на српско право нема.

2. Домашај контроле

У поступку признања или извршења стране судске одлуке према одредбама ЗРСЗ-а, надлежни суд Републике Србије контролише следеће аспекте: предмет одлуке (одлука је подобна за признање само ако се њоме решава спор из неког од односа наведених у члану 1 ЗРСЗ), њено дејство у држави порекла, надлежност суда који је донео одлуку, сагласност са домаћим јавним поретком, поштовање права одбране, одсуство раније одлуке у истој ствари међу истим странама или раније започетог поступка у Републици Србији између истих страна у истој ствари и, под одређеним условима, постојање узајамности. Ови аспекти контроле се у великој мери подударају са онима који се контролишу у режиму признања или извршења уређеним Конвенцијом. Категоријално посматрано, и у том поступку се контролише предмет

⁴⁶ Више о карактеристикама система ограничене контроле страних судских одлука вид. Иво Грбин, *Признање и извршење страних судских одлука*, Информатор, Загреб 1980, 24-25.

одлуке, њено дејство у држави порекла, надлежност суда који је донео одлуку, сагласност са јавним поретком државе у којој се тражи признање или извршење, могућност организовања одбране, као и одсуство супротстављености одлуке чије се признање тражи са одређеним кругом других одлука. Конвенција не оставља могућност одбијања признања или извршења ако је домаћа одлука *in statu nascendi*, тј. ако је пред домаћим судом раније започет поступак у истој ствари међу истим странама. У режиму Конвенције се контролише и порекло одлуке, јер ће признању или извршењу према одредбама Конвенције моћи да буду подвргнуте само оне одлуке које потичу из друге државе-уговорнице, уз додатни услов да у односу на ту државу не важи ниједна територијална резерва. Уз ово, примена конвенцијског режима признања или извршења налаже и испитивање одсуства преваре, несклада између досуђене одштете и вредности претрпљене штете (тамо где је ово питање релевантно), као и испуњености услова за примену Конвенције, које смо у овом раду назвали претходним захтевима.

Дакле, категоријално гледано, круг аспеката релевантних за признање или извршење стране судске одлуке који се испитују према правилима Конвенције нешто је шири од оног који се испитују према ЗРСЗ-у. Ова разлика произлази из специфичне структуре Конвенције која, с једне стране додатно прецизира одређена питања попут преваре и казнене накнаде штете, а са друге она као међународни уговор има врло софистициран режим резерви који служи да привуче што је могуће већи круг уговорница. Из ове разлике у домашају контроле још увек не би требало извести коначан закључак да је конвенцијски режим признања строжи од режима предвиђеног ЗРСЗ-ом. Одговор на то питање моћи ће да се да тек након анализе подударности садржаја конкретних сметњи признању.

3. Подударност садржаја сметњи

Режиму признања прописаним ЗРСЗ-ом подлежу судске одлуке којима су решени спорови о статусним, породичним, имовинским и другим материјалноправним односима са елементом иностраности.⁴⁷ То је знатно шири круг односа од оних на које се примењује Конвенција јер она, као што смо видели, из појма грађанских или трговинских ствари искључује статусна, породична, питања накнаде штете настале загађењем животне средине и одређена питања компанијског, трговинског и права заштите интелектуалне својине. Штавише, како смо показали, постоји могућност да круг искључених односа буде додатно проширен резервом државе која приступа Конвенцији.

⁴⁷ Вид. чл. 86 ЗРСЗ.

Што се тиче поређења сметњи које се односе на надлежност страног суда, на први поглед би могло да се закључи да значајнијих разлика нема. Наиме, већина правила о искључивој надлежности у ЗРСЗ-у се односи на породичне односе и статусна питања, на која се Конвенција не примењује. У односима на које се примењује Конвенција, ЗРСЗ предвиђа искључиву надлежност за стварноправне спорове на непокретностима⁴⁸ и, ако је испуњен услов постојања елемента иностраности у субјекту, дозвољава закључење пророгационих споразума који рађају искључиву надлежност.⁴⁹ Повреда ових правила о искључивој надлежности онемогућила би признање стране судске одлуке и у режиму прописаним Конвенцијом. Али, за разлику од ЗРСЗ-а, Конвенција прописује читав низ правила која се тичу начина заснивања надлежности суда који је донео одлуку (као и везе противника признања са тим судом) који, у виду претходних захтева, онемогућавају признање или извршење одлука у режиму Конвенције. Према томе, јурисдикциони филтери прописани Конвенцијом су, уопштено гледано, значајно гушћи од правила о индиректној надлежности прописаног ЗРСЗ-ом.

Садржај поштовања права на одбрану, преваре и јавног поретка би имало смисла анализирати заједно јер међу њима има доста преплитања. Пре свега, превара коју Конвенција поставља као посебну сметњу би, по нашем мишљењу, могла да буде обухваћена сметњом јавног поретка према ЗРСЗ-у. Разлика би евентуално могла да се испољи у погледу начина и степена доказаности. Конвенција доста јасно прописује које све елементе треба доказати да би признање или извршење стране судске одлуке било одбијено због постојања преваре, док би се, у одсуству таквих јасних инструкција и имајући у виду изузетак карактер јавног поретка и у ЗРСЗ-у, могло размишљати о томе да би степен доказаности преваре морао да буде већи ако би се она квалификовала као несагласност са јавним поретком. Ипак, чини нам се да не би требало да буде никакве дилеме у погледу тога да одлука која је испослована преваром никако не би смела да буде призната, како год да се квалификује сметња која ће то признање онемогућити. Инверзна ситуација се дешава у односу на право на одбрану. Конвенција као посебну сметњу прописује манљиво достављање иницијалног акта које је за последицу имало немогућност ефективног организовања одбране. Према ЗРСЗ-у домаћај аналогне сметње је већи, јер повреда права на одбрану генерално може да спречи признање стране судске одлуке, а манљиво достављање иницијалног акта је само један од примера материјализације ове сметње. Сматрамо да би било погрешно из овога закључити да Конвенција потенцијално толерише одређене облике повреде права на одбрану. Прихватљивије би било тумачење да би остали облици

⁴⁸ Вид. чл. 56 ЗРСЗ.

⁴⁹ Вид. чл. 49 ЗРСЗ.

повреде права на одбрану могли (и морали) да се квалификују као повреде процесноправних аспеката јавног поретка. За разлику од ЗРСЗ-а, где се на повреду права на одбрану пази по приговору стране, манљиво достављање иницијалног акта које је довело до повреде права на одбрану има исти статус као и повреда јавног поретка, у смислу да орган који одлучује о признању и извршењу може самоиницијативно да проверава испуњеност обе наведене сметње. Према томе, када се ове сметње посматрају у целости, стичемо утисак да суштинских разлика између Конвенције и ЗРСЗ-а нема. Разлике очигледно постоје у формулацијама и квалификацији, али што се коначног исхода тиче, делује да је он исти – страна судска одлука исходована преваром или која је донета у поступку у коме је дошло до повреде права на одбрану неће бити призната ни у режиму прописаном Конвенцијом ни према правилима ЗРСЗ-а.

Када је реч о групи сметњи које се односе на избегавање коегзистенције потенцијално супротстављених одлука, чини се да је домашај Конвенције овде нешто шири него домашај правила ЗРСЗ. Прва ситуација коју Конвенција у овом погледу санкционише јесте она у којој је одлука чије се признање тражи несагласна са ранијом одлуком суда државе признања у спору између истих страна. Овим се постижу два важна циља. Један је поштовање принципа пресуђене ствари, што је предвиђено и чланом 90 став 1 ЗРСЗ. Други је онемогућавање сукоба одлука поводом повезаних захтева, што је ситуација која се применом правила ЗРСЗ не може избећи, јер члан 90 став 1 ЗРСЗ говори о немогућности признања одлуке у *истој ствари*, што подразумева идентитет странака и идентитет предмета спора.⁵⁰ То би, примера ради, практично значило да члан 90 став 1 ЗРСЗ не може да буде основ за спречавање признања стране судске одлуке којом је једна страна обавезана да другој исплати цену из уговора а суд Републике Србије је већ донео одлуку којом предметни уговор оглашава ништавим. Избегавање оваквих ситуација, што омогућавају правила Конвенције, изузетно је важно за унутрашњу стабилност правног система државе признања. Поред ове, Конвенција предвиђа и другу сметњу из ове групе, а то је непостојање раније одлуке другог страног суда у истој ствари међу истим странама, под условом да је таква одлука подобна за признање у држави признања. Овим се врло јасно штити дејство пресуђене ствари уз ослањање на принцип *prior tempore*, који је и иначе у корену правила о координацији међународне надлежности.⁵¹ Ова сметња има шири домашај од истоврсне сметње у ЗРСЗ, јер правила ЗРСЗ имају у виду само одлуку која је већ призната, а не и ону која је само подобна

⁵⁰ А. Јакшић, 363.

⁵¹ Михајло Дика, Гашо Кнежевић, Срђан Стојановић, *Коментар Закона о међународном привајном и процесном праву*, Номос, Београд 1991, 297-298.

за признање али то признање још увек није тражено. У погледу избегавања коегзистенције потенцијално контрадикторних одлука треба указати на још једну разлику у домаћају правила Конвенције и ЗРСЗ. Наиме, члан 90 став 2 ЗРСЗ овлашћује суд који одлучује о признању да застане са поступком ако је пред судом Републике Србије у току раније започет поступак у истој ствари међу истим странама. Сматра се да је смисао овог правила подршка домаћем систему избегавања вишеструке међународне литиспенденције јер би се аналогном применом члана 80 ЗРСЗ, од страног суда очекивало да застане (односно прекине) са поступком ако је пред судом Републике Србије раније почео да тече поступак у истој ствари међу истим странама.⁵² Одсуство сличног правила у Конвенцији указује на то да поступак признања или извршења стране судске одлуке по правилима Конвенције није могуће зауставити ако је пред судом Републике Србије у току раније започет поступак у истој ствари и међу истим странама. То потенцијално значи да би поступак признања или извршења стране судске одлуке могао да се оконча пре него мериторни поступак пред домаћим судом. Правнополитичко је питање да ли је оваква ситуација пожељна, али она, све и ако би се десила, није нерешива позитивним правилима домаћег грађанског процесног права. Иако домаћа правила принципијелно прихватају решавање проблема литиспенденције применом принципа *prior tempore*, члан 203 став 4 Закона о парничном поступку⁵³ дозвољава и могућност изузетка од тог принципа, па тако прописује да, ако је у парници која је касније почела да тече пресуда постане правноснажна, суд ће одбацити тужбу у парници која је раније почела да тече. Могло би се закључити да би управо ово правило било подобно да реши проблем који би настао признањем стране судске одлуке у истој ствари и међу истим странама као у раније започетом мериторном поступку пред судом Републике Србије.

Коначно, из практичног угла је посебно значајна разлика која постоји на плану узајамности. Ова сметња има другачији домаћај у режиму Конвенције, са једне, и у ЗРСЗ-у са друге стране. Тако, Конвенција се примењује само између држава које су уговорнице Конвенције и које нису резервом ограничиле њен територијални домаћај, што практично представља вид уговорне, односно дипломатске узајамности. Са друге стране, захтев постојања узајамности, из перспективе Републике Србије, онемогућава признање судских одлука из држава које припадају систему непризнања а са којима наша држава, у погледу односа на које се Конвенција примењује, нема међународни уговор који би то питање уредио. То би, примера ради, био случај

⁵² Вид. у том смислу М. Станивуковић, М. Живковић, 458.

⁵³ Закон о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018, 18/2020 и 10/2023 – др. закон.

са Аустријом, која је уговорница Конвенције а са којом Србија има узајамност само у погледу одлука о издржавању, које су ван поља примене Конвенције. Према томе, приступање Србије Конвенцији би, начелно посматрано, отворило пут за признање судских одлука пореклом из оваквих држава. Наравно, уколико се оцени да у односу на неку државу која је уговорница Конвенције а која припада систему непризнања нема поверења потребног за омогућавање признања њених одлука, нашој држави би стајала на располагању територијална резерва из члана 29 Конвенције. Дакле, разлика у домаћају сметњи ни на овом пољу не би створила додатну опасност за наш правни систем већ би, напротив, омогућила признање одлука из држава са којима имамо густ правни саобраћај а чије је признање до сада било немогуће због сметње из члана 92 ЗРСЗ.

На самом крају, ваља се запитати да ли би, у случају да одлучи да се обавезе Конвенцијом из 2019. године, Србија могла да искористи резерву из члана 29 и да на тај начин искључи могућност признавања одлука које потичу са територије Аутономне покрајине Косово и Метохија, а које нису донели судови из система Републике Србије. Ово питање је посебно релевантно због тога што су привремене институције самоуправе на Косову и Метохији потписале Конвенцију из 2019. године пре неколико месеци.⁵⁴ Потешкоћа у вези са чланом 29 Конвенције је у томе што говори о „државама“, а не Странама-уговорницама, што би, чини се, онемогућило нашу државу да изјави „обичну“ резерву у овом случају. Ипак, ако би та резерва била допуњена данас већ уобичајеним изјавама за сличне прилике, у којима се објашњава међународноправни статус Аутономне покрајине Косово и Метохија и наводи да ниједна изјава нити радња Републике Србије не могу да се тумаче као признавање независности и државности јужне покрајине, чини се да би тако могло делотворно да се спречи „заобилазно“ уношење одлука суда са Косова и Метохије у наш правни систем кроз конвенцијски режим, а да се притом не наруши наше доследно противљење било каквом третирању Косова и Метохије као независне државе. Али, на основу сличних искуства из европског судског простора, у погледу третмана одлука кипарских суда које су се односиле на решавање стварноправних односа на непокретностима лоцираним на северном делу острва,⁵⁵ може се претпоставити да би евенту-

⁵⁴ Привремене институције самоуправе на Косову и Метохији су потписале Конвенцију из 2019. године и Конвенцију о избору надлежног суда 19. септембра 2024. године. Ниједна од ове две конвенције до дана закључења овог рада није ратификована, али су привремене институције претходно, још 6. децембра 2015. године, ратификовале Конвенцију о укидању потребе легализације страних јавних исправа (тзв. Конвенцију о апостили), која се у односу на ову територију примењује од 14. јула 2016. године.

⁵⁵ Више о томе вид. Vladimir Pavić, „'European Judicial Area' in Civil and Commercial Matters and CEFTA Countries“, *Проширење „европског правосудног простора“ на државе чланице*

ално укључивање Косова и Метохије као независне стране-уговорнице у Конвенцију из 2019 године, створило бројне, сложене и значајне дилеме и практичне потешкоће не само у односу на Републику Србију, већ и у односу на друге државе непризнаваче.

7. ЗАКЉУЧАК

Ступање на снагу Конвенције из 2019. године представља крупан корак у развоју међународног приватног права на глобалном нивоу. Њена решења представљају резултат учења из претходних искустава и покушај осмишљавања система признања страних судских одлука који може да буде широко међународно прихватљив. Управо на тим линијама се и поставља питање утврђивања односа система припознања страних судских одлука предвиђеног Конвенцијом и оног прописаног домаћим извором права, ЗРСЗ-ом. Наше анализе показују да, упркос одређеним разликама, које су превасходно последица разлике у природи два извора права и тренуцима у којима су доношени, суштинских разлика не постоје. Као најкрупнија разлика вероватно би се могло означити то што Конвенција не уређује питање индиректне надлежности у класичном смислу овог термина већ, уместо тога, поставља један релативно сложен систем тзв јурисдикционих филтера чије испуњење, односно неиспуњење утиче на то да ли ће одређена страна судска одлука уопште бити признавана у Конвенцијом прописаном режиму или не. Анализа тих јурисдикционих филтера показује да су они заправо значајно рестриктивнији од домаћег правила о индиректној надлежности, које само захтева да суд Републике Србије у датом спору није имао искључиву надлежност, од чега чак постоје и два изузетка која нису релевантна за предметно поље примене Конвенције. Такође, као похвално се може истаћи постојање посебног решења у Конвенцији за случај признања одлука којима је решено о захтевима за накнаду штете чији износ превазилази вредност умањења имовине оштећеног. У том погледу, Конвенција успева да нађе решење које се чини прихватљивим и државама којима није блиска тзв казнена накнада штете као и државама које познају овај институт. Насупрот томе, ЗРСЗ садржи решење за ситуацију у којој би се пред домаћим судом поставио захтев за признање стране судске одлуке у ствари у којој је још увек у току раније започет поступак пред судом Републике Србије. Иако би, са становишта заштите интегритета правног система државе у којој је поднет захтев за признање вероватно било пожељније да и Конвенција садржи

ЦЕФТА (ур. Б. Бордаш, М. Станивуковић), Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2010, 40-43.

посебно решење за ову ситуацију, чини се да преовладава становиште које је прихваћено и у домаћим новелама грађанског процесног права, према коме принцип *prior tempore* у одређеним случајевима и под одређеним околности-ма може да трпи извесна ограничења.

Анализа подударности система признања страних судских одлука предвиђених Конвенцијом из 2019. године и ЗРСЗ-ом има и значајан практичан аспект. Наиме, ако би се пред нашу државу поставило питање приступања овој Конвенцији, корисно је знати у којој мери би њена решења представљала одступање од онога на шта су наши судови и други органи који примењују ЗРСЗ у делу који се тиче признања страних судских одлука навикли. Наше анализе показују да су ова два система у довољној мери компатибилна да евентуално приступање Конвенцији не би требало да представља велику промену за оне који већ имају искуства са применом чланова 87-92 ЗРСЗ. Штавише, Конвенција садржи веома богат и софистициран систем ограничења примене одређених својих делова који државама које разматрају потребу и могућност приступања Конвенцији омогућавају да пронађу најбољу могућу „формулу“ за умањење свих потенцијалних ризика и отклањање страхова који би настали широм мултилатерализацијом услова за признање страних судских одлука.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Born Gary, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, Updated March 2024)
- Варади Тибор, Бордаш Бернадет, Кнежевић Гашо, Павић Владимир, *Међународно приватно право*, Правни факултет Универзитета у Београду 2022
- von Mehren Arthur, „Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A New Approach for the Hague Conference“, *Law and Contemporary Problems* No. 3, 1994, 271-288
- Garcimartin Francisco, Saumier Geneviève, *Explanatory Report for the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*, The Hague 2019
- Gotanda John, „Punitive Damages: A Comparative Analysis“, *Columbia Journal of Transnational Law* 2/2004, 391-444
- Грбин Иво, *Признање и извршење страних судских одлука*, Информатор, Загреб 1980
- Дескоски Тони, Доковски Вангел, *Међународно приватно право*, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопље 2021
- Дика Михајло, Кнежевић Гашо, Стојановић Срђан, *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву*, Номос, Београд 1991
- Живковић Мирко, „Рад на новом Закону о међународном приватном праву Републике Србије – почетне дилеме и актуелно стање“, *Зборник радова са*

- седме Конференције за Међународно приватно право – Проширење европске правосудној просјора на државе чланице ЦЕФТА* (ур. Б. Бордаш, М. Станивуковић), Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2010, 175-195
- Јакшић Александар, *Међународно грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016
- Jovanović Marko, „The Role of Reciprocity as a Requirement for Recognition of Foreign Judicial Decisions in Serbian Private International Law“, *Festschrift für Helmut Rübmann* (ed. J. Stamm), Juris, Saarbrücken 2013, 787-809
- Jovanović Marko, „Thou Shall (Not) Pass – Grounds for Refusal of Recognition and Enforcement Under the 2019 Hague Judgments Convention“, *Yearbook of Private International Law* vol. XXI, 2019/2020, 309-331
- Кнежевић Гашо, Павић Владимир, Јовановић Марко, *Међународно приватно право – приручник*, Службени гласник, Београд 2023
- Matsushita Mitsuo, Schoenbaum Thomas J., Mavroidis Petros C., Hahn Michael, *The World Trade Organization – Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford 2015
- Mayer Pierre, Heuzé Vincent, *Droit international privé*, Montchrestien, Paris 2007
- Pačić Vladimir, „‘European Judicial Area’ in Civil and Commercial Matters and CEFTA Countries“, *Проширење „европској правосудној просјора“ на државе чланице ЦЕФТА* (ур. Б. Бордаш, М. Станивуковић), Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2010, 33-45
- Petsche Markus, „Punitive Damages in International Commercial Arbitration: Much Ado About Nothing?“, *Arbitration International* 1/2013, 89-104
- Станивуковић Маја, Живковић Мирко, *Међународно приватно право – ојшћи гео*, Службени гласник, Београд 2023
- Станивуковић Маја, *Дирекћна међународна надлежноћ судова у САД, ЕЕЗ и ЕФТА*, докторска дисертација, Нови Сад 1994
- Станивуковић Маја, „Идеализам и реализам у признавању страних судских одлука“, *Правни живоић* 11/2014, 283-297
- Станивуковић Маја, „Десет разлога зашто би требало мењати Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (1982)“, *Бранич* 4/2020, 11-27
- Hartley Trevor, Dogauchi Masato, *Explanatory Report for the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, The Hague 2005
- Calster Geert van, *European Private International Law*, Hart Publishing 2016
- Weller Matthias, „The Jurisdictional Filters of the 2019 HCCH Judgments Convention“, *Yearbook of Private International Law* vol. XXI, 2019/2020, 279-308

Marko Z. Jovanović
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
marko.jovanovic@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0009-0001-0516-6478

Sanja Đ. Marjanović
University of Niš
Faculty of Law Niš
sanja@prafak.ni.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-7560-8254

Comparative Analysis of the Systems of Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Pursuant to the Serbian Law on Resolution of Conflicts of Laws with Provisions of Other Countries and the 2019 Hague Judgments Convention

***Abstract:** Slightly more than a year ago, the Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters has entered into force. That Convention was adopted in July 2019 under the auspices of the Hague Conference on Private International Law. Seeing its drafting history, the quality of its solutions and the ambitions of its most vocal proponents, it is likely to expect that the Convention will become one of the most important sources of private international law in future. In light of the potential need for Serbia to join this Convention, it is useful to compare the rules on recognition contained in the domestic Law on Resolution of Conflicts of Laws with Provisions of Other Countries on the one side and the Convention on the other. The analyses show that, despite certain differences (mainly regarding the jurisdictional filters, the special rule on recognition of judgments awarding damages and the problem of recognition of a judgment in the matter where the proceedings in the requested State are still pending), there is no major divergence between the two systems. The differences noted can be explained by the differences in the nature between the two sources of law, as well as by the different times of their adoption. It should be particularly emphasized that the Convention contains a very sophisticated system of exclusions of some of its provisions from application. This can significantly ease the process of assessing the benefits of joining the Convention to all potentially interested States, including Serbia.*

Keywords: *private international law, recognition of foreign judgments, Law on Resolution of Conflicts of Laws with Provisions of Other Countries, Hague Conference on Private International Law.*

Датум пријема рада: 29. 10. 2024.

Датум достављања коначне верзије рада: 13. 12. 2024.

Датум прихватања рада: 14. 12. 2024.

Далибор Б. Ђукић
Универзитет у Београду
Правни факултет у Београду
dalibor.djukic@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-1447-7128

ВЕРСКА ПРИПАДНОСТ ДЕЦЕ У ПРОЈЕКТИМА МЕЂУВЕРСКИХ ЗАКОНА КРАЉЕВИНЕ СХС – ЈУГОСЛАВИЈЕ 1919–1941

Сажетак: Нејосредно након пролазења заједничке државе Јужних Словена зајочей је процес усклађивања верској законодавства које је важило у различитим историјским покрајинама које су ушле у састав те државе. Пројиси који су реулисали организацију и деловање појединих верских организација донели су тек након што је уведен Шестојануарски режим 1929. године, док је рад на овом пројису који би реулисао међуверске односе и правни статус свих верских организација наставаљен све до 1941. године, када је због избијања Другог светског рата обустављен. Једна од деликатних материја коју је требало уредити интерконфесионалним законодавством била је верска припадност деце. У раду се закључује теза да иако су различити пројекти међуверских закона и уредби усвојили, за време у ком су настали, модерну концепцију дефинисања верске припадности деце, задржана су и конзервативна решења која су ишла у прилоу признајим и усвојеним вероисповестима што је било у складу са важећим системом односа државе и црква и верских заједница у Краљевини СХС-Југославији.

Кључне речи: цркве и верске заједнице, Краљевина СХС, Краљевина Југославија, међуверски закон, верска припадност деце.

1. УВОД

Однос деце и духовности предмет је интересовања различитих наука.¹ У многим савременим државама питање верске припадности деце углавном

¹ Eugene Roehlkepartain, Pamela Ebstyn King, Linda Wagener, Peter Benson, *The Handbook of Spiritual Development in Childhood and Adolescence*, Sage Publications, Thousand Oaks, London, New Delhi 2005.

није регулисано законодавством које уређује односе државе и цркава и верских заједница. Свакоме појединцу гарантује се слобода мисли, савести и вероисповести, док се родитељима и законским старатељима, у складу са Међународним пактом о грађанским и политичким правима, гарантује право да својој деци обезбеде верско и морално образовање у складу са њиховим уверењима.² Нешто више недоумица отвара питање од ког животног узраста дете има капацитете да слободно одлучује о својим верским уверењима.³ Међутим, у државама у којима су одређена права и обавезе зависили или зависе од верске припадности појединца, није могуће препустити питање верске припадности деце искључиво слободној вољи њихових родитеља или старатеља. Управо је Краљевина СХС-Југославија била пример такве државе. Од верске припадности појединца зависило је која правила у области брачног и наследног права ће бити примењивана, као и обим одређених пореских обавеза. Примери таквих правних система постоје и данас, о чему доста живописно говори спор о обавези плаћања црквеног пореза која проистиче из верски мешовитих бракова у Немачкој.⁴ Зато питање верске припадности деце није могло бити препуштено искључиво слободној вољи родитеља, већ је и држава била заинтересована да ту област регулише.

Међуверски односи у Краљевини СХС-Југославији били су уређени уставом и затеченим прописима који су важили у различитим историјским покрајинама. Непосредно након проглашења заједничке јужнословенске државе приступило се изради закона о верама и међуверским односима.⁵ Сви пројекти тог закона предвиђали су и уређивање проблематике верске припадности како брачне, тако и ванбрачне деце. У овом раду биће анализиране одредбе пројеката закона о верама и међуверским односима којима је било уређено питање верске припадности деце. Основна хипотеза која се заступа у раду је да су у наведеним пројектима примењени, за време у којем су настали, савремени принципи уређивања верске припадности деце, с тим да су задржана поједина конзервативна решења која су ишла у прилог признатим и усвојеним вероисповестима, што је било последица преовлађујућег система односа државе и цркава и верских заједница.

² Вид. чл. 18 Међународног пакта о грађанским и политичким правима. Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/71. Такође, вид. Устав Републике Србије чл. 43. ст. 5. Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, 16/2022.

³ Geraldine Van Bueren, „The right to be the same, the right to be different: children and religion“, *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook* (eds. Tore Lindholm, Cole Durham, and Bahia Tahzib-Lie), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2004, 563.

⁴ Cole Durham, Brett Scharffs, *Law and Religion: National, International, and Comparative perspectives*. 2nd ed, Wolters Kluwer, Frederick Maryland 2019, 134-135.

⁵ Далибор Ђукић, *Инијерконфесионално законодавство у Југославији и Србији 1919–2006*, Универзитет у Београду-Правни факултет, Београд 2022, 17.

У првом делу рада дат је сумаран приказ затеченог стања (2). Други део рада посвећен је верској припадности брачне деце и ванбрачне деце (3). Следећи део рада бави се једним од најосетљивијих питања које је требало регулисати у једној мултирелигијској држави, а то је верска припадност деце из мешовитих бракова (4). У последњем делу рада дати су закључци који проистичу из спроведеног истраживања (5).

2. ЗАТЕЧЕНО СТАЊЕ

Иако је Краљевина СХС била унитарна држава, постојала је подела на правна подручја у зависности од прописа који су примењивани и судско-административне надлежности на одређеном подручју.⁶ У свим правним подручјима није било спорно да брачна деца чији родитељи припадају истој вероисповести следе вероисповест својих родитеља, док ванбрачна деца следе вероисповест мајке. Овакво решење почива на претпоставци да ће родитељи исте вероисповести настојати да и њихова деца остану у истој вери као и они. Са друге стране, ванбрачна деца су, по правилу, уписивана у црквене матице само на име мајке и мајка је имала обавезу старања о њима па је логично било да она следе њену вероисповест.⁷

Доста компликованија ситуација је код уређивања вероисповести деце из верски мешовитих бракова. У наставку рада се термин „мешовити брак“ користи да означи брак супружника који не припадају истој вероисповести. Ово питање је било делимично регулисано у Кнежевини Србији 9. септембра 1853. године. Истог дана када је донет Закон којим је гарантована верска слобода верницима „признатих“ хришћанских вероисповести,⁸ донет је и Закон којим је предвиђено да се деца из мешовитих бракова крштавају у Православној цркви и заводе у матице које се воде при тој Цркви. Под мешовитим браковима подразумевали су се они бракови у којима је макар један супружник православне вероисповести.⁹ Изузетак од правила да дете из мешовитог брака у којем је један родитељ православне вероисповести припада право-

⁶ Гордана Дракић, „Правни партикуларизам у Краљевини СХС“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2004, 400.

⁷ Нпр. пар. 130 Српског грађанског законика: „Тако исто не сме се ванбрачно дете на име кога другога, осим на име материно у црквене књиге увести, ван ако ко сам призна да је отац детету, и одобри да се оно на његово име у црквене књиге уведе”.

⁸ К.В. No. I 859 / Сов. No. I 961, од 9. септембра 1853. године, *Сборникъ закона и уредба и уредбени укази: изданы у Княжесѣству Срѣи*, бр. 7, у Правителственной књигопечатњи, Београд, 78-79.

⁹ К.В. No. II 859 / Сов. No. II 961, од 9. септембра 1853. године, *Сборникъ закона и уредба и уредбени укази: изданы у Княжесѣству Срѣи*, бр. 7, у Правителственной књигопечатњи, Београд, 80-81.

славној вери признат је Римокатоличкој цркви на основу Конкордата који је склопљен 1914. године.¹⁰ Конкордат је предвиђао да се мешовити бракови могу склапати и у Римокатоличкој цркви као и да супруг римокатоличке вероисповести има право да уговори да деца из мешовитог брака буду васпитана у римокатоличкој верои.¹¹ Слична ситуација је била и на територији Краљевине Црне Горе. Конкордат Србије и Ватикана настао је по узору на конвенцију потписану између Црне Горе и Свете Столице 1886. године.¹² Римокатоличка црква је обезбедила привилегије у обе државе, укључујући и ограничену судску надлежност у домену мешовитих бракова.¹³ У начелу, деца из мешовитих бракова на територији предратне Србије и Црне Горе припадала су државној вери.

Када је реч о областима у којима је примењивано аустријско и угарско право важило је правило да деца из мешовитих бракова следе вероисповест својих родитеља по основу пола: мушка деца следе очеву, а женска мајчину вероисповест.¹⁴ Ипак, постојале су мање разлике између аустријског и угарског законодавства у овој области. У складу са аустријским прописима и пре и након венчања било је могуће без посебних формалности уговорити да ће сва деца следити очеву или мајчину вероисповест или да ће синови пратити мајчину, а кћери очеву веру. Са друге стране, угарско законодавство предвиђало је да супружници пре венчања могу склопити уговор у посебно прописаној форми, којим могу да уговоре да ће сва њихова деца пратити очеву или мајчину вероисповест.¹⁵ На територији Хрватске и Славоније примењиван је Закон о вероисповедним односима од 17. јануара 1906. године.¹⁶ Тим Законом препуштено је супружницима да у слободној форми пре или након

¹⁰ Први покушај да се склопи споразум којим би био регулисан положај Римокатолика у Србији није био успешан између осталог и због проблема регулисања мешовитих бракова. Предлог је Светој Столици преко француске дипломатије упутио министар спољних послова Илија Гарашанин 1864. године. Душан Ракитић, *Конкордаји Краљевине Србије и пројекти конкордаја Краљевине СХС и Краљевине Југославије – Правноисторијски аспекти односа цркве и државе*, Београд 2016, 321.

¹¹ Закон о конкордату између Србије и Свете Столице у Риму, *Српске новине*, бр. 199/1914.

¹² Vojislav Pavlovic, „La Serbie dans les plans du Vatican et de l’Autriche-Hongrie 1878-1914“, *Европа и Срби* (ур. С. Терзић), Историјски институт САНУ, Православна реч, Београд 1996, 351-377, 370.

¹³ Ристо Драгићевић, *Уговор Свете Столице и Књажевине Црне Горе, 1886. године*, Цетиње 1940.

¹⁴ Аустријски интерконфесионални закон од 25. маја 1868. године и Угарски законски чланак XXXII из 1894. године.

¹⁵ *Извештај Шељев предлој закона о међуверским односима у Краљевству Срба, Хрватца и Словенаца*, Београд 1920, 14. Примерак овог пројекта чува се у Архиву Југославије. АЈ, Министарство правде, Верско одељење, бр. фонда 63, фасцикла бр. 1.

¹⁶ Закон о вјероисповједним односима, *Sbornik zakona i naredaba valjanih za kraljevine Hrvatsku i Slavoniju*, година 1906, komad III, broj 8, 138-144.

венчања уговоре верску припадност деце, при чему се за свако појединачно дете могао склопити посебан споразум. То значи да су родитељи уживали широку аутономију и нису били ограничавани у било ком погледу, те да нису сва деца истог пола морала бити исте вероисповести. У случају да се родитељи нису могли договорити око верске припадности деце, Закон је предвиђао да сва деца без обзира на пол следе очеву веру. Ипак, из наведеног се може закључити да је отац имао привилегован положај, јер без његове сагласности деца нису могла припасти мајчиној вероисповести, тј. отац је ускраћивањем сагласности могао да доведе до ситуације да сва деца следе његову веру. На територији Босне и Херцеговине није било посебних државних прописа који су уређивали мешовите бракове.¹⁷

Из наведеног сумарног приказа може се закључити да су се прописи о верској припадности деце разликовали када је реч о мешовитим браковима. У деловима државе у којима је примењивано аустријско и угарско право родитељи су имали ограничену аутономију у одлучивању којој вероисповести ће припадати њихова деца, док су на територијама ранијих краљевина Србије и Црне Горе деца из мешовитих бракова у којима је један од родитеља православне вероисповести по правилу припадала државној вери, с тим да су од овог правила били изузети Римокатолици. Деца из једноконфесионалних бракова су по правилу припадала вери својих родитеља, док су ванбрачна деца пратила веру своје мајке.

3. ВЕРСКА ПРИПАДНОСТ ДЕЦЕ ЧИЈИ РОДИТЕЉИ ПРИПАДАЈУ ИСТОЈ ВЕРОИПОВЕСТИ

Први Пројекат закона о међуверским односима саставио је током 1919. године Михајло Лановић, начелник Католичког одељења Министарства вера Краљевине СХС. Верској припадности деце посвећени су чл. 19-23. Овим Пројектом било је предвиђено да „законита” деца из брака у којем су оба родитеља исте вероисповести следе вероисповест својих родитеља, док „незаконита деца” припадају вери своје мајке.¹⁸ Уколико мајка није припадник законито признате вероисповести, онда она може да одлучи којој законито признатој вероисповести ће припадати њено ванбрачно дете (чл. 21). Исти аутор је саставио још један пројекат 1924. године. Одредбе о верској припадности деце нису значајније измењене, осим што је терминологија прилагођена новим околностима, па се уместо термина „законито призната вера“ користи

¹⁷ *Извештај Иљевићев предлог закона о међуверским односима у Краљевству Срба, Хрватска и Словенаца*, Београд 1920, 14.

¹⁸ *Извештај Иљевићев предлог закона о међуверским односима у Краљевству Срба, Хрватска и Словенаца*, Београд 1920, 3.

термин „уставом усвојена или законом призната вера“.¹⁹ Лановић је, дакле, прихватио начела која су примењивана у свим областима Краљевине СХС и у већини европских држава, у складу са којима деца из једноконфесионалних бракова следе вероисповест својих родитеља, док ванбрачна деца припадају „законитој“ вероисповести мајке.

Лановићеви пројекти, иако нису никада озаконјени, били су основа на којој је настао једини званични Пројекат основног закона о верама и међуверским односима.²⁰ Имајући то у виду, не чуди да су одредбе Пројекта из 1925. године о верској припадности брачне деце чији су родитељи исте вероисповести као и ванбрачне деце идентичне са одредбама Лановићевих пројеката. Српска православна црква није имала примедби на ове одредбе.²¹ У образложењу Пројекта (које је идентично образложењу Лановићевог пројекта из 1919. године) констатује се да је слобода родитеља ограничена јер не могу да своју децу уведу у неку другу веру, осим у своју сопствену. Међутим, за Комисију која је радила на Пројекту такво ограничење не представља озбиљно нарушавање родитељске аутономије јер родитељи којима је стало до верског одгоја деце највероватније да неће бити против тога да тај одгој буде у складу са њиховим верским уверењима, док ће родитељи који су индиферентни према религији, остати индиферентни и према вероисповести своје деце.²² Овоме се може додати и да пракса показује да би мали број родитеља желео да деци обезбеди верски одгој који би био у супротности са њиховим верским уверењима. Овакве одредбе вероватно би највише погађале припаднике мањих и непризнатих вероисповести, обзиром да нису могли да им обезбеде верски одгој у складу са њиховим уверењима, већ би деца по сили закона морала да формално припадају некој од признатих или усвојених вероисповести.

Идентичне одредбе опстале су и у чл. 39 Пројекта основног закона о верама и међуверским односима из 1928. године.²³ На њих није имао примедбе ни прота Љубо Влачић који је веома детаљно анализирао тај Пројекат.²⁴ Идентична је и одредба чл. 8 Пројекта закона о међуверским односима из

¹⁹ Пројекат закона о верским заједницама и њиховим међусобним односима, АЈ, Фонд Министарства правде, Верско одељење, бр. фонда 63, фасцикла бр. 1.

²⁰ Пројекат закона о верским заједницама и њиховим међусобним односима, АЈ, Фонд Министарства правде, Верско одељење, бр. фонда 63, фасцикла бр. 1.

²¹ Акт Светог архијерејског синода Син. бр. 2138/Зап. 1320 од 25. 10. (7.11.) 1927. године, АЈ, Фонд Министарства правде КЈ, Верско одељење, бр. фасцикле 1.

²² Пројекат закона о верским заједницама и њиховим међусобним односима, АЈ, Фонд Министарства правде, Верско одељење, бр. фонда 63, фасцикла бр. 1.

²³ АЈ, Фонд Министарства правде КЈ, Верско одељење, бр. фонда 63, бр. фасцикле 1. Весник Српске Цркве, март 1928.

²⁴ Љубо Влачић, „Примедбе на „Пројекат основног закона о верама и међуверским односима“, *Архив за правне и друшћивене науке* 2/1928, 108–119 и 217–223.

1931. године, као и чл. 51 Пројекта уредбе о верама и међуверским односима из 1940. године.²⁵ Нешто другачије формулације садржи Пројекат који је саставио прота Љубо Влацић и који је објављен 1934. године.²⁶ Предвиђено је да законита деца или деца која су изједначена са законитом децом, а чији су родитељи исте вероисповести следе веру својих родитеља (чл. 52). Такође, уведена је општа забрана у складу са којом родитељи не могу децу да уведу у веру којој они не припадају, као ни да оставе децу без иједне вере (чл. 58).²⁷ Када је реч о ванбрачној деци, Влацићев пројекат предвиђа да она прате веру мајке, те да је уговор о вери незаконите деце недопуштен (чл. 53).²⁸ Овим Пројектом регулисане су и одређене ситуације изазване смрћу супружника. Ако преживели супружник промени веру, у нову веру може да преведе само децу свог пола и то до седме године живота, док деца супротног пола остају у вери преминулог супружника (чл. 56). Такође, преживели супружник нема право да промени веру деци млађој од седам година која је утврђена уговором за живота оба супружника. Општа забрана промене вере код деце уведена је у животној доби између седме и четрнаесте године живота, чак и у случају када је промена вере предвиђена уговором који су склопили супружници.²⁹ Тиме је додатно ограничена аутономија супружника у одлучивању којој вероисповести ће припадати њихова деца.

Свеукупно се може закључити да одредбе свих пројеката закона о верама и међуверским односима нису одступале од устаљеног правила да брачна деца чији су родитељи припадници исте вероисповести следе веру својих родитеља, док ванбрачна деца следе веру своје мајке. Ограничење слободе родитеља да одлучују о верској припадности деце, у смислу да не могу децу превести у веру којој сами не припадају, сматрано је прихватљивим и оправданим, те да неће изазивати веће незадовољство родитеља.

4. ВЕРСКА ПРИПАДНОСТ ДЕЦЕ ИЗ МЕШОВИТИХ БРАКОВА

Доста сложеније су биле одредбе пројеката међуверског закона којим је била уређена верска припадност брачне деце чији су родитељи припадали различитим вероисповестима. У начелу је било прихваћено да мушка деца следе очеву веру, а женска мајчину. Лановићев пројекат из 1919. године допушта изузетак од овог правила, јер даје родитељима слободу да спора-

²⁵ АЈ, Фонд Министарства правде КЈ, Верско одељење, бр. фонда 63, бр. фасцикле 1.

²⁶ Љубо Влацић, *Пројекат основног закона о верама и међуверским односима*, Штампарија Друштва просвете, Сарајево 1934.

²⁷ Љ. Влацић (1934), 17.

²⁸ *Ibid.*, 16.

²⁹ *Ibid.*, 17.

зумом другачије уреде верску припадност своје деце. Међутим, они немају слободу да уговором предвиде припадност деце било којој вероисповести, већ могу да бирају само између оних вероисповести којима они законито припадају. Слични формални или неформални споразуми о верској припадности деце који обавезују оба родитеља постоје и данас у неким европским државама, попут Ирске и Аустрије.³⁰ Уколико родитељи детета нису следбеници ниједне законом признате вероисповести они могу споразумно одлучити којој законом признатој вероисповести ће деца припадати. У случају да не могу да постигну споразум, отац би одлучивао о верској припадности мушке деце, а мајка о верској припадности женске деце. Пројектом је предвиђено да уколико родитељи не постигну споразум о верској припадности њихове деце, надлежна државна власт може то да учини уместо њих (чл. 21, ст. 3). Уколико је само један родитељ припадник законито признате вере, онда сва деца следе признату вероисповест тог родитеља без обзира на пол и евентуални споразум супружника. Када је реч о находима или деци чији родитељи нису познати, Лановић предлаже примену два правила која су већ примењивана у одређеним деловима државе. Примарно, законодавац предвиђа да вероисповест такве деце одређује лице које се бесплатно прихвати старања о њима. Супсидијарно би се примењивало правило да таква деца следе вероисповест већине становништва у месту где су пронађена.³¹ Лановићев пројекат из 1924. године није се значајније разликовао од његовог Пројекта из 1919. године када је реч о верској припадности деце.³²

У званични Пројекат основног закона о верама и међуверским односима из 1925. године пренете су одредбе Лановићевих пројеката тако да нема суштинских разлика међу њима.³³ Примедбе на садржину ових одредби изнео је Свети архијерејски сабор Српске православне цркве 1927. године. Предложена измена чл. 40 имала је за циљ да уведе временско ограничење на право супружника у мешовитим браковима да одреде вероисповест своје деце. У складу са овим предлогом супружници би то право могли да искористе искључиво пре склапања брака, јер по мишљењу СПЦ постоје верске организације чија интерна правила захтевају да се таква питања реше пре склапања брака. Такође, СПЦ је тражила да се чл. 41, који уређује верску припадност деце чији родитељи нису следбеници ниједне признате вероиспо-

³⁰ Norman Doe, *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*, Oxford University Press, Oxford 2011, 228.

³¹ *Извештај Шељев предлој закона о међуверским односима у Краљевству Срба, Хрватска и Словенаца*, Београд 1920, 3.

³² Пројекат закона о верским заједницама и њиховим међусобним односима, АЈ, Фонд Министарства правде, Верско одељење, бр. фонда 63, фасцикла бр. 1.

³³ Пројекат закона о верским заједницама и њиховим међусобним односима, АЈ, Фонд Министарства правде, Верско одељење, бр. фонда 63, фасцикла бр. 1.

вести, у потпуности изостави. Као разлог је наведено тумачење Видовданског устава у складу са којим у држави нема безверника, већ искључиво припадника признатих вероисповести, па самим тим није неопходно регулисати нешто чега заправо нема.³⁴ Ове примедбе Светог архијерејског сабора нису уважене, што се види и из Записника са седнице Анкетне комисије при Министарству вера за проучавање Закона о верама и међуверским односима одржане 11. јануара 1928. године.³⁵ Коментаре на поменуте одредбе Пројекта из 1928. године саставио је и прота Љубо Влачић,³⁶ али се његове примедбе више свде на исправљање стилских и штампарских грешака, него ли на изношење аргументације у прилог суштинске измене прописа.

Комисија за израду новог пројекта интерконфесијског закона формирана је при Министарству правде почетком 1931. године. Исте године завршен је Пројекат закона о међуверским односима, чије се одредбе о верској припадности деце нису разликовале у односу на претходне пројекте (чл. 8-11).³⁷

Влачићев пројекат из 1934. године садржи нешто сложеније прописе, иако у суштини не одступа од начела садржаних у претходним пројектима. Прва одредба његовог пројекта којом се уређује верска припадност деце заправо је у целости преузети пар. 140 Аустријског грађанског законика који прописује да се политичким прописима уређује којој вери припада дете чији су родитељи различитих вероисповести и од ког животног узраста може да промени веру у којој је васпитавано (чл. 50).³⁸ Затим се уводи опште ограничење које се односи на сву децу, а то је да она могу припадати само уставом усвојеним и законом признатим вероисповестима. Како се види и из примедби Светог архијерејског сабора СПЦ, став већинских верских организација је био да пунолетна лица, а тим пре деца, могу припадати само признатим и усвојеним вероисповестима.

Влачићев пројекат доста детаљније регулише верску припадност деце чији су родитељи различитих вероисповести. Тако у чл. 52 стоји да „од деце која су рођена из брака закључених између припадника разних хришћанских вера усвојених или признатих у држави, и из брака закључених између припадника муслиманске и јеврејске вере синови следе веру очеву, а кћери веру материну“. Реч је о принципу који је примењиван у свим претходним пројектима, с тим да остаје нејасно зашто је аутор прецизирао о којим верама

³⁴ Акт Светог архијерејског синода Син. бр. 2138/Зап. 1320 од 25. 10. (7.11.) 1927. године, АЈ, Фонд Министарства правде КЈ, Верско одељење, бр. фасцикле 1.

³⁵ Записник 6. седнице Анкетне комисије при Министарству вера за проучавање Пројекта закона о верама и међуверским односима, одржане 11. јануара 1928. године, АЈ, Фонд Министарства правде КЈ, Верско одељење, бр. фасцикле 1.

³⁶ Љ. Влачић, 1928, 118-119.

³⁷ АЈ, Фонд Министарства правде КЈ, Верско одељење, бр. фонда 63, бр. фасцикле 1.

³⁸ Љ. Влачић, 1934, 15. *Аустријски Грађански законик*, прев. Драгољуб Аранђеловић, Просвета, Београд 1921, 20.

се ради, као и зашто није предвидео могућност склапања мешовитог брака између припадника хришћанских цркава са једне стране и припадника муслиманске и јеврејске верске заједнице са друге. Влацић се определио за либералнији приступ који није био усаглашен са примедбама СПЦ изнетим пар година раније. Наиме, он предвиђа да родитељи могу пре или после склапања брака да одреде верску припадност своје деце, али с тим да су везани сопственом припадношћу одређеној вероисповести. Пројекат прецизира и временски рок у којем је могуће променити одредбе уговора о верској припадности деце: родитељи могу споразумно „одступити” од уговора о верској припадности деце све до њихове навршене седме године живота. Када је реч о форми, Пројекат предвиђа три услова за пуноважност уговора о верској припадности деце из мешовитог брака: први је да буде закључен пред грађанским судом или нотаром уз поштовање утврђених формалности, други је да се односи на усвојене и признате вере, а трећи да буде посведочен јавном исправом.³⁹

Када је реч о Пројекту Уредбе о верама и међуверским односима из 1940. године, одредбе о верској припадности деце заснивају се на одредбама Пројекта из 1925. године. тј. Лановићевих пројеката из 1919. и 1924. године. Када је реч о мешовитим браковима, Пројекат уредбе експлицитно предвиђа да се споразум о верској припадности деце може склопити пре и након ступања у брак (чл. 52). Пројекат уредбе регулише још једну специфичну ситуацију: ако родитељи детета иступе из вере којој су припадали, а не пређу у другу признату веру, дете остаје у претходно одређеној вери (чл. 53, ст. 3). Овај Пројекат детаљније регулише надлежност државних органа у споровима око верске припадности деце. Најпре, за све спорове око верске припадности деце из мешовитих бракова предвиђена је надлежност опште управне власти првог степена, док би активну легитимацију имали отац, мајка или штитник (тутор) детета. Покретање спора било би дозвољено до навршене седме године дететовог живота, а одлука би се по правилу достављала надлежној старатељској власти (чл. 52). Такође, управна власт би по потреби издавала наређење верским властима да изврше упис или брисање уписа из матичних књига које оне воде. Пројекат иде и корак даље, те предвиђа да уколико брисање не буде спроведено, министар правде проглашава такав упис неважећим и забрањује издавање матичних извода о таквом упису, а одлуке те врсте се објављују у службеним новинама (чл. 57).⁴⁰

Одредба у складу са којом би деца из мешовитих бракова следила вероисповест оца или мајке у зависности од пола, као противна шеријатским прописима, нашла се међу одредбама чије изостављање је захтевао реис-ул-улема

³⁹ Љ. Влацић, 1934, 15-16.

⁴⁰ АЈ, Фонд Министарства правде КЈ, Верско одељење, бр. фонда 63, бр. фасцикле 1.

из Сарајева. Његов предлог је био да се верска припадност деце из мешовитих бракова одређује у складу са прописима оне вероисповести у којој је брак склопљен. Такође, његов предлог је био да се решавање спорова повери надлежним судовима верских организација, а не управним властима. Када је реч о споровима, реис-ул-улема је у својим примедбама тражио увођење вишестепености поступка, тако што би било омогућено подношење жалбе на одлуке управних власти првог степена министру правде, док би против одлука министра правде, било могуће поднети тужбу Државном савету.⁴¹

Примедбе реис-ул-улеме, иако донекле оправдане из угла Исламске заједнице, нису могле бити прихваћене јер је уредба требало да регулише међуверске односе и ситуације које укључују лица различитих верских опредељења. Као што је Комисија за израду уредбе правилно приметила, предлог да се верска припадност деце одређује у складу са прописима верске организације у којој је брак склопљен је неоснован јер је у супротности са правом родитеља да одређују верску припадност своје деце и да се старају о њиховом верском васпитању. Када је реч о предлозима који се односе на надлежност верских судова у споровима који се тичу верске припадности деце, чињеница је да се таквим споровима објективно могу бавити само државни судови. Они би укључивали расправу о интересима најмање две различите верске организације и давање једној од њих права да одлучује водио би ка њеном фаворизовању, а самим тим и ремећењу међуверских односа. Такође, ни предлози о прецизирању надлежности министра и Државног савета немају сврху јер је Законом о општем управном поступку и Законом о Државном савету било регулисано питање употребе правних лекова против одлука управних власти.⁴²

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Пројекти закона о верама и међуверским односима предвиђали су регулисање доста осетљивих питања из области заштите верске слободе и аутономије верских организација. Једно од деликатнијих питања свакако је била верска припадност деце. Из анализе одредби поменутих пројеката види се да су њихови аутори прихватили решења наслеђена од Аустроугарске монархије. Разлога за то је било више. Најпре, аустријско законодавство је одговарало мултиетничкој и мултиконфесионалној структури нове државе. За

⁴¹ Примједбе на уредбу о верама и међуверским односима, АЈ, Министарство правде, Законодавно одељење, бр. фонда 63, бр. фасцикле 39.

⁴² Записник седнице Комисије Министарства правде за израду пројекта Уредбе о верама и међуверским односима, одржане 28. септембра 1940. године, б. АЈ, Министарство правде, Законодавно одељење, бр. фонда 63, бр. фасцикле 39.

разлику од законодавства верски хомогених краљевина Србије и Црне Горе, Аустроугарска монархија је имала огромно искуство у регулисању деловања различитих хришћанских и нехришћанских верских организација, што се одразило и на законодавном плану. Затим, на већем делу територије Краљевине СХС-Југославије већ је примењивано неко од решења из аустријског, угарског или хрватско-славонског законодавства. То значи да би остајање при истим принципима на којима су та законодавства почивала у овој материји, олакшало примену новог интерконфесионалног закона, јер се у великом делу државе прописи заправо и не би значајније променили. На крају, треба рећи и да су међу различитим решењима наслеђеним из Аустроугарске, која су се неретко само у нијансама разликовала, одабирана она која су била најнапреднија и која су гарантовала највећи степен слободе при одабиру верске припадности деце.

За све пројекте је заједничко да су предвиђали да брачна деца чији су родитељи исте вероисповести следе веру својих родитеља, док ванбрачна деца следе веру мајке. Овакво решење је било присутно и у страним законодавствима тог времена и може се сматрати да представља гаранцију права родитеља да децу васпитавају у складу са сопственим верским уверењима. Наравно, ово решење је ограничавало слободу родитеља да дете преведу у вероисповест којој они не припадају. Иако у теорији може постојати ситуација у којој би родитељ једне вере желео да му деца буду припадници неке друге вере, у пракси се то ретко дешава. Такође, овај проблем би се могао превазићи тако што би прво родитељи прешли заједно у другу вероисповест, а затим би превели и дете са собом. Да би се све ово одвијало несметано требало је уредити процедуру верских прелаза, што је још једно од питања која су била предмет регулисања интерконфесионалних закона.

Када је реч о верски мешовитим браковима, решења преузета у скоро свим пројектима међуверског закона била су изузетно либерална. Примена општег правила да се вероисповест деце одређује спрам пола могла је бити избегнута споразумом родитеља, који је у већини пројеката био неформалан и без временских ограничења везаних за моменат склапања верског брака. И у овом случају родитељи су били ограничени само сопственом верском припадносту. Начела преузета у пројектима интерконфесионалног закона не само да су омогућавала родитељима широку самосталност у одлучивању о верској припадности деце, већ су у гарантовала и равноправност супружника у верском одгоју њихових потомака.

У свим пројектима закона о међуверским односима инсистирало се на правилу да деца могу припадати само уставом усвојеним и законом признатим вероисповестима. Из примедби неких од верских организација се види да су оне сматрале да припадност непризнатим верским организацијама није била уставом дозвољена. То значи да би припадници непризнатих верских

организација, попут назарена, баптиста и сл., морали да своју децу упишу у матице једне од признатих вероисповести. То би даље водило ка успостављању система у којем би дискрепанција између номиналне и стварне верске припадности била све израженија. Решење би свакако било у регулисању поступка признавања нових вероисповести, што је такође требало да буде уређено интерконфесионалним законом. Да је постојала намера да се законом признају и друге вероисповести говоре и различити пројекти закона о признавању до тада непризнатих верских организација.⁴³

Сумирајући све наведено може се закључити да су у међуратним пројектима интерконфесионалног закона присутне две тенденције: прва је прогресивна јер проширује максимално аутономију родитеља приликом одлучивања о верској припадности њихове деце, док је друга лимитирајућа јер тежи ка томе да сва деца припадају некој од признатих вероисповести. Иако се ради о две тенденције које су донекле међусобно супротстављене, у већини пројеката је проблем верске припадности деце регулисан тако да представља складно решење усаглашено са моделом односа државе и црква и верских заједница у Краљевини СХС-Југославији.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Doe Norman, *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*, Oxford University Press, Oxford 2011.
- Durham Cole, Brett Scarffs, *Law and Religion: National, International, and Comparative perspectives*. 2nd ed, Wolters Kluwer, Frederick Maryland 2019.
- Roehlkepartain Eugene, Pamela Ebstyn King, Linda Wagener, Peter Benson, *The Handbook of Spiritual Development in Childhood and Adolescence*, Sage Publications, Thousand Oaks, London, New Delhi 2005.
- Van Bueren Geraldine, „The right to be the same, the right to be different: children and religion“, *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook* (eds. Tore Lindholm, Cole Durham, and Bahia Tahzib-Lie), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2004, 561–569.
- Vojislav Pavlovic, „La Serbie dans les plans du Vatican et de l’Autriche-Hongrie 1878-1914“, *Европа и Срби* (ур. С. Терзић), Историјски институт САНУ, Православна реч, Београд 1996, 351-377, 370.
- Zakon о вјероисповједним односима, *Sbornik zakona i naredaba valjanih za kraljevine Hrvatsku i Slavoniju*, година 1906, komad III, broj 8, 138-144.
- Акт Светог архијерејског синода Син. бр. 2138/Зап. 1320 од 25. 10. (7.11.) 1927. године, АЈ, Фонд Министарства правде КЈ, Верско одељење, бр. фасцикле 1.

⁴³ Нпр. Савез баптистичких црквених општина у Краљевини Југославији доставио је Министарству правде свој Нацрт закона о баптистичкој цркви 4. јануара 1932. године. АЈ, Министарство правде, Законодавно одељење, бр. фонда 63, бр. фасцикле 39.

- Аустријски Грађански законик*, прев. Драгољуб Аранђеловић, Просвета, Београд 1921.
- Весник Српске Цркве, март 1928.
- Влачић Љубо, „Примедбе на „Пројекат основног закона о верама и међуверским односима“, *Архив за правне и друшћивене науке* 2/1928, 108–119 и 217–223.
- Влачић Љубо, *Пројекат основног закона о верама и међуверским односима*, Штампарија Друштва просвете, Сарајево 1934.
- Драгићевић Ристо, *Уговор Свете Столице и Књажевине Црне Горе, 1886. године*, Цетиње 1940.
- Дракић Гордана, „Правни партикуларизам у Краљевини СХС“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Сагу* 3/2004, 399–410.
- Ђукић Далибор, *Инићерконфесионално законодавство у Југославији и Србији 1919–2006*, Универзитет у Београду-Правни факултет, Београд 2022.
- Закон о конкордату између Србије и Свете Столице у Риму, *Српске новине*, бр. 199/1914.
- Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/71.
- Записник 6. седнице Анкетне комисије при Министарству вера за проучавање Пројекта закона о верама и међуверским односима, одржане 11. јануара 1928. године, АЈ, Фонд Министарства правде КЈ, Верско одељење, бр. фасцикле 1.
- Записник седнице Комисије Министарства правде за израду пројекта Уредбе о верама и међуверским односима, одржане 28. септембра 1940. године, 6. АЈ, Министарство правде, Законодавно одељење, бр. фонда 63, бр. фасцикле 39.
- К.В. No. I 859 / Сов. No. I 961, од 9. септембра 1853. године, *Сборникъ закона и уредба и уредбены указа: изданы у Књажесѣву Србији*, бр. 7, у Правителственной књигопечатњи, Београд, 78–79.
- К.В. No. II 859 / Сов. No. II 961, од 9. септембра 1853. године, *Сборникъ закона и уредба и уредбены указа: изданы у Књажесѣву Србији*, бр. 7, у Правителственной књигопечатњи, Београд, 80–81.
- Лановић Михаило, *Извешћи њелев љредлој закона о међуверским односима у Краљевсѣву Срба, Хрвајѣа и Словенаца*, Београд 1920, 14.
- Примједбе на уредбу о верама и међуверским односима, АЈ, Министарство правде, Законодавно одељење, бр. фонда 63, бр. фасцикле 39.
- Пројекат закона о верским заједницама и њиховим међусобним односима, АЈ, Фонд Министарства правде, Верско одељење, бр. фонда 63, фасцикла бр. 1.
- Пројект закона о верским заједницама и њиховим међусобним односима, АЈ, Фонд Министарства правде, Верско одељење, бр. фонда 63, фасцикла бр. 1.
- Ракитић Душан, *Конкордај Краљевине Србије и љројекѣи конкордајѣа Краљевине СХС и Краљевине Југославије – Правноисторијски асѣкѣи односа цркве и државе*, Београд 2016.
- Савез баптистичких црквених општина у Краљевини Југославији, Нацрт закона о баптистичкој цркви, АЈ, Министарство правде, Законодавно одељење, бр. фонда 63, бр. фасцикле 39.
- Устав Републике Србије, *Службени ласник РС*, бр. 98/2006, 16/2022.

Dalibor B. Đukić
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
dalibor.djukic@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-1447-7128

Religious Affiliation of Children in the Draft Interreligious Laws of the Kingdom of SCS and Yugoslavia 1919–1941

Abstract: *Following the proclamation of the unified state of the South Slavs, the process of harmonizing legislation on religious organizations across the various historical provinces that became part of the state commenced. While regulations governing the organization and functioning of specific religious organizations were only enacted after 1929, efforts to draft comprehensive legislation to regulate interreligious relations and the legal status of all religious organizations continued until 1941, when they were interrupted by the outbreak of World War II. One particularly sensitive issue addressed in these legislative drafts was the determination of children's religious affiliation. This paper argues that, while the drafts of interreligious laws and regulations adopted several progressive and modern concepts for determining children's religious affiliation, they simultaneously retained conservative provisions that favored recognized religions. These conservative elements reflected the broader framework of state-church relations in the Kingdom of Serbs, Croats, and Slovenes (later Yugoslavia) during the interwar period.*

Keywords: *churches and religious communities, Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes, Kingdom of Yugoslavia, interreligious laws, religious affiliation of children.*

Датум пријема рада: 9. 1. 2025.

Датум прихватања рада: 29. 1. 2025.

Оливера Ж. Јокић
Универзитет у Новом Сагу
Правни факултет у Новом Сагу
o.jokic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-0532-7833

ПОСТУПАК ЗА РЕШАВАЊЕ СПОРНОГ ПРАВНОГ ПИТАЊА

– Предмет поступка и његова обележја –

Сажетак: Поступак за решавање спорног правног питања је поступак који се покреће по службеној дужности у току трајања конкретне првостепене поступка. У том поступку највиша судска инстанца треба да одговори на правно питање првостепеног суда које се односи на захтев за тумачење права или на попуњавање правних празнина и на тај начин директно неједначену судску праксу. С обзиром на то да се врховна инстанца треба изјаснити о одређеном правном питању и пре првостепеног пресуђења, предвиђен је додатни услов допуштености сваког изјашњавања – то конкретно правно питање треба да се појавља у већем броју предмета. Међутим, пракса највише инстанце је неједначена, због чега се у раду покушава одредити тај правни стандард. Централни део рада је сам предмет поступка – спорно, односно „нерешено“ правно питање – као и његова обележја. О тим питањима се у доктрини заузимају различити ставови, док је пракса врховне инстанце дивергентна. Тезе које се исцртају у раду су: 1) спорно правно питање није преходно питање, и 2) оно може бити и материјалноправне и процесноправне природе.

Кључне речи: поступак за решавање спорног правног питања, прејудичијелно питање, преходно питање, спорно правно питање, уједначавање судске праксе.

УВОД

Поступак за решавање спорног правног питања покреће првостепени суд када наиђе на неко спорно правно питање које се јавља у већем броју поступака пред првостепеним судом. Идеја је да се издејствује уједначавање

судске праксе пре него што у конкретном поступку дође до првостепеног пресуђења. О уставности таквог концепта се изјашњавао и Уставни суд (УС), те је заузео став да највиши суд не одлучује у том случају о предмету спора, односно да заузети став „нема карактер одлуке о конкретној правној ствари, на коју се може уложити правни лек, већ [...] као деперсонализовано правно схватање [...] представља механизам, којим се [...] обезбеђује правна сигурност и једанкост у поступцима пред нижестепеним судовима, као и суђење у разумном року“ (ИУ-181/2005, 28. септембар 2006; *Билтен УС*, 2/2006, 11–21 (19). У овом раду, неће бити преиспитиван ни став ни аргументација УС. Међутим, биће речи о ставу УС у погледу начина на који највиши суд у држави може да једначи судску праксу кроз поступак за решавање спорног правног питања.

Полазећи од важеће редакције Закона о парничном поступку (ЗПП)¹, постоји неколико кључних питања. Ипак, у наставку ће бити речи само о предмету поступка за решавање спорног правног питања и карактеристикама спорног правног питања о којем највиша судска инстанца треба да заузме правно схватање у поступку који иницира првостепени суд.

У раду ће се прво изложити генеза института, а након тога ће се разматрати шта је предмет поступка за решавање спорног правног питања. Поћи ће се од тога да је захтев за решавање спорног правног питања заправо захтев за тумачење неке одредбе, односно попуњавање правне празнине. Другим речима, у другом поглављу ће се појмовно одредити спорно правно питање, док ће се у трећем поглављу разматрати његова обележја. Поћи ће се од ставова заступљених у теорији и судској пракси како би се дошло до сопственог схватања о односу спорног правног питања и претходног питања, односно до одговора на питање да ли је спорно правно питање увек материјалноправне природе. У последњем поглављу анализираће се додатни услов који мора бити испуњен да би највиша инстанца могла да одлучује о спорном правном питању, а то је да се оно поставља у већем броју предмета пред првостепеним судом.

1. ГЕНЕЗА ИНСТИТУТА

1.1. Препорука бр. Р (95) 5

Поступак за решавање спорног правног питања уведен је у домаћи парнични поступак 2004. године. Реч је о институту који је „последича прихватања и имплементације препорука Савета Европе у наше национално законодавство“.² У Образложењу Предлога Закона о парничном поступку из 2004

¹ Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, 72/11, 49/2013 (Одлука УС), 74/13 (Одлука УС), 55/14, 87/18, 18/20, 10/23 (др. закон).

² Образложење Предлога ЗПП 04, 101.

(ЗПП 04)³ поред указивања на усклађеност предложених решења „са Повељом о људским и мањинским правима државне заједнице, која је прокламовала људска права у складу са Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода Савета Европе, коју је прихватила и ратификовала наша земља“, наводи се да су она и „у тесној вези са стратешким циљем наше државе за улазак у Европску унију и са потребом да се остваре преузете обавезе за спровођење интензивне, ефикасне и перманентне реформе на плану уграђивања европских стандарда у национално законодавство“.⁴

Препорука на коју се законодавац позвао је Препорука бр. Р (95) 5 Комитета министара земљама чланицама о увођењу и унапређивању жалбених поступака у грађанским и привредним предметима која је усвојена 7. фебруара 1995. године. Према тој препоруци, државама које предвиђају тростепено суђење, између осталог, препоручено је да омогуће трећој инстанци да „директно“ разматра предмет. Предложена су два начина за остваривање тог циља: 1) кроз претходно одлучивање (*preliminary ruling*) и 2) предвиђањем поступка заобилажења другостепеног суда (*leapfrog procedure*). Истакнуто је да су такви поступци подобни у оним случајевима када је вероватно изјављивање правног лека трећој инстанци (глава IV – Улога и функција треће инстанце, чл. 7 – Мере у вези са ревизијом, тачка д).⁵

1.2. ЗПП 04

1.2.1. Три начина за уједначавање судске њраксе

Оба предлога за директно разматрање одређеног предмета од стране треће инстанце су била инкорпорирана у ЗПП 04. То су били поступак за решавање

³ Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, 125/04, 111/09.

⁴ Образложење Предлога ЗПП 04, 101. *Петрушић* наводи да је сврха увођења решавања спорног правног питања обезбеђивање остваривања постулата правичног суђења у складу са Препоруком бр. Р (95) 5, Невена Петрушић, *Грађанско њроцесно њраво – њарнично њроцесно њраво*, Ниш 2024, 331.

⁵ *Recommendation No. R (95) 5 of the Committee of Ministers to member states concerning the introduction and improvement of the functioning of appeal systems and procedures in civil and commercial cases, chapter IV. Role and function of the third court, Article 7. Measures relating to appeals to a third court, d.* Текст Препоруке преведен на српски језик је доступна на *Propisi.com*. Према мишљењу Консултативног већа европских судија, претходно одлучивање (*preliminary ruling*) има како своје предности – доприноси уједначеној примени права кроз могућност избегавања будућих одступања (*This may contribute to the uniformity in application of the law since future divergences may be avoided*) – тако и своје недостатке – ометање даљег развоја права кроз преурађене ауторитативне одговоре (*On the other hand, such preliminary rulings may provide a premature authoritative answer to the question and thus hinder the successive development of the law*), *Consultative Council of European Judges (CCJE), Opinion N° 20 (2017), The Role of Courts with Respect to the Uniform Application of the Law*, параграф 29 – *IV. Means for ensuring the uniform case law. f. Preliminary rulings.*

спорног правног питања (чл. 176–180 ЗПП 04) и жалба са алтернативним предлогом за ревизијско одлучивање (директна ревизија; чл. 389–393 ЗПП 04).⁶ Осим указивања да је поступак за решавање спорног правног питања уведен у складу са Препоруком бр. Р (95) 5 Комитета министара Савета Европе (СЕ), а „[нови] ванредни правни лек ради унапређења остваривања правде у смислу препоруке број Р (84) 5, глава 4 члан 7 тачка д Комитета министара СЕ“⁷, предвиђена решења нису даље образлагана. Такође, није образложено ни зашто су предвиђена оба предложена начина за постизање истог циља – уједначавање судске праксе – као ни због чега је уведена ревизија по допуштењу (чл. 395 ЗПП 04), која је дозвољена, између осталог, када постоји потреба за уједначењем судске праксе.⁸

Наведени институти се разликују, пре свега, према тренутку у којем највиша инстанца поступа у предмету. Приликом решавања спорног правног питања највиша инстанца заузима правни став пре првостепеног пресуђења у конкретном случају, код директне ревизије након првостепеног пресуђења, док код посебне ревизије тек након другостепеног поступка.⁹ Имајући то у виду, питање је да ли је законодавац уопште био свестан да је предвидео три пута до врховне инстанце, те да је крајњи циљ тих „путовања“ да судска пракса на читавој територији државе буде уједначена.

⁶ Образложење Предлога ЗПП 04, 104, 107. Жалба са алтернативним предлогом за ревизијско одлучивање или директна ревизија је била уложива против првостепене пресуде против које би била дозвољена ревизија (чл. 389 ЗПП 04), док је за допуштено била потребна сагласност обе странке, као и прихватање Врховног суда Србије (ВСС) да због уједначења судске праксе заузме став о неком спорном правном питању (чл. 389, ст. 1 и 390, ст. 3 ЗПП 04). Директна ревизија у ЗПП 04 је рађена по узору на директну ревизију (*Sprungrevision*) у немачком праву, више вид. Александар Јакшић, *Грађанско њроцесно њраво*, Београд 2010, 605. Идеја заобилажења другог степена постоји и у англосаксонском праву, а правно средство којим се то постиже је *leapfrog appeal*, више вид. Ian Grainger, Michael Fealy, Martin Spencer, *The Civil Procedure Rules in Action*, London 2000, 172.

⁷ Реч је о *Recommendation No. R (84) 5 on the principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice*. Међутим, у цитираној препоруци није извршена систематизација на главе, чланове и тачке. Ако се претпостави да је дошло до омашке у куцању, и да се мислило на Препоруку Р (95) 5 онда, нумерација одговара. Но, то је оборива претпоставка.

⁸ Вид. Образложење Предлога ЗПП 04, 107.

⁹ Као разлика се може навести и да се приликом уједначавања судске праксе по било којој ревизији, несумњиво, доноси одлука, док то не важи у поступку решавања спорног правног питања. У вези са тим, према слову закона, одлука постоји и у другом случају. Наиме, било је предвиђено да се у правном схватању образлаже одлука (чл. 179, ст. 1 ЗПП 04), док је у важећој редакцији одредбе дошло до инверзије – у одлуци се образлаже заузето правно схватање (чл. 184, ст. 1 ЗПП). Постоји и другачије схватање, према којем се поступак за решавање спорног правног питања и жалба са алтернативним предлогом за ревизијско одлучивање разликују управо по томе што врховна инстанца пресуђује само у другом случају, вид. Љубица Јерemiћ, „Спорно правно питање“, *Билѡен ВСС*, 2/2005, 242(242). Но, како је то пре свега значајно за дејство заузетог правног схватања, није релевантно за тему рада.

1.2.2. *Послужба за претходно одлучивање највише инстанце*

У домаћем праву, препорука СЕ о увођењу поступка за претходно одлучивање (*preliminary ruling*) је остварена кроз предвиђање поступка за решавање спорног правног питања, који покреће првостепени суд онда када постоји потреба да највиша судска инстанца заузме став о спорном правном питању које је од прејудисијалног значаја за одлучивање о предмету поступка пред првостепеним судовима (чл. 176, ст. 1 ЗПП 04).¹⁰

Према схватањима доктрине, поступак за решавање спорног правног питања је инспирисан поступком о претходном одлучивању Суда ЕУ,¹¹ односно сличним решењима у комунитарном праву,¹² тј. чланицама Европске уније.¹³ Међутим, изостаје било какво образложење тих закључака.¹⁴ Ипак, како се такав закључак чини неспорним, ради разумевања саме препоруке, тачније термина претходно одлучивање (*preliminary ruling*) треба рећи да се предлог Суду ЕУ за претходно одлучивање (*reference for a preliminary ruling*) не односи на оно што се у домаћем праву сматра претходним питањем у смислу чл. 12 ЗПП. Напротив, реч је о поступку који за циљ има да се право ЕУ тумачи и примењује на јединствен начин од стране националних судова држава чланица.¹⁵

¹⁰ У доктрини се истиче да се правни проблеми већ решавају на тај начин – давањем одговора на правна питања од стране највишег суда – али да се то дешава без утврђене процедуре и рокова, Владимир Боранијашевић, „Поступак за решавање спорног правног питања – Према одредбама Закона о парничном поступку Републике Србије“, *Правни живоић, часопис за правну теорију и праксу*, Београд, 13/2009, 663 (664), фн. 3. Тако и Вида Петровић-Шкоро, „О нацрту Закона о парничном поступку“, *Правни информатор*, 10/2004, 7–9. Она је указала и на то да је реч о ефикасном решењу „с обзиром на постојећи менталитет судства“, *Ibid*, 8.

¹¹ Боривоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 2015, 346; Весна Поповић, „Поступак за решавање спорног правног питања“, *Билтен ВКС*, 3/2012, 13–27 (13); Бранко Станић, „Поступак за решавање спорног правног питања“, *Избор стручне праксе*, 1/2022, 1316, доступно у *Glosarijum*, приступљено 19. фебруара 2024.

¹² Гордана Станковић, Владимир Боранијашевић, *Грађанско процесно право*, Београд 2023, 409.

¹³ Владимир Тамаш, „Поступак за решавање спорног правног питања и усвојени правни ставови грађанског одељења Врховног суда Србије“, *Билтен ВСС*, 2/2006, 476 (477).

¹⁴ Поред тога, *Бодироја* указује да сличан поступак постоји и пред Европским судом за људска права, у којем суд даје саветодавно мишљење у вези са тумачењем Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и протокола уз њу, Никола Бодирога, *Парнични послужба*, Београд 2022, 267, фн. 368. Више вид. *Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, приступљено 16. фебруара 2024. *Јеремит* указује да је поступак за решавање спорног правног питања уведен како би се „оствари[о] циљ предвиђен чл. 6. Европске конвенције о људским правима и што потпуније поштовање обавезе суђења у разумном року“, *Ј. Јеремит*, 242.

¹⁵ Маја Станивуковић, *Појединач пред Судом Европских заједница*, Београд 2009, 90. Више о претходном поступку пред Судом ЕУ вид. Андор Дели, *Одлучивање по претходном*

1.3. Важећа редакција ЗПП

Према важећој редакцији ЗПП, поступак за решавање спорног правног питања покреће првостепени суд онда када у већем броју предмета постоји потреба да врховна инстанца заузме став о спорном правном питању које је од значаја за одлучивање о предмету поступка пред првостепеним судовима (чл. 180, ст. 1 ЗПП). Покретање тог поступка је разлог за застој парничног поступка у оквиру којег је покренут (чл. 180, ст. 2 ЗПП). Захтев за покретање поступка треба да садржи, између осталог, правно питање чије се решење тражи, али и сопствено тумачење, односно одговор првостепеног суда на питање које поставља највишој инстанци (чл. 181, ст. 1 ЗПП). У супротном, захтев се одбацује као непотпун (чл. 182, ст. 1 ЗПП). Врховна инстанца решава постављено питање уколико није одлучила о њему (чл. 182 ЗПП) и уколико је од значаја за одлучивање у већем броју предмета пред првостепеним судом (чл. 183, ст. 2 ЗПП) по правилима поступка за усвајање правних ставова (чл. 183, ст. 1 ЗПП).

Сличан домаћем поступку за решавање спорног правног питања је и хрватски огледни поступак који је конципиран као посебан, ванредни, убрзани пут решавања нових правних питања у случајевима у којима се оцени да би, због могуће „лавине предмета“ у којима би се постављало исто правно питање, такво питање било потребно убрзано решити, ради избегавања правне несигурности и како би се предупредиле противречне одлуке и усмерила судска пракса.¹⁶ У томе се, према неким схватањима, огледа и сврха домаћег модела.¹⁷

2. ПРЕДМЕТ ПОСТУПКА ЗА РЕШАВАЊЕ СПОРНОГ ПРАВНОГ ПИТАЊА

Предмет поступка за решавање спорног правног питања је постављено питање, које треба да буде правно и спорно. Чини се неспорним да је правно

питању пред Европским судом правде као фактор сиварања европског правног система са посебним освртом на немачка искуства, магистарска теза, Правни факултет у Новом Саду, 2008.

¹⁶ Alan Uzelac, „Ogledni postupak radi rješavanja pitanja važnog za jedinstvenu primjenu prava: dobre strane i problematični elementi novog instrumenta“, *Zbornik radova s VI. međunarodnog savetovanja „Aktuelnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“*, Split, 2020, 19 (21). О сличностима и разликама хрватског и српског модела вид. Александра Маганић, „Огледни поступак или поступак за решавање спорног правног питања – сличности и разлике“, *Ревизија Коџаоницке школе природног права*, 1/2019, 219236. Сличан поступак постоји и у праву Босне и Херцеговине, о сличностима и разликама између сва три модела бивших југословенских република вид. Mirjana Kevo, Minja Belović, „Postupak za rješavanje spornog pravnog pitanja s osvrtnom na prethodni postupak pred europskim Sudom pravde“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, XXIX/2021, 42–67.

¹⁷ Невена Петрушић, Драгољуб Симоновић, *Коментар Закона о парничном поспуйку*, Београд 2011, 348, Н. Бодирога, 264, 265.

питање оно које није чињенично и које се односи на примену права. Међутим, питање је шта се подразумева под спорним. Претпоставка од које се полази јесте да појам спорног правног питања чине две компоненте. Под један, треба да је реч о питању до чијег се одговора не долази тек језичким тумачењем, а под два, да је реч о „нерешеном“ питању. Због тога ће у наставку прво бити речи о томе да је захтев који првостепени суд упућује највишем суду заправо захтев за тумачење права или попуњавање правних празнина, а потом ће се разматрати шта се сматра недозвољеним захтевом, односно захтевом о којем је највиша судска инстанца већ одлучила (чл. 181, ст. 2 ЗПП).

2.1. Захтев за тумачење права или попуњавањем правних празнина

Поступак за решавање спорног правног питања покреће првостепени суд захтевом одређене садржине (чл. 180, ст. 1 ЗПП).¹⁸ Између осталог, у том акту је садржано и спорно правно питање. Оно треба да се односи на тумачење

¹⁸ Према стању ствари у судској пракси, то може да уради суд, судеће тело као једну од парничних радњи суда у току првостепеног поступка, Спп1 1/2022 од 11.05.2022.; Спп 4/2022 од 04.10.2022.; Спп 1/2022 од 28.02.2022.; али се одлука о покретању поступка доноси и на седници грађанског одељења из чега следи закључак да поступак иницира и суд у организационом смислу речи, Спп 2/2021 од 16.09.2021.; Спп 6/2019 од 12.12.2019. – Напомена: све одлуке које се цитирају у овом раду код којих није означено место објављивања, доступне су на званичним интернет базама судске праксе – УС: <https://ustavni.sud.rs/sudska-praksa/baza-sudske-prakse>; ВрхС и ВКС: <https://www.vrh.sud.rs/>.

Занимљиво је да је у уџбеницима Грађанског процесног права материја о спорном правном питању различито систематизована. У неким је обрађена заједно са претходним питањем које је систематизовано у оквиру припремања главне расправе, Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 8 (но, имајући у виду систематизацију материје, питање је да ли иницирање тог поступка сматрају посебном парничном радњом првостепеног суда, *Ibid*, 278; наиме, целокупна материја поступка за решавање спорног правног питања је обрађена под насловом „Решавање спорног правног питања од стране Врховног касационог суда“, *Ibid*, 345 и даље), Г. Станковић, В. Боранијашевић, 8, 409; или тока првостепеног поступка Н. Бодирова, 9; односно у оквиру поглавља у којем се обрађује главна расправа, Н. Петрушић, 14; или заједно са претходним питањем, али у делу који је насловљен „Суд као субјект парничног поступка“, Ранко Кеча, Марко С. Кнежевић, *Грађанско процесно право – Приручник за полагање правосудној испитици*, Београд 2023, 6, 7; или одвојено од претходног питања, у делу о изворима грађанског процесног права, Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2021, 16. Не разматра се као парнична радња како првостепеног, тако и суда трећег степена, иако би по дефиницији то могла да буде. Наиме, реч је о активности суда коју предузима *ex offio* или на иницијативу странака, под условима, на начин и у форми која је предвиђена одредбама чл. 180 и 181 ЗПП (за захтев), односно чл. 182, 183 и 184 ЗПП (за одлуку о захтеву), које је поверено судији појединцу или већу у конкретном спору (доноси се и одлука о застоју парничног поступка, а то може да уради само судеће тело) и смисао подношења захтева, односно доношења одлуке о захтеву јесте усмерен ка „пружању законите, једнаке и правичне заштите“. За појам парничне радње суда вид. Р. Кеча, М. С. Кнежевић, 179, 180; А. Јакшић (2021), 310.

чење правне природе правног института или на тумачење и право значење, садржину или домашај неке одредбе која би требало да се примени приликом решавања спора,¹⁹ или приликом оцене испуњености процесних претпоставки, или примени било које друге одредбе у поступку.²⁰ Но, како свака примена било ког правног правила захтева бар језичко тумачење,²¹ постављено питање мора бити нешто сложеније, тако да је могуће оправдано очекивати и другачија правна мишљења о том питању у низу других поступака. Тако би требало схватити и став Врховног касационог суда (ВКС) да питање не може да буде „у домену тумачења и непосредне примене [...] права у једном конкретном предмету првостепеног суда“²².

Могуће је и да неко правно питање које се постави у конкретном парничном поступку није регулисано позитивним правом, или речима *Бидлинској*, да неки „случај[...] или елемент случаја [...] није обухваћен[...] било каквим језичким смислом норме“²³. Другим речима, може се радити и о правној празнини коју би требало попунити. У вези са тим, треба правити разлику између тумачења и попуњавања правних празнина.²⁴ Наиме, према *Бидлин-*

¹⁹ При чему се може односити на правно правило као целину или на поједине правне појмове формулисане у њему, Г. Станковић, В. Боранијашевић, 409. Слично и А. Јакшић (2021), 118. У том смислу и *Појовић* истиче да је „реч [...] о тумачењу права ради његове примене“, В. Поповић, 13 (15); тако и *Сџанић* без било каквог даљег разматрања обележја спорног правног питања, Б. Станић, 13–16, као и *Пејрушић*, Н. Петрушић, 331. *Јеремић* наводи да оно треба „по квалитету и садржају“ да буде од значаја за тумачење и примену права, Љ. Јеремић, 243.

²⁰ Вид. 3.2. Правна природа постављеног спорног правног питања.

²¹ Тако *Водинелић* наводи да се „свака норма [тумачи]“, односно да јој се одређује смисао, односно значење, садржина, правило које садржи помоћу неколико метода тумачења, а „пошто се норма јавља у језичком виду, мора се започети са језичким тумачењем“, Владимир В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Ојштин гео грађанској права*, Београд 2014, 161, 173. *Бидлински* такође, наводи да се и у једноставно постављеним случајевима до правне супсумције долази тумачењем. Наиме, „ни резултат да се одређено чињенично стање без тешкоћа може подвести (супсумирати) под одређено правило [...] не настаје сам од себе“, Franc Bidlinski, *Pravna metodologija*, превела са немачког Ivana Marković, Podgorica, 2011, 25, а о хијерархији метода тумачења вид. *Ibid*, 96 и даље. О критици да се „јасна норма не тумачи“ вид. Марко С. Кнежевић, „Утицај престанка својства предузетника на стварну надлежност у парничном поступку: ка новом Схватању појма „спор између предузетника и привредног субјекта“ – поводом става ГО ВКС од 23. 3. 2012 (Билтен ВКС 1/2012, 119)“, *Harmonius*, Београд, 2019, 211 (224 и даље).

²² Спп 2/2022 од 11.05.2022.; слично и у Спп 6/2022 од 04.10.2022.; Спп 9/2022 од 01.11.2022. у којем се указује на став ВСС заузет у Спп 9/08 од 28.05.2008.

²³ F. Bidlinski, 71.

²⁴ Ту разлику прави и *Водинелић*, и то док се изјашњава о функцији заузетих правних схватања врховне инстанце и обавезности нижестепених судова да од највише инстанце затраже обавезујуће правно схватање о спорном правном питању у складу са чл. 180 ЗПП, што назива „*нејојштин*о монополизова[ним] тумачењ[ем] и попуњавањ[ем] правних празнина“,

ском, у потоњем је реч о „допуњујућем стварању права [... које ...] не треба [...] означити као тумачење у ширем смислу. Премда би се могло тврдити да се ради о тумачењу, само не закона у смислу појединачне одредбе, већ о тумачењу правног система; ипак би се тиме замутило специфично својство стварања права“, а то је да се оно „не може подвести ни под најшире могуће језичко значење неке норме“.²⁵ Питање које би се могло поставити јесте да ли је законодавац под решавањем спорног правног питања подразумевао и случај стварања права, односно попуњавања правних празнина. С обзиром на то да суд не може да одбије да одлучи о захтеву за који је надлежан (чл. 2, ст. 2 ЗПП), требало би да је одговор потврдан, јер није немогуће да се у конкретном поступку постави правно питање које није регулисано позитивним правом. У вези са тим, могло би се као питање поставити да ли би и у том случају првостепени суд требало да понуди одговор, јер је одредбом чл. 181, ст. 1 ЗПП предвиђена дужност првостепеног суда да понуди „сопствено тумачење“. Но, то треба схватити као да је првостепени суд дужан да наведе сопствено схватање о могућем одговору на постављено питање, што је и у складу са намером законодавца који је настојао да спречи да првостепени судови покрећу овај поступак како би „прибавили“ став највише судске инстанце.²⁶

Ако се тако разуме спорно правно питање, онда је оправдано да се ни не сачека у конкретном поступку првостепено пресуђење, него да се директно тражи од највишег суда да да своје правно мишљење. Требало би да се подразумева да је оно образложено, али то је и изричито предвиђено чл. 184, ст. 1 ЗПП. Такође, за очекивати је да се у том образложењу највиша инстанца осврне и на тумачење, односно правно схватање првостепеног суда (чл. 181, ст. 1 и чл. 182, ст. 1 ЗПП), те да га аргументовано подржи или побије.

2.2. „Нерешено“ правно питање

Спорно правно питање се одређује и као оно које је „нерешено“.²⁷ Међутим, шта се сматра „нерешеним“ није баш тако једноставно за одговорити. Трилема је да ли је то оно питање на које је највиши суд већ одговорио или је то и оно питање које још увек није разматрала највиша судска инстанца, али јесу жалбени судови, или је то питање које је решио првостепени суд и тренутно су жалбени поступци у току.

В. В. Водинелић, 123. О разлици између тумачења и попуњавања правних празнина као судијској наградњи права вид. М. С. Кнежевић, *Harmonius*, Београд, 2019, 211 (223 и даље).

²⁵ F. Bidlinski, 72.

²⁶ Образложење Предлога ЗПП, 111.

²⁷ Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 345.

2.2.1. Недозвољен захтев

Уколико се пође од одредбе чл. 182, ст. 2 ЗПП – захтев за решавање спорног правног питања је недозвољен, ако је о „таквом захтеву“ највиши суд већ донео одлуку – поставља се питање шта се подразумева под „таквим захтевом“. Да ли се под тим подразумева да је највиши суд већ разматрао то, из угла првостепеног суда, спорно правно питање у било којој форми или само у оквиру поступка за решавање спорног правног питања? Затим, да ли је свеједно какву је одлуку донео – одлуку којом је понудио тумачење, односно попунио правну празнину (опција А) или и одлуку којом је то одбио, или можда чак одбацио „иницијативу“ као недопуштену (опција Б)? У домаћој теорији, *Јакшић* тврди да је недозвољен само онај захтев о којем је већ једном суд донео одлуку и који је непотпун²⁸; док *Станковић* истиче да је то онај захтев који „је већ био предмет решавања о коме је донета одлука“.²⁹

а) Опција А

У домаћем правном систему постоји неколико потпуно различитих начина кроз које највиши суд може да тумачи правна правила, и евентуално попуњава правне празнине. Ти начини би могли да се поделе у две велике групе: ван суђења и кроз суђење. Ван суђења се заузимају правна схватања која су начелног карактера, инспирисана питањима која се постављају у конкретним поступцима.³⁰ Другу групу чине одлуке у конкретном парничном поступку. То могу бити одлуке о: 1) решавању сукоба надлежности; 2) правним лековима: а) захтеву за преиспитивање правоснажне пресуде, б) ревизији против пресуде, в) ревизији против решења; и 3) захтеву за решавање

²⁸ А. Јакшић (2021), 118.

²⁹ Г. Станковић, В. Боранијашевић, 410.

³⁰ *Кнежевић* примећује да иако структура правних схватања варира, јер нека од њих не садрже образложење, суштина је иста, а то је да се увек формулише реченица која би могла бити део законског текста. Указује и на недостатке у образложењима тих правних схватања, односно да се готово никад не наводи шта је узроковало сазивање седнице одељења, него да се углавном наведе да „постоји проблем у судској пракси“ или, понекад, да „нижи инстанциони суд погрешно примењује право“. Такође, у већини случајева се изоставља правни основ, те да је само у неколико случајева ВКС навео као правни основ чл. 31 новелираног ЗУрС 08, Marko Knežević, “Out-of-Trial Ensuring Uniform Case Law in Serbia: Socialist Legal Tradition Reloaded”, *Balkan Yearbook of European and International Law*, Springer 2021, 185 (195). Више о типологији правних мишљења домаћих судова и о паралели са спорним правним питањем вид. *Ibid*, 195 и даље. Иако је она извршена према новелираном Закону о уређењу судова, *Службени гласник РС*, 116/08, 104/09, 101/10, 31/11, 78/11 (др. закон), 101/11, 101/13, 40/15 (др. закон), 106/15, 13/16, 108/16, 113/17, 65/18 (Одлука УС), 87/18, 88/18 (Одлука УС) – ЗУрС 08, може да опстане и након ступања на снагу Закона о уређењу судова, *Службени гласник РС*, 10/23 – ЗУрС, јер у том делу скоро и да није било промена.

спорног правног питања.³¹ Имајући у виду да је задатак највишег суда да се стара о уједначењу судске праксе (чл. 32, ст. 3 ЗУрС),³² могло би се рећи да је смислено да захтев за решавање спорног правног питања буде недозвољен уколико је на постављено питање највиша инстанца већ понудила своје тумачење без обзира на форму у којој је испољено.³³

Међутим, могуће је као противаргумент истаћи да је састав суда приликом одлучивања у наведеним случајевима различит. Наиме, у погледу тачке 1 и 2, по правилу, врховна инстанца одлучује у трочланом већу (чл. 37, ст. 2 ЗПП), док би изузетак била посебна ревизија о којој одлучује петочлано веће (чл. 404, ст. 2 ЗПП)³⁴. С друге стране, о спорном правном питању одлучује грађанско одељење највише инстанце, које чине судије који раде у већима образованим за грађанску и управну материју (чл. 183, ст. 1 у вези са чл. 45 ЗУрС и чл. 27, ст. 2 и чл. 35, ст. 2, алинеја 2 Пословника о уређењу и раду ВКС)³⁵. Питање које се поставља јесте да ли грађанско одељење највише инстанце треба да буде везано одлуком тек трочланог или петочланог већа. Према *Кнежевићу*, одговор је негативан. Додуше, он то не каже изричито, али тај закључак је неминован имајући у виду његову идеју о обезбеђивању уједначене судске праксе највише инстанце кроз уступање предмета великим већима. Наиме, редовно веће уколико жели да одступи од праксе другог редовног или великог већа, треба да уступи предмет великом већу, које се образује спрам различитих правних области (грађанско, казнено, управно). Уколико редовно или велико веће има намеру да одступи од праксе другог редовног или великог већа друге области, или праксе заједничког већа, предмет се уступа управо заједничком већу највише инстанце.³⁶

Иако се *Кнежевић* изјашњава *de lege ferenda*, могла би се направити паралела са постојећим системом, бар кад је реч о поступку за решавање спорног правног питања, јер може се рећи да великом грађанском већу од-

³¹ О томе како врховна инстанца схвата активности на уједначавању судске праксе вид. Марко С. Кнежевић, *Уједначење судске праксе у Републици Србији – стање ствари и предлози за реформу*, Пројекат „Унапређење ефикасности правосуђа“ 12SER01/01/121, British Council, 2017, 8 и даље. Треба имати у виду да је према ЗПП 04 била уложива жалба највишем суду против решења апелационог суда. Наиме, и у тим жалбеним одлукама су заузети одређени ставови од стране највише судске инстанце који су и даље доступни у Базу судске праксе на сајту Врховног суда.

³² То је став и УС, вид. УС, 16. јул 2020 – Уж 3636/2017; УС, 17. новембар 2016 – Уж 3252/2014; УС, 19. новембар 2015 – Уж 5629/2013.

³³ Слично и Г. Станковић, В. Боранијашевић, 410.

³⁴ Имајући у виду чл. 33 ЗУрС то би било правило. Наиме, том одредбом је предвиђено да највиши суд о правном средству одлучује у петочланом већу, осим ако законом није другачије предвиђено.

³⁵ О надлежном телу у поступку за решавање спорног правног питања према ЗПП 04, вид. В. Боранијашевић, 668, 669.

³⁶ М. С. Кнежевић (2017), 58–61, 68.

говара грађанско одељење највише инстанце. У резултату, грађанско одељење не би требало да буде везано одлуком, односно правним схватањем тек трочланог или петочланог већа. Другим речима, спорно правно питање би требало да је дозвољено и онда када се трочлано или петочлано веће највишег суда већ изјашњавало о постављеном питању приликом решавања сукоба надлежности или приликом одлучивања о правним лековима.

б) Опција Б

Ситуација је нешто другачија код одбијања или одбацивања „иницијативе“ да највиши суд заузме правни став. Као што је већ речено, постоје два „званична“ института у грађанским судским поступцима који би требало да допринесу уједначавању судске праксе. То су спорно правно питање и посебна ревизија. Највиша инстанца треба да одбије да тумачи правно питање које није од значаја за одлучивање у већем броју предмета пред првостепеним судом, без обзира на то што је из угла првостепеног суда оно спорно (чл. 183, ст. 2 ЗПП).³⁷ Такође, треба да одбаци (не допусти) посебну ревизију уколико оцени да у погледу постављеног питања није потребно уједначити судску праксу, нити размотрити ново тумачење права, нити је то од општег интереса или интереса равноправности грађана (чл. 404 ЗПП). Но, како се околности с временом могу променити, па чак довести и до тога да неки случајеви постану масовни пред судовима, ради заштите права на правично суђење (чл. 32 Устава Републике Србије³⁸ и чл. 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода³⁹), највиши суд би требало да дозволи захтев за решавање спорног правног питања и да да свој аргументован одговор на постављено правно питање.⁴⁰ У оним случајевима у којима је дошло до првостепеног пресуђења би могао да допусти посебну ревизију. Међутим, врховна инстанца је другачијег схватања. У досадашњој пракси, ВКС је или а) одбио захтев за решавање спорног правног питања, јер постављено питање није од значаја у већем броју предмета, уз констатацију да у другим случајевима у којима се поставља исто питање није допустио посебне

³⁷ И поред изричите законске одредбе о одбијању захтева који се односи на питање које није од значаја за одлучивање у већем броју предмета, врховна инстанца је, у досадашњој пракси, одбацивала такве захтеве, вид. Спп1 4/2022 од 01.11.2022.; Спп 6/2022 од 04.10.2022.; Спп 2/2022 од 11.05.2022.; Спп 1/2022 од 28.02.2022.; Спп 14/2020 од 08.06.2021. С друге стране, захтеве у предметима Спп1 1/2022 од 11.05.2022. и Спп 12/2019 од 03.03.2020. је одбила у складу са чл. 183, ст. 2 ЗПП. Но, питање је да ли уопште постоји нека разлика између одбијања и одбацивања захтева за решавање спорног правног питања.

³⁸ *Службени гласник РС*, 98/06, 115/21

³⁹ *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, 9/03, 5/05, 7/05 – испр; *Службени гласник РС – Међународни уговори*, 12/10, 10/15

⁴⁰ Слично и *Бодироја*, вид. Н. *Бодироја*, 264, 265.

ревизије,⁴¹ или б) из формалних разлога одбацио захтев, и констатовао да посебна ревизија није била допуштена, а уколико је сматрао да ипак треба да се уједначи судска пракса, заузимао је правни став ван суђења.⁴²

*2.2.2. Питање о којем највиши суд није одлучивао,
али јесу нижестепени*

Могуће је да је у вези са постављеним питањем у неком раније покренутом парничном поступку већ одлучено по жалби, односно да је то питање решено од стране другостепеног суда. У досадашњој пракси, ВКС је у таквим случајевима различито поступао.

а) Одлучивање нижестепених судова није препрека за одлучивање највишег суда

У правним схватањима објављеним у Билтену ВКС, највиша инстанца је заузела став о спорном правном питању и након што „су донете различите одлуке од стране првостепеног и другостепеног суда [због чега] постоји потреба за уједначавањем судске праксе и заузимањем правног става о спорном правном питању“⁴³, односно кад су „већ [...] донете одлуке пред првостепеним привредним судовима и судовима опште надлежности у којима се изражавају супротни ставови поводом [конкретног] спорног питања“⁴⁴. Штавише, врховна инстанца је заузимала ставове и онда када се првостепени суд није слагао са већ постојећом праксом.⁴⁵

б) Одлучивање нижестепених судова јесте препрека за одлучивање највишег суда

Према одлукама доступним у Бази судске праксе, ВКС је одбацивао захтеве за решавање спорног правног питања са образложењем да је реч о питању о којем су одлучивали првостепени, односно жалбени судови, што се види као покушај првостепеног суда да издејствује од највише судске инстанце усаглашавање или уједначавање судске праксе.⁴⁶ Из тог следи закључак

⁴¹ Спп 4/2022 од 04.10.2022.

⁴² Спп 2/2021 од 16.09.2021.

⁴³ ГО ВКС, 21. мај 2019, Билтен ВКС, 4/2019, 58 (59); вид. ГО ВКС, 13. октобар 2020, Билтен ВКС, 1/2021, 25 (26). На седници 30. маја 2017, ГО ВКС је заузело став о постављеном спорном правном питању о којем су првостепени судови на територији целе државе одлучили различито, ГО ВКС, 30. мај 2017, Билтен ВКС, 1/2017, 324.

⁴⁴ ГО ВКС, 7. јун 2019, Билтен ВКС, 4/2019, 66 (67, 68).

⁴⁵ ГО ВКС, 13. мај 2014, Билтен 1/2015, 309 (310).

⁴⁶ У неким случајевима су првостепени судови захтевали да ВКС „реша неслагања“ у тумачењу неког правног питања између првостепеног и другостепеног суда, Спп 1/2019

да највиша судска инстанца резонује да циљ поступка за решавање спорног правног питања није уједначење судске праксе.⁴⁷ Штавише, за ВКС се „о не-уједначеној судској пракси [...] може говорити само код правноснажних судских одлука [...]“. Институт спорног правног питања не би требало да измени законом прописану стварну надлежност судова.⁴⁸

в) Тумачење синтагме „првостепени суд“

ВКС је правни основ за одбацивање захтева за решавање спорног правног питања пронашао у одредби чл. 180, ст. 1 ЗПП коју тумачи тако да је захтев дозвољен „пре него што се пред првостепеним судом донесе одлука о предмету спора“,⁴⁹ без било каквог аргументовања таквог тумачења. Чини се да под синтагмом „у поступку пред првостепеним судом“ ВКС не подразумева конкретни парнични поступак, односно појам „првостепени суд“ не разуме као „судеће тело“, него као одређени државни орган пред којим је читав низ првостепених поступака од којих су неки и прешли у поступак по жалби. Питање је да ли је такво тумачење исправно у светлу ЗПП.

Пре свега, појам „суд“ је двозначан. С једне стране, то је „орган државне власти у свом организационом јединству“, а с друге стране, судеће тело (судско веће или судија појединац) на које се и односи уставом загарантована независност.⁵⁰ Полазећи од тог разликовања, питање је да ли се под првосте-

од 25.06.2019.; Спп 7/2019 од 01.10.2019.; Спп 3/2020 од 13.10.2020.; Спп 13/2020 од 17.02.2021.; Спп 6/2022 од 04.10.2022.; Спп1 1/2021 од 28.02.2022. – ПАС је у једном предмету одступио од сопствене праксе, на шта је првостепени суд указао. На различиту праксу жалбених судова је указано у следећим случајевима: Спп 11/2022 од 14.02.2023.; Спп 7/2022 од 01.11.2022.; Спп 2/2022 од 11.05.2022.; Спп 3/2021 од 07.12.2021.; Спп 1/2021 од 12.10.2021.; Спп 9/2020 од 22.12.2020.; Спп1 4/2020 од 13.10.2020.

⁴⁷ Питање је и да ли је тиме напустио сопствену праксу у погледу схватања сврхе поступка за решавање спорног правног питања.

⁴⁸ Спп 6/2019 од 12.12.2019. Иначе, постављено правно питање је потекло из поступака за решавање спорова мале вредности, у вези са чим је ВКС рекао: „Док не стигну прве одлуке виших судова по жалби, нема основа за бојазан да ће судска пракса бити неуједначена и тиме доведено у питање право странака на правично суђење“. Такође, ВКС је указао да уколико постоје „евентуалне дилеме и различита схватања судија“ надлежног вишег суда могу да покрену поступак за усаглашавање ставова са другим вишим судовима пред надлежним апелационим судом. Поред тога, ВКС је констатовао да је реч о питању које се поставља и пред судовима који нису на територији тог апелационог суда.

⁴⁹ Спп 11/2022 од 14.02.2023.; Спп 7/2022 од 01.11.2022.; Спп 6/2019 од 12.12.2019. У другим случајевима (вид. фн. 46) само указује на неиспуњеност услова из чл. 180 ЗПП. Додуше, у неким од тих случајева указује и на сопствену праксу, тако да би захтев свакако требало одбацивати, Спп 11/2022 од 14.02.2023.; Спп 9/2020 од 22.12.2020.

⁵⁰ М. С. Кнежевић (2017), 14. Слично разликовање прави и *Узелац* и то баш у оквиру тела које иницира огледни поступак, што је хрватска верзија поступка за решавање спорног правног питања, А. Uzelac, 27, 28.

пеним судом из одредбе чл. 180, ст. 1 ЗПП треба разумети „судеће тело“, као што се схвата и у неким другим случајевима у ЗПП.

Примера ради, „првостепени суд“ може да пружи објашњење поводом навода из жалбе да су „у првостепеном поступку“ повређене одредбе парничног поступка (чл. 381, ст. 2 ЗПП). Неспорно је да се под тим мисли да судеће тело може да се изјасни о жалбеним наводима да су у поступку пред њим повређене одредбе којим је тај стадијум парничног поступка регулисан. Наиме, парнични поступак чине два стадијума, а то су стадијум првостепеног поступка и стадијум по правним лековима (редовним и ванредним).⁵¹ Но, то је све један парнични поступак. У том поступку се судеће тело кроз стадијуме мења како би се остварила уставна гаранција да о праву странке одлучи непристрасан суд⁵², јер је предмет сваког стадијума поступка другачији.⁵³ Имајући то у виду, због чега би другачије требало приступити одредби чл. 180, ст. 1 истог закона?

г) Намера законодавца и став УС

На крају, треба имати у виду и редакцију одредбе чл. 182, ст. 2 ЗПП, то јест да је недозвољен онај захтев о којем је одлучивао највиши суд, а не неки првостепени или жалбени суд. Питање је да ли непредвиђање да највиша судска инстанца може да ускрати давање правног схватања и онда када је правно питање протумачено од стране нижих судова планска или непланска правна празнина. Имајући у виду сврху института о којој је већ говорено пре ће бити да законодавац није ни желео да се највиша инстанца уздржи од давања правног мишљења, јер је у неким случајевима дошло до првостепеног или чак правноснажног пресуђења.⁵⁴

Могло би се рећи да претходно наведено подржава и Образложење Предлога ЗПП, према којем су у важећој редакцији ЗПП извршена тек „прецизирања“ у односу на ЗПП 04, и то како би се утицало на првостепене судове који су кроз поступак за решавање спорног правног питања покушавали да

⁵¹ Р. Кеча, М. С. Кнежевић, 69.

⁵² Чл. 32 Устава. Неспорно је да се мисли на судеће тело у конкретном случају, а не на суд „у организационом смислу“.

⁵³ Р. Кеча, М. С. Кнежевић, 69.

⁵⁴ Највиша инстанца је у истим тим околностима заузимала правни став на седници одељења, ван суђења, у складу са ЗУрС, као да не види да је последица тако заузетог става иста као и код заузимања става у поступку за решавање спорног правног питања. Разлика је једино у томе што се једно дешава у границама конкретног грађанског судског поступка, а друго изван тих оквира. *Салма* даје предност ставовима заузетим ван суђења, док поступак за решавање спорног правног питања види као нешто што „није у потпуности у складу са начелом независности судства“, Марија Салма, „Поступак за решавање спорног правног питања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2012, 289 (292, 294, 297).

„унапред прибаве став највишег суда“.⁵⁵ То даље значи да је законодавац остао код разлога наведених у Образложењу Предлога ЗПП 04 у којем, осим што се позвао на Препоруку Р (95) 5, није ништа изричито рекао. Међутим, управо позивање на ту препоруку која се односи на улогу треће инстанце и два предложена пута до њеног директног разматрања конкретног предмета, иде у прилог давања правног мишљења и о оним питањима о којима су нижестепени судови већ износили своја мишљења.

Чини се да је и став УС да највиша судска инстанца треба да уједначи судску праксу у случајевима различитог пресуђења у истим чињеничним и правним питањима управо кроз поступак за решавање спорног правног питања. Наиме, „у интересу остваривања Уставом зајемченог права на правично суђење неопходно [је] *да надлежни редовни судови, у ситуацијама када налазе да дошатацна судска пракса није у складу са меродавним материјалним правом* (курзив додат), пре доношења одлуке, предузму све мере и радње предвиђене одговарајућим процесним законима, како би Врховни касациони суд, као највиши суд у Републици, заузео став о спорном правном питању и тиме допринео уједначавању судске праксе“.⁵⁶

3. ОБЕЛЕЖЈА СПОРНОГ ПРАВНОГ ПИТАЊА

3.1. Од „прејудицијелног значаја“ до „значаја за одлучивање“

Према важећој редакцији, спорно правно питање треба да буде од „значаја за одлучивање о предмету поступка“ (чл. 180, ст. 1 ЗПП). Разлика у односу на претходни закон се огледа у брисању речи „прејудицијелног“ испред речи „значаја за одлучивање о предмету поступка“ (чл. 176, ст. 1 ЗПП 04). Како у Образложењу Предлога ЗПП није посебно наведено због чега је дошло до тог „прецизирања“, питање је да ли је оправдано претпоставити да је то била законодавчева намера од самог почетка. Према Образложењу Предлога ЗПП 04, спорно правно питање је оно питање „које је од значаја за одлучивање о предмету спора“.⁵⁷ Уколико би се претпоставило да је тада само неспретно формулисана одредба и да се кроз термин „прејудицијелно“ хтело рећи да се оно не сме односити на, речима ВКС, „тумачење и непосредну

⁵⁵ Образложење Предлога ЗПП, 111. У вези са тим, одбацивање непотпуног и недозвољеног захтева (чл. 182 ЗПП) није било предвиђено ЗПП 04, али одредба чл. 180, ст. 1 ЗПП, на којој ВКС заснива своју аргументацију, није у том делу мењана. Штавише, у даљем тексту рада ће се показати да је дошло до проширења круга питања која би могла бити спорна.

⁵⁶ УС, 28. мај 2010 – Уж 322/2008, пасус 5, ст. 18; сл. и у УС, 17. јун 2010 – Уж 1195/2008, пасус 5, ст. 16.

⁵⁷ Образложење Предлога ЗПП 04, 104.

примену правног правила у конкретном случају“, онда би се на постављено питање могло одговорити потврдно.

С друге стране, могло би се рећи и да је омашком пропуштено да се у Образложењу Предлога ЗПП 04 наведе „прејудицијелног“, али како је реч о суштинском обележју предмета целог тог поступка, онда би требало да буде да је та опција најмање вероватна. На крају, чак и да је тако, чињеница је да је, према позитивном праву, спорно правно питање оно питање које је од значаја за одлучивање о предмету поступка (чл. 180, ст. 1 ЗПП). Питање на које ће се у ради одговорити јесте како цитирану одредбу треба тумачити. Другим речима, од каквог значаја у односу на одлучивање спорно правно питање треба да буде да би заслужило да о њему највиша инстанца одлучује и пре доношења првостепене одлуке?

3.1.1. Схватања доктрине

Полазећи од актуелне процесне литературе, тешко је рећи да постоји владајуће схватање о обележју спорног правног питања. Према једним, и даље је реч о питању које је од прејудицијелног значаја, други су супротног схватања, док су трећи контрадикторни.

Према *Кечи*, реч је о питању које је од прејудицијелног значаја, односно кроз предметни поступак највиши суд треба да одлучи о постојању условљавајућег правног односа.⁵⁸ Сличног схватања је и *Ракић-Вогинелић*, иако признаје да оно не мора бити од прејудицијелног, односно од условљавајућег значаја, као што претходно питање мора да буде. Према њој, пракса показује да се најчешће ради о питању које је од прејудицијелног значаја, „јер питање условљава одлуку о тужбеном захтеву“.⁵⁹ Поред тога, њих двоје се размимилазе код схватања претходног питања. Према *Кечи*, то је оно питање које није у надлежности парничног суда⁶⁰, те због тога он спорно правно питање ни не упоређује са претходним, али га везује за условљавајући правни однос у односу на предмет поступка. С друге стране, *Ракић-Вогинелић* мисли да је небитно у чијој је надлежности постављено питање, уколико је

⁵⁸ *Кеча* у Р. Кеча, М. С. Кнежевић, 108, 107.

⁵⁹ Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 345. Она је тиме одступила од става да оно мора бити од прејудицијелног, односно условљавајућег значаја, Весна Ракић-Водинелић, *Правно-судно организационо право*, Београд 2012, 127, тако да *Јакшићева* критика њеног схватања више не стоји, упор. А. Јакшић (2021), 118, фн. 161.

⁶⁰ *Кеча* у Р. Кеча, М. С. Кнежевић, 107, 108. Одређивање претходног питања као правног питања које је од условљавајућег значаја за одлуку о главном питању и које је подобно да буде предмет неког самосталног захтева, али које није у надлежности органа који поступа у конкретном случају, вид. за претходно питање у управном поступку Драган Милков, *Управно право II – управна делатност*, Нови Сад 2017, 184, односно у кривичном поступку Снежана Бркић, *Кривично процесно право I*, Нови Сад 2014, 96.

од условљавајућег значаја, онда има карактеристике претходног питања.⁶¹ У резултату, за обоје је спорно правно питање од условљавајућег значаја за одлуку о тужбеном захтеву, с тим што *Ракић-Водинелић* дозвољава могућност да то буде и оно питање које није од условљавајућег значаја. Штавише, према њој, то може бити и питање које уопште није у надлежности суда,⁶² што *Јакшић* оцењује као погрешно.⁶³

Појовић изричито наводи да спорно правно питање мора бити од прејудицијалног значаја за одлучивање у већем броју предмета, без обзира на то што у чл. 180, ст. 1 ЗПП више није предвиђено да је од таквог значаја. Наиме, према њој, уколико би се тражило тумачење било којег другог спорног правног питања, долазило би до изигравања тог института.⁶⁴

Друга група схватања прави јасну разлику између спорног правног питања и претходног питања. Тако *Јакшић* никад није ни разумевао спорно правно питање као претходно или прејудицијелно питање у смислу чл. 12 ЗПП, па чак и кад је законом било предвиђено да је од прејудицијелног значаја. Он је полазио од тога да се претходно питање поставља поводом конкретног тужбеног захтева и да има прејудицијелни значај за решење главне ствари; оно „логички претходи решењу меритума“,⁶⁵ док спорно правно питање има такав значај у неограниченом броју питања.⁶⁶ Уколико се има у виду да претходно питање не може бити неко опште правно питање, нити питање тумачења правних норми и стандарда,⁶⁷ онда би се управо у томе, према *Јакшићу*, огледала суштинска разлика између претходног и спорног правног питања.⁶⁸

⁶¹ Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 345.

⁶² Истиче да се може очекивати да ВКС покаже уздржаност од одлучивања о питањима која нису у судској надлежности, В. Ракић-Водинелић, 127. Управо је то и био случај у Спп 4/2021 од 01.11.2022, у којем је било постављено више питања, а једно од њих се односило на утврђивање „законитости општих аката локалне самоуправе у ситуацији када се Уставни суд о том питању неће изјашњавати, јер је општи акт стављен ван снаге пре покретања поступка пред Уставним судом“. ВКС „није прихватио предлог за покретање поступка [...] јер питања не спадају у круг спорних правних питања о којима би требало заузимати правни став“. Но, питање је да ли је разлог неприхватања природа постављених питања, или формулација питања, која подсећа на систем питања и одговора, вид. *М. Кнежевић* (2021), 185 (196).

⁶³ А. Јакшић (2021), 118, фн. 161. Могућност да највиша судска инстанца тумачи и питања из надлежности органа управе је разматрао још *Перић*, у контексту критике § 16, тач. 2 Закона о устројству Касационог суда, више вид. Живојин М. Перић, „Границе судске власти“, *Бранич*, V, 1898, 905 и даље.

⁶⁴ В. Поповић, 13 (18).

⁶⁵ А. Јакшић (2010), 443, А. Јакшић (2021), 539.

⁶⁶ А. Јакшић (2010), 98, фн. 45, А. Јакшић (2021), 118.

⁶⁷ А. Јакшић (2010), 443, А. Јакшић (2021), 539.

⁶⁸ Чини се да је и *Боранијашевић* сличног става, који се, такође, изјашњавао за режим према ЗПП 04, В. Боранијашевић, 665, 666. Сл. и Душица Палачковић, „О неким суштински новим решењима Закона о парничном поступку Републике Србије“ *Правни живоић, часопис*

Према *Станковић*, спорно правно питање је „од значаја за поступање или за одлучивање у већем броју предмета“,⁶⁹ из чега следи да је то оно питање које није претходно, због чега би се могло рећи да је она на истом схватању као и *Јакшић*.

Бодирога је негде између наведених схватања, због чега, чини се, постаје контрадикторан. Слично *Јакшићу*, он разликује спорно правно питање од претходног питања, због тога што се прво јавља у већем броју поступака, најчешће у тзв. масовним споровима, док се друго увек јавља у конкретном парничном поступку.⁷⁰ Међутим, оставља могућност да се као спорно правно питање постави и оно које би могло бити претходно. Правећи дистинкцију између та два питања, он каже да претходно „мора бити такво правно питање које може да буде постављено [као] главно питање у посебном поступку [...], док за спорно правно питање *ијај услов не мора бити испуњен* (курзив додат),“⁷¹ што не значи да и не сме.

3.1.2. Сојсџивено схваџање – ѣриклањање друјој їруџи

Да би се дошло до одговара на питање о обележју спорног правног питања, треба расправити од каквог је значаја за одлучивање о предмету поступка. У домаћој правној науци су, као што је већ приказано, заступљени супротстављени ставови. Због тога је потребно прво расправити шта је претходно питање и какав је то прејудицијелни правни однос.

Претходно питање је регулисано као питање од којег зависи одлука, а које се односи на постојање неког права или правног односа, о ком још увек надлежни суд или други орган није одлучио (чл. 12 ЗПП).⁷² Из тако постављеног правила, *Кеча* закључује да је претходно питање само оно које није у надлежности парничног суда, те разликује појам претходног питања од условљавајућег односа који би могао бити предмет парничног поступка, али у конкретном случају није, јер то странке не желе.⁷³ Ипак, чини се да вла-

за ѣравну џеорију и ѣраксу, 13/2007, 603 (607). *Петрушић* је изрџита да спорно правно питање нема карактер претходног питања, Н. Петрушић, 332.

⁶⁹ Г. Станковић, В. Боранијашевић, 409.

⁷⁰ Н. Бодирога, 265.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Према *Познићу*, то је оно питање које се односи на постојање „једног правног односа који није предмет спора и о коме није правноснажно одлучено од стране суда или другог органа“, Боривоје Познић, *Грађанско ѣроцесно ѣраво*, Београд 1995, 182.

⁷³ Ранко Кеча, „О решавању претходног питања у парничном поступку“, *Хармонизација срџској и мађарској ѣрава са ѣравом Евројске уније*, Нови Сад 2014, 137 (139, 142 и даље); *Кеча* у Р. Кеча, М. С. Кнежевић, 105 и даље. *Салма*, на коју *Кеча* упућује, сматра да „претходно и прејудицијелно питање имају заједнички именовитељ у условљавајућем карактеру односа који се пред судом појављује везано за решење спора у току“. И као што сама истиче, разлика између њих није „оштра“. Но, мишљења је да ипак постоји. Претходно

дајуће схватање не прави такво разликовање. У резултату, кад се у току поступка постави „нерешено“ питање о неком праву или правном односу које условљава одлуку, оно се назива претходним, без обзира на надлежност.⁷⁴

Иако се у домаћој теорији може наићи на схватања о разликовању појмова претходно и прејудицијелно, владајуће схватање је да су то синоними.⁷⁵ С обзиром на то, ако се каже да је спорно правно питање од прејудицијелног значаја (чл. 174, ст. 1 ЗПП 04), не изненађује закључак да се оно тиче условљавајућег права или правног односа. Међутим, било да је одредба промењена, или само „прецизирана“, спорно правно питање је „само“ од значаја за одлучивање (чл. 180, ст. 1 ЗПП). *Ракић-Водинелић* због тога проширује сопствено одређење спорног правног питања и на она питања која не би могла бити самосталан предмет одлучивања у неком другом поступку. Међутим, да ли спорно правно питање може бити истовремено и претходно питање?

Прво, неспорно је да од решавања претходног питања зависи основаност тужбеног захтева.⁷⁶ Друго, *Јакшићевим* речима, оно се поставља *in concreto* у односу на главно питање,⁷⁷ односно захтева да се на то конкретно питање примени општа норма (да ли постоји одређени правни однос између одређених субјеката). Због тога се о претходном питању и може решавати самостално у неком другом поступку, што је, такође, неспорно.⁷⁸ Имајући у виду одлике претходног питања намеће се закључак да спорно правно питање не може бити условљавајуће или прејудицијелно за одлуку о предмету поступка. Примера ради, у поступку за расправљање заоставштине постави се као претходно питање да ли је завештање према којем је оставилац А оставио

питање означава (не)извесност постојања условљавајућег односа, док је прејудицијелно оно условљавајуће питање о којем би било, ако не обавезно, онда „макар целисходно“ разматрање у одговарајућем поступку, Марија Салма, *Претходно питање у грађанском судском поступку*, Нови Сад 1995, 29. Салмино схватање прихвата и *Појовић*, према којој на такав закључак упућују управо одредба чл. 176, ст. 1 ЗПП 04 која се примењује на основу чл. 506, ст. 1 ЗПП, В. Поповић, 13 (22).

⁷⁴ Боривоје Познић, *Коментар Закона о јарничном поступку, према тексту Закона из 1976. године са доцнијим изменама и дојунама*, Београд 2009, 41; Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 341; Г. Станковић, В. Боранијашевић, 408; А. Јакшић (2010), 443, 444; Н. Петрушић, Д. Симоновић, 39; Н. Бодирога, 261, 262.

⁷⁵ Б. Познић (2009), 40; Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 341; Г. Станковић, В. Боранијашевић, 408; А. Јакшић (2010), 443; Н. Петрушић, Д. Симоновић, 38.

⁷⁶ Б. Познић (2009), 40 и даље; Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 341; Н. Петрушић, Д. Симоновић, 39; Н. Бодирога, 261, 262; Н. Петрушић, 330. Постоје и ставови да се претходно питање може поставити и у погледу „процесних питања“, Г. Станковић, В. Боранијашевић, 408; А. Јакшић (2010), 443. Међутим, како то није од утицаја на тврдњу да спорно правно питање не може бити претходно, неће бити предмет даљег разматрања.

⁷⁷ А. Јакшић (2010), 443; А. Јакшић (2021), 539. Слично и Бодирога, вид. Н. Бодирога, 262.

⁷⁸ Б. Познић (2009), 40; Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 341; Г. Станковић, В. Боранијашевић, 408; А. Јакшић (2010), 444; Н. Петрушић, Д. Симоновић, 39; Н. Бодирога, 261, 262; Н. Петрушић, 330.

завештајном наследнику Б највећи део своје имовине пуноважно. Законски наследници В и Г су покренули парнични поступак за поништај завештања, те тврде да је својеручно завештање рушљиво због повреде облика. Наиме, завештање је сачињено на неком уређају осетљивом на додир тако што је оставилац А специјализованом оловком (или чак прстом) исписао „последњу вољу“ и потписао се. Спорно правно питање би могло бити да ли је такво завештање својом руком написано и потписано,⁷⁹ али то није претходно питање, него тумачење одредбе чл. 84, ст. 1 Закона о наслеђивању.⁸⁰

3.2. Правна природа постављеног спорног правног питања

3.2.1. Дивергентна пракса највише инстанце

У погледу правне природе постављених спорних правних питања – материјалноправна или и процесноправна природа – највиша судска инстанца је различито поступала.

Тако је у једном случају одбила захтев за решавање спорног правног питања које се односило на стварну надлежност суда у спору за накнаду материјалне штете коју запослени учини на раду. Наиме, реч је о питању које „није од значаја за мериторну одлуку о тужбеном захтеву у већем броју предмета, већ за стварну надлежност судова“.⁸¹

У другом предмету се поставило питање поља примене одредбе чл. 291, ст. 2 ЗПП, које је одбачено јер „је у домену тумачења и непосредне примене процесног права у једном конкретном предмету првостепеног суда“.⁸²

У трећем случају у којем је било постављено неколико процесних питања, суд је у једном делу одбио, а у другом делу одбацио захтев. Део захтева који је одбио се односио на уредност парничног пуномоћја и ограничења овлашћења пуномоћника, а део који је одбацио се односио на прекид парничног поступка, јер је у току кривични поступак који се води против лица које је потписало парнично пуномоћје. Иако је реч о питањима процесноправне

⁷⁹ За пример се захваљујем колегиници Милицы Ковачевић, а више о електронском завештању у контексту домаћег права вид. у Јелена Видић, Милица Ковачевић, „О појединим питањима завештајног наслеђивања у српском праву – *de lege ferenda* (II део)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2024, 119–142.

⁸⁰ *Службени гласник РС*, 46/95, 101/03 – УС, 6/15.

⁸¹ Спп 10/2022 од 09.05.2023. Ипак, донет је закључак да је „основни суд стварно надлежан за суђење у спору за накнаду штете коју запослени проузрокује послодавцу на раду, без обзира на вредност предмета спора“, али без икаквог образложења заузетог става, него је најављено да ће „закључак (са образложењем)“ бити објављен после верификације на сајту и у Билтену. Закључак са образложењем је објављен на сајту ВрхС, ГО ВКС, 9. мај 2023. – Закључак о стварној надлежности суда за суђење у споровима за накнаду штете коју запослени проузрокује послодавцу на раду.

⁸² Спп 2/2022 од 11.05.2022.

природе, суд се ни у једном тренутку није осврнуо на то, него је одбио захтев, јер је „другостепени суд већ одлучивао у овој правној ствари, и то у већем броју предмета, а Врховни касациони суд није прихватио одлучивање о посебним ревизијама тужилаца“, односно одбацио је захтев као неуредан, зато што нису достављени предмети у којима је одређен прекид.⁸³

И у другим случајевима у којима је спорно правно питање процесне природе ВКС се није освртао на то, већ је захтеве одбацивао из различитих разлога,⁸⁴ док је у неким случајевима и усвајао правна схватања о таквим питањима.⁸⁵ На крају, у неким случајевима је одбијао захтеве, јер је већ заузео став о постављеном питању.⁸⁶

3.2.2. Схватања правне науке

Према владајућем схватању, спорно правно питање може бити и процесне природе, али без било какве аргументације заузетог става. Тако *Јакшић* и *Станковић* одређују појам спорног правног питања, између осталог, као питање које се тиче тумачења садржине и поља примене процесноправне норме.⁸⁷ С друге стране, *Ракић-Водинелић* наводи да оно не мора бити претходно, него „може бити и процесноправног карактера, и тицати се, нпр. судске надлежности уопште“.⁸⁸ *Бодироја* наводи исти пример како би илустровао

⁸³ Спп 4/2022 од 04.10.2022.

⁸⁴ У Спп 14/2020 од 08.06.2021. захтев који се тичао одређивања стварне надлежности према вредносном критеријуму је одбачен, јер не садржи формално постављено питање, а уз то није ни од значаја за одлучивање у већем броју предмета. Слично и у Спп 6/2020 од 13.10.2020. у којем се питање односило на управљање поступком; Спп 8/2019 од 12.11.2019. – забрана двоструког укидања решења донета у парничном поступку; Спп 10/20 од 17.02.2021. – правни интерес за подношење мандатне тужбе; Спп 2/2020 од 03.07.2020. и Спп 8/2020 од 17.02.2021. – злоупотреба процесних овлашћења цепањем потраживања и подношењем више тужби; Спп 1 3/2020 од 13.10.2020. – необјављивање судске одлуке; Спп 10/2019 од 24.12.2019. – месна (не)надлежност за дозволу извршења.

⁸⁵ У Спп 3/2019 од 27.06.2019. је усвојен став о непостојању правног интереса за мандатну тужбу, али без образложења одлуке, док је у Спп 53/2014 од 05.06.2014. усвојио став о функционалној надлежности суда и извршитеља. Треба имати у виду да нису сва правна схватања у поступку за решавање спорног правног питања доступна и у Базу судске праксе. Примера ради, правно схватање ГО ВКС од 17. фебруара 2021. о ненадлежности основног суда за утврђивање ништавости одлука органа управе јесте на сајту врховне инстанце, али без било каквог Спп броја, иако из образложења произлази да је поступак покренуо Основни суд у Крагујевцу, вид. Правно схватање – Судска заштита по захтеву за накнаду штете због незаконито наплаћене накнаде комуналних услуга.

⁸⁶ Спп 4/2022 од 04.10.2022.; Спп 2/2019 од 01.10.2019.; Спп 9/2019 од 01.10.2019.

⁸⁷ Додуше, *Јакшић* наводи у фн. 44 да је аргументација тог става из чл. 176, ст. 1 ЗПП, А. Јакшић (2010), 98; Г. Станковић, В. Боранијашевић, 409. *Петрушић*, такође, прихвата њихово схватање, Н. Петрушић, 331.

⁸⁸ Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 345.

да спорно правно питање не мора испуњавати услов могућности самосталног одлучивања у другом поступку.⁸⁹

3.2.3. Сојсйвено схвайшање

С обзиром на то да спорно правно питање мора бити значајно за одлучивање о предмету поступка (чл. 181, ст. 1 ЗПП), неопходно је одредити шта се подразумева под том синтагмом. Такође, имајући у виду Образложење Предлога ЗПП 04, потребно је испитати да ли су редактори закона „предмет спора“ употребили као синоним за „предмет поступка“ или је то нешто сасвим друго.

У теорији се говори о непосредном и посредном предмету (парничног) поступка, при чему се под првим подразумевају захтеви за пружање правне заштите одређеног садржаја, а под другим субјективно право или правни однос поводом ког се захтева правна заштита.⁹⁰

Излажући о предмету парничног поступка, *Кеча* указује на то да се као синонимима за тај поступак користе и термини „парница“, „спор“, „спорни поступак“ и „спорна ствар“.⁹¹ Имајући то у виду, напред постављено питање би требало преформулисати – да ли је реч „спор“ у Образложењу Предлога ЗПП 04 искоришћена као синоним за парнични поступак? Требало би узети да је одговор на то питање потврдан.⁹² У супротном, круг питања која би могла понети епитет „нерешено“ не би обухватао питања процесноправне

⁸⁹ Н. Бодирога, 265.

⁹⁰ Р. Кеча, М. С. Кнежевић, 66. О појму парничног поступка као методу заштите грађанских и других сродних субјективних права вид. Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 25 и даље; сл. Г. Станковић, В. Боранијашевић, 29; А. Јакшић, 50 и даље.

⁹¹ Р. Кеча, М. С. Кнежевић, 66. О двозначности термина „спор“, као и о томе да реч спор „означава језгра два појма“, вид. М. С. Кнежевић, *Harmonius*, 2019, 211 (226 и даље). Према *Познићу*, „спор и парница нису [...] истоветни појмови“; он, такође, истиче да се спор тиче материјалноправног односа, док је парница судски поступак у коме се тај однос разрешава. Ипак, као и *Кеча* и *Кнежевић*, и *Познић* указује на двозначност тог термина, те наводи да се реч спор често употребљава у законским текстовима, пракси и науци за означавање парнице, те да је и он тако користи, Боривоје Познић, Грађанско процесно право, Београд 1970, 16; слично и у Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 27. С друге стране, *Јакшић* истиче да је „спор [...] категорија материјалног, а не процесног права“, А. Јакшић (2021), 57. Међутим, и он их користи као синониме: „Предмет спора представља захтев тужиоца који је истакнут у тужби“, *Ibid*, 338; слично и у Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 308. Сличног приступа је и *Сјанковић*, која указује на то да се речи спор, парнични поступак и парница користе као синоними, али да то нису, те нуди њихова појмовна одређења, Г. Станковић, В. Боранијашевић, 39. Но, касније говори о томе да се тужбом одређује предмет парнице, односно да је обавезна садржина тужбе и означавање предмета спора, *Ibid*, 321, 322.

⁹² Чак и да их нису сматрали синонимима, прихвата се „[...] предност једног језички (и у системском контексту) јасног законског текста наспрам једне намере законодавца која је сазната из материјала и која одступа од поменутог значења“, F. Bidlinski, 99.

природе. Такође, брисање „прејудицијелно“ испред „значаја за одлучивање“ указује на ширење појма спорног правног питања. Даље, редактори ЗПП 04 су настојали да домаћи парнични поступак регулишу у складу са препорукама Савета Европе и уградe европске стандарде у национално законодавство, те је оправдано претпоставити да су имали у виду и праксу Европског суда за људска права у погледу повреде права на правично суђење, те низ случајева у којима је дошло до повреде тог права због одредаба поступака.⁹³ При том, измена концепта посебне ревизије (чл. 404 ЗПП уп. са чл. 395 ЗПП 04)⁹⁴ такође, подржава тезу о дозвољености захтева за решавање спорног правног питања и у случају тумачења процесних норми. Супротно би значило да се уједначавање судске праксе не односи на једнаку примену процесних правила, те да се прихвата могућност да се поступање судова разликује на подручјима апелационих, па у одређеним случајевима и виших судова.⁹⁵

На крају, одлучивање о предмету поступка подразумева допуштеност вођења самог поступка, а потом и мериторну одлуку. Међутим, пут до мериторне одлуке је регулисан управо процесноправним одредбама и могуће је да за примену неких од њих није довољно језичко тумачење, чега је највиша инстанца и те како свесна. Да није тако, не би испитивала могућност поља примене чл. 291, ст. 2 ЗПП у споровима мале вредности ван суђења, те заузела став којим је саму себе демантовала.⁹⁶ Наиме, разлог одбацивања захтева за решавање спорног правног питања је, између осталог, био и да је реч о „тумачењу и непосредној примени процесне одредбе у једном конкретном предмету“.⁹⁷ Ако је то само питање које се јавило у том конкретном случају,

⁹³ *Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb) European Court of Human Rights*, последње ажурирање: 31. август 2022; Односно верзија на српском: *Vodič za član 6. Konvencije – Pravo na pravično suđenje (građanskopravni aspekt) Evropski sud za ljudska prava*, последње ажурирање: 31. август 2019.

⁹⁴ О могућности да се посебна ревизија допусти и због повреде одредаба поступка вид. М. С. Кнежевић (2017), 55, 56.

⁹⁵ Према *Бодироги*, заузимање става врховног суда у поступку по посебној ревизији не значи и да је спорно правно питање дефинитивно решено, јер постоји могућност изјављивања уставне жалбе, те истиче да УС често заузима ставове како у погледу материјалног, тако и процесног права, Никола Бодирога, „О иницијативи Врховног касационог суда за измену Закона о парничном поступку“, *Право и љиврега*, 3/2020, 117 (136). Међутим, треба имати у виду и став УС да не завређује свако питање, нпр. оно о трошковима поступка, да се о њему одлучује пред УС, Уж 3252/2014 од 17. новембра 2016, пасус 8.3. Такође, према највишем суду у држави, питања о трошковима поступка „не спадају [ни] у круг спорних правних питања о којима се може одлучивати применом одредбе [чл. 180, ст. 1 ЗПП]“, Спп1 1/2020 од 02.06.2020. О предлозима за измену поступка за решавање спорног правног питања и посебне ревизије, вид. Никола Бодирога, „О могућим изменама Закона о парничном поступку“, *Билџен ПАС*, 3/2022, 269 (273 и даље).

⁹⁶ ГО ВКС, 11. мај 2022. – Закључак – Могућност доношења пресуде без расправе у спору мале вредности.

⁹⁷ Спп 2/2022 од 11.05.2022.

поставља се питање због чега је онда уопште било потребно заузети правни став.⁹⁸

4. ДОДАТНИ УСЛОВ – ВЕЋИ БРОЈ ПРЕДМЕТА

Да би највиши суд одлучивао о спорном правном питању, потребно је да се оно поставља у већем броју предмета пред првостепеним судом (чл. 183, ст. 2 ЗПП). У теорији се указује на то да је реч о правном стандарду и да број предмета који ће задовољити услов зависи од тумачења највише инстанце.⁹⁹ Поред тога, *Јеремић* истиче да је реч о фактичком питању, те да дилема постоји у „случају да је поднета једна или неколико тужби али са већим бројем тужилаца [... као] и када се ради о једном предмету или неколико предмета код којих постоји потенцијална могућност да већи број лица у својству тужилаца покрену поступак зависно од исхода спорног правног питања“. Она сматра да су одговори на оба питања „позитивни“, с тим што је у другом случају потребно да је у захтеву наглашено да постоји могућност покретања више поступака, као и да се то може предвидети са „већим степеном вероватности“, због чега је то за њу фактичко питање.¹⁰⁰

Овде треба расправити: 1) шта се подразумева под синтагмом „већи број предмета“, 2) да ли тај број треба да постоји пред судом који је покренуо поступак, и 3) да ли првостепени суд који покреће поступак треба да докаже да је испуњен додатни услов.

4.1. Правни стандард „већи број предмета“

У судској пракси је могуће наићи на правна схватања у којима се само констатује да се ради о *већем броју*¹⁰¹, *односно више* поступака¹⁰², или чак

⁹⁸ Такође, не треба заборавити да одговор на питање процесноправне природе може зависти од материјалног права. Примера ради, парнична способност малолетног запосленог у радним споровима зависи од његове пословне способности, а она опет од тумачења чл. 25, ст. 1 Закона о раду, *Службени њласник РС*, 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 – УС, 113/17, 95/18 – аутентично тумачење, али и од чл. 64, ст. 3 Породичног закона, *Службени њласник РС*, 18/05, 72/11 – др. закон, 6/15.

⁹⁹ В. Боранијашевић, 665; Н. Петрушић, Д. Симоновић, 351.

¹⁰⁰ Љ. Јеремић, 243.

¹⁰¹ ГО ВСС, 31. Мај 2005, Билтен ВСС, 3/2005, 142 = Билтен ВСС, 4/2008, 387 = Билтен ВКС, 1/2014, 309; ГО ВСС, 28. јун 2005, Билтен ВСС, 3/2005, 158, 160 = Билтен ВСС, 4/2008, 406, 409 = Билтен ВКС, 1/2014, 326, 329; ГО ВСС, 25. октобар 2007, Билтен ВСС, 4/2008, 435; ГО ВКС, 30. мај 2017, Билтен ВКС, 1/2017, 324; ГО ВКС, 5. јул 2022, Билтен ВКС, 2/2022, 33.

¹⁰² ГО ВКС, 10. новембар 2015, Билтен ВКС 1/2016, 275 (више поступака); ГО ВКС, 23. јануар 2017, Билтен ВКС, 1/2017, 315 (више спорова); ГО ВКС, 23. марта 2017, Билтен ВКС, 1/2018, 55 (више предмета); ГО ВКС, 21. мај 2019, Билтен ВКС, 4/2019, 55 (више парница); ГО ВКС, 13. октобар 2020, Билтен ВКС, 1/2021, 26 (више парница).

великом броју предмета¹⁰³. С друге стране, у неким образложењима правних схватања се наводи конкретан број предмета у којим се поставља исто правно питање, а тај број се креће од два до неколико хиљада предмета.¹⁰⁴ Постоје и случајеви у којима се, судећи према образложењу правног схватања, не испитује испуњеност додатног услова.¹⁰⁵ Имајући све то у виду, неминован је закључак да се правни стандард „већи број предмета“ није искристалисао за готово двадесет година. Ипак, треба правити разлику између случајева када највиша инстанца остане уздржана у погледу испуњености тог услова и ситуације када сматра да је он испуњен и кад се питање поставља у тек два, три поступка. Наиме, да ли је такво тумачење уопште исправно уколико се има у виду значење придева „већи“?

Реч *већи* је компаратив придева *велики*, а како у српском језику постоји и *неколико* (више од четири)¹⁰⁶, требало би да је *већи број предметиа* више од великог броја предмета. С обзиром на то да је велики број предмета неки број који премашује меру просечног (синоними: обилан или многобројан),¹⁰⁷ већи број би требало да буде више од тога. Значи, суд би прво требало да одреди број који премашује меру просечног (велики број), а онда ако се у конкретном захтеву за решавање спорног правног питања наводи број који је већи од тог великог броја да констатује да је услов испуњен. У супротном, требало би да одбије захтев у складу са чл. 183, ст. 2 ЗПП. Посебно је питање како одредити просечан број предмета. Одговор на то питање зависи од тумачења синтагме „већи број предмета у *посијуку* *пред* *првосийеним судом*“.

¹⁰³ ГО ВКС, 7. јун 2019, Билтен ВКС, 4/2019, 66, 67.

¹⁰⁴ Примера ради: *218 предметиа*, ГО ВСС, 31. мај 2005, Билтен ВСС, 3/2005, 147 = Билтен ВСС, 4/2008, 393 = Билтен ВКС, 1/2014, 314; *неколико десетина*, ГО ВСС, 31. Мај 2005, Билтен ВСС, 3/2005, 152 = Билтен ВСС, 4/2008, 399 = Билтен ВКС, 1/2014, 319; *26 предметиа*, ГО ВСС, 14. јун 2005, Билтен ВСС, 3/2005, 154 = Билтен ВСС, 4/2008, 402 = Билтен ВКС, 1/2014, 321; *799 предметиа*, ГО ВСС, 15. новембар 2005, Билтен ВСС, 3/2005, 163 = Билтен ВСС, 4/2008, 414 = Билтен ВКС, 1/2014, 330; *19 предметиа*, ГО ВКС, 3. март 2015, Билтен ВКС, 1/2015, 302; *68 предметиа*, ГО ВКС, 23. септембар 2014, Билтен ВКС, 1/2015, 313; *13 предметиа*, ГО ВКС, 3. март 2015, Билтен ВКС, 1/2015, 318; *4100 предметиа*, ГО ВКС, 17. март 2016, Билтен ВКС, 1/2016, 252; *више посијуака је у шоку, а приложено је 6 предметиа уз захтев за решавање спорној правној ишпања*, ГО ВКС, 31. мај 2016, Билтен ВКС, 1/2016, 255; *3 предметиа*, ГО ВКС, 31. мај 2016, Билтен ВКС, 1/2016, 259; *1805 предметиа*, ГО ВКС, 26. април 2016, Билтен ВКС, 1/2016, 262; *136 предметиа*, ГО ВКС, 9. фебруар 2016, Билтен ВКС, 1/2016, 267; *3 предметиа*, ГО ВКС, 5. јул 2016, Билтен ВКС, 1/2017, 301; *2 предметиа*, ГО ВКС, 23. јануар 2017, Билтен ВКС, 1/2017, 312; *више десетина хиљада предметиа*, ГО ВКС, 23. јануар 2017, Билтен ВКС, 1/2017, 330; *284 предметиа*, ГО ВКС, 19. септембар 2017, Билтен ВКС, 1/2018, 59; *2 предметиа*, ГО ВКС, 12. март 2019, Билтен ВКС, 4/2019, 54; *622 предметиа*, ГО ВКС, 25. јун 2019, Билтен ВКС, 4/2019, 74; *преко 4000 предметиа*, ГО ВКС, 17. фебруар 2021, Билтен ВКС, 1/2021, 45.

¹⁰⁵ Вид. ГО ВрхС, 6. јун 2023, Билтен ВрхС, 3/2023, 31–36.

¹⁰⁶ *Речник Мајице српске*, 2011, 801.

¹⁰⁷ Тако би, према *Речнику Матице српске*, велико село било село од 30 до 40 кућа, *Речник Мајице српске*, 2011, 129, 130.

4.2. Првостепени суд као суд у организационом смислу

Наиме, за време важења ЗПП 04, било је ставова да већи број предмета не мора да постоји само пред судом који је упутио захтев, већ и пред другим првостепеним судовима, а „посебно, на подручју непосредно вишег суда“.¹⁰⁸ Међутим, важећа редакција ЗПП је у том делу допуњена. Наиме, било је предвиђено да ће највиша инстанца одбити да реши спорно правно питање ако није од значаја за одлучивање у већем броју предмета (чл. 178, ст. 2 ЗПП 04). То правило је задржано и у важећој редакцији, али је допуњено са „у поступку пред првостепеним судом“ (чл. 183, ст. 2 ЗПП), како би се спречили „првостепени судови“ да покрећу поступак кад нису испуњени услови само да „би о одређеном питању унапред прибавили став највишег суда“.¹⁰⁹ Овде се, такође, може поставити питање како треба тумачити појам „првостепени суд“ – да ли у организационом смислу или као судеће тело?

Уколико би се пошло од већ наведене аргументације зашто синтагму првостепени суд треба разумети као судеће тело¹¹⁰, дошло би се до закључка да је неопходно да већи број предмета постоји код истог судећег тела. Међутим, такво решење би водило апсурду: за испуњеност услова било би потребно да је конкретно судеће тело „затрпано“ предметима, или услов је испуњен и кад се питање постави само у два, три случаја. Имајући у виду Образложење Предлога ЗПП, чини се да је намера редактора била само да поопштре додатни услов тако што ће сузити подручје на којем мора постојати већи број предмета који су и даље у фази првостепеног поступка. Због тога би под првостепеним судом требало разумети, у конкретном случају, суд у организационом смислу, односно одређени првостепени суд. На крају, само у том случају је смислено говорити о неком већем броју предмета, с тим што приликом одређивања тог правног стандарда треба водити рачуна да немају сви првостепени судови у држави једнак број поступака у току.

4.3. Терет доказивања испуњености додатног услова

Према досадашњој пракси, највиши суд је захтевао да првостепени суд наведе предмете у којима се поставља исто питање под претњом одбијања захтева (чл. 183, ст. 2 ЗПП).¹¹¹ Чини се да је такво поступање у складу са намером законодавца да се спречи употреба института како би се прибавило

¹⁰⁸ В. Тамаш, 476 (477, 478).

¹⁰⁹ Предлог Образложења ЗПП, 111. О злоупотреби поступка за решавање спорног правног питања вид. В. Боранијашевић, 663 (665) и В. Тамаш, 476 (477).

¹¹⁰ Вид. в) Тумачење синтагме „првостепени суд“.

¹¹¹ Спп1 1/2022 од 11.05.2022.; додуше, треба имати у виду да првостепени судови у неким случајевима траже да највиша инстанца одлучи о низу питања која су део сложеног правног силогизма о основаности главног захтева, Спп 12/2019 од 03.03.2020.

правно мишљење највише инстанце о одређеном питању. Поред тога, треба имати у виду и да у важећој редакцији ЗПП не постоји механизам на основу којег би највиша инстанца могла да утврди да ли се неко правно питање заиста јавља у већем броју предмета. У резултату, доказивање испуњености тог услова је терет првостепеног суда.

ЗАКЉУЧАК

Поступак за решавање спорног правног питања је уведен у домаћи грађански судски поступак 2004. као још један начин уједначавања судске праксе чија се посебност огледа уједначавању праксе кроз спречавање настанка различитог тумачења правних норми од стране нижестепених судова. Међутим, врховна инстанца, по правилу, одбацује захтеве за решавање спорних правних питања из низа формалних разлога, и доноси правне ставове ван суђења у складу са ЗУрС. Због тога, чини се оправданим питање о сувишности метода уједначавања судске праксе и могућности напуштања неких од њих. Но, поред тога, постоји неколико закључака у вези са предметом поступка за решавање спорног правног питања и обележјима спорног правног питања, које би због њиховог значаја, требало поновити и у овом делу.

Предмет поступка је тумачење одредби и попуњавање правних празнина од стране највишег суда у држави и то у оним случајевима када је оправдано очекивати, због редакцијског приступа, да буде протумачена на различите начине. Том тумачењу подлежу и оне норме које су већ протумачене како од стране нижестепених судова, тако и од стране највише инстанце. Наиме, нема нити једне разлике са аспекта последица по независност суда и једнакост странака да ли ће бити донето правно схватање као одговор на захтев за решавање спорног правног питања или ван суђења, мимо било каквог формалног захтева.

Спорно правно питање се не односи на постојање условљавајућег односа, јер ако је нешто од условљавајућег значаја, у смислу (не)постојања правног односа, онда је то претходно питање. Међутим, претходно питање је везано за одређен чињенични супстрат, због чега може бити самосталан предмет неког поступка. С друге стране, спорно правно питање то не може бити, јер је оно апстрактно, опште, важи за безброј случајева.

Како је реч о питању које је од значаја за одлучивање о предмету поступка, захтеви за тумачење процесних норми би несумњиво требало да буду допуштени, уколико испуњавају остале услове. Међутим, досадашња пракса највишег суда је била дивергентна: од усвајања правних схватања, преко недавања одговора због формалних недостатака захтева до одбијања захтева, јер је реч о питањима процесноправне природе.

У погледу тумачења услова да спорно правно питање мора бити од значаја за одлучивање у већем броју предмета пред првостепеним судом, пракса највише инстанце је дивергентна, због чега је дато сопствено схватање тог правног стандарда. Наиме, тај додатни услов је испуњен уколико се спорно правно питање поствља у већем броју од броја који премашује меру просечног броја предмета пред првостепеним судом у организационом смислу.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Бодирога Никола, „О иницијативи Врховног касационог суда за измену Закона о парничном поступку“, *Право и њивреда*, 3/2020, 117–140
- Бодирога Никола, „О могућим изменама закона о парничном поступку“, *Билџен ПАС*, 3/2022, 269–291
- Бодирога Никола, *Парнични њосџуџак*, друго измењено и допуњено издање, Београд 2022.
- Боранијашевић Владимир, „Поступак за решавање спорног правног питања – Према одредбама Закона о парничном поступку Републике Србије“, *Правни живоџ, часоџис за џравну џеорију и џраксу*, Београд 13/2009, 663–671
- Бркић Снежана, *Кривично џроцесно џраво I*, Нови Сад 2014.
- Видић Јелена, Ковачевић Милица, „О појединим питањима завештајног наслеђивања у српском праву – *de lege ferenda* (II део)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2024, 119–142
- Водинелић Владимир В., *Грађанско џраво – Увод у џрађанско џраво и Оџџџи део џрађанског џрава*, друго измењено и допуњено издање, Београд 2014.
- Дели Андор, *Одлучивање џо џреџходном џиџиању џред Евроџским судом џравде као факџор сџварања евроџског џравног сисџема са џосебним осврџом на немачка искусџва*, магистарска теза, Правни факултет у Новом Саду, 2008.
- Јакшић Александар, *Грађанско џроцесно џраво*, четврто издање, Београд 2010.
- Јакшић Александар, *Грађанско џроцесно џраво*, четрнаесто издање, Београд 2021.
- Јеремић Љубица, „Спорно правно питање“, *Билџен ВСС*, 2/2005, 242–246
- Кеча Ранко, Кнежевић Марко С., *Грађанско џроцесно џраво – Приручник за џолаџање џравосудног исџџа*, двадесето измењено издање, Београд 2023.
- Кеча Ранко, „О решавању претходног питања у парничном поступку“, *Хармонизација срџког и мађарског џрава са џравом Евроџске уније*, Нови Сад 2014, 137–156
- Кнежевић Марко С., *Уједначење судске џраксе у Реџублици Србији – сџање сџвари и џредлози за реформу*, Пројекат „Унапређење ефикасности правосуђа“ 12SER01/01/121, British Council, 2017.
- Кнежевић Марко С., „Утицај престанка својства предузетника на стварну надлежност у парничном поступку: ка новом Схватању појма „спор између предузетника и привредног субјекта“ – поводом става ГО ВКС од 23.3.2012 (Билтен ВКС 1/2012, 119)“, *Нартоџиус*, Београд, 2019, 211–232
- Милков Драган, *Уџравно џраво II – уџравна делажносџ*, Нови Сад 2017.

- Палачковић Душица, „О неким суштински новим рещењима Закона о парничном поступку Републике Србије“, *Правни живојй, часојис за йравну йеорју и йраксу*, 13/2007, 603–613
- Перић Живојин М, „Границе судске власти“, *Бранич*, V, 1898, 37–45, 69–85, 143–155, 213–227, 285–296, 361–374, 445–451, 740–746, 798–808, 839–862, 902–923
- Петровић-Шкоро Вида, „О нацрту Закона о парничном поступку“, *Правни информайор*, 10/2004, 7–9
- Петрушић Невена, Симоновић Драгољуб, *Коменйар Закона о йарничном йосйујуку*, Београд 2011.
- Петрушић Невена, *Грађанско йроцесно йраво – йарнично йроцесно йраво*, Ниш 2024.
- Познић Боривоје, Ракић-Водинелић Весна, *Грађанско йроцесно право*, седамнаесто измењено и допуњено издање, Београд 2015.
- Познић Боривоје, *Грађанско йроцесно йраво*, треће, допуњено и измењено издање, Београд 1970.
- Познић Боривоје, *Грађанско йроцесно йраво*, четрнаесто издање, Београд 1995.
- Познић Боривоје, *Коменйар Закона о йарничном йосйујуку*, Београд 2009.
- Поповић Весна, „Поступак за рещавње спорног правног питања“, *Билйен ВКС*, 3/2012, 13–27
- Ракић-Водинелић Весна, *Правосудно орйанизационо йраво*, друго измењено и допуњено издање, Београд 2012.
- Речник Матице српске, измењено и поправљено издање, 2011.
- Салма Марија, *Преййходно йишјање у йрађанском судском йосйујуку*, Нови Сад, 1995.
- Салма Марија, „Поступак за рещаване спорног правног питања“, *Зборник радова Правној факулйетја у Новом Саду*, 1/2012, 289–298
- Станивуковић Маја, *Појединац йред Судом евројских заједница*, друго измењено и допуњено издање, Београд 2009.
- Станић Бранко, „Поступак за рещаване спорног правног питања“, *Избор сйручне йраксе*, 1/2022, 13–16
- Станковић Гордана, Боранијашевић Владимир, *Грађанско йроцесно йраво*, Београд 2023.
- Тамаш Владимир, „Поступак за рещаване спорног правног питања и усвојени правни ставови грађанског одељења Врховног суда Србије“, *Билйен ВСС*, 2/2006, 476–485

* * *

- Bidlinski Franc, *Pravna metodologija*, prevela sa nemačkog Ivana Marković, Podgorica, 2011.
- Grainger Ian, Fealy Michael, Spencer Martin, *The Civil Procedure Rules in Action*, second edition, London 2000.
- Kevo Mirjana, Belović Minja, „Postupak za rješavanje spornog pravnog pitanja s osvrtnom na prethodni postupak pred europskim Sudom pravde“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, XXIX/2021, 42–67

- Knežević Marko, “Out-of-Trial Ensuring Uniform Case Law in Serbia: Socialist Legal Tradition Reloaded”, *Balkan Yearbook of European and International Law*, Springer 2021, 185–212
- Uzelac Alan, „Ogledni postupak radi rješavanja pitanja važnog za jedinstvenu primjenu prava: dobre strane i problematični elementi novog instrumenta“, *Zbornik radova s VI. međunarodnog savetovanja „Aktuelnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“*, Split 2020, 19–38

Olivera Ź. Jokić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
o.jokic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-0532-7833

The Preliminary Ruling Procedure in Serbian Civil Litigation – The Subject and its Characteristics –

Abstract: *The preliminary ruling procedure in Serbian civil litigation is initiated ex officio by the first-instance court during an ongoing proceeding. This process requires the Supreme Court to interpret legal rules or address legal gaps to ensure uniformity of case law. For such a ruling procedure to be justified, the specific legal issue must arise in a significant number of cases. However, the Supreme Court’s case law regarding interpreting this legal standard is divergent. Therefore, one of the tasks of this paper is to determine that legal standard. The central focus of this paper is the subject matter of the procedure – the disputable or “unresolved” legal issue – and its characteristics. Various positions are taken in the doctrine regarding these issues, while the Supreme Court’s case law remains inconsistent. As a result, the paper examines two theses: 1) the disputable legal issue is neither a preliminary nor a prejudicial question, and 2) it can be both substantive and procedural.*

Keywords: *disputable legal issue, prejudicial question, preliminary question, preliminary ruling procedure, uniformity of case law.*

Датум пријема рада: 20. 9. 2024.

Датум достављања коначне верзије рада: 29. 1. 2025.

Датум прихватања рада: 29. 1. 2025.

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ
АУТОРЕ

Michael Binder

University of Vienna

Department of Roman Law and Ancient Legal History

m.binder@univie.ac.at

ORCID ID: 0000-0001-8479-1468

CONSOLIDATION OF THE CREDITOR AND DEBTOR. CONFUSIO IN ROMAN LAW AND IN THE AUSTRIAN CIVIL CODE (ABGB)*

Abstract: *In both Roman law and Austrian civil law, there is a question regarding whether a consolidation between a creditor and his debtor leads to an expiration of the creditor's claim and the debtor's obligation. The following article focuses on legal relationships in which more than two parties are involved, meaning it would still be possible for the creditor (or his heir) to raise a claim against the debtor. Firstly, it is necessary to analyse a case from the Roman jurist Paulus (D. 46, 1, 71 pr.). Following this analysis, the legal situation in Roman law is compared to that in Austrian civil law.*

Keywords: *Roman law; Austrian civil law; confusio; consolidation; mandatam; right of recourse; dolo facit, qui petit quod redditurus est; juristic rules; societas; abuse of rights.*

1. INTRODUCTION

In Roman law, the term *confusio* had different meanings.¹ Firstly, a *confusio* could describe the blending of liquids with different owners.² Secondly, Roman

* This paper is based on my presentations conducted on October 18th, 2024, "Consolidation of the creditor and debtor. Confusio in Roman law and in the Austrian Civil Code (ABGB)", at the "6th International Scientific Conference Legal Tradition and New Legal Challenges" in Novi Sad (Serbia) and on October 25th, 2024, "Wechselseitige Verpflichtungen beim mandatam", at the Szegedi Tudományegyetem (University of Szeged) in Szeged (Hungary).

¹ Peter Kieß, *Die confusio im klassischen römischen Recht*, Berlin 1995, 199-201; Johanna Filip-Fröschl, "Confusio", *Studienwörterbuch Rechtsgeschichte und Römisches Recht* (eds. Thomas Olechowski, Richard Gamauf), Wien 4th edn. 2020, 77.

² Nikolaus Benke, Franz-Stefan Meissel, *Roman Law of Property. Origins and Basic Concepts of Civil Law I*. Translated by Caterina M. Draschan-Mitwalsky, Wien 2nd edn. 2024, 80, 141, 178;

jurists used this term to refer to the consolidation (unification) of an owner and a party who had a limited property right.³ Such a consolidation could occur, for example, if the pledgee became the heir of the pledgor.⁴ Thirdly, the word *confusio* was used to characterise the consolidation between the legal position of a creditor and a debtor.⁵

In this article, only the third type of *confusio* is analysed. There are three possible ways in which a consolidation between a creditor and a debtor could occur: firstly, the creditor could be the debtor's successor, secondly, the debtor could be the creditor's successor,⁶ and thirdly, a third party could be the successor of the creditor and the debtor.⁷

In textbooks on Roman law, it is emphasised that in case of a *confusio*, the creditor's claim (receivable) and the debtor's obligation have both expired.⁸ The reason for this seems simple; specifically, nobody should have a claim against himself or should owe something to himself.⁹ This general rule¹⁰ can also be found in the first sentence of section 1445 of the Austrian Civil Code.¹¹ However, a closer look at this issue highlights that, in some cases, exceptions of this general

Anna Plisecka, “§ 42 Erwerb durch Sachveränderung (*accessio, specificatio, commixtio, confusio*)”, *Handbuch des Römischen Privatrechts I* (eds. Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek, Thomas Rüfner), Tübingen 2023, 1115-1116; Michael Binder, “Fächerübergreifende Modulprüfung (FÜM) I. Romanistische Fundamente: Musterlösung”, *Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung 01/2024-2025*, 6.

³ J. Filip-Fröschl, 77.

⁴ N. Benke, F.-S. Meissel (2024), 202.

⁵ N. Benke, F.-S. Meissel (2024), 178; 202; Nikolaus Benke, Franz-Stefan Meissel, *Roman Law of Obligations. Origins and Basic Concepts of Civil Law II. Translated by Caterina Maria Grasl*, Wien 2021, 31.

⁶ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, 759; N. Benke, F.-S. Meissel (2021), 31.

⁷ See D. 46, 1, 71 pr. (section “2. Roman law”).

⁸ R. Zimmermann, 759: “*Confusio brought about the end of an obligation [...]*”; J. Filip-Fröschl, 77; N. Benke, F.-S. Meissel (2021), 31.

⁹ See R. Zimmermann, 759; Rudolf Welser, Brigitta Zöchling-Jud, *Grundriss des bürgerlichen Rechts II. Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, Wien 14th edn. 2015, 125.

¹⁰ R. Welser, B. Zöchling-Jud, 125; J. Filip-Fröschl, 77; Petra Leupold, “§§ 1431-1450”, *ABGB Taschenkommentar mit EheG, EPG, KSchG, ASVG, EKHG und IPRG* (Matthias Neumayr ed.), Wien 6th edn. 2024, 1843 (§ 1445/2); Rudolf Reischauer, “§§ 1445-1450”, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: mit wichtigen Nebengesetzen und EU-Verordnungen. §§ 1445-1503 ABGB [Verjährung, Ersitzung]* (eds. Meinhard Lukas, Andreas Geroldinger), Wien 4th edn. 2024, 8 (§ 1445/16).

¹¹ § 1445 ABGB (Austrian Civil Code): “*So oft auf was immer für eine Art das Recht mit der Verbindlichkeit in Einer Person vereinigt wird, erlöschen beyde; [...]*”.

Translation: Peter Andreas Eschig, Erika Pircher-Eschig, *Das österreichische ABGB – The Austrian Civil Code*, Wien 2nd edn. 2021, 515: “*Whenever and in whichever way the right is consolidated with the obligation in one person, both expire [...]*”.

rule can be discussed. For example, exceptions could be justified if more than two parties were involved in the case. In the next two sections, possible exceptions are analysed in Roman law as well as in Austrian civil law.

2. ROMAN LAW

A case in which a consolidation between a creditor and one debtor took place is mentioned by the Roman jurist Paulus¹² in his *quaestiones*. In this case – listed in the chapter *mandati*¹³ – five parties, not only two, were involved.

D. 46, 1, 71 pr. (Paulus *libro 4 quaestionum*)

Granius Antoninus pro Iulio Pollione et Iulio Rufo pecuniam mutuam accipientibus, ita ut duo rei eiusdem debiti fuerint, apud Aurelium Palmam mandator exstitit: Iulii bona ad fiscum venerunt: similiter et creditori fiscus successerat. Mandator allegabat se liberatum iure confusionis, quia fiscus tam creditori quam debitori successerat. Et quidem si unus debitor fuisset, non dubitabam sicut fideiussorem, ita et mandatorem liberatum esse: quamvis enim iudicio convento principali debitore mandator non liberetur, tamen ubi successit creditor debitori, veluti solutionis iure sublata obligatione etiam mandator liberatur, vel quia non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse. Sed cum duo rei promittendi sint et alteri heres exstitit creditor, iusta dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta confusa obligatione. Et puto aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam: sed et accessiones ex eius persona liberari propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse, ut quemadmodum incipere alias non possunt, ita nec remaneant. Igitur alterum reum eiusdem pecuniae non liberari et per hoc nec fideiussorem vel mandatorem eius. Plane quia is mandati iudicio eligere potest vel creditorem, competituram ei exceptionem doli mali, si coeperit conveniri. Cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere. Quod si creditor fideiussori heres fuerit vel fideiussor creditori, puto convenire confusione obligationis non liberari reum.

“Granius Antoninus was mandator to Aurelius Palma on behalf of Julius [Junius] Pollio and Julius Rufus in respect of money so lent to them that both were liable for the same thing. The estate of Julius passed to the imperial treasury which also became successor to the creditor. The mandator claimed that he was released by right of merger since the treasury was heir to both creditor and debtor. And if, indeed, there were only one debtor, I would not have doubted that like a surety, the mandator also would be released. For although a mandator is not released

¹² For more information about Paulus, see Wolfgang Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz – Wien – Köln 2nd edn. 1967, 244-245.

¹³ Otto Lenel, *Palingenesia iuris civilis I*, Lipsiae 1889, 1193 (1317).

when the principal debtor is brought to court proceedings, nevertheless, when the creditor succeeds to his debtor, a mandator is also released, as though the obligation is extinguished by right of satisfaction or because he cannot be mandator both to and for the same person. But when there are two debtors and the creditor is heir to one of them, there is good ground for doubt whether the other debtor is also released, as though the money has been paid or only a person exempt by the merger of the obligation. In my view, a person becomes exempt on the acceptance of the inheritance by the merger of obligations, and backers of that person are also released because they cannot be under obligation both to and for the same individual; they could not be so from the outset, and they do not remain so. And so one of two debtors of the same sum is not released, nor, through him, is his surety or mandator. Of course, since he can proceed by the action on mandate against even the creditor, he will be given the defense of bad faith if proceedings are initiated against himself; but the creditor can take action against either debtor, in full if they were not partners or for a share if they were partners; I think that it follows that the debtor is not released by the merger of the obligation.”¹⁴

In the case of Paulus, a person named Granius Antoninus (the *mandator*) ordered Aurelius Palma (the *mandatarius*) to give Iulius Pollio and Iulius Rufus a loan (*Granius Antoninus pro Iulio Pollione et Iulio Rufo pecuniam mutuum accipientibus [...] apud Aurelium Palmam mandator exstitit*). Aurelius Palma paid the money to Iulius Pollio and Iulius Rufus, and they both promised to pay back the loan in the form of a *stipulatio (ita ut duo rei eiusdem debiti fuerint)*.¹⁵ Due to the obligation *in solidum*, Aurelius Palma could demand the loan back either from Iulius Pollio or Iulius Rufus with the *actio ex stipulatu* or the *condictio*. This situation can be demonstrated with the following example:

If Aurelius Palma gave 200 sesterces to Iulius Pollio and Iulius Rufus, how to claim the 200 sesterces back would be up to Aurelius Palma. For instance, he could demand 200 sesterces from Iulius Pollio or sue both debtors for 100 sesterces each. Generally, debtors *in solidum* did not have a right of recourse.¹⁶ If, for example, Aurelius Palma successfully claimed 200 sesterces from Iulius Pollio, Iulius Rufus would be freed from his obligation. Iulius Pollio would have no possibility to claim 100 sesterces from Iulius Rufus.

The risk of having to pay the whole sum could be avoided with a *societas* (a deed of partnership). If the debtors were *socii*, the debtor who made the full pay-

¹⁴ Translation: Ben Beinart, “Book forty-four, book forty-six”, *The Digest of Justinian IV* (Alan Watson ed.), Philadelphia 2nd edn. 1998, 211.

¹⁵ See Peter Apathy, “Giuseppina Sacconi, Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 92/1975, 344.

¹⁶ Max Kaser, *Das Römische Privatrecht I*, München 2nd edn. 1971, 659.

ment to the creditor would have a right of recourse – for the amount that the parties agreed¹⁷ on in the contract (the *societas*) – against the other debtor. Paulus discussed two potential variations of this situation. In the first variation, no *societas* between Iulius Pollio and Iulius Rufus was concluded (*si non fuerit societas*), in the second variation Iulius Pollio and Iulius Rufus were *socii* (*si socii fuerunt*).

However, Aurelius Palma had no opportunity to claim back the money that he lent to Iulius Pollio and Iulius Rufus because he passed away and was succeeded by the *fiscus* (*creditori fiscus successerat*). Furthermore, one debtor (Iulius) died as well and was also succeeded by the *fiscus* (*Iulii bona ad fiscum venerunt*). According to the text, both debtors had the *nomen gentilicium* Iulius. Therefore, it is not clear whether Iulius Pollio or Iulius Rufus passed away. Some modern legal scholars assume that Iulius Rufus died,¹⁸ whereas other legal scholars leave this question open.¹⁹

There are some arguments that could be made in favour of it being Iulius Rufus who died. Firstly, another reading of the Latin text seems plausible; specifically, the name of the other debtor could have been Iunius Pollio instead of Iulius Pollio.²⁰ Secondly, a senator with the name Iulius Rufus was assassinated by order of the emperor Septimius Severus in the year 197 AD.²¹ Therefore, it is possible that in his case, Paulus referred to the death of this senator.²² In my opinion, it is more likely that Iulius Rufus died than Iulius Pollio, but a definitive answer is not possible. For instructive purposes, it shall be assumed that, indeed, Iulius Rufus died.

The problem of *confusio* arose in the legal relationship between Aurelius Palma and Iulius Rufus. However, Aurelius Palma (the creditor) did not become the heir of Iulius Rufus (the debtor), and Iulius Rufus (the debtor) did not succeed in the legal position of Aurelius Palma (the creditor). Instead, a third party (the *fiscus*) inherited both the creditor (Aurelius Palma) and one debtor (Iulius Rufus). The question in this case was whether this *confusio* could free the *mandator* (Granius Antoninus) and the remaining debtor (Iulius Pollio).

¹⁷ If there were no specific agreement between the debtors, the debtors would have to share the loss equally, see N. Benke, F.-S. Meissel (2021), 221.

¹⁸ Theodor Mommsen, “Digesta”, *Corpus iuris civilis I* (eds. Paul Krueger, Theodor Mommsen), Berolini 1963 (reprint), 793 n. 11; Paolo Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni: corso di diritto romano I. Le garanzie personali*, Padova 1962, 148; Giuseppina Sacconi, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, Milano 1973, 78 n. 71; Justus Schmidt-Ott, *Pauli Quaestiones. Eigenart und Textgeschichte einer spätklassischen Juristenschrift*, Berlin 1993, 131; B. Beinart, 211.

¹⁹ P. Kieß, 68; Philipp Schmieder, *Duo rei. Gesamtabligationen im römischen Recht*, Berlin 2007, 189; Thomas Finkenauer, “Zur Inhärenz von Einreden im *bonae fidei iudicium*”, *Iura: rivista internazionale di diritto romano e antico* 68/2020, 114.

²⁰ T. Mommsen, 793 n. 11; P. Frezza, 148; G. Sacconi, 78 n. 71; B. Beinart, 211.

²¹ J. Schmidt-Ott, 131 n. 118.

²² J. Schmidt-Ott, 131 n. 118.

The *fiscus* (the heir of the *mandatarius* [Aurelius Palma]) tried to sue Granius Antoninus (the *mandator*) with the *actio mandati contraria*, but Granius Antoninus argued that he was freed due to the *confusio* ([...] *mandator allegabat se liberatum iure confusionis, quia fiscus tam creditori quam debitori successerat* [...]). After a brief comparison with the *fideiussio*,²³ Paulus mentioned that a *solutio* could free the *mandator* ([...] *veluti solutionis iure sublata obligatione etiam mandator liberator* [...]).

Ultimately, Paulus denied that the *confusio* had the effect of a *solutio*,²⁴ and thus, the remaining debtor and the *mandator* were not automatically freed from their obligations ([...] *igitur alterum reum eiusdem pecuniae non liberari et per hoc nec fideiussorem vel mandatorem eius* [...]).

However, if Granius Antoninus (the *mandator*) were sued (*si coeperit conveniri*) by the *fiscus* (the heir of the *mandatarius* [Aurelius Palma]) with an *actio mandati contraria*, he could defend himself with an *exceptio doli* (*competituram ei exceptionem doli mali*). Firstly, it is interesting to explore why the *praetor* granted an *exceptio doli* in the context of a *bonae fidei iudicium* (*mandatum*).²⁵ According to Finkenauer, such an *exceptio* could have been a precautionary measure with which the *praetor* could raise the *iudex*'s awareness of the legal question of the case.²⁶

The reason for the *exceptio doli* was that Granius Antoninus could himself sue the *fiscus* with an *actio mandati contraria* due to another *mandatum*.²⁷ Iulius Pollio and Iulius Rufus were *mandatores* to Granius Antoninus (*mandatarius*),²⁸ as they ordered him to provide them with a loan. After being successfully sued by the *fiscus*, Granius Antoninus would have expenses that he could reclaim from Iulius Pollio or Iulius Rufus – who were debtors *in solidum* due to their joint order²⁹ – with the *actio mandati contraria*. It was important for Granius Antoninus to claim these expenses not from Iulius Pollio but from the *fiscus* (the heir of Iulius Rufus),³⁰ as emphasised by Paulus (*plane quia is mandati iudicio eligere potest vel creditorem*).

Therefore, the *fiscus* would claim from Granius Antoninus what Granius Antoninus could reclaim from the *fiscus*. In this case, according to the juristic

²³ Giovanni Bortolucci, “Il mandato di credito”, *Bullettino dell’Istituto di diritto romano* 28/1915, 245 assumes that this comparison is the result of an interpolation. Critical: J. Schmidt-Ott, 132; P. Kieß, 69.

²⁴ See J. Schmidt-Ott, 132-133; P. Kieß, 69.

²⁵ See T. Finkenauer (2020), 115-116.

²⁶ See T. Finkenauer (2020), 136.

²⁷ J. Schmidt-Ott, 134.

²⁸ J. Schmidt-Ott, 134; P. Kieß, 68; T. Finkenauer (2020), 116.

Different: P. Schmieder, 189 denies such a *mandatum*.

²⁹ P. Kieß, 68.

³⁰ J. Schmidt-Ott, 134.

rule *dolo facit, qui petit quod redditurus est*,³¹ the *fiscus* would have acted fraudulently, as illustrated by the following example.

If Iulius Pollio and Iulius Rufus ordered Granius Antoninus to provide them with a loan of the amount of 200 sesterces (the first *mandatum*), and thus, Granius Antoninus ordered Aurelius Palma to give Iulius Pollio and Iulius Rufus 200 sesterces (the second *mandatum*), the *fiscus* (the heir of Aurelius Palma) could claim 200 sesterces from Granius Antoninus with the *actio mandati contraria* due to the second *mandatum*. Conversely, Granius Antoninus could claim 200 sesterces from the *fiscus* (the heir of Iulius Rufus) with the *actio mandati contraria* due to the first *mandatum*. In order to prevent two unnecessary payments, Granius Antoninus could immediately defend himself against the *actio mandati contraria* of the *fiscus* with an *exceptio doli*.

In this case, the *fiscus* could not successfully claim money from Granius Antoninus. However, the *fiscus* could sue the debtor, who was still alive (Iulius Pollio). In this context, Paulus made a distinction; in particular, if the debtors did not conclude a *societas*, the *fiscus* could demand the whole sum (*cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas*), whereas if the debtors were *socii*, the *fiscus* could only receive part of the money owed by the debtor (*vel in partem, si socii fuerunt*).

The reason for this distinction is that a *socius* would have a right of recourse against another *socius*, and thus, Iulius Pollio would be able to reclaim from the *fiscus* (the heir of Iulius Rufus) part of what he paid to the *fiscus*.³² To avoid two unnecessary payments, Iulius Pollio could defend himself against the *actio ex stipulatu* or the *condictio* of the *fiscus* with an *exceptio doli* due to the juristic rule *dolo facit, qui petit quod redditurus est*,³³ as can be demonstrated with the following example.

³¹ Emilio Costa, *L'exceptio doli*, Roma 1970 (reprint), 211; J. Schmidt-Ott, 134; T. Finkenauer (2020), 116.

Different: P. Schmieder, 189 assumes that the *fiscus* acted fraudulently because he claimed too much from Granius Antoninus. According to P. Schmieder, 189, Granius Antoninus was an accessory debtor who was only liable for the amount that Iulius Pollio owed the *fiscus*.

D. 44.4.8 pr. (= D. 50.17.173.3)-1 (Paulus *libro 6 ad Plautium*): *Dolo facit, qui petit quod redditurus est. I. Sic, si heres damnatus sit non petere a debitore, potest uti exceptione doli mali debitor et agere ex testamento.*

Translation: B. Beinart, 150: “A person who claims what he will have to return acts fraudulently. I. Thus, if an heir has been condemned not to claim from a debtor, the debtor can employ the defense of fraud, as well as bring an action based on the will.”

For more information about the juristic rule *dolo facit, qui petit quod redditurus est*, see Paola Lambrini, *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova 2010, 47-48; Michael Binder, “Zur optionalen *exceptio doli* bei wechselseitigen Klagemöglichkeiten”, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 70/2023, 226-229.

³² J. Schmidt-Ott, 134-135; Thomas Finkenauer, “Duo rei – Neues von der Gesamttobligation?”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 130/2013, 191.

³³ J. Schmidt-Ott, 134-135; P. Schmieder, 189.

If the debtors received 200 sesterces from Aurelius Palma as a loan, the *fiscus* (the heir of Aurelius Palma) could claim 200 sesterces from Iulius Pollio with the *actio ex stipulatu* or the *condictio*. If Iulius Pollio and Iulius Rufus did not conclude a *societas*, the *fiscus* could keep 200 sesterces. However, if Iulius Pollio and Iulius Rufus concluded a *societas*, in which they agreed that they should equally share their losses, Iulius Pollio could reclaim 100 sesterces from the *fiscus* (the heir of Iulius Rufus) with the *actio pro socio*. In order to avoid unnecessary payments, the *fiscus* could only successfully sue Iulius Pollio for 100 sesterces. If the *fiscus* claimed more than 100 sesterces, Iulius Pollio could defend himself with an *exceptio doli*.

The source D. 46, 1, 71 pr. shows that Paulus did not follow the general rule suggesting that both the claim of the creditor and the obligation of the debtor expire in the case of a *confusio*. Paulus' case deals with a five-party legal relationship in which the consolidation between a creditor and one debtor led to a situation in which another debtor was still physically present. Paulus assumed that the *confusio* could not free this debtor.

However, the solution of Paulus seems debatable. Indeed, Paulus carefully introduced his solution with the words *et puto*, but it appears possible that other jurists shared a different opinion, according to which the other debtor and the *mandator* would be both freed through the *confusio* (*iusta dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est*). This other solution could be justified by treating the *confusio* as a *solutio* (*ac si soluta fuisset pecunia*).³⁴

In Roman law, different solutions can be found in the context of a *confusio*. As is correctly highlighted by relevant textbooks,³⁵ generally, the claim of the creditor and the obligation of the debtor both expired in such cases. However, a different solution was also possible, especially if more than two parties were involved, and this solution was favourable towards the creditors. In such a case, the obligation between the creditor and the debtor who was not part of the consolidation was not affected by the *confusio*. In the next section, the effect of a *confusio* in Austrian civil law is examined.

3. AUSTRIAN CIVIL LAW

3.1 Introduction

Some sections of the Austrian Civil Code are based on Roman foundations. Therefore, comparisons between Roman law and Austrian civil law are not unusual and can sometimes help to better understand certain sections of the Austrian

³⁴ See J. Schmidt-Ott, 132-133.

³⁵ See section "1. Introduction"; R. Zimmermann, 759; J. Filip-Fröschl, 77; N. Benke, F.-S. Meissel (2021), 31.

Civil Code. In the Austrian Civil Code, the consolidation of a creditor with a debtor is explicitly addressed in section 1445.

§ 1445 ABGB (Austrian Civil Code)

“So oft auf was immer für eine Art das Recht mit der Verbindlichkeit in Einer Person vereinigt wird, erlöschen beyde; außer, wenn es dem Gläubiger noch frey steht, eine Absonderung seiner Rechte zu verlangen, (§§. 802 und 812), oder wenn Verhältnisse von ganz verschiedener Art eintreten. Daher wird durch die Nachfolge des Schuldners in die Verlassenschaft seines Gläubigers in den Rechten der Erbschaftsgläubiger, der Miterben oder Vermächtnisnehmer, und durch die Beerbung des Schuldners und Bürgen in den Rechten des Gläubigers nichts geändert.”

“Whenever and in whichever way the right is consolidated with the obligation in one person, both expire unless the creditor is still entitled to request a separation of his rights (sections 802 and 812) or if circumstances of a completely different nature arise. Hence, the rights of the creditor of the estate, the co-heirs, or legatees are not modified by the succession of the debtor in the estate of his creditor and the rights of the creditor are not modified by inheriting from the debtor and surety guarantor.”³⁶

The first sentence of section 1445 of the Austrian Civil Code states a general rule that was already established by Roman jurists;³⁷ specifically, this rule suggests that in case of a *confusio*, the claim of the creditor and the obligation of the debtor both expire. However, similar to the legal situation in Roman law, certain exceptions can also be found in Austrian civil law, two of which are introduced below.

According to section 1445 of the Austrian Civil Code, the claim of the creditor and the obligation of the debtor do not expire if the creditor requests a separation of rights. Section 1445 refers to section 802³⁸ and section 812³⁹ of the Austrian Civil Code.

³⁶ Translation: P. A. Eschig, E. Pircher-Eschig, 515-516.

³⁷ See section “1. Introduction”.

³⁸ § 802 ABGB (Austrian Civil Code): *“Wird die Erbschaft mit Vorbehalt des Inventars angetreten, so hat das Gericht auf Kosten der Verlassenschaft ein Inventar zu errichten. Ein solcher Erbe haftet den Gläubigern und Vermächtnisnehmern nur so weit, als die Verlassenschaft für ihre und auch seine eigenen Forderungen, das Erbrecht ausgenommen, hinreicht.”*

Translation: P. A. Eschig, E. Pircher-Eschig, 288: *“If the inheritance is accepted subject to an inventory, the court has to promptly prepare the inventory at the cost of the estate. Such an heir is liable to the creditors and legatees only to the extent the estate is sufficient to satisfy their as well as his claims excluding his right to an inheritance.”*

³⁹ § 812 ABGB (Austrian Civil Code): *“(1) Wenn die Forderung eines Gläubigers der Verlassenschaft durch Vermengung der Verlassenschaft mit dem Vermögen des Erben gefährdet wäre, kann der Gläubiger vor der Einantwortung beantragen, dass ein seiner Forderung entsprechender Teil der Verlassenschaft vom Vermögen des Erben abgesondert, vom Gericht verwahrt oder von einem Kurator verwaltet wird, bis sein Anspruch berichtigt ist. (2) In einem solchen Fall haftet der Erbe den Separationsgläubigern auch nach Abgabe einer unbedingten Erbantrittserklärung nur mit der abgesonderten Verlassenschaft, den übrigen Gläubigern aber wie ein bedingt erban-*

In the case of a separation of rights, a special asset body (Sondervermögen) arises, and thus, the claim of the creditor and the obligation of the debtor cannot, due to their different natures, expire through a *confusio*.⁴⁰ The reference to section 802 of the Austrian Civil Code is criticised in the literature, because a conditional declaration of the heir, with which he accepts the inheritance, only leads to a *pro viribus* liability rather than a separation of rights.⁴¹ Nevertheless, the wording of section 1445 of the Austrian Civil Code must be taken seriously, and thus, the claim of the creditor and the obligation of the debtor cannot expire if a conditional declaration has taken place.⁴²

In developing section 1445, Austrian legislators could have had a similar situation in mind as Paulus (D. 46, 1, 71 pr.). Specifically, a creditor of the deceased, who is a co-heir, can demand a separation of rights (section 812 of the Austrian Civil Code) and, thus, enforce his claim.⁴³ According to section 820 of the Austrian Civil Code,⁴⁴ multiple heirs are debtors *in solidum*. Without a separation of rights, the claim of the creditor (co-heir) could⁴⁵ expire due to a *confusio*.

trittserklärter Erbe. (3) Die Absonderung kann durch eine angemessene Sicherheitsleistung des Erben, die auch der Verlassenschaft entnommen werden kann, abgewendet oder aufgehoben werden. Die Absonderung ist weiters von Amts wegen oder auf Antrag aufzuheben, wenn sie zu Unrecht bewilligt wurde, ihre Voraussetzungen weggefallen sind oder die Separationsgläubiger ihre Ansprüche nicht ohne Verzug gehörig betreiben.

Translation: P. A. Eschig, E. Pircher-Eschig, 291-292: “(1) If the claim of a creditor of the estate might be impaired as a result of the combination of the estate with the assets of the heir, he can request prior to the devolution, that a part of the inheritance equalling his claim is separated from the assets of the heir, kept by court, or administered by a trustee until his claim is satisfied. (2) In this case, the heir is liable to the creditors entitled to separation also after making an unconditional declaration of acceptance of inheritance only with the separated estate, to the other creditors, however, as an heir, who has made a conditional declaration of acceptance of inheritance. (3) The separation can be avoided or reversed by an appropriate security provided by the heir, which can also be part of the estate. The separation furthermore has to be revoked *ex officio* or upon request if it has been unlawfully approved, its conditions are no longer satisfied, or the creditors entitled to separation do not enforce their claims without undue delay.”

⁴⁰ Peter Bydlinski, “§§ 1438-1450”, *Kommentar zum ABGB. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, EheG, KSchG, VGG, IPRG, Rom I-, Rom II- und Rom III-VO* (eds. Peter Bydlinski, Stefan Perner, Martin Spitzer), Wien 7th edn. 2023, 2028-2029 (§ 1445/2).

⁴¹ P. Bydlinski, 2029 (§ 1445/2); R. Reischauer, 8 (§ 1445/16).

⁴² Albert Heidinger, “§§ 1438-1450”, *ABGB Praxiskommentar VI, §§ 1293-1503 ABGB* (eds. Michael Schwimann, Georg Kodek), Wien 4th edn. 2016, 1395 (§ 1445/4); P. Bydlinski, 2029 (§ 1445/2); P. Leupold, 1843 (§ 1445/2).

⁴³ P. Bydlinski, 2029 (§ 1445/2).

⁴⁴ § 820 ABGB (Austrian Civil Code): “*Mehrere Erben, die eine Erbschaft unbedingt angetreten haben, haften Erbschaftsgläubigern und Vermächtnisnehmern zur ungeteilten Hand. Im Verhältnis zueinander haften sie nach dem Verhältnis ihrer Erbteile.*”

Translation: P. A. Eschig, E. Pircher-Eschig, 294: “Multiple heirs who accepted the inheritance unconditionally are jointly and severally liable to all creditors of the estate and legatees. Among themselves they are liable in proportion to their shares.”

⁴⁵ See section “3.2 Consolidation between a debtor *in solidum* and the creditor”.

The second exception in section 1445 of the Austrian Civil Code refers to circumstances of a different nature, such as if a consolidation has taken place between the trustee (the surety guarantor) and the trustor (the creditor).⁴⁶ Furthermore, in cases where the claim or obligation is part of a special asset body, the claim and obligation cannot expire through a *confusio*.⁴⁷

3.2 Consolidation between a debtor *in solidum* and the creditor

Section 1445 of the Austrian Civil Code does not mention the situation that can be found in D. 46, 1, 71 pr. However, among Austrian legal scholars, it is fiercely debated whether the obligation of the second debtor *in solidum* should expire in the case of a consolidation between the first debtor *in solidum* and his creditor.⁴⁸

According to Perner,⁴⁹ Gamerith/Wendehorst,⁵⁰ and Reischauer⁵¹ the obligation of the second debtor *in solidum* does not expire if the creditor succeeds the first debtor *in solidum*. Perner argues that the creditor should not lose his right to choose a debtor and can, thus, choose the second debtor *in solidum* – and not himself (heir of the first debtor *in solidum*) – to fulfil the obligation.⁵²

However, following the payment from the second debtor *in solidum* to the creditor, the second debtor *in solidum* would have a right of recourse⁵³ against the

⁴⁶ R. Reischauer, 20 (§ 1445/64-65).

⁴⁷ P. Bydlinski, 2028 (§ 1445/2); R. Reischauer, 4 (§ 1445/3).

⁴⁸ A similar discussion can be found in the context of creditors *in solidum*. It is also unclear whether the rights of the other creditors expire if a consolidation between a creditor *in solidum* and the debtor occurs; see Helmut Gamerith, Christiane Wendehorst, “§§ 888-896”, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: mit wichtigen Nebengesetzen und EU-Verordnungen*, §§ 859-916 ABGB [Vertragsrecht] (eds. Peter Rummel, Meinhard Lukas), Wien 4th edn. 2014, 374 (§ 894/13); R. Reischauer, 18 (§ 1445/56).

⁴⁹ Stefan Perner, “§§ 888 bis 896”, *ABGB §§ 888 bis 896. Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch [Klang]* (eds. Attila Fenyves, Ferdinand Kerschner, Andreas Vonkilch), Wien 3rd edn. 2008, 131-132 (§§ 893, 894/7).

⁵⁰ H. Gamerith, C. Wendehorst, 374 (§ 894/11).

⁵¹ R. Reischauer, 18 (§ 1445/56).

⁵² S. Perner, 131-132 (§§ 893, 894/7).

⁵³ See § 896 ABGB (Austrian Civil Code): “*Ein Mitschuldner zur ungetheilten Hand, welcher die ganze Schuld aus dem Seinigen abgetragen hat, ist berechtigt, auch ohne geschehene Rechtsabtretung, von den übrigen den Ersatz, und zwar, wenn kein anderes besonderes Verhältniß unter ihnen besteht, zu gleichen Theilen zu fordern. War einer aus ihnen unfähig, sich zu verpflichten, oder ist er unvermögend, seiner Verpflichtung Genüge zu leisten; so muß ein solcher ausfallender Antheil ebenfalls von allen Mitverpflichteten übernommen werden. Die erhaltene Befreyung eines Mitverpflichteten kann den übrigen bey der Forderung des Ersatzes nicht nachtheilig seyn. (§. 894).*”

Translation: P. A. Eschig, E. Pircher-Eschig, 322: “*A joint and several co-debtor who satisfied the entire obligation by his own means is entitled, also without assignment, to request reimbursement from the others in equal shares provided that there is no other specific agreement between them. If one of them was not able to oblige himself or he is incapable of performing his obligation, such*

creditor (the heir of the first debtor *in solidum*).⁵⁴ Moreover, Perner holds the opinion that second debtor *in solidum* could counter⁵⁵ the claim of the creditor with his own claim against the creditor due to a *compensatio*.⁵⁶

In my opinion, a *compensatio*⁵⁷ is not possible in this case, because the second debtor *in solidum* has no claim against the creditor at the time when the creditor sues second debtor *in solidum*. Nevertheless, second debtor *in solidum* could counter the claim of the creditor with an objection due to the juristic rule⁵⁸ *dolo facit, qui petit quod redditurus est*.⁵⁹ Indeed, a creditor who claims something that he would have to return immediately abuses his right.⁶⁰

outstanding share also has to be taken over by all co-debtors. The release of one co-debtor cannot be detrimental to the others when requesting reimbursement (section 894)."

⁵⁴ H. Gamerith, C. Wendehorst, 374 (§ 894/11).

⁵⁵ The second debtor *in solidum* could counter the claim of the creditor only for the amount of his own claim; for more information about this problem, see section "2. Roman law".

⁵⁶ S. Perner, 132 (§§ 893, 894/7).

⁵⁷ See § 1438 ABGB (Austrian Civil Code): "*Wenn Forderungen gegenseitig zusammentreffen, die richtig, gleichartig, und so beschaffen sind, daß eine Sache, die dem Einen als Gläubiger gebührt, von diesem auch als Schuldner dem Andern entrichtet werden kann; so entsteht, in so weit die Forderungen sich gegen einander ausgleichen, eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten (Compensation), welche schon für sich die gegenseitige Zahlung bewirkt.*"

Translation: P. A. Eschig, E. Pircher-Eschig, 513-514: "*In the case of mutual claims which are valid, equal, and of a nature that an asset to which one is entitled as creditor can also be given by him as debtor to the other, a set-off of the mutual obligations takes place to the extent the amounts of the claims equal each other (set-off), which effects mutual payment as such.*"

⁵⁸ See § 7 ABGB (Austrian Civil Code): "*Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.*"

Translation: P. A. Eschig, E. Pircher-Eschig, 2: "*If a matter can neither be determined by the wording nor by the natural meaning of a law, similar matters which have been regulated by law and the purpose of other related laws must be considered. If the matter still remains ambiguous, it must be decided based on the diligently gathered and thoroughly considered facts in line with the natural legal principles.*"

⁵⁹ For more information about this rule in the context of Austrian civil law, see Peter Mader, "Dolo facit qui petit quod redditurus est", *Jurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag* (eds. Martin J. Schermaier, J. Michael Rainer, Laurens C. Winkel), Köln – Weimar – Wien 2002, 420-430; Georg E. Kodek, "§§ 1-14", *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: mit wichtigen Nebengesetzen und EU-Verordnungen, §§ 1-43 ABGB [Einleitung, Personenrechte]* (eds. Peter Rummel, Meinhard Lukas), Wien 4th edn. 2015, 138 (§ 7/85); Michael Binder, "Defective Cover and Underlying Debt Relationship in the Context of delegatio obligandi: A Comparison of D. 44.4.7.1 and § 1402 ABGB (Austrian Civil Code)", *Journal on European History of Law* 15(2)/2024, 199-200.

⁶⁰ See § 1295 (2) ABGB (Austrian Civil Code): "*Auch wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt, ist dafür verantwortlich, jedoch falls dies in Ausübung eines Rechtes geschah, nur dann, wenn die Ausübung des Rechtes offenbar den Zweck hatte, den anderen zu schädigen.*"

Conversely, Rieder assumes that a consolidation between the creditor and the first debtor *in solidum* has the effect of a *solutio*.⁶¹ Therefore, the obligation of the second debtor *in solidum* would expire if a consolidation between the creditor and the first debtor *in solidum* occurred.

4. CONCLUSION

In Roman law, the *confusio* generally led to the expiration of the creditor's claim and the debtor's obligation. However, in legal relationships with more than two parties, the effect of a *confusio* is less clear. In this article, the problem of a *confusio* between a creditor and one of his debtors *in solidum* was analysed.

According to the Roman jurist Paulus, the claim of the creditor and the obligation of the remaining debtor *in solidum* would not expire. However, it seems possible that his opinion of Paulus was not shared by all other jurists, and Paulus was aware that his solution was debatable (*iusta dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est [...] et puto [...]*).

The approach of Paulus meant that, generally, the creditor could successfully sue the remaining debtor *in solidum*, but if the remaining debtor *in solidum* had a right of recourse against the creditor, this had to be immediately taken into consideration. Therefore, the creditor could not claim from the remaining debtor *in solidum* a sum that he would have to give back to him.⁶² However, if the *confusio* were treated as a *solutio*, the creditor would have no claim against the remaining debtor *in solidum*.

In Austrian civil law, the same problem could arise. The main doctrine shares the opinion of Paulus. Therefore, the creditor would still have a claim against the remaining debtor *in solidum*. According to another doctrine, a *confusio* could have the effect of a *solutio*, which would mean that the creditor would not be able to sue the remaining debtor *in solidum*.⁶³

Perner convincingly asserts that the creditor must have the option to choose his debtor. There is no reason why the creditor should lose this option in case of a *confusio*, and thus, the creditor should still be able to choose the remaining debtor *in solidum*.⁶⁴

Translation: P. A. Eschig, E. Pircher-Eschig, 465: "Whoever causes damages with malicious intent in a way which violates public policy is liable as well, however, if this happened when exercising a right, only if the exercise of the right obviously had the purpose of harming the other party."

⁶¹ Andreas Rieder, "§§ 859-901", *ABGB Praxiskommentar V*, §§ 859-937 *ABGB*, WucherG, *Allgemeines Vertragsrecht* (eds. Michael Schwimann, Georg Kodek), Wien 5th edn. 2021, 1017-1018 (§ 894/4).

Critical: R. Reischauer, 18 (§ 1445/56).

⁶² See section "2. Roman law".

⁶³ See section "3.2 Consolidation between a debtor *in solidum* and the creditor".

⁶⁴ S. Perner, 131-132 (§§ 893, 894/7).

If the obligation of the remaining debtor *in solidum* does not expire, it is questionable how much the creditor can claim from him. In Roman law and Austrian civil law, the answer to this question depends on the agreement between the debtors *in solidum* regarding the recourse. After a payment from the remaining debtor *in solidum* to the creditor, the remaining debtor *in solidum* could then direct his claim of recourse against the creditor (the heir of deceased debtor *in solidum*).

In Roman law (Paulus)⁶⁵ as well as in Austrian civil law (main doctrine)⁶⁶ it seems that the remaining debtor *in solidum* did not have to bear the insolvency risk of the creditor. If the creditor did not subtract from his claim what the remaining debtor *in solidum* would be able to claim back, the remaining debtor *in solidum* could accuse the creditor of an abuse of rights. Therefore, the remaining debtor *in solidum* could successfully defend himself with an objection due to the juristic rule *dolo facit, qui petit quod redditurus est*.⁶⁷

REFERENCES

- Albert Heidinger, “§§ 1438-1450”, *ABGB Praxiskommentar VI, §§ 1293-1503 ABGB* (eds. Michael Schwimann, Georg Kodek), Wien 4th edn. 2016.
- Andreas Riedler, “§§ 859-901”, *ABGB Praxiskommentar V, §§ 859-937 ABGB, WucherG, Allgemeines Vertragsrecht* (eds. Michael Schwimann, Georg Kodek), Wien 5th edn. 2021.
- Anna Plisecka, “§ 42 Erwerb durch Sachveränderung (accessio, specificatio, commixtio, confusio)”, *Handbuch des Römischen Privatrechts I* (eds. Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek, Thomas Rüfner), Tübingen 2023.
- Ben Beinart, “Book forty-four, book forty-six”, *The Digest of Justinian IV* (Alan Watson ed.), Philadelphia 2nd edn. 1998.
- Emilio Costa, *L’exceptio doli*, Roma 1970 (reprint).
- Georg E. Kodek, “§§ 1-14”, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: mit wichtigen Nebengesetzen und EU-Verordnungen, §§ 1-43 ABGB [Einleitung, Personenrechte]* (eds. Peter Rummel, Meinhard Lukas), Wien 4th edn. 2015.
- Giovanni Bortolucci, “Il mandato di credito”, *Bullettino dell’Istituto di diritto romano* 28/1915.
- Giuseppina Sacconi, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, Milano 1973.
- Helmut Gamerith, Christiane Wendehorst, “§§ 888-896”, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: mit wichtigen Nebengesetzen und EU-Verordnungen, §§ 859-916 ABGB [Vertragsrecht]* (eds. Peter Rummel, Meinhard Lukas), Wien 4th edn. 2014.

⁶⁵ See section “2. Roman law”.

⁶⁶ See section “3.2 Consolidation between a debtor *in solidum* and the creditor”.

⁶⁷ See sections “2. Roman law” and “3.2 Consolidation between a debtor *in solidum* and the creditor”.

- Johanna Filip-Fröschl, “Confusio”, *Studienwörterbuch Rechtsgeschichte und Römisches Recht* (eds. Thomas Olechowski, Richard Gamauf), Wien 4th edn. 2020.
- Justus Schmidt-Ott, *Pauli Quaestiones. Eigenart und Textgeschichte einer spätklassischen Juristenschrift*, Berlin 1993.
- Max Kaser, *Das Römische Privatrecht I*, München 2nd 1971.
- Michael Binder, “Zur optionalen *exceptio doli* bei wechselseitigen Klagemöglichkeiten”, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 70/2023.
- Michael Binder, “Defective Cover and Underlying Debt Relationship in the Context of delegatio obligandi: A Comparison of D. 44.4.7.1 and § 1402 ABGB (Austrian Civil Code)”, *Journal on European History of Law* 15(2)/2024.
- Michael Binder, “Fächerübergreifende Modulprüfung (FÜM) I. Romanistische Fundamente: Musterlösung”, *Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung* 01/2024-2025.
- Nikolaus Benke, Franz-Stefan Meissel, *Roman Law of Obligations. Origins and Basic Concepts of Civil Law II. Translated by Caterina Maria Grasl*, Wien 2021.
- Nikolaus Benke, Franz-Stefan Meissel, *Roman Law of Property. Origins and Basic Concepts of Civil Law I. Translated by Caterina M. Draschan-Mitwalsky*, Wien 2nd edn. 2024.
- Otto Lenel, *Palingenesia iuris civilis I*, Lipsiae 1889.
- Paola Lambrini, *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova 2010.
- Paolo Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni: corso di diritto romano I. Le garanzie personali*, Padova 1962.
- Peter Andreas Eschig, Erika Pircher-Eschig, *Das österreichische ABGB – The Austrian Civil Code*, Wien 2nd edn. 2021.
- Peter Apathy, “Giuseppina Sacconi, Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 92/1975.
- Peter Bydlinski, “§§ 1438-1450”, *Kommentar zum ABGB. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, EheG, KSchG, VGG, IPRG, Rom I-, Rom II- und Rom III-VO* (eds. Peter Bydlinski, Stefan Perner, Martin Spitzer), Wien 7th edn. 2023.
- Peter Kieß, *Die confusio im klassischen römischen Recht*, Berlin 1995.
- Peter Mader, “Dolo facit qui petit quod redditurus est”, *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag* (eds. Martin J. Schermeister, J. Michael Rainer, Laurens C. Winkel), Köln – Weimar – Wien 2002.
- Petra Leupold, “§§ 1431-1450”, *ABGB Taschenkommentar mit EheG, EPG, KSchG, ASVG, EKHG und IPRG* (Matthias Neumayr ed.), Wien 6th edn. 2024.
- Philipp Schmieder, *Duo rei. Gesamtsobligationen im römischen Recht*, Berlin 2007.
- Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996.
- Rudolf Reischauer, “§§ 1445-1450”, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: mit wichtigen Nebengesetzen und EU-Verordnungen. §§ 1445-1503 ABGB [Verjährung, Ersitzung]* (eds. Meinhard Lukas, Andreas Geroldinger), Wien 4th edn. 2024.
- Stefan Perner, “§§ 888 bis 896”, *ABGB §§ 888 bis 896. Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch [Klang]* (eds. Attila Fenyves, Ferdinand Kerschner, Andreas Vonkilch), Wien 3rd edn. 2008.

- Theodor Mommsen, “Digesta”, *Corpus iuris civilis I* (eds. Paul Krueger, Theodor Mommsen), Berolini 1963 (reprint).
- Thomas Finkenauer, “Duo rei – Neues von der Gesamtoobligation?“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 130/2013.
- Thomas Finkenauer, “Zur Inhärenz von Einreden im bonae fidei iudicium”, *Iura: rivista internazionale di diritto romano e antico* 68/2020.
- Wolfgang Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz – Wien – Köln 2nd edn. 1967.

Михаел Биндер

Универзитет у Бечу

Департаман за римско право и античку правну историју

m.binder@univie.ac.at

ORCID ID:0000-0001-8479-1468

Сједињење повериоца и дужника. Конфузија у римском праву и у Аустријском грађанском законнику (ABGB)

Сажетак: *И у римском и у аустријском грађанском праву постојења се питање да ли сједињење повериоца и његовог дужника доводи до ташења повериоцевог израживања и дужникове обавезе. Следећи члан се фокусира на правне односе у којима је укључено више од две стране, што значи да би и даље било могуће да поверилац (или његов наследник) окрене постојећи однос дужника. Најпре је потребно анализирати један случај који обрађује римски правник Павле (D. 46, 1, 71 pr.). Након ове анализе, сироводи се поређење ове правне ситуације у римском праву са оном у аустријском грађанском праву.*

Кључне речи: *римско право; аустријско грађанско право; confusio; сједињење; мандатум; право на регрес; dolo facit, qui petit quod redditurus est; правна правила; societas; злоупотреба права.*

Датум пријема рада: 18. 12. 2024.

Датум прихватања рада: 29. 1. 2025.

СПИСАК РЕЦЕНЗЕНАТА У ЗБОРНИКУ РАДОВА, ГОД. LVIII (2024)

Проф. др Александар Мојашевић
Проф. др Александар Григорьевич Сачек
Проф. др Александра Илић
Проф. др Андреја Катанчевић
Проф. др Анђелија Тасић
Проф. др Бојан Пајтић
Проф. др Борко Михајловић
Проф. др Бранислав Ристивојевић
Проф. др Вук Цуцић
Проф. др Горан Марковић
Проф. др Гордана Дракић
Проф. др Гордана Ковачек Станић
Проф. др Далибор Ђукић
Проф. др Дарко Симовић
Проф. др Дејан Матић
Проф. др Драган Благоћ
Проф. др Драго Дивљак
Проф. др Драгутин Аврамовић
Проф. др Душко Челић
Проф. др Здравко Грујић
Проф. др Зоран Васиљевић
Проф. др Зоран Јовановић
Проф. др Зоран Лончар
Проф. др Ивана Крстић Мистрицеловић
Проф. др Ирена Пејић
Проф. др Јелена Видић
Проф. др Маја Станивуковић
Проф. др Марија Драшкић
Проф. др Марко Кнежевић
Проф. др Маша Кулазов
Проф. др Милан Шкулић
Проф. др Миомира Костић
Проф. др Михајло Цветковић
Проф. др Наталија Лукић

Проф. др Небојша Ранђеловић
Проф. др Невена Петрушић
Проф. др Новак Крстић
Проф. др Петар Ђундић
Проф. др Предраг Димитријевић
Проф. др Предраг Цветковић
Проф. др Растко Јовић
Проф. др Самир Аличић
Проф. др Сандра Фишер Шобот
Проф. др Сања Савчић
Проф. др Свјетлана Ивановић
Проф. др Сенад Ганић
Проф. др Слободан Бјелица
Проф. др Слободан Орловић
Проф. др Снежана Бркић
Проф. др Татјана Бугарски
Проф. др Татјана Јованић
Проф. др Урош Здравковић
Проф. др Филип Бојић
Доц. др Вишња Ранђеловић
Доц. др Дарко Божичић
Доц. др Драгана Дамјановић
Доц. др Иван Милић
Доц. др Игор Петковић
Доц. др Марија Драгићевић
Доц. др Милан Милутин
Доц. др Милана Писарић
Доц. др Наташа Рајић
Доц. др Никола Илић
Доц. др Стефан Самарџић
Доц. др Урош Станковић
Др Слобода Мидоровић
Др Николина Мишчевић

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 Braunereder (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 Самарцић,
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

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